Direito das Infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados

Lumen Juris Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Freitas Câmara
Alexandre Morais da Rosa
Augusto Mansur
Aury Lopes Jr.
Bernardo Gonçalves Fernandes
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Cláudio Carneiro
Cristiano Rodrigues
Daniel Sarmento
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Fauzi Hassan Choukr
Felippe Borring Rocha
Firly Nascimento Filho
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Moreira
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Chut
Mônica Gusmão
Nelson Rosenvald
Nilo Batista
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Ricardo Lodi Ribeiro
Rodrigo Klippel
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto *(in memoriam)*

Conselho Consultivo

Álvaro Mayrink da Costa
Amilton Bueno de Carvalho
Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Caio de Oliveira Lima
Cesar Flores
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Francisco de Assis M. Tavares
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Sergio Demoro Hamilton
Társis Nametala Sarlo Jorge
Victor Gameiro Drummond

Livraria Cultural da Guanabara Ltda - Centro
Rua da Assembléia, 10/20º andar/ SL. 2022 -
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5888
Fax: (21) 3505-5865 - Fax Loja: (21) 3505-5872

Livraria Cultural da Guanabara Ltda - Centro
Rua da Assembléia, 10/Loja G/H
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5888/ 5854/ 5855/ 5856

Livraria e Editora Lumen Juris Ltda - RJ
Rua da Assembléia, 36/2º Andar/ SL. 201 à 204 - Centro
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 2508-6591/2509-5118
Site: www.lumenjuris.com.br

Depósito - Lumen Juris - RJ
Av. Londres. 491 - Bonsucesso
CEP: 21041-030 -Rio de Janeiro RJ
Tel: (21) 3216-5888 Fax: (21) 3216-5864
São Cristóvão 2580-2907

BSA Serviço de Divulgação Ltda.
Rua da Assembléia, nº 10/ Sala 2022 - Centro
CEP: 20.011-000 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 3505-5888

Florianópolis - Lumen Juris - SC
Rua Santa Fé, nº 234 - Bairro: Ingleses
Florianópolis - SC - CEP: 88.058-345
Tel: (48) 3284-3114 (Fax) - (48) 3369-7624

Brasília - Lumen Juris - DF
SCLS Quadra 402 Bloco D - Loja 9 - Asa Sul
CEP: 70.235-540 - Brasília - DF
Tel/Fax: (61) 3225-8569 (8836) / (61) 3221-9146

Porto Alegre - Lumen Juris - RS
Rua Padre Chagas, 66 Loja 06
Moinhos de Vento
CEP: 90.570-080 - Porto Alegre - RS
Tel/Fax: (51) 3211-0700/3228-2183

São Paulo - Lumen Juris - SP
Rua Correa Vasques, nº48 - Vila Clementino
CEP: 04.038-010 - São Paulo, SP
Tel.: (11) 5908-0240 / (11) 5081-7772

Belo Horizonte - Lumen Juris - MG
Rua Araguari, 359 Sala 53 - 2ª andar- Barro Preto
CEP: 30.190-110 - Belo Horizonte - MG
Tel: (31) 3292-6371

Salvador - Lumen Juris - BA
Rua Dr. José Peroba nº 349 - Sala: 206
Costa Azul CEP: 41.770-235 - Salvador - BA
Tel: (71) 3341-3646/3012-6046

Vitória - Lumen Juris - ES
Rua Cloves Machado, nº 176 - Loja 02
Enseada do Suá
CEP: 29.050-590 - Vitória - ES
Tel: (27) 3345-8515/ Fax: (27) 3225-1659

Curitiba - Lumen Juris - PR
Rua Treze de Maio, 506 Conj. 03
São Francisco, CEP: 80510-030 - Curitiba - PR
Tel: (41) 3598-9092

A. Saddy
Doutorando em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid
com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España
Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alβan,
Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina
Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência, pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE)
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Personal Docente e Investigador en Formación, no Departamento de Derecho Administrativo da Facultad
de Derecho da Universidad Complutense de Madrid
Associate Research Fellow do Centre for Socio-Legal Studies da Law Faculty da University of Oxford
Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Aurilivi Linares Martínez
Doutoranda em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid
Pós-graduada em Direito Constitucional e Ciência Política pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Espanha)
Advogada com menção "magna cum laude" e Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidad Central de Venezuela
Ex-Professora Contratada de Direito Administrativo pela Universidad Central de Venezuela
Ex-Letrada da Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela
Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Coordenadores

Direito das Infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2011

Copyright © 2011 *by* A. Saddy e Aurilivi Linares Martínez

Categoria: Direito administrativo

Produção Editorial
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pela originalidade desta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio
ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.
A violação de direitos autorais constitui crime
(Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 10.695, de 1º/07/2003),
sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações
diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

A MethoIus Consultoría Jurídica Internacional.

Sumário

Breve apresentação dos autores xxix

Prólogo xxxiii

Apresentação xxxv

Primeira Parte
Pressupostos básicos do Estado Regulador e Políticas Públicas Aplicadas

Crisis y Transformación del Derecho Administrativo 1
Eva Desdentado Daroca (Espanha)
I. Las transformaciones en las relaciones Estado-sociedad y en el papel de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo. De la crítica de los fallos del mercado a la crítica de los fallos del "no mercado" 1
II. Las transformaciones recientes del papel de la Administración y del Derecho Administrativo: la huida del Derecho Administrativo; el surgimiento de las Administraciones independientes; el paso de un Estado prestador a un Estado contratante y las nuevas tendencias externalizadoras; el paso de un Estado gestor a un Estado controlador-regulador (privatizaciones, liberalizaciones de servicios y neoregulación); la autorregulación y autocontrol 5
1. Introducción 5
2. La pseudoprivatización o huida del Derecho Administrativo 6
3. La aparición de las Administraciones independientes: la huida del modelo clásico de Administración Pública y la búsqueda de neutralidad en la gestión pública y de nuevos sistemas de garantías y de contrapesos 9
4. Del "Estado gestor" al "Estado contratante" 12
4.1. El creciente recurso a la gestión indirecta 12
4.2. Las nuevas orientaciones externalizadoras. La externalización de potestades administrativas que implican ejercicio de autoridad 14
4.3. Del "Estado prestador" al "Estado regulador-controlador" 15
4.4. La tendencia hacia la autorregulación y el autocontrol: comunicaciones previas, declaraciones responsables y autocertificaciones 20

Estado de Garantia e Mercado 23
Pedro António P. Costa Gonçalves (Portugal)
Introdução 23
1. Da separação à cooperação entre Estado e Mercado 24
2. Reconfiguração das responsabilidades públicas e Estado de Garantia 25

3. Fins do Estado de Garantia 29
3.1. Garantia do fornecimento de serviços essenciais 29
3.2. Garantia e protecção dos direitos dos utilizadores dos serviços essenciais 32
3.3. Garantia, protecção e promoção da concorrência 35
3.4. Garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados 36
3.5. Garantia e credibilização de "soluções de mercado" promovidas pelo próprio Estado 37
3.6. Garantia e protecção de outros bens jurídicos 38
4. Instrumentos jurídicos de realização do Estado de Garantia 39
4.1. Direito da regulação 39
i) Definição de um quadro regulatório de base ou transversal 40
ii) Definição de um quadro regulatório sectorial 41
iii) Acompanhamento e fiscalização dos regulados; punição dos infractores ... 43
4.2. Direito da adjudicação 43
4.3. Colaboração público-privada 45

Bases para la Regulación de los Servicios Públicos 47
Jorge H. Sarmiento García (Argentina)
Introducción 47
La moral o ética 49
Derecho y moral 50
Legalidad y moralidad 50
La doble dimensión de la ética política 52
La "situationsethik" 53
La eticidad del Estado 54
La moral y lo útil o económico 56
La sustancia moral del bien común 56
Técnicas para la realización del concepto ético del Estado 58
Ética política y servicios públicos 60
El porqué de la reglamentación 64
El marco jurídico adecuado 66
Las crisis 67
Empresas y servicios públicos 69
¿El servicio público no desaparece? 71
Conclusiones 72

Las Relaciones Estado y Mercado y la Función Social de Asignación y Distribución de Bienes y Servicios 77
Henrique Meier Echeverría (Venezuela)
A manera de Introducción 77
I. El Estado y la función de asignación de bienes. Estado y Mercado 78
1. La asignación y distribución de bienes: función inherente a cualquier forma de vida social 78
2. Las diferentes posiciones del Estado respecto del Mercado 79

3. Los valores y criterios del Estado y del Mercado 80
II. El Derecho de la Economía de Mercado como búsqueda de ese equilibrio 86
1. Finalidad esencial del Derecho de la Economía de Mercado: el equilibrio entre Estado y Mercado ¿Es eso posible? 86
III. El Derecho de la Economía de Mercado en Venezuela. Bases Constitucionales. La Constitución Económica y el modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado: Modelo de Economía Mixta 88
1. Acotación introductoria 88
2. Los principios axiológicos (valores) de la Economía Social y Ambiental (ecológica) de Mercado: justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad 89
3. El fin de la Economía Social y Ambiental de Mercado: el desarrollo humano integral 91
4. Las garantías institucionales del crecimiento económico o "desarrollo armónico de la economía nacional" 94
A) La seguridad jurídica 94
B) El sistema tributario 95
C) La articulación de las cláusulas liberal de la Economía de Mercado con las cláusulas social y ambiental del Estado Social 98
5. Los principios de organización del modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado, o régimen de Economía Mixta 100
A) La promoción del desarrollo económico conjuntamente entre Estado e iniciativa privada: Principio de Corresponsabilidad 100
B) La existencia de bienes de producción de propiedad estatal y bienes de producción de propiedad privada. El principio en la materia es el de la propiedad privada como regla general: sólo son bienes de propiedad pública los expresamente previstos en la Constitución y las leyes 107
C) El reconocimiento expreso de un sector público de la economía (monopolio estatal) y de la garantía de la libertad económica sometida a las regulaciones estatales para las actividades no reservadas al Estado 108
IV. Los derechos económicos como derechos fundamentales y sus limitaciones. La Constitución Económica 110
1. Los derechos económicos como derechos fundamentales 110
2. Los diversos derechos económicos 111
A) El derecho de asociación, fundamento de la existencia de la empresa privada 111
B) La libertad de empresa, fundamento de la existencia del mercado y de la actividad empresarial 113
C. La libre competencia, fundamento de la operatividad de la economía de mercado 118
D. La libertad de contratación, fundamento de las relaciones jurídico-económicas entre los actores que conforman el mercado 121
E. La propiedad privada sobre los medios de producción, fundamento de la libre empresa, del sector privado o no estatal de la economía y de la economía de mercado 123

Segunda Parte
As Infraestruturas Públicas

Las Tarifas en la Explotación de Infraestructuras Públicas 131
J.L. Villar Ezcurra (Espanha)
1. La delimitación de las infraestructuras públicas 131
2. Las infraestructuras y el concepto de red: una precisión necesaria 132
3. Clasificación de las infraestructuras: la dispersión de un concepto polisémico 134
A) Infraestructuras públicas e infraestructuras privadas de interés público 135
B) Infraestructuras de interés general 136
4. La necesaria diferenciación de fases y de conceptos 137
A) Las fases 137
B) El contenido heterogéneo de los contratos de "concesión de obra" 138
a) Unificación del régimen jurídico 140
b) Diferenciación de las fases de ejecución de la infraestructura y de explotación de la misma 140
c) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico 140
d) La naturaleza de las tarifas 141
e) La financiación del concesionario 141
5. Connotaciones específicas de los contratos de concesión de obras: la acumulación de riesgos 142
6. El equivalente económico 143
A) Los principios generales de la contratación administrativa actual 143
B) Sentido del riesgo y ventura 145
C) El equilibrio financiero del contrato 148
i) Planteamiento general: el contrapunto de la "potestas variandi" 148
ii) El "factum principis" 150
iii) El riesgo imprevisible 150
iv) El principio de remuneración suficiente 153
7. El equilibrio financiero en los contratos de concesión de obra 154
A) La necesidad de un equilibrio económico inicial 154
B) El equilibrio económico durante la explotación de las obras: hacia un reparto del riesgo y ventura 156

Infraestructuras en la Argentina. El Control de la Intervención Administrativa en su Desarrollo (Los Sistemas de Preselección y la Actividad de Fomento) 159
Alberto Biglieri (Argentina)
Preliminar político histórico 1810/1940 159
Derecho Administrativo Económico 161
La Patria Peronista 162
La Patria Contratista 166
La Patria Privatista 168
La Patria Milagrosa 171
Un Hito Jurisprudencial 172
EL Derecho de las infraestructuras en la Constitución Nacional: 173

Responsabilidad del Estado -Las Reglas de Juego Precontractuales- 178
Fomento y Contratos 179
La Licitación Pública 181
Nuevos Institutos y Posibilidades en la Legislación: 183
Iniciativas Privadas para Obras Públicas 184
Asociaciones Público Privadas 184
Conclusión 187

Principios que Rigen las Modalidades de Selección de Contratistas. A Propósito de la Nueva Ley de Contrataciones Públicas Venezolana 189
Aurilivi Linares Martínez (Venezuela)
I. Introducción 189
II. Algunas Precisiones Necesarias sobre las Modalidades de Selección de Contratistas y los Principios que les son Aplicables 193
III. Principios Generales que Rigen las Modalidades de Selección de Contratistas ... 197
1. Principio de legalidad 198
2. Principio de eficacia 202
A. *Principios de racionalidad y de uniformidad* 204
B. *Principios de economía procedimental y de informalismo* 204
C. *Principios de oficialidad, de celeridad y de simplicidad* 207
3. Principio de eficiencia 210
4. Principios de Planificación y de Economía 211
5. Principios de honestidad y de responsabilidad 213
IV. Principios Específicos que Rigen las Modalidades de Selección de Contratistas... 216
1. Principios de igualdad y de no discriminación 216
2. Principio de publicidad 221
3. Principio de transparencia 224
4. Principio de competencia o libre concurrencia 227
V. La Consecución de Objetivos Sociales en la Contratación Pública 230
VI. Consideraciones Finales 233

Parcerias Público-Privadas: O Objeto da Concessão Administrativa 235
Dinorá Adelaide Musetti Grotti (Brasil)
1 Contextualizando as parcerias público-privadas 235
2. O objeto da concessão administrativa 241
2.1. Serviços passíveis de concessão administrativa 241
2.2. Complexidade do objeto. 245
2.3. Vedações legais 247
3. A natureza da concessão administrativa 252
4. Observações Finais 253
4.1 Causas dos avanços e retrocessos das PPPs brasileiras 253
4.2. Balanço das Parcerias Público-Privadas nos âmbitos federal, estadual e municipal 255

La Construcción de Infraestructuras Viarias en España: Carreteras, Autopistas y sus Planes 261
José Mª Aristóteles Magán Perales (Espanha)
I. Introducción. La influencia del medio físico en la construcción de las infraestructuras por carretera en el Estado español 262
II. Una breve evolución histórica. De la radialidad borbónica del S. XVIII al Plan de carreteras de Primo de Rivera. 264
III. La red viaria durante el franquismo: 267
A. De "los desastres de la guerra" al Plan de carreteras de 1962-1977 267
B. La Ley de carreteras 51/1974, de 19 de diciembre 270
C. La Política de infraestructuras por carretera del tardofranquismo: el Plan REDIA y el Plan de Autopistas Nacionales de Peaje (PANE) 271
D. El correlato jurídico del Plan de Autopistas: La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. 278
IV. La aprobación de la Constitución de 1978 y el "reparto" competencial en materia de carreteras: los artículos 148.1.15º y 149.1.24º CE 281
V. La solución de los Gobiernos socialistas: la socialización de la carretera y el "invento" de la autovía 284
A. El Plan General de Carreteras 1984-1991 284
B. La Ley de Carreteras y Caminos 25/1988, de 29 de julio 289
C. Los resultados del I Plan general de Carreteras 290
D. El epílogo del Plan general de carreteras. El "Plan puente" 1991-1993 292
VI. La política de carreteras de los Gobiernos "populares". La recuperación del sistema de conceción de autopistas de peaje 295
A. El "resurgir" del peaje y la prolongación en el tiempo de las concesiones a golpe de Leyes de Acompañamiento 300
B. El aluvión legislativo, a golpe de Leyes de Acompañamiento, en materia de autopistas del período 1997-2002 305
C. La reforma de la legislación en materia de contratación pública. La nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas y su inclusión en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 307
D. El descartado rescate de las concesiones, valorado en 10.000 millones de euros. 310
E. La condena llega desde Luxemburgo: la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2001, Comisión contra Reino de España (asunto C-38/99). La desacreditación jurídica de la rebaja del peaje 311
F. El Plan de Infraestructuras de Transporte (PIT) 2000-2007 312
a. El caso de los accesos a Madrid mediante radiales de Peaje 320
b. Un necesario "aggiornamento" del viario estatal: el cambio de nomenclatura operado por el Real Decreto 1231/03, de 26 de septiembre, por el que se modifica la nomenclatura y el catálogo de las Autopistas y Autovías de la Red de Carreteras del Estado 321
Bibliografía 327

El Desarrollo de Infraestructuras para el Aprovechamiento de Bienes del Dominio Público: una visión desde el Derecho Minero venezolano 331
Mauricio Rafael Pernía-Reyes (Venezuela)
I. Introducción 331
II. Aprovechamiento de bienes del dominio público y el desarrollo de infraestructuras asociadas 334
2.1. Las minas y los yacimientos mineros 335
2.2. Los yacimientos mineros como bienes del dominio público de la República ... 337
III. La infraestructura productiva minera y el rol del Estado: ¿una actividad de fomento, de planificación o de gestión económica? 341
3.1. La actividad administrativa 342
3.2. La actividad administrativa de fomento y las infraestructuras mineras 342
3.2.1. Técnicas jurídicas de fomento 343
3.2.2. Técnicas económicas de fomento 344
3.3. La actividad administrativa de planificación y la industria minera 345
3.4. La actividad administrativa de gestión económica y las infraestructuras mineras .. 347
IV. Caracterización de las infraestructuras mineras 349
4.1. Infraestructura para las actividades aguas arriba de la minería 349
4.2. Infraestructura para las actividades aguas abajo de la minería 350
4.2.1. El almacenamiento: 350
4.2.2. El Beneficio 351
4.2.3. El Transporte 352
4.2.4. Comercio 353
4.3. Infraestructura adicional o prestacional de la minería 353
V. Conclusiones 354

Terceira Parte
Regulação das Energias

Energía: Regulación e Integración Regional. Oportunidades para la Mejora Cualitativa en el Esquema Integracional del Mercosur 359
Christian Alberto Cao (Argentina)
1. Introducción. Energía, ambiente y sociedad. 359
2. Las necesidades de la integración regional y su relación con las fuentes de energía 361
3. La Europa del carbón y el acero. La Europa de las energías renovables 363
4. El Mercosur energético 365
5. El desafío del Mercosur. Hacia un cambio de escala institucional 371
6. Conclusiones. Decidiendo en clave integracional 373

El Papel del Estado en los Sectores Económicos, como Empresario y Regulador (con especial referencia al sector eléctrico venezolano) 375
Bernard-Frank Macera (Espanha)
Mª Gabriela Cresto Irigoyen (Espanha)
I. Nota Introductoria 375
II. El Estado como "Empresario". Fundamento y Límites de Su Protagonismo 377

III. El Estado Como "Regulador". El Caso Del Sector Eléctrico, Un Escenario De "Competencia Regulada" 379
1. Separación de actividades 381
1.1. Consideraciones previas: las diferentes etapas o actividades del servicio eléctrico 381
1.2. Separación de régimen jurídico 382
a) Actividades encuadras en un sistema de libre iniciativa: la generación y la comercialización especializada. Consecuencias en cuanto a la calificación legal del servicio eléctrico como "servicio público" 383
b) Actividades sometidas a un régimen de derechos exclusivos 385
1) La transmisión y la distribución. Su sujeción a un régimen concesional 385
2) La gestión del Sistema Eléctrico Nacional 386
1.3. La separación empresarial 386
a) Formulación y exigibilidad. La separación contable como medida de transición 386
b) Su fundamento 387
2. Libertad de acceso a la red 388
3. Mercado Mayorista de Electricidad 388
4. Planificación indicativa 389
5. Organización administrativa 389
5.1. Autoridades con competencias sectoriales y específicas en materia de energía eléctrica 389
5.2. Autoridad de defensa de la competencia: la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia 391
6. Una ausencia notable en la LOSE: las "obligaciones especiales de servicio esencial". 392

La Regulación Eléctrica en Venezuela: De la Liberalización a la Nacionalización .. 395
José Ignacio Hernández G. (Venezuela)
Introducción 395
I. Breve Excurso de los Fundamentos de la Regulación del Sector Eléctrico en Venezuela 397
1. Algunas particularidades del sector eléctrico venezolano 397
2. La situación jurídica del sector eléctrico antes de la reforma de 1999 401
II. La Nueva Regulación Eléctrica y su Ímpetu Leberalizador 402
1. Las causas de la reforma integral del sector con el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico de *1999* *402*
2. Los principios de la nueva regulación de 1999 403
3. La inaplicación del Decreto-Ley de 1999 y el "nuevo" impulso con la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico de 2002 406
4. Las bases del modelo regulatorio del sector eléctrico desarrollado entre 1999 y 2002 407
A. El servicio eléctrico como servicio público 407
B. La regulación de las actividades del sector eléctrico 409
a. La regulación para promover la competencia 410

a' *La regulación del mercado eléctrico* 410
b. El estatuto de redes y el acceso regulado de terceros 413
c´. *El principio de separación de actividades* 414
c. Instrumentos de regulación para proteger la garantía de suministro eléctrico ... 415
5. Consideraciones críticas sobre el modelo regulatorio inaplicado: las consecuencias de adoptar un modelo foráneo de regulación ignorando las particularidades del sector eléctrico venezolano 418
III. La Nacionalización del Sector Eléctrico y el Abandono de los Principios de la Regulación Inaplicada 421
1. El contexto de la nacionalización del sector eléctrico 421
2. La centralización del sector eléctrico 424
3. La crisis del sector eléctrico venezolano manifestada durante la nacionalización del sector. Reflexiones críticas sobre las medidas adoptadas y su incompatibilidad con la garantía de suministro eléctrico 425
NOTAS 429

Breve Apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro 437
Marcos Juruena Villela Souto (Brasil)
1. O impacto da reforma do Estado no setor elétrico 437
2. As reformas no setor elétrico 441
2.1. As reformas na geração de energia elétrica 441
2.2. As reformas na transmissão de energia elétrica 442
2.3. As reformas na distribuição de energia elétrica 443
2.4. As reformas introduzindo a comercialização, a competição e a desconcentração do mercado 443
3. O consumidor e o usuário de energia no novo cenário 447
4. A disciplina da tarifa de distribuição de energia elétrica 449
5. O novo papel do Estado no setor elétrico 450
6. A contração emergencial de energia 452
7. A contratação de energia elétrica pela Administração Pública 457
Conclusões 459

Liberalization of the Swiss Electricity Market 461
Susanne Michel (Suíça)
James F. Reardon (Suíça)
Introduction 461
Part I: Overview of the Electricity Market in Switzerland 462
1. Sources of Electricity in Switzerland 462
2. Structure of the Electricity Market in Switzerland 463
2.1. Transmission Grid Network and Distribution Network 463
2.2. Market Actors 464
3. Importance of Cross-border Trade with Neighboring Countries 465
Part II: From Monopolies to a Liberalized Market – Historical Perspectives 466
1. Legal and *De Facto* Monopolies 466
2. Liberalization of the European Electricity Market 468

3. Refusal by the Swiss Population of the Electricity Market Act ("EMA") 470
4. Cartel Act's Role in Liberalizing the Electricity Market 472
4.1. Cartel Act and Liberalization 472
4.2. Supreme Court Decision in the case of *Entreprises Électriques Fribourgeoises* (ATF 129 II 497) 473
4.2.1. Facts 473
4.2.2. Supreme Court Decision 474
Part III: Liberalized Market – Legal Basis and Facts 476
1. Legal Origins 476
1.1. In General 476
1.2. Federal Law 477
1.3. Cantonal Law 479
2. Cooperation and Subsidiarity 480
2.1. Cantonal Cooperation 480
2.2. Cooperation with the Concerned Parties 481
3. Promotion of the Production of New Renewable Energy 482
4. Unbundling as an Instrument of Liberalization 483
5. Electricity Supply 484
5.1. Supply of Consumers in the Open Market 484
5.2. Supply of Consumers according to the Basic Supply 485
5.3. The Nature of the Electricity Price 485
6. Transmission Grid Network 488
7. Regulatory Oversight of the Electricity Market 490
7.1. In General 490
7.2. ElCom 490
7.3. Other Regulatory Authorities 493
Part IV: Prospects 494
1. 'Complete' Liberalization of the Electricity Market 494
2. First Modifications of ESA 495
3. Future Challenges 497
Conclusion 498

Propostas Legislativas do Novo Marco Regulatório do Pré-Sal 499
Marcos Juruena Villela Souto (Brasil)
Introdução 499
1. Evolução da disciplina constitucional do monopólio do petróleo 501
2. Evolução do regime constitucional das concessões de recursos minerais 504
3. Exame da sede constitucional do modelo de concessão de petróleo 505
4. A motivação para a proposta de modelos complementares à concessão 507
5. A mudança dos marcos e o princípio da segurança jurídica 510
6. O impacto generalizado na economia e o controle de proporcionalidade das medidas 514
7. A frustração dos princípios da isonomia e da livre concorrência 517
7.1. Das hipóteses de contratação direta da PETROBRÁS 518
7.2. As interpretações juridicamente aceitáveis das propostas 520

7.3. O princípio da autonomia da vontade e a obrigatoriedade de formação de consórcios com a PETROBRÁS 522
7.4. O contrato de cessão de direitos para a capitalização da PETROBRÁS 525
8. A criação da PETROSAL e o risco à economicidade 528
9. A criação do Fundo Social 531
10. O risco ao princípio federativo nos critérios de partilha de receitas 532
Conclusões 534

El Marco Normativo de la Utilización de las Energías Renovables 537
Josefina Cortés Campos (México)
Introducción 537
1. El contexto de decisión y las estrategias regulatorias de la LAFRE 539
1.1. Objeto de regulación (actividad, medios y sujetos autorizados) 541
1.2. Condiciones de incorporación de la energía generada a través de ER a la red eléctrica nacional 542
1.3. Esquema de costos, incentivos y precios 543
1.4. Planeación Sectorial 544
1.5. Coordinación interregional 545
1.6. Desarrollo regional y cargas de orden público 545
1.7. Esquemas de financiamiento 546
1.8. Distribución de competencias y convergencia institucional 548
2. Cláusulas Generales y Dependencia normativa: Notas para una evaluación Limitada 550
3. Las energías renovables: límites tecnolócios, legales y constitucionales 552
4. Eficacia Transversal de la Lafre 561
5. La lectura de las barreras de entrada y/o títulos habilitantes en términos estrictamente jurídicos 565
6. Reflexiones finales 569
Bibliografía 570

Quarta Parte
Regulação das Comunicações

Las Obligaciones de Servicio Público en el Derecho Español de las Telecomunicaciones 575
Miguel Ángel Sendín García (Espanha)
I. Introducción 575
II. Significado de la Clasificación de las Telecomunicaciones como Servicios de Interés General 578
III. Los Servicios Públicos del Art. 4 LGT. 580
IV. Las Obligaciones de Servicio Público 583
4.1. Delimitación conceptual. 583
4.2. Delimitación de las obligaciones de servicio público 591
4.2.1. El servicio universal 591
4.2.2. Otras obligaciones de servicio público 609

Las Obligaciones de Servicio Público en las Telecomunicaciones 611
Antonio Marti del Moral (Espanha)
I. Introducción 611
II. Servicio Público, Servicio de Interés General y Servicio Universal 613
1. Del servicio público al servicio de interés general 613
3. El servicio universal de telecomunicaciones en Europa 617
III. Las Obligaciones de Servicio Público y de Carácter Público: Justificación, Clases y Distinción 618
1. Justificación 619
2. Distinción con las Obligaciones de Carácter Público 620
IV. Régimen General de las Obligaciones de Servicio Público 621
1. Fines de las OSP 622
2. Clases de Obligaciones de Servicio Publico 622
3. Sujetos obligados a prestar las OSP 624
3. La aplicación supletoria del régimen de concesión de servicio público 625
4. Los principios que rigen el cumplimiento de las obligaciones de servicio público 626
5. La gestión directa por el Estado en caso de incumplimiento de las OSP 627
V. El Servicio Universal de Telecomunicaciones 628
1. Prestaciones incluidas en el contenido del SUT 629
A. Acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija 629
B. Una guía general del número de abonados y el servicio de información correspondiente 631
C. Una oferta suficiente de servicios públicos de pago 632
D. Especial referencia al colectivo de usuarios discapacitados y a los que tienen necesidades sociales especiales 633
2. Sujetos obligados a prestar el SUT y sistema de designación de los operadores obligados a prestarlo 633
3. Financiación del SUT 634
A. Caracteres generales en la Directiva SUT 635
B) La normativa nacional 636
VI. Recapitulación 640

Sobre la Regulabilidad de Internet 641
Ramon-Jordi Moles i Plaza (Espanha)
1. El dónde, cuándo, quién y cómo del ciberespacio 641
1.1. El "dónde" del ciberespacio 641
1.2. El "cuándo" y "quién" en el ciberespacio 644
1.3. El "cómo" en el ciberespacio 647
2. La Regulabilidad del Ciberespacio 648
2.1. Código abierto y código cerrado 648
2.2. Las estructuras de control 654
2.3. Autorregulación y derecho blando 658
2.4. Servicio público e Internet 659
5. La Intervención Administrativa en el Ciberespacio 662
5.1. La intervención administrativa del ciberespacio 662

5.2. La intervención administrativa sobre los cibernautas 664
A) Sobre las cookies 666
B) Sobre los certificados digitales 669
4. Conclusión 676

Servicios Postales y Constitución: un abordaje del sistema brasileño y argentino .. 677
A. Saddy (Brasil)
Introducción 677
1. Concepto, mercado e industria de red en el sector postal 682
2. La necesidad de cambios en el sector postal y su reforma en el mundo 688
3. El sector postal brasileño y sus peculiaridades 691
3.1 Naturaleza jurídica del servicio postal brasileño 693
3.2. La cuestión del monopolio en el servicio postal brasileño 701
3.3. La posición del Supremo Tribunal Federal Brasileño 710
4. El sector postal argentino y sus peculiaridades 714
4.1. El deficiente proceso de regulación argentino en el sector postal 719
4.2. La privatización del servicio postal y las garantías constitucionales argentinas 722
Conclusiones 726

Quinta Parte
Regulação das Águas

Public Participation in Water Management Policy - The European Water Framework Directive 731
Patricia Jonason (Suécia)
Introduction 731
Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level 731
The European Framework Directive: background and summarized description ... 733
Public participation in environmental matters 734
1. The participatory processes taken place in the frame of the drawing-up and of the transposition of the Water Framework Directive 736
1.1. The participatory process at the European level in the frame of the preparation and the drawing-up of the Water Framework Directive 736
1.2. The participatory process at the European level in the frame of the implementation of the Directive by the Member States 737
1.3. The participatory processes throughout the Swedish implementation process 738
1.3.1. The transposition of the Water Framework Directive into Swedish Law .. 738
1.3.2. The participatory processes which took place in the frame of the transposition of the Water Framework Directive 740
1.3.2.1. Ad hoc public participation by the means of hearings during the drafting of transposition law 740
1.3.2.2. Usual public participation trough consultation of outside bodies on the drafts of transposition law 740
2. The rules on participation contained in the Water Framework Directive and their transposition into the Swedish legislation 741

2.1.The field of application *ratione materiae* of the provisions concerning public participation 742
2.1.1. The forms of public participation mentioned in the Directive 742
2.1.2. The stages in the decision-making process covered by public participation ... 744
2.2. The field of application *ratione personae* of the provisions on public participation. 744
2.3. The transposition of participation provisions of the Directive into Swedish Law . 745
3. Swedish public participation in practice in the frame of the first cycle 747
Final conclusions 750

Water Resources Regulation and Trading in Australia 753
Janice Gray (Austrália)
Introduction..... 753
Part 1 - The regulatory landscape in Australia..... 756
Legislation..... 756
Executive Action..... 757
Common Law 758
Media..... 760
Governmentality..... 761
The market 762
Part 2 - Key Aspects of Water Management and Regulation in Australia..... 763
Introduction..... 763
Context- Climatic Conditions..... 764
How has water traditionally been managed in Australia?..... 765
CoAG and Winds of Change 767
The New Trading-Based Water legislation – key concepts 770
Regulatory agencies, institutions and trading 772
Water resources 772
Important aspects of water trading legislation and regulation..... 774
Overview of water markets in Australia..... 774
Part 3 - Prognosis..... 776
Legislation 776
Governmentality and the Statisticalisation of Data..... 778
The Media 779
The Market..... 782
Ambit of the Water Market 782
Global Economic Crisis, a 'New Normal Economy' and the Water Market..... 783
The Market and Environment 787
General observations 788
Outcomes of new water regulation hard to fathom 788
The beast can't bear up to the regulatory/managerial burden 789
Conclusion..... 791

Regulação das Águas e Resíduos em Portugal 793
João Nuno Calvão da Silva (Portugal)
Nota prévia..... 793

I. Da organização e gestão do sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos 794
A) Até 1993: serviços públicos municipais 794
B) Após 1993: novo modelo de gestão do sector 795
B.1) Sistemas multimunicipais e municipais: caracterização 795
B.2) Sistemas multimunicipais e municipais: gestão 799
II. Do quadro regulatório do sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos 802
A) Da necessidade de regulação (independente) 802
B) Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais 803
C) Instituto Regulador de Águas e Resíduos 804
D) Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) 806
D.1) ERSAR: da natureza jurídica 806
D.2) ERSAR: das atribuições 807
D.3) ERSAR: do âmbito subjectivo de actuação 808
D.4) ERSAR: dos poderes regulatórios 811
D.4.1) Poderes regulamentares 812
D.4.2) Poderes de supervisão 815
D.4.3) Poderes sancionatórios 817
D.4.4) Poderes de resolução de litígios 821
III. Sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos como Serviço de Interesse Económico Geral 823
A) Dos Serviços de Interesse Económico Geral: breve introdução 823
B) Águas e Resíduos como Serviços de Interesse Económico Geral: princípio da subsidiariedade 825
C) Águas e Resíduos como Serviços de Interesse Económico Geral e a Directiva dos Serviços (Directiva 2006/123/CE, de 12 de Dezembro) 828
C.1) Âmbito da Directiva dos Serviços e SIEG 828
C.2) Directiva dos Serviços: águas e resíduos como SIEG e direito de estabelecimento 829
C.3) Directiva dos Serviços: águas e resíduos como SIEG e liberdade de prestação de serviços 831
D) Águas e Resíduos e a Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei nº 23/96, de 26 de Julho) 832

Regulación del Agua: Panorama Actual sobre la Infraestructura del Servicio de Agua Potable y Desagües Cloacales en la República Argentina 835
Mariana García Torres (Argentina)
I. Introducción 835
II. Conceptos post modernos. El derecho humano al agua 837
III. La importancia de la regulación del agua 841
IV. Actual esquema de regulación en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Sujetos que hoy intervienen. Alcances del sistema de control y regulatorio. 845
V. Concesiones y explotaciones: sobre la organización del sector sanitario en el resto de la República Argentina 853

VI.- La infraestructura sanitaria y su financiamiento..... 859
VII. Sobre los desafíos a afrontar en cumplimiento a los Objetivos del Milenio (2015) .. 861
VIII. Pinceladas finales. 864

Sexta Parte
Regulação dos Transportes

Política Común de Transporte y Redes Transeuropeas. Orígenes y retos. Hacia un renovado modelo de la política de infraestructuras para la Europa del Tratado de Lisboa 867

Nuria María Garrido Cuenca (Espanha)

1. Introducción: importancia de la política común de transportes. El contraste entre su lenta evolución inicial y la tupida normativa del último quinquenio..... 867
2. Principales fases en la evolución de la política común de transportes..... 870
3. La Política Común de Redes Transeuropeas. Un Complemento Inescindible de la Política Común de Transportes en el Ámbito de las Infraestructuras..... 873
   A) Introducción: Concepto, origen y significado 873
   B) Funciones y objetivos de las RTE. En particular, el principio de subsidiariedad..... 878
   C) Medios de ejecución de las RTE..... 880
      a) El establecimiento de "orientaciones" comunitarias 880
      b) Las Decisiones normativas sobre las orientaciones en el sector del transporte 881
   D) Acciones necesarias para garantizar la interoperabilidad, especialmente en el ámbito de la armonización de las normas técnicas 884
   E) La Financiación de las Redes Transeuropeas en la Actualidad..... 885
4. Las Claves de la Política Común de Transportes en la Actualidad: Previsiones y Propuestas de Acción del Libro Blanco de la Comisión Publicado En 2001 Bajo el Título "La Política Europea de Transportes de Cara al 2010: La Hora de la Verdad". Hacia un Modelo de "Transporte Sostenible"..... 887
      a) Revitalizar el ferrocarril..... 888
      b) Reforzar la calidad del transporte por carretera..... 888
      c) Fomentar el transporte marítimo y fluvial..... 889
      d) Reconciliar el crecimiento del transporte aéreo con el medio ambiente..... 890
      e) Materializar la intermodalidad 890
      f) Realizar la red transeuropea de transportes 890
      g) Reforzar la seguridad vial..... 892
      h) Decidir una política de tarificación eficaz de los transportes..... 892
      i) Reconocer los derechos y las obligaciones de los usuarios..... 893
      j) Desarrollar transportes urbanos de calidad..... 894
      k) Poner la tecnología al servicio de transportes limpios y eficaces 894
      l) Gestionar los efectos de la mundialización 895
      ll) Desarrollar los objetivos medioambientales a medio y largo plazo para un sistema de transporte sostenible 896
5. Perspectivas de la Política de Transportes Europea: La Revisión del Libro Blanco de 2001 en la Comunicación "Por una Europa en Movimiento. Movilidad Sostenible para Nuestro Continente" de 2006. Realidades y Déficits en la Actualidad 897
   A) Razones y objetivos del futuro de la política común 897

B) Objetivos de la futura política común y síntesis de las principales acciones previstas comunitariamente 899
C) Conclusiones: una agenda de acción renovada 905
A) Normas generales o que afectan a más de un tipo de transporte: 909
B) Normas relativas al transporte aéreo, tendentes a la puesta en práctica del cielo único europeo, mejorar el rendimiento medioambiental, la seguridad y la calidad de los servicios de cara al usuario 910
C) Normas referidas al transporte por carretera: 911
D) Normas referidas al transporte marítimo: 911
E) Normas relativas a la navegación interior 911

Las Infraestructuras y los Servicios del Sistema Metropolitano de Transporte (Metro) 913
Víctor Rafael Hernández-Mendible (Venezuela)
I. Introducción 913
II. El régimen jurídico del sistema metropolitano de transporte 915
III. La naturaleza del servicio del sistema metropolitano de transporte 916
IV. Las infraestructuras públicas del sistema metropolitano de transporte 920
4.1. Los tipos de infraestructuras del sistema metropolitano de transporte 920
4.2. Los modos de ejecución de las infraestructuras del sistema metropolitano de transporte 921
V. La ocupación del territorio y el sistema metropolitano de transporte 922
5.1. La procedencia de la expropiación de los bienes privados 923
5.2. El derecho al uso de los bienes del Poder Público Local 924
5.3. La constitución de servidumbres sobre bienes inmuebles 925
VI. El operador del sistema metropolitano de transporte 927
6.1. El régimen de los boletos y tarifas del sistema metropolitano de transporte ... 929
6.2. El régimen de personal que labora en el operador que gestiona el sistema metropolitano de transporte 930
6.3. El derecho a huelga del personal que labora en el sistema metropolitano de transporte 931
VII. El estatuto de los usuarios del sistema metropolitano de transporte 932
7.1. Las normas de los usuarios del Metro 933
a) Normas de seguridad 933
b) Normas de limpieza e higiene 933
c) Normas de buen funcionamiento 933
d) Normas que establecen sanciones 934
7.2. Las normas de los usuarios del Metrobus 934
b) Normas de limpieza e higiene 935
c) Normas de buen funcionamiento 935
d) Normas que establecen sanciones 935
VIII. El orden jurisdiccional competente para conocer de los asuntos que surgen con motivo de la operación del sistema metropolitano de transporte 935
8.1. El orden jurisdiccional penal 936
8.2. El orden jurisdiccional social 936

8.3. El orden jurisdiccional administrativo 936
IX. Consideraciones finales 937

Regulación del Sector Ferroviario en el Derecho Comunitario y su Influencia en las Regulaciones de los distintos Estados Miembros. Regulación del Mercado Ferroviario en España 941
Pablo Silván Ochoa (Espanha)
1. Introducción 941
2. Regulación estructural del sector ferroviario en el Derecho comunitario 942
3. Régimen de las ayudas de estado en el sector ferroviario 949
3.1. Ayudas a la construcción de nuevas infraestructuras ferroviarias 950
3.2. Compensaciones por la prestación de servicios públicos o por la asunción de obligaciones de servicio público 952
3.3. Otras ayudas al sector ferroviario 954
a) Ayudas derivadas de la financiación pública de las infraestructuras ferroviarias 954
b) Ayudas para la adquisición o la renovación del material rodante 955
c) Ayudas a la amortización de las deudas de las empresas ferroviarias 956
d) Ayudas destinadas a la coordinación de los transportes 957
4. Regulación del mercado ferroviario en España 958

El Derecho Comunitario del Transporte Aéreo 965
Marcos Gómez Puente (Espanha)
I. El Origen de la Política Comunitaria de Transporte Aéreo 965
II. La Ordenación Comunitaria del Transporte Aéreo 969
A) La progresiva ordenación y liberalización del transporte aéreo comunitario 969
B) La vigente regulación comunitaria del transporte aéreo 976
a) El acceso a la actividad. La licencia de transporte aéreo de las compañías comunitarias 976
b) La acreditación de las compañías no comunitarias 979
c) Las condiciones de ejercicio de la actividad 980
d) La autorización de servicios aéreos comerciales 983
e) La designación de compañías aéreas (adjudicación de servicios aéreos regulares extracomunitarios). 984
f) Las obligaciones de servicio público 985
C) Otros objetos de la política comunitaria 986
III. La Defensa de la Competencia en el Transporte Aéreo 991
A) La aplicación de las normas de la competencia en el transporte aéreo 992

Organização Administrativa e Regulação dos Portos 999
Manuel Lopes Porto (Portugal)
João Nuno Calvão da Silva (Portugal)
Introdução 999
I. Evolução da intervenção do Estado na economia: do Estado Providência ao Estado Regulador 999
II. Estado Regulador 1001
III. Intervenção do Estado nos portos 1003

A) Modelo *landlord* e papel regulador do Estado 1003
B) Heterogeneidade na regulação dos portos 1005
Comunidade Europeia (CE) 1008
I. Administração e regulação dos principais portos europeus: síntese 1008
II. Política portuária na Comunidade Europeia (CE) 1009
A) Primeiras iniciativas 1009
B) Directiva dos serviços portuários 1010
C) Comunicação da Comissão sobre política portuária europeia (2007) 1011
Bélgica 1013
I. Organização portuária 1013
II. Política portuária: papel do Estado 1015
Espanha 1016
I. Portos de "interesse geral" 1016
II. Autoridades Portuárias 1017
III. *Puertos del Estado* *1019*
França 1019
I. Introdução 1019
II. Organização portuária 1021
Irlanda 1023
Itália 1024
Portugal 1027
I. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações 1027
II. Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM) 1028
III. Autoridades portuárias constituídas sob a forma de sociedades 1029
Reino Unido 1030
I. Portos privados 1031
II. Portos geridos por *trusts* *1032*
III. Portos municipais 1032
Brasil 1033
I. Reforma do sector portuário brasileiro: traços fundamentais 1033
A) Privatização 1033
B) Descentralização 1035
C) Concorrência 1036
II. Reforma institucional do sector portuário brasileiro 1037
A) Novo papel do Estado 1037
B) Reorganização institucional 1038
B.1) Âmbito federal 1038
B.1.1) Governo federal: Ministério dos Transportes 1038
B.1.2) Lei nº 10. 233, de 5 de Junho de 2001: criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (DNIT) 1038
B.1.2.1) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) 1039
B.1.2.2) Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (DNIT) .. 1039
B.2) Âmbito local 1040
B.2.1) Conselho de Autoridade Portuária (CAP) 1040

B.2.2) Autoridades Portuárias 1040
Nova Zelândia 1041
I. Evolução 1041
II. Modelo de "portos mistos" 1042

Sétima Parte
Defesa da concorrência no Direito das Infraestruturas

Competências Antitruste e Regulações Setoriais 1045
Alexandre Santos de Aragão (Brasil)

La Precisión Histórico-Ontológica del Antitrust en el Contexto de la Distribución de Bienes y Servicios 1057
José Miguel Azpúrua Alfonzo (Venezuela)
Introducción: La incipiencia de la distribución dentro de la gestación de las políticas económicas de corte liberal en la historia contemporánea 1057
I. Primera Parte: Análisis del Antitrust en la Distribución de Bienes y Servicios. Evolución Histórica 1059
1. Antitrust y la distribución de bienes y servicios 1059
1.1. Métodos de Distribución 1059
1.2. Distribución, Antitrust y la Política Económica Internacional 1060
2. La distribución de bienes y servicios en el contexto de la normativa fundacional del Antitrust en la historia contemporánea 1063
3. Hacia la Multilateralización del Antitrust: Aspectos Importantes 1067
3.1. El reto de la instauración de regímenes de Antitrust en economías de mercado emergentes 1068
3.1.1. El tratamiento de las restricciones verticales del Comercio: Venezuela, Brasil 1069
3.1.2. Aplicación extraterritorial de las leyes de Antitrust como una manifestación de su multilateralización 1070
3.1.3. La inclusión del Antitrust dentro del Sistema OMC/GATT como posible forma de multilateralización 1072
Conclusión 1073

Droit Communautaire de la Concurrence et Regulation Sectorielle (Exemple du Droit des Telecommunications) 1075
Inga Kawka (Polônia)
1. Introduction 1075
2. Aperçu de deux méthodes d'intervention de l'Etat sur le marché 1076
2.1. Droit de la concurrence 1076
2.2. Régulation sectorielle 1077
3. Convergence de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence 1080
4. Différences entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence 1082
5. La coopération entre les organes de protection de la concurrence et les ARN 1083
6. Conclusion 1086

Poteri Amministrativi Sanzionatori e Impegni dei Privati Nella Legislazione Italiana a Tutela Della Concorrenza 1089
Luca De Lucia (Italia)
Vittorio Minervini (Italia)
1. *Premessa* 1089
Sezione I - Norme e diritto vivente 1090
2. *Gli impegni nel regolamento n. 1 del 2003* 1090
2.1. *Art. 9 del regolamento n. 1 del 2003* 1090
2.2. *Segue: problemi aperti* 1092
2.3. *Interpretazioni giurisprudenziali* 1093
3. *Norme nazionali che prevedono la possibilità per i privati di proporre impegni* 1095
3.1. *Il dato normativo* 1095
3.2. *Opinioni della dottrina* 1099
3.3. *Prassi applicative* 1100
3.4. *Interpretazioni giurisprudenziali* 1102
Sezione II - Ipotesi ricostruttiva 1104
4. *Gli impegni nell'ordinamento italiano* 1104
4.1. *Profili strutturali e natura giuridica della fattispecie* 1105
4.2. *Profili funzionali* 1109
5. *Disciplina della fattispecie* 1111
5.1. *Rapporti con l'art. 11, l. n. 241 del 1990* 1112
5.2. *Problemi di tutela giurisdizionale del proponente (cenni)* 1115
5.3. *Principi di tipicità e di proporzionalità (cenni)* 1116
5.4. *Interpretazione degli impegni* 1119
6. *Efficacia degli impegni riguardo ai terzi e problemi di tutela giurisdizionale* 1121
6.1. *Cenni alla natura multipolare della normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori* 1121
6.2. *I terzi in relazione agli impegni* 1122
6.4. *I terzi e gli impegni nei procedimenti regolatori (cenni)* 1125
7. *Considerazioni conclusive* 1126

Breve apresentação dos autores

Alberto Biglieri
Professor Titular Ordinário de Direito Administrativo na Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Professor Adjunto Ordinário de Direito da Integração na Universidad de Buenos Aires e Mestre em Administração, Direito e Economia dos Serviços Públicos (USAL – Carlos III).

Alexandre Santos de Aragão
Professor-Adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes.

A. Saddy
Pessoal Docente e Investigador em Formação da Universidad Complutense de Madrid, Pesquisador Associado do Centro para Estudos Socio-Legal da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford, Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional.

Antonio Marti del Moral
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Jaén.

Aurilivi Linares Martínez
Especialista em Direito Administrativo pela Universidad Central de Venezuela, Doutoranda em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional.

Bernard-Frank Macera
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Valladolid e Docente da Université de Pau.

Christian Alberto Cao
Professor da Universidad de Buenos Aires, Doutorando em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madrid e Universidad de Buenos Aires e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Eva Desdentado Daroca
Professora Titular de Direito Administrativo da Universidad de Alcalá de Henares.

Henrique Meier Echeverría
Coordenador da Pós-graduação em Direito Coorporativo da Universidad Metropolitana de Caracas.

Inga Kawka
Professora de Direito e Ciências Administrativas da Uniwersytet Pedagogiczny de Cracóvia.

James F. Reardon
Doutorando pela Université de Fribourg e Membro da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional.

Janice Gray
Professora da Faculdade de Direito na University of New South Wales.

João Nuno Calvão da Silva
Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Ciências Jurídico-Comunitárias.

Jorge H. Sarmiento García
Professor Emérito da Universidad Nacional de Cuyo. Membro Correspondente da Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Professor em Cursos de Doutorado e de Pós-graduação nas Universidades Católica de Santa Fe, Nacional de Cuyo, Católica de Cuyo e do Norte Santo Tomás de Aquino.

José Luis Villar Ezcurra
Professor Titular da Universidad Complutense de Madrid.

José Ignacio Hernández G.
Professor de Direito Administrativo da Universidad Central de Venezuela, da Universidad Católica Andrés Bello e Diretor do Centro de Estudos de Direito Público da Universidad Monteávila.

José Mª Aristóteles Magán Perales
Professor Titular da Universidad de Castilla-La Mancha.

José Miguel Azpúrua Alfonzo
Mestre em Regulação Comercial pela New York University School of Law e em Políticas Públicas pela University College London School of Public Policy.

Josefina Cortés Campos
Professora e Investigadora do Departamento de Direito do Instituto Tecnológico Autônomo do México e Diretora do Mestrado em Direito Administrativo e da Regulação.

Luca De Lucia
Professor Extraordinário de Direito Administrativo da Università di Salerno.

Mª Gabriela Cresto Irigoyen
Doutora em Derecho pela Universidad de Salamanca.

Manuel Lopes Porto
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Marcos Gómez Puente
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Cantabria.

Marcos Juruena Villela Souto
Professor de Direito Administrativo Regulatório da Universidade Candido Mendes, Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho.

Mariana García Torres
Professora Universitária, Especialista em Direito Administrativo e Coordenadora Nacional do Departamento de Direito Ambiental da Associação Argentina de Direito Administrativo.

Mauricio Rafael Pernía-Reyes
Professor de Direito Público da Universidad Católica del Táchira.

Miguel Ángel Sendín García
Professor da Universidad Europea Miguel de Cervantes.

Nuria Maria Garrido Cuenca
Professora Titular de Direito Administrativo da Universidad de Castilla-La Mancha.

Pablo Silván Ochoa
Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid e Mestre em Comunidades Europeias e União Europeia pelo Real Instituto de Estudios Europeos de Zaragoza.

Patricia Jonason
Professora Assistente no Departamento de Direito Público da Södertörn University.

Pedro António P. Costa Gonçalves
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Ramon-Jordi Moles i Plaza
Professor Titular de Direito Administrativo da Universitat Autònoma de Barcelona e Diretor do Centro de Investigação em Governança do Risco.

Susanne Michel
Membro do Departamento Jurídico da Association des entreprises électriques suisses.

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Professor de Direito da Regulação Econômica da Universidad Católica Andrés Bello e Professor Visitante da Universidad Externado de Colombia e da Universidad de La Sabana.

Vittorio Minervini
Advogado em Roma.

Prólogo

Pouco depois do lançamento da sua segunda obra coletiva, titulada *Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros*, publicada, no Brasil, pela editora Lumen Juris, a MethoIus Consultoria Jurídica Internacional (www.methoius.com) apresenta a comunidade jurídica e acadêmica um novo livro: *Direito das Infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados*.

No intuito de continuar promovendo o pensamento jurídico-social e o debate das ideias, esta terceira obra tem o propósito de englobar as principais novidades do Direito das Infraestruturas. Isso posto, inicialmente, é mister enfatizar que ao crescimento de um país são necessários grandes investimentos em infraestrutura, nos mais diferentes setores. Ou seja, somente, por meio da infraestrutura é possível atingir-se o desenvolvimento, afinal, além de criar empregos, esta permite o bom funcionamento dos demais ramos da economia. Consequentemente, pode-se inferir, de antemão, que não há como um Estado crescer sem infraestrutura nas áreas de energia, comunicação, água e transporte, as quais permitirão o alavanque de sua economia. Tal preocupação e suas devidas diacronias jurídico-contextuais justificam a presente obra.

O Direito das Infraestruturas, como novo Direito, engloba o estudo do conjunto de elementos ou serviços que se consideram necessários para a criação e funcionamento de uma determinada atividade econômica. É uma nova área que tem sua essência no aprofundamento do processo de desestatização e regulação de diferentes mercados; na análise do desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva, bem como no estabelecimento de concorrência em diferentes fases das atividades; na definição de uma mesma atividade de distintas naturezas jurídicas (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); na busca de novos mecanismos de gestão e financiamento para evitar que as infraestruturas dos distintos setores entrem em colapso; entre outros.

Desse modo, como na obra anterior, com o intento de convergir o pensamento mais lúcido no momento, convidaram-se renomados estudiosos de distintos países, na área de Direito Público, para enfrentar o desafio de desbravar tais tópicos.

É com imensa honra que agradecemos a colaboração de todos os coautores, aproveitando para oferecer a todos que tenham interesse a obra que ora segue. Muito obrigado!

MethoIus Consultoría Jurídica Internacional

Apresentação

O Direito das Infraestruturas engloba o conjunto de elementos ou serviços que se considera necessário para a criação e funcionamento de uma determinada atividade econômica, por conseguinte, as infraestruturas abrangem tudo quanto seja indispensável para que funcione uma organização, integrando, assim, ao seu conceito, elementos não tangíveis (serviços), além de elementos materiais e imateriais, por isso a ideia de rede surge como algo consubstanciado ao conceito de infraestrutura. Todas as infraestruturas são de rede ou se encontram conectadas a uma rede, que, por sua vez, pode ser contínua ou descontínua, assim, vê-se como redundante a expressão *"infraestrutura de rede"*.

Durante muito tempo, a gestão e o financiamento das infraestruturas eram executadas pelo próprio Estado, sendo, então, custeadas por meio das receitas dos impostos, do financiamento direto do Estado ou pela criação de entidades às quais o Estado consignava a receita; e estas financiavam, por sua vez, a infraestrutura. Outra hipótese de financiamento eram as receitas públicas não-fiscais, ou seja, o preço cobrado por meio de taxas e tarifas aos usuários. Também, existia o financiamento misto (público-privado) e, uma quarta hipótese, o financiamento unicamente privado, que buscava os valores necessários junto aos bancos.

O processo de desestatização, pelo qual se transferiam empresas, bens e serviços do setor público para a iniciativa privada, por meio da privatização de empresas estatais, autorizações, permissões e concessões de serviços públicos, modificou a forma de gestão e financiamento das infraestruturas.

Esse processo foi acompanhado de um sistema de regulação que trouxe consigo um novo modelo de Estado, regulador do mercado, presente na economia como um estrategista e não um piloto, descaracterizando o Estado produtor e impondo o fim de um dirigismo econômico. Tal modelo de Estado conduziu a uma especialização em diversos setores e segmentos, dessa forma, abandonando a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la à direção técnica, interpretando conceitos essencialmente técnicos, assim, visando à implementação de políticas públicas por meio de atos normativos, executivos e judicantes.

Emergido das mudanças na concepção do conteúdo das diferentes atividades administrativas em função do princípio da eficiência, economicidade, especialidade, absten-

ção, subsidiariedade, entre outros, e devido à crise do Estado Bem-estar, a atual intervenção do Estado como regulador do mercado culminou no surgimento de novas áreas de estudo, entre elas, o Direito das Infraestruturas.

Assim, por englobar o conjunto de elementos ou serviços que se consideram necessários para a criação e funcionamento de uma determinada atividade econômica, torna-se importante saber se esta atividade constitui um serviço público ou uma atividade econômica em sentido estrito, o que justifica um grande número de estudos pertinente a distintos mercados regulados. Há de recordar-se que a definição de determinada atividade como sendo ou não de serviço público é de fundamental interesse para se determinar a disciplina jurídica a ela aplicável.

Convém, ademais, esclarecer que o fato de certa atividade configurar-se, em determinado âmbito, como atividade econômica em sentido estrito não exclui a possibilidade de que a mesma se revista como serviço público. Com o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva, bem como o estabelecimento de concorrência em diferentes fases das atividades, o que se observa atualmente é a diversidade em uma mesma atividade de naturezas jurídicas de determinados segmentos desta. Não se pode mais falar que determinado setor é ou não um serviço público, deve-se estudar seus segmentos separadamente para, então, defini-los ou não como tal. Este desmembramento e definição de cada fase das atividades é outro ponto de interesse no estudo do Direito das Infraestruturas.

Além do estudo dos distintos setores de infraestrutura, hodiernamente, existe em muitos países a busca de mecanismos para evitar que as infraestruturas desses setores entrem em colapso e impeçam o crescimento, a credibilidade e a estabilidade do país.

A gestão e os investimentos dos setores de infraestrutura possuem uma série de características que justificaram, historicamente, a intervenção do Estado para assegurar a provisão destes serviços. As próprias condições estruturais desses mercados, caso do setor de infraestrutura, impedem a organização de um regime de livre iniciativa e concorrência. Seja pela situação de monopólios naturais ou de antigos monopólios legais transferidos à exploração de entes privados, a atuação de agentes reguladores e fiscalizadores é fundamental para o respeito aos princípios basilares da constituição econômica.

Princípios como o da obrigatoriedade de interconexão e do livre acesso às redes, por força dos quais os operadores devem facilitar aos demais o acesso à infraestrutura, sem discriminações, passaram a fazer parte de distintos setores como mecanismos criadores de espaços introdutórios de competição em ambientes nos quais a competição seria inviável sem um ente regulador.

Enfim, essas e outras áreas relacionadas a infraestruturas e seus diferentes setores são apresentadas aos leitores, nesta obra, com o esforço de renomados juristas de distintos países que generosamente colaboraram para a culminação desse segundo livro da coleção

de estudos jurídicos da MethoIus Consultoría Jurídica Internacional, por meio da qual, busca, a mesma, dar conhecimento de estudos e debates de extrema importância jurídica a estudiosos e aplicadores do Direito no Brasil e no mundo. A todos os coautores, nosso sincero agradecimento.

Tem-se ciência de que esse novo Direito deve emergir de um ponto de equilíbrio que requer a reflexão e o debate para desenhar o marco regulatório dos distintos mercados regulados no intuito de conceder segurança jurídica aos investidores de capitais nas infraestruturas. É o debate aberto, prudente e rigoroso o meio encontrado para tanto.

Alerta-se que o livro não foi pensado de forma a compartilhar, em um mesmo volume, certas semelhanças de caráter sistemático, de maneira que o leitor pode encontrar enfoques e concepções diferentes, de modo implícito ou explícito. Entende-se que essa opção é melhor do que a de tentar oferecer uma visão mais linear e pretensiosamente mais coerente.

Em suas páginas, apresentam-se estudos de reconhecidos estudiosos dispostos em sete divisões temáticas: I – Pressupostos básicos do Estado Regulador e Políticas Públicas Aplicadas; II – As Infraestruturas Públicas; III – Regulação das Energias; IV – Regulação das Comunicações; V – Regulação das Águas; VI – Regulação dos Transportes; e VII – Defesa da concorrência no Direito das Infraestruturas.

A primeira parte aborda aspectos relacionados ao Estado Regulador, iniciando-se com dois artigos introdutórios que enfocam as transformações atualmente vivenciadas pelo Estado e, consequentemente, pelo Direito Administrativo. Dessa forma, o leitor conseguirá ter uma visão geral dos pressupostos necessários para entender o novo Direito das Infraestruturas. Em seguida, complementando os artigos anteriores, tem-se uma visão filosófica-moral da regulação dos serviços públicos, sob tal perspectiva, o autor demonstra as bases para a mesma. E, por fim, seguem-se a estes, artigo relacionado ao modelo de economia social e ambiental do mercado, evidenciando a inter-relação entre a ordem econômica e social.

A segunda parte inicia-se com uma análise didática das infraestruturas públicas, onde, além de se fazer uma delimitação do conceito e uma classificação, realiza-se um estudo sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Passa-se, em seguida, a analisar, nos distintos artigos, aspectos relacionados à construção, gestão e financiamento das infraestruturas. Em vista disso, primeiramente, coloca-se em foco um artigo sobre a infraestrutura, em um caso concreto, o da Argentina, evidenciando tanto as licitações como o fomento. Passa-se, ulteriormente, ao estudo dos princípios que rigem as modalidades de seleção de contratistas na Venezuela, da Parceria Público-Privada no Brasil e finaliza-se o apartado com dois estudos de setor: a infraestrutura viária na Espanha, e a infraestrutura minera na Venezuela.

Constituída a parte introdutória, de embasamento teórico atinente ao Direito das Infraestruturas, abre-se caminho ao exame da regulação dos distintos segmentos de mercado.

O primeiro setor individuado foi o energético (terceira parte). O artigo introdutório trata do setor no âmbito supranacional, com enfoque para o MERCOSUL. Ainda, enquanto análise introdutória, apresenta-se um artigo no tocante ao papel do Estado nos setores econômicos com ênfase no setor elétrico venezuelano, a partir do qual se propicia a investigação de uma série de distintos institutos relacionados ao Direito das Infraestruturas, como a liberdade de acesso à rede e as obrigações especiais de serviços essenciais. Traçado esse panorama inicial, em continuidade, colocam-se três estudos de caso sobre o setor elétrico, um, na Venezuela, concernente à regulação do setor; outro, no Brasil, no tocante ao novo marco regulatório; e, por fim, na Suíça, no que tange à liberalização do mercado elétrico. Na sequência, têm-se um estudo setorial sobre petróleo no Brasil, quanto à análise das propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. Por fim, finaliza-se a terceira parte com um estudo a respeito do marco normativo da utilização das energias renováveis.

Seguindo o enfoque da análise dos distintos segmentos de mercado, avalia-se, na quarta parte do livro, a regulação das comunicações por meio de dois artigos sobre as obrigações de serviços públicos de telecomunicações na Espanha e na União Europeia, um sobre a regulabilidade da internet e outro referente aos serviços postais no Brasil e na Argentina.

A quinta parte trata da regulação das águas a partir da análise de quatro distintos países, de três diferentes continentes, com culturas e ordenamentos jurídicos totalmente díspares. No âmbito europeu, expõe-se uma perspectiva sueca da participação pública (popular) nas políticas de gestão da água, e a outra análise, portuguesa, no tocante à regulação das águas e resíduos. Na Oceania, tem-se um estudo australiano concernente à regulação dos recursos de água e seu comércio. E, por fim, na América Latina, focaliza-se um artigo a respeito dos panoramas atuais sobre a infraestrutura do setor de água potável e esgoto na Argentina.

Na sexta parte da obra, procede-se à análise da regulação dos transportes. Inicia-se a seção com um artigo que trata da política comum de transportes e redes transeuropeias, em seguida, passa-se a um exame setorial, primeiramente, ponderando-se a respeito das infraestruturas e serviços do sistema metropolitano de transporte (Metro), para, depois, analisar: a regulação do setor ferroviário no Direito comunitário e espanhol; o Direito comunitário do transporte aéreo; e, por fim, a organização administrativa e regulação dos portos em distintos países.

Conclui-se o livro (sétima parte) com uma análise da regulação transversal dos distintos segmentos estudados, ou seja, uma apreciação alusiva à defesa da concorrência no Direito das Infraestruturas. O primeiro artigo trata das divergências entre a competência antitruste e a regulação setorial com ênfase no Direito brasileiro. Em contínuo, descreve-

-se uma abordagem histórico-ontológica do Direito antitruste no âmbito da distribuição de bens e serviços. Sucessivamente, volta-se a tratar dos conflitos entre o Direito concorrencial e a regulação setorial, tema, este, contextualizado na Europa e utilizando-se, como exemplo, o Direito das telecomunicações. Finaliza-se, a argumentação, com um artigo relativo ao poder administrativo sancionatório e à participação privada na legislação italiana de proteção à concorrência.

Como nota de esclarecimento, deve-se ressaltar que, em benefício da autenticidade da produção acadêmica de cada autor, mantiveram-se os textos em suas versões originais. Também, ofertou-se aos articulistas uma total liberdade científica, além de deixar ao critério de cada coautor o modo de realizar as referências bibliográficas dos autores citados, uma vez que se diferenciam, de país para país, as normas a serem utilizadas.

Para finalizar esta breve apresentação nada mais justo que destacar que, com muito prazer, comparti a responsabilidade de coordenar esta obra com minha amiga e sócia, Aurilivi Linares Martínez, a quem agradeço todo entusiasmo e atenção que sempre prestou para a feliz culminação de dito projeto. Assim que, em nome de ambos, quero agradecer publicamente a todos coautores pela confiança e contribuições, bem como a MethoIus Consultoria Jurídica Internacional e à Editora Lumen Juris. O trabalho realizado não poderia ter sido concretizado se não fosse a colaboração de todos.

A. Saddy
MMX, janeiro, Oxford, Reino Unido

Primeira Parte
Pressupostos básicos do Estado Regulador e Políticas Públicas Aplicadas

Crisis y Transformación del Derecho Administrativo

*Eva Desdentado Daroca**

I. Las transformaciones en las relaciones Estado-sociedad y en el papel de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo. De la crítica de los fallos del mercado a la crítica de los fallos del "no mercado". II. Las transformaciones recientes del papel de la Administración y del Derecho Administrativo: la huida del Derecho Administrativo; el surgimiento de las Administraciones independientes; el paso de un Estado prestador a un Estado contratante y las nuevas tendencias externalizadoras; el paso de un Estado gestor a un Estado controlador-regulador (privatizaciones, liberalizaciones de servicios y neoregulación); la autorregulación y autocontrol. 1.Introducción. 2. La pseudoprivatización o huida del Derecho Administrativo. 3. La aparición de las Administraciones independientes: la huida del modelo clásico de Administración Pública y la búsqueda de neutralidad en la gestión pública y de nuevos sistemas de garantías y de contrapesos. 4. Del "Estado gestor" al "Estado contratante". 4.1. El creciente recurso a la gestión indirecta. 4.2. Las nuevas orientaciones externalizadoras. La externalización de potestades administrativas que implican ejercicio de autoridad. 4.3. Del "Estado prestador" al "Estado regulador-controlador". 4.4. La tendencia hacia la autorregulación y el autocontrol: comunicaciones previas, declaraciones responsables y autocertificaciones.

I. Las transformaciones en las relaciones Estado-sociedad y en el papel de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo. De la crítica de los fallos del mercado a la crítica de los fallos del "no mercado"

En las últimas décadas se han producido importantes cambios en las relaciones Estado-sociedad y, correlativamente, en el papel de las Administraciones Públicas y en los objetivos y medios del Derecho Administrativo[1].

Tanto nuestro país como los países de nuestro entorno se definen, en la actualidad, como Estados sociales y democráticos de Derecho. Sin embargo, ya desde los años setenta del siglo XX, el Estado social, tal y como se concibió inicialmente, entra en una fase de indudable crisis que da inicio a nuevas reflexiones, teorías y críticas de la intervención

* *Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares.*

1 Sobre estos cambios, vid. E.DESDENTADO DAROCA, La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

pública que están en el origen de las importantes transformaciones del Derecho Administrativo a las que venimos asistiendo en los últimos tiempos.

Como es sabido, el Estado social no supuso una ruptura radical con el Estado liberal, sino únicamente la corrección, o al menos el intento de corregir, sus deficiencias económicas y sociales. Por un lado, la combinación del sistema liberal y de la industrialización había producido una situación tal de explotación, miseria y pauperismo de la clase trabajadora que amenazaba traducirse en una revolución social que pondría en peligro el mantenimiento del régimen político liberal. La transformación y reforma del Estado liberal en un Estado encargado de la "procura existencial" era la única vía para dar una respuesta al conflicto social y garantizar la continuidad del sistema[2]. Por otro lado, el funcionamiento del liberalismo económico presentaba importantes deficiencias. Las crisis cíclicas, las externalidades, el surgimiento de monopolios, los costes de información, la incapacidad del mercado para proveer a la sociedad de bienes públicos puros y la iniquidad distributiva del mercado[3] llevaron a la conclusión de que era necesaria una intervención estatal que corrigiera esas ineficiencias.

Las críticas a los fallos del mercado llevaron a que el Estado liberal de carácter esencialmente abstencionista se viera suplantado por un "Estado interventor" que redistribuye la riqueza y conforma el orden social, por un "Estado de prestaciones" que se responsabiliza de la creación y prestación de servicios públicos y por un "Estado empresario" que no sólo interviene en la economía, sino que asume una actuación económica empresarial.

La relevancia que, en este modelo, tiene la generación y gestión de servicios públicos y prestaciones sociales y la necesidad de una regulación rápida, continua y, en ocasiones, de alta complejidad técnica, que permita lograr la conformación de las condiciones socioeconómicas determinan una creciente importancia del aparato ejecutivo, y con él de la Administración, frente al legislativo, más lento y menos especializado. De un Estado "predominantemente legislativo" propio del Estado liberal se pasa a un Estado "predominantemente administrativo"[4]. La toma de decisiones se traslada del Parlamento a las instancias que por sus estructuras se considera que tienen mayor capacidad para actuar y para adoptar decisiones rápidas, es decir, a las instancias gubernamentales y administrativas y, por otra parte, el intervencionismo del Estado obliga a la configuración de un aparato organizativo burocrático de complejidad y extensión considerables[5].

El Estado social ha tenido un período de indudable éxito y expansión durante un amplio período que comprende desde la Segunda Guerra Mundial hasta principios de los

---

2 Sobre este punto, vid. M.GARCÍA-PELAYO, Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza, Madrid, 1977, págs.14 y ss; P.BALDWIN, La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975, Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

3 Para un análisis de los fallos del mercado, vid. CH.WOLF, *Mercados o Gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995, págs.31 y ss.

4 M.GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones…*, cit., pag.36.

5 E.DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1988, pág.97.

años setenta. Sin embargo, a partir de 1974 aparecen importantes fases de recesión, aumenta el desempleo, surgen nuevas formas de pobreza y el peso relativo de las prestaciones y servicios sociales se incrementa. El Estado social se encuentra en una situación de crisis caracterizada por la sobrecarga y el déficit de financiación. Todo ello se traduce en una situación de "ingobernabilidad"[6] que, de acuerdo con destacados autores[7], no tiene un carácter coyuntural, sino que responde a elementos estructurales del propio Estado social y democrático de Derecho. Por un lado, la conversión por el Estado social de las sociedades occidentales en sociedades de expectativas genera una presión sobre el gasto público difícil de frenar. Es más, el sistema democrático parece también coadyuvar al incremento del gasto y del déficit públicos. En este sentido, Sartori ha denunciado la ausencia de estructuras adecuadas en las democracias actuales para limitar el gasto del Estado. En el sistema representativo inicial, el Parlamento tenía un fuerte interés en evitar el endeudamiento público porque sus miembros eran los que iban a soportar el coste del mismo La actuación económica del Estado se guiaba así por un principio limitador del gasto: "no taxation without representation". En la actualidad, el sufragio universal ha determinado una separación entre quienes demandan y obtienen los beneficios de los programas públicos y quienes proporcionan los ingresos para sufragar sus costes. De esta forma, el principio que rige la actuación económica del Estado es un principio incrementador del gasto: "more taxation via representation"[8].

A una conclusión semejante ha llegado la Escuela de la "Public Choice"[9], que también ha destacado que los sistemas democráticos occidentales incurren en déficits presupuestarios permanentes debido a la propia mecánica del sistema. Los gobiernos y partidos políticos persiguen mantenerse en el poder mediante la maximización del voto y para ello se ven obligados a ceder a las presiones y demandas de los grupos de interés que normalmente se traducen en un mayor gasto público o en la concesión de ventajas fiscales. A ello se añade la "miopía inherente al proceso político", que se caracteriza porque los partidos políticos, preocupados por la obtención de votos, suelen preferir medidas a corto plazo. El funcionamiento del "mercado electoral" tiende, pues, a incrementar el déficit público.

---

6 Vid.N.BOBBIO, "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos", en *Crisis de la democracia*, Barcelona, 1985, pág.14.

7 Vid., entre otros, P.ROSANVALLON, *La crise de l'État providence*, Éditions du Seuil, Paris, 1981, págs.7-59; P.MISHRA, *El Estado de Bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, págs.46 y ss; J.O'CONNOR, La crisis fiscal del Estado, Ediciones Península, Barcelona, 1981, págs.63-91; R.DAHRENDORF, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Madrid, 1990, págs.32-40.

8 Vid. G.SARTORI, *La democracia después del comunismo*, Alianza, Madrid, 1993, pág.106.

9 Sobre la Escuela de la Public Choice, vid.H.LEPAGE, *Mañana, el capitalismo*, Alianza, Madrid, 1979, págs.177 y ss; H.STRETTON y L.ORCHARD, *Public goods, Public Enterprise, Public Choice. Theoretical Foundations of the Contemporary Attack on Government*, St.Martín´s Press, New York, 1994, págs.36 y ss y 123 y ss; D.A.FARBER y P.P.FRICKEY, "The Jurisprudence of Public Choice", *Texas Law Review*, vol.65, n.5, 1987, págs.891 y ss; D.C. MUELLER, "Public Choice: A Survey", en J.M.BUCHANAN y K.D.TOLLISON, *The Theory of Public Choice-II,* The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1994, págs. 45 y ss.

Pero el Estado del Bienestar no sólo se ve afectado por una crisis de financiación, sino también por una crisis de eficacia y legitimación. Como hemos visto, la economía del Estado de Bienestar se asentaba sobre la teoría de los fallos del mercado, esto es, sobre la crítica de la teoría económica liberal clásica. A las imperfecciones del sistema de mercado basado en intereses egoístas e individuales se opuso el modelo de una intervención pública dirigida únicamente a la consecución de intereses públicos.

Sin embargo, esta visión dicotómica de un mercado imperfecto y de un Estado perfecto ha sido destruida por los nuevos economistas liberales y, especialmente, por la Escuela de la Elección pública. Estas teorías económicas han puesto de manifiesto que la intervención estatal para la corrección de los fallos del mercado tampoco está exenta de deficiencias. En primer lugar, en el "no mercado" se generan deficiencias estructurales en la configuración de la oferta y la demanda en la intervención pública[10]. En especial, la desvinculación entre los costes y los ingresos producidos por bienes y servicios públicos puede llevar a la utilización de más recursos de los necesarios para generar los productos, pues, en efecto, mientras que los operadores en el mercado cuentan con incentivos para expandir la producción reduciendo los costes al existir un marco de competencia, en el no mercado los responsables de la prestación o producción carecen de esos incentivos, lo que lleva finalmente a que la sociedad termine pagando los servicios más caros de lo que debería. La ausencia de competencia y de mercado lleva también a dificultades en la propia configuración de la oferta de bienes y servicios públicos y no permite garantizar el fin de actividades que, sin embargo, carecen de éxito o de una demanda correlativa adecuada[11].

En segundo lugar, la Escuela de la Elección Pública denuncia que los particulares no actúan como "homos economicus" en el mercado y como burócratas racionales de tipo weberiano en la Administración. Tanto en un ámbito como en otro, el individuo es un "homo economicus" que persigue la maximización de sus propios fines. La diferencia radica en que, contra lo que pueda parecer "a priori", las características organizativas de la empresa y el funcionamiento del mercado imponen mayores restricciones que los organismos públicos a la satisfacción de los intereses puramente particulares de los empleados[12].

En tercer lugar, también se ha señalado que las políticas públicas ideadas para corregir los fallos del mercado también dan lugar, en ocasiones, a externalidades, es decir, a costes secundarios no anticipados. Así, por ejemplo, se ha afirmado que las regla-

10 Vid. los trabajos recogidos en H.HANUSH (ed.), *Anatomy of Government Defficiencies*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo, 1983, pág.16; G.O.ROBINSON, *American Bureaucracy. Public Choice and Public Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1991, págs.31 y ss; CH.WOLF, "A Theory of Nonmarket Failures", *The Public Interest*, n.55, 1979.

11 H.LEPAGE, *Mañana…*, cit., págs.46 y ss; CH.WOLF, *Mercados o gobiernos…*, cit., pág.58 y 67.

12 J.M.BUCHANAN, "The achievement and the Limits of Public Choice in Diagnosing Government Failure and in Offering Basis for Constructive Reform" en H.HANUSH (ed.), *Anatomy…*, cit., págs.20 y ss.

mentaciones dictadas para corregir efectos nocivos del funcionamiento del mercado han terminado perjudicando a los consumidores que se han visto obligados a pagar precios más elevados de los que hubieran resultado de un mercado no regulado. La existencia de monopolios públicos se ha considerado un obstáculo a la mejora de la calidad de bienes y servicios, a la creación de empleo, a la innovación tecnológica y a la inversión[13].

Finalmente, se ha puesto también en entredicho la necesidad de la intervención estatal ante la existencia de fallos del mercado. Coase[14] ha rechazado la teoría de Pigou y ha afirmado que la existencia de externalidades no requiere necesariamente la intervención del Estado, porque si no existen costes de transacción o éstos tienen escasa entidad, las partes negociarán libremente la solución más eficiente.

De todo ello se deduce que el criterio general debe ser la preferencia del mercado sobre el no mercado, lo que justifica la tendencia a la privatización, la desregulación y la liberalización de servicios públicos. La teoría de los fallos del no mercado puso así seriamente en entredicho los fundamentos de la teoría económica del Bienestar. Y ello se ha traducido en un importante cambio cultural en la visión de la relación entre el Estado y la sociedad; en un cambio que implica una ruptura con lo que Rosanvallon[15] ha denominado el "compromiso keynesiano" y que supone una vuelta a la búsqueda de una mayor esfera de autonomía privada frente al Estado.

II. Las transformaciones recientes del papel de la Administración y del Derecho Administrativo: la huida del Derecho Administrativo; el surgimiento de las Administraciones independientes; el paso de un Estado prestador a un Estado contratante y las nuevas tendencias externalizadoras; el paso de un Estado gestor a un Estado controlador-regulador (privatizaciones, liberalizaciones de servicios y neoregulación); la autorregulación y autocontrol

1. Introducción

Las teorías expuestas y la nueva visión de la relación Estado-sociedad han contribuido notablemente a la génesis de algunas de las transformaciones importantes que

13 S.BREYER, "Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, less restrictive alternatives, and reform", *Harvard Law Review*, vol.92, 1979, págs.563 y ss; y del mismo autor, *Regulation and Its Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

14 R.H.COASE, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol.III, 1960.

15 P.ROSANVALLON, *La crise de l´État-providence*, cit., págs.31 y ss.

atraviesan la Administración y el Derecho Administrativo de nuestros días. Entre ellas destacan la huida del Derecho Administrativo, la privatización, la desregulación y liberalización de servicios públicos, el repliegue del Estado en las obras públicas y en la provisión de infraestructuras, con una clara preferencia por fórmulas privadas de financiación y un incremento de la colaboración del sector privado, el surgimiento de las Administraciones independientes, y las nuevas tendencias externalizadoras.

2. La pseudoprivatización o huida del Derecho Administrativo

La denuncia de la ineficiencia de las estructuras organizativas y de las regulaciones restrictivas de la actuación administrativa tiene, sin duda, una estrecha relación con el movimiento de pseudoprivatización ya ampliamente conocido como huida del Derecho Administrativo o huida de la Administración al Derecho privado. La aplicación del Derecho Privado se abre paso inicialmente en la actividad mercantil e industrial de la Administración. Un ámbito en que podía considerarse justificado por la actuación en condiciones de igualdad con las empresas privadas en el mercado o por las exigencias de mayor flexibilidad de las actividades industriales y mercantiles. Sin embargo, la huida al Derecho Privado no se ha limitado a ese terreno, extendiéndose posteriormente al desarrollo de actividades que implican el ejercicio de funciones propiamente administrativas. Ello fue, en gran medida, propiciado por las regulaciones introducidas por la Ley de Entidades Estatales Autónomas y por la Ley General Presupuestaria que contemplaban una disociación entre la forma de organización y el régimen jurídico aplicable, fundamentalmente al prever las figuras de las entidades públicas empresariales y los entes apátridas, que se han utilizado para huir del Derecho Administrativo común y crear regímenes administrativos especiales o, en otros supuestos más inquietantes, para arrumbar el Derecho Público y permitir la aplicación del Derecho Privado. Un fenómeno al que se ha sumado también la utilización de la forma fundacional y societaria para la realización de actividades propiamente administrativas, de realización de obras públicas, de gestión de infraestructuras o de prestación de ciertos servicios, como el sanitario.

Esta "pseudoprivatización" se ampara en la idea de que el Derecho Administrativo resulta ser, en ocasiones, una auténtica rémora u obstáculo para lograr una adecuada y eficaz satisfacción de los intereses generales. Los procedimientos administrativos se consideran rígidos, inadecuados y lentos; el sistema de controles, un factor que resta eficacia; el régimen funcionarial, una causa de ineficiencia; y los contratos y los procedimientos de selección de los contratistas lentos e inflexibles[16]. Y es posi-

16 A.TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág.50.

ble que –al menos en algunos casos- no falten razones para las críticas que se erigen a la rigidez, a los costes y a la falta de flexibilidad de algunas regulaciones administrativas. Ahora bien, estas críticas no pueden justificar el abandono del Derecho Administrativo y la huida a un Derecho Privado cuya aplicación presenta otros problemas. Si es preciso, será necesario proceder a un estudio serio de las instituciones jurídico-administrativas desde la perspectiva de su eficiencia y, cuando realmente sea conveniente realizar las reformas que sean pertinentes para lograr una gestión más eficaz de los intereses públicos. Porque lo que, desde luego, no puede obviarse es que el Derecho Administrativo, más allá de responder a la necesidad de configurar unas prerrogativas a favor de la Administración, responde también a la necesidad de proteger la posición de los ciudadanos y de garantizar el sometimiento de los poderes públicos a los principios que nuestra sociedad considera que ha de regir la actividad pública.

La huida del Derecho Administrativo no puede convertirse en una huida del Derecho, como dijo Sala Arquer[17], y la búsqueda de la flexibilidad y la eficiencia no pueden servir de excusa para la utilización, denunciada por Troncoso, de la organización administrativa para fines ajenos a los intereses públicos, para prodigar favores a quien interese políticamente, para situar en la función pública a amigos y adeptos, y para incrementar los ámbitos de inmunidad del poder[18]. Ahora bien, tampoco creo que el rechazo del recurso al Derecho Privado pueda justificarse sobre la base de una supuesta reserva general de Derecho Administrativo establecida en la Constitución, como ha mantenido un sector de la doctrina[19]. Estoy de acuerdo con Borrajo y Troncoso[20] en que de la regulación constitucional no puede deducirse la existencia de una correlación necesaria entre Administración, Derecho Administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa. Sí existen, no obstante, algunas reservas parciales de Derecho Administrativo para determinadas materias y ciertos principios y límites de la actuación administrativa que pueden obligar a modular la aplicación del Derecho privado a la Administración. La Constitución no veta toda utilización del Derecho privado por parte de la Administración, sino que deja al legislador un margen para decidir, en función de razones de oportunidad, si es necesaria o no una regulación exorbitante de la actividad administrativa para que ésta satisfaga adecuadamente los intereses generales. Ese margen de decisión debe respetar, no obstante, los límites y

17 J.M.SALA ARQUER, "Huida al Derecho Privado y huida del Derecho", *REDA*, n.75, 1992, págs.399 y 406.

18 A.TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág.56.

19 Vid. S.DEL SAZ, "Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional, en C.CHINCHILLA MARÍN, B.LOZANO Y S.DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, págs.174 y ss

20 I.BORRAJO INIESTA, "El intento de huir del Derecho Administrativo", *REDA*, n.78, 1993, pág.235; A.TRONCOSO REIGADA, *Privatización…*, cit.

principios consagrados en la Constitución, tales como la reserva parcial de relación funcionarial para los empleados públicos (STC 99/1987), el régimen administrativo singular de bienes demaniales y comunales, el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y ante los poderes públicos, el principio de mérito y capacidad en la selección del personal de la Administración, la imparcialidad, la objetividad, la transparencia, la producción de actos administrativos a través de un procedimiento que garantice la audiencia al interesado, el respeto a los derechos fundamentales y la interdicción de la arbitrariedad.

De igual forma, derivan hoy también importantes límites del Derecho comunitario, singularmente en materia de contratación, pues de acuerdo con las Directivas aplicables (2004/17 y 18) la adjudicación de determinados contratos de obras, servicios y suministros deben observar las reglas y principios de Derecho Público que garanticen la publicidad de la contratación y la igualdad de los licitadores. Es más, del Derecho comunitario procede un importante obstáculo a la huida, ya que para éste la forma organizativa de la entidad (de Derecho Público o de Derecho Privado) es irrelevante, centrando la cuestión en el tipo de actividad que se desarrolla (mercantil o administrativa) y en la existencia o no de un control de la misma por la Administración. Los principios y reglas de Derecho Público se imponen así siempre que se adopta una decisión materialmente administrativa, detrás de la cual se encuentra el poder público, procediéndose, si es preciso para imponer las debidas garantías, a levantar el velo de la personificación instrumental privada utilizada por la Administración. Un paso, sin duda, muy importante, que no obsta para que fuera conveniente también reconsiderar e incorporar mayor claridad y límites a la configuración de las entidades instrumentales y a la utilización de las formas de personificación privada. En el caso de las entidades públicas empresariales porque se trata de una solución organizativa ambigua y abiertamente contraria al criterio de separación entre regulación pública y actividad de gestión empresarial por el que se inclina el Derecho comunitario[21], y en el caso de las sociedades y fundaciones públicas porque se ha producido un claro abuso de estas formas instrumentales –en especial, en el ámbito autonómico y local- que opera en detrimento de la transparencia de la gestión pública[22]. Ni la LOFAGE ni la nueva Ley de Agencias Estatales de 2006, pese a su evidente intento racionalizador y a la búsqueda de un modelo organizativo más adecuado, han resuelto estos problemas.

---

21 J.ESTEVE PARDO, "La regulación de la economía desde el Estado garante", en AAVV, *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson-Aranzadi/ Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Cizur Menor, 2007, pág.93.

22 M.SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General,* Tecnos, Madrid, 2009, pág.70.

3. La aparición de las Administraciones independientes: la huida del modelo clásico de Administración Pública y la búsqueda de neutralidad en la gestión pública y de nuevos sistemas de garantías y de contrapesos

Es manifiesta también la relación existente entre las críticas a la intervención estatal y a la democracia y el surgimiento de las Administraciones independientes[23]. En los últimos tiempos hemos asistido a la aparición de este nuevo tipo de Administraciones cuya configuración persigue una mayor independencia respecto al Gobierno y que responde a una supuesta necesidad de neutralizar políticamente su gestión. Para lograr esa neutralización política, estos entes tienen reconocido un ámbito competencial propio y exclusivo que les exime del sometimiento a órdenes o instrucciones del Gobierno. Pero, además, el poder de dirección y control propio del Gobierno se restringe mediante la privación o limitación de la facultad de nombramiento y destitución de los directivos del ente.

De esta forma, las sociedades occidentales han visto cómo importantes sectores de la actividad gubernamental y administrativa han sido encomendados a organizaciones respecto de las cuales los poderes clásicos de dirección y control del Gobierno se encuentran, cuanto menos, sometidos a importantes limitaciones.

Se ha producido, así, una crisis del modelo clásico de Administración pública y una transformación esencial de su naturaleza. De acuerdo con la concepción de la Administración surgida del constitucionalismo liberal, en la que se han inspirado nuestros sistemas constitucionales, ésta es una organización profesionalizada y jerarquizada de carácter puramente instrumental o servicial de la comunidad, dirigida a la satisfacción de los intereses generales. La Administración no es representante del pueblo y no posee una legitimidad propia. De ahí precisamente que sea una entidad dependiente, sometida a la dirección y control del Gobierno. El origen de éste y su subordinación al mismo es lo que confiere a la Administración una legitimidad democrática indirecta de la que de otro modo carecería. Y, por otro lado, la dirección de la Administración permite a las Cámaras exigir al Gobierno las responsabilidades políticas pertinentes por el funcionamiento de las mismas.

La creación de las Administraciones independientes responde a un nuevo sentimiento que recorre las sociedades occidentales[24]: la desconfianza respecto al funciona-

23 Sobre las Administraciones independientes, con carácter general, vid. A.BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1994; M.MAGIDE HERRERO, *Los límites constituciones de las Administraciones independientes, Madrid*, 2000; L.A.POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", *RAP*, n.132, 1993; J.M.SALA ARQUER, "El Estado neutral: contribución al estudio de las Administraciones independientes", *REDA*, n.42, 1984.

24 En nuestra opinión pública es sintomático de ello, el artículo de G.TORTELLA, "¿Demasiada democracia?", *El País*, 20 de noviembre de 2006.

miento del sistema democrático y de los Gobiernos o más ampliamente del "no mercado". Las críticas al sistema democrático y la denuncia de su incapacidad para garantizar la adopción de medidas económicas necesarias pero impopulares por sus efectos a corto plazo o por su incidencia sobre las expectativas de provisiones de la sociedad o de determinados grupos de interés, así como la idea de que es preciso separar el poder público y el mercado parece haber encontrado un eco, pues precisamente uno de los tipos más característicos de Administraciones independientes es el que se encarga de funciones de contenido económico (mercado de valores, energía, telecomunicaciones, defensa de la competencia, política monetaria y ordenación y supervisión bancaria). También las críticas a la imagen idealista del Gobierno como una institución dedicada exclusivamente a la satisfacción de los intereses generales y la tesis de la Escuela de la Elección Pública de que los gobernantes actúan frecuentemente a favor de sus propios intereses partidistas, parecen haber influido en la creación de las Administraciones independientes destinadas a la garantía de los derechos fundamentales y de la seguridad. Tal es el caso de los entes independientes encargados de controlar los medios de comunicación social y de las Administraciones de protección de datos automatizados de carácter personal, de la seguridad nuclear y de la seguridad alimentaria.

Las Administraciones independientes se conciben, pues, como mecanismos de corrección de las supuestas deficiencias de la democracia y del "no mercado", como entes que responden a la nueva relación entre Estado y sociedad y "que aspiran…a situarse en una posición de equidistancia entre ambas realidades"[25].

Se trata de un nuevo fenómeno organizativo de indudable interés, pero que plantea problemas y objeciones importantes y que ha dado lugar a serias críticas. Parte de la doctrina estadounidense las considera un cuarto brazo del Estado contrario al principio de división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial. Se ha denunciado la inconstitucionalidad de la limitación del poder de dirección política de la Administración que las Constituciones reconocen a los Gobiernos. Se ha afirmado que estas Administraciones son un nuevo poder del Estado, sin cabeza, irresponsable y descoordinado. Se ha puesto de manifiesto que, lejos de lo que pueda pensarse "a priori", estas Administraciones, carentes de legitimidad democrática indirecta y de dirección política, no se limitan a adoptar decisiones puramente técnicas, incontrovertidas y neutras, sino que realizan importantes elecciones políticas. El Consejo de Estado francés ha alertado de los serios problemas de control jerárquico, parlamentario y jurisdiccional que plantean estas organizaciones, sin que sus ventajas de gestión y de coste sean evidentes. El Tribunal Supremo norteamericano ha confirmado la adecuación a Derecho de las Agencias independientes con funciones "cuasilegislativas" y "cuasijudiciales", pero ha declarado inconstitucional

25 J.ESTEVE PARDO, "La regulación de la economía…", cit., pág.112.

la limitación del poder presidencial de destitución de autoridades de Administraciones "independientes" con funciones propiamente administrativas, como la reserva por parte del Congreso de potestades relacionadas con el nombramiento y destitución de autoridades cuya función consiste en la ejecución de la ley.

En nuestro país, algunos autores como Parada y García Llovet[26] han dado la voz de alarma sobre la posible inconstitucionalidad de estas nuevas formas de organización administrativa. Se ha afirmado su incompatibilidad con la dirección de la Administración que de acuerdo con el art.97 corresponde al Gobierno; con el principio de responsabilidad política; y con el sistema de distribución de funciones públicas. Sin embargo, no todos los autores han considerado que la situación sea tan trágica. García de Enterría y T.R.Fernández[27], por ejemplo, consideran que la independencia de estos entes no es tan amplia como pudiera pensarse y que las potestades de dirección y control del Gobierno, aunque moduladas, subsisten. Por otra parte, las Administraciones independientes pueden verse como un mecanismo que perfecciona y actualiza el principio de división de poderes entendido como sistema de limitación del poder y de garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos. Frente al sistema político democrático y los fallos del "no mercado" se establecen unas organizaciones carentes de legitimidad democrática y de dirección por instancia política alguna, neutrales y eminentemente técnicas, que operan como nuevos instrumentos de contrapeso, de mejora de los mecanismos de "checks and balances"[28]. Es preciso, no obstante, tener presente que esta especie de "cuarto poder" no tiene un carácter democrático, sino tecnocrático y que ello lleva aparejado el peligro, señalado por Dahl, de que el ascenso al poder de élites especializadas y la dependencia del pueblo de ellas socave lentamente la democracia y lleve sutilmente hacia un sistema de "cuasi-tutores", en el que las principales decisiones estarían completamente desligadas del pueblo[29].

Ahora bien, la naturaleza, alcance y legitimidad del grado de autonomía de las Administraciones independientes existentes en nuestro país es diversa y las objeciones y problemas que plantean las mismas también son distintos. Hay Administraciones cuya independencia se encuentra consagrada a nivel constitucional, como es caso de las Universidades, y otras cuya independencia se deduce, o al menos pretende deducirse, de la propia Constitución (Consejo de la Juventud de España, Radiotelevisión Española). Y

---

26 R.PARADA VÁZQUEZ, "Las Administraciones independientes" en A.PÉREZ MORENO (coord.), *La Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo,* Madrid, 1994 y E.GARCÍA LLOVET, "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", *RAP*, n.131, 1993, pág.117.

27 E.GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R.FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

28 En este sentido, SABOURIN, "Les autorités administratives independantes. Une categorie nouvelle", *AJDA*, n.5, 1983, pág.292; P.L.STRAUSS, "The place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", 84 *Columbia Law Review*, 573 (1984); P.M. SHANE, "Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis", 57 *George Washington Law Review*, 596 (1989).

29 R.A.DAHL, *La democracia y sus críticos,* Paidós, Barcelona, 1993, pág.394.

en otras, como el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Agencia de Protección de Datos, nos encontramos con que el tipo de decisiones que adoptan tienen un carácter eminentemente técnico y normalmente reglado que hacen menos difícil la aceptación de la limitación de la dirección gubernamental y de la carencia de legitimación democrática indirecta. Lo que, es preciso advertir, no excluye otros problemas que ha apuntado la doctrina, como son los relativos a la constitucionalidad de las potestades de las Cortes para el nombramiento de directivos (Consejo de Administración de la Corporación RTVE) o para la inspección de la actividad de estas Administraciones (Consejo de Seguridad Nuclear) , o las dificultades que la limitación del poder de dirección plantea para exigir la responsabilidad del gobierno por el funcionamiento de estos servicios, así como el hecho de que frecuentemente ni la ciencia ni la técnica avoca a soluciones unívocas, por lo que siempre pueden aparecer márgenes de oportunidad en la toma de decisiones.

4. Del "Estado gestor" al "Estado contratante"

4.1. El creciente recurso a la gestión indirecta

La idea de que el Estado es un mal gestor se ha traducido en un aumento sustancial de la contratación de la prestación de los servicios públicos a empresas privadas, lo que responde a la creencia de que la experiencia de las entidades privadas, la competencia entre las mismas para la obtención de la gestión del servicio y el ahorro de la Administración en recursos materiales y personales supondría un descenso de los costes sin afectar a la calidad, e incluso, en ocasiones, con una mejora de la calidad. Diversos estudios han puesto de manifiesto que la prestación privada de los servicios públicos permite lograr un importante recorte de costes, una mayor eficiencia en la prestación y, en ocasiones, incluso una mejora significativa de la calidad de los mismos. No debe, por tanto, extrañar que numerosos economistas anglosajones hayan abogado por la subsidiaridad de la gestión directa y el establecimiento del principio general de provisión privada de bienes y servicios (Savas, Spann, Orzechowski, Frank). También, entre nosotros, Garrido Falla ha defendido que "algunas ideas de nuestros abuelos decimonónicos deben ser recuperadas" y, entre ellas, especialmente, "la del "concesionario interpuesto""[30]. Por otro lado, como ha señalado Chinchilla, el monopolio público en la prestación de los servicios puede resultar contrario "al respeto a las libertades en general, y a la libertad de empresa, en particular", en cuyo caso, la gestión indirecta se presenta como el mecanismo idóneo para conciliar "la garantía de estos derechos y de aquellos otros

30 F.GARRIDO FALLA, "Privatización y reprivatización", *RAP*, n.126, 1991, pág.17.

a los que el servicio público tiende a satisfacer"[31]. Es más, la gestión indirecta puede venir impuesta, en nuestro país, por las exigencias del Derecho comunitario y especialmente por el principio de libre competencia.

La vuelta de la repugnancia hacia la Administración empresarial y el ensalzamiento de las libertades individuales y de la competencia ha llevado a una clara recuperación de la primacía de la forma típica de explotación de los servicios en el Estado liberal del siglo XIX. El "Estado contratante" avanza con paso decidido reduciendo las parcelas del Estado gestor. Si ello logra una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos de carácter económico o comercial y, por tanto, en la satisfacción de los intereses generales ha de ser, sin duda alguna, bienvenido. Sin embargo, el problema es que en ese avance, en muchas ocasiones, el "Estado contratante" no se detiene ante lo que tradicionalmente se ha considerado el reducto último y necesario de monopolio público: la prestación de servicios que implican el ejercicio de autoridad pública, las conocidas como funciones públicas soberanas. Y es que, en efecto, desde la perspectiva de la economía liberal lo único que justifica que el Estado desempeñe el papel de productor de bienes y servicios es la existencia de obstáculos naturales a una oferta privada de los mismos, esto es, que se trate de "bienes públicos puros". Estos bienes carecen de interés para el sector privado y sólo se ofertan si los produce el Estado porque se trata de bienes o servicios que por sus propias características (indivisibilidad e imposibilidad de exclusión del consumo) no son susceptibles de un tráfico económico normal. No obstante, en la medida en que la producción de un determinado bien o la prestación de cierto servicio, que hasta el momento se considerara un bien público, pueda convertirse en una actividad susceptible de explotación económica por sujetos privados nada impide su sustracción al monopolio público. Es más, desde el momento en que los particulares sean capaces de idear una fórmula que les permita realizar ese tipo de servicios en condiciones de rentabilidad económica, dejan de considerarse bienes públicos y la eficiencia hace preferible una provisión privada de los mismos. De ahí, que, en nuestro país, hayamos asistido a la privatización parcial del orden público, mediante la contratación de empresas privadas de seguridad en Ministerios y edificios públicos como los tribunales, y a la utilización de la gestión indirecta para el desarrollo de la actividad de fomento. En otros países, como Estados Unidos, han ido todavía más lejos procediendo a la contratación de los servicios de policía e incluso de los servicios penitenciarios.

Es evidente que la teoría de los "bienes públicos puros", que justificaba desde la perspectiva económica la existencia necesaria de ciertos monopolios públicos, se encuentra en crisis; la experiencia ha puesto de manifiesto que servicios que hasta ahora se consideraban

31 C.CHINCHILLA MARÍN, "El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión" en *Libro Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, págs.969-972.

como casos claros de este tipo de bienes (seguridad pública, prisiones) son perfectamente susceptibles de una gestión indirecta. Desde la perspectiva económica, no existe una distinción necesaria entre actividades que exigen el ejercicio de autoridad pública y meras actividades industriales o comerciales. Servicios que quedan comprendidos dentro de las tradicionales funciones públicas soberanas pueden ser, al mismo tiempo, actividades económicas rentables prestadas por particulares. La frontera entre la gestión directa e indirecta de los servicios públicos no viene, pues, impuesta por motivos económicos, sino que depende exclusivamente de las opciones valorativas y políticas de cada pueblo.

4.2. Las nuevas orientaciones externalizadoras. La externalización de potestades administrativas que implican ejercicio de autoridad

La preferencia por la externalización como instrumento para la consecución de una mayor eficacia en la prestación de los servicios públicos económicos o sociales no es realmente una novedad, pues implica únicamente un mayor recurso a fórmulas bien conocidas, como la gestión indirecta de servicios público o la realización de contratos de consultoría, asistencia y servicios[32].

Ahora bien, más problemática es la externalización, no ya de actividades de prestación o de actividades técnicas de carácter instrumental para el ejercicio de sus potestades por parte de la Administración, sino del propio ejercicio de las potestades administrativas que dan lugar a actos o decisiones unilaterales vinculantes de Derecho Público. Tal es el caso de la externalización de actividades de control, inspección, informe, o certificación vinculantes para la Administración e incluso de gestión de licencias. Una tendencia reciente que implica la atribución a entidades privadas colaboradoras de importantes potestades administrativas que implican el ejercicio de autoridad y que se refleja en el desarrollo por las mismas de tareas tales como la inspección técnica de vehículos, la certificación e inspección de la seguridad y calidad industrial (Ley 21, de 1992, de Industria), el control ambiental (Ley catalana 3/1998, Ley cántabra 17/2006, por ejemplo), la inspección de edificios (Ley del Suelo madrileña), la gestión de licencias de actividad (Ley catalana 3/1998), entre otras.

Ahora bien, no puede obviarse que, como entiende la mayor parte de la doctrina científica, no es posible regular un sistema de ejercicio privado de funciones públicas sin una previa habilitación legal[33]. Y ello porque supone alterar la regla de la irrenun-

32 Vid.G.FERNÁNDEZ FARRERES, "La Administración Pública y las reglas de la "externalización"" en AAVV, *La esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Genova, 25-27 maggio 2006, Bolonia University Press, Bologna, 2007, págs.45 y ss.

33 Vid.G.FERNÁNDEZ FARRERES, "La Administración Pública…", cit., págs.43 y ss; L.ORTEGA ÁLVAREZ y L.ARROYO JIMÉNEZ, "La externalización de los servicios públicos. Formas, principios y límites", en AAVV, *Le esternalizzazioni…*, cit., págs.243 y ss.

ciabilidad de la competencia, que establece con carácter general el artículo 12 de la Ley 30/1992 citada (LRJPAC), así como la norma consagrada en el artículo 251.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, conforme a la cual en ningún caso pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Estas reglas de alcance general pueden ser, ciertamente, excepcionadas, pero pueden serlo única y exclusivamente mediante otra norma de rango legal y nunca mediante una norma reglamentaria que carezca de esa habilitación. De ahí que sean discutibles algunas regulaciones reglamentarias recientes, como la Ordenanza de 29 de junio de 2009 del Ayuntamiento de Madrid, por la que se establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades, que da lugar a una externalización parcial de estas funciones públicas mediante la incorporación a las mismas de entidades colaboradoras privadas.

4.3. Del "Estado prestador" al "Estado regulador-controlador"

El sobredimensionamiento del sector público, la necesidad de reducir el déficit, la teoría de los fallos del mercado, la presión de la globalización de la economía y el ensalzamiento de la competencia y de la actividad privada ha llevado a otras dos formas de privatización: 1) la desnacionalización o transferencia de la propiedad de los activos públicos al sector privado y 2) la liberalización o desregulación de los monopolios públicos.

Sin duda alguna, el país pionero en este proceso de desnacionalización y desregulación fue Gran Bretaña. El Gobierno de Thatcher apostó decididamente por la liberalización, la venta de empresas públicas y la eliminación de los monopolios estatales, y realmente el alcance de la privatización ha sido amplísimo. No obstante, el caso británico fue muy ilustrativo del hecho de que el traspaso de empresas del sector público al sector privado no está tampoco exento de problemas. La venta de empresas no afectó únicamente a aquellas que se dedicaban a desarrollar actividades comerciales o industriales en un mercado competitivo, sino que alcanzó también a las denominadas "public utilities" encargadas de la prestación de servicios esenciales para la comunidad y cuya regularidad, calidad y accesibilidad económica es sumamente importante para los ciudadanos (telecomunicaciones, agua, transporte, gas...). Las críticas más importantes al programa de privatización se centraron precisamente en los efectos negativos de la pérdida de control estatal sobre la prestación de estos servicios. Así, por ejemplo, a la venta de "British Telecom" se opuso que ello supondría la pérdida de más de setenta mil cabinas telefónicas, especialmente, en las zonas rurales; un argumento semejante se utilizó contra la privatización del "Post Office" señalándose que ello supondría un recorte significativo de los servicios postales en las comunidades más pequeñas; y la privatización de "British Gas" despertó gran preocupación sobre el adecuado mantenimiento de los estándares de

seguridad, así como acerca de un posible incremento de los precios para los consumidores[34]. Por otro lado, la venta de determinadas empresas públicas podía traducirse en la simple sustitución de un monopolio público por un monopolio privado, lo que, desde luego, no garantizaba ni un incremento de la eficiencia ni una mejora en calidad o precio para los consumidores.

En definitiva, como ha afirmado Cassese[35], pronto se puso de manifiesto que la privatización sustituía problemas viejos por nuevos. Las empresas públicas se habían enfrentado a problemas de control interno; las nuevas empresas privadas encargadas de las "public utilities" planteaban la necesidad de un control externo. Los monopolios públicos presentaban indudables fallos, pero la liberalización podía permitir situaciones de monopolios u oligopolios privados. El "no mercado" planteaba problemas en la determinación de precios y en la configuración de la oferta y su adecuada correlación con la demanda real, pero el funcionamiento del mercado podía poner en riesgo la regularidad, continuidad, universalidad, calidad y accesibilidad de los servicios. Las críticas y la presión de los consumidores y usuarios imponían la supervisión y fiscalización públicas de las empresas privatizadas. Y de ahí que, paradójicamente, el programa británico de desregulación y privatización generara un incremento sustancial de la intervención administrativa en la economía. Eso sí, con un tipo de intervención distinta de la característica de la época de las nacionalizaciones. La Administración ya no actúa necesariamente en el mercado como agente empresarial o económico, pero lo regula en aras del interés general, de la competencia y de la protección de los intereses de los ciudadanos, y, además, controla la conformidad de la actuación de las empresas a esta regulación.

Una evolución y unas preocupaciones similares han tenido lugar en el Derecho Comunitario y también en nuestro Derecho interno, donde en las últimas décadas se ha asistido al fin de importantes monopolios públicos y a la liberalización de servicios públicos clásicos como las telecomunicaciones, los servicios postales, el transporte aéreo, marítimo y ferroviario o la energía. Este proceso de liberalización es acorde con las nuevas tendencias y con la relevancia del principio de la libre competencia en el Derecho Comunitario. La normativa comunitaria tiende a la eliminación de las trabas existentes a la libertad de mercado en diversos sectores económicos y, en último término, a la liberalización de los mismos. Sin embargo, se es también consciente de que existen determinados servicios esenciales cuya prestación adecuada y efectiva ha de preservarse. El propio TCE contempla la posibilidad de excluir la aplicación del principio de competencia a las empresas encargadas de la gestión de "servicios económicos de interés general" cuando

34 Vid. O.LETWIN, *Privatising the World. A Study of International Privatization in Theory and Practice*. Cassell, Protsmouth, 1988.

35 S.CASSESE, "Deregulation and Privatization in Italy" en T.PROSSER y M.MORAN, *Privatization and Regulatory Change in Europe*, Open University Press, Buckingham, Philadelphia, 1994.

ello sea imprescindible para el cumplimiento de la misión específica que tengan confiada (art.86.2). Y así mismo, desde el Libro verde de servicios y equipos de telecomunicaciones de 1987, se viene haciendo referencia a la necesidad de garantizar un "servicio universal", esto es, un servicio básico ofrecido a toda la comunidad en condiciones tarifarias asequibles y acorde a un nivel estándar de calidad y se afirma que ese servicio universal constituye "una de las principales exigencias políticas de la Unión". En este sentido, ya en la comunicación sobre "Los servicios de interés general en Europa", publicada en el "DOCE" el 26 de septiembre de 1996, se reconocía la existencia de servicios de interés general que contribuyen a la cohesión económica y social y que los europeos esperan recibir con calidad y precios asequibles, y se disponía que estos servicios deberán prestarse, siempre que sea posible en régimen de concurrencia y competencia, aunque ello pueda ir acompañado del establecimiento de declaraciones de "servicio universal" o de la imposición de "obligaciones de servicio" a los operadores privados. Ideas que se han reiterado en documentos posteriores (Comunicaciones de 2001, Libro Verde de 2003, Libro Blanco de 2004, Comunicación de 20 de noviembre de 2007) y que encuentran también reflejo en nuestra legislación interna (claramente en materia de telecomunicaciones, servicios postales, energía).

La desregulación y la privatización han ido, pues, acompañadas de un fuerte movimiento de "nueva regulación" inspirado por una doble finalidad. Por un lado, evitar el mantenimiento o la formación de situaciones monopolísticas u oligopolísticas, fomentar la competencia y el acceso de nuevas empresas y velar por un adecuado funcionamiento del mercado y por la eliminación de prácticas de competencia desleal entre los actores privados. Por otro lado, la neorregulación persigue salvar las críticas dirigidas a las privatizaciones y, sobre todo, preservar el interés de los ciudadanos en que la prestación de los servicios que se consideran esenciales respondan a las características de regularidad, continuidad, universalidad, calidad y accesibilidad económica. Con ambos objetivos, se reservan a la Administración importantes poderes de intervención, mediante la regulación de los mercados, el otorgamiento de licencias que se consideran como requisito necesario para el acceso a los mismos, la fijación de precios máximos, la inspección de instalaciones, infraestructuras y servicios, la imposición de determinadas obligaciones de servicio a las empresas prestadoras y la fijación de sanciones por incumplimiento de las mismas.

La liberalización no significa, pues, que se deje la prestación de las actividades al libre juego del mercado ni a cualquier entidad que así lo desee. Por un lado, la tendencia en ciertos sectores al monopolio o al oligopolio impone la introducción de mecanismos de control y seguimiento y, consiguientemente, la intervención de la Administración con la finalidad de asegurar una efectiva competencia. Por otro lado, el hecho de que determinadas prestaciones que satisfacen necesidades de los ciudadanos no se realizarían,

o al menos no en las mismas condiciones, en el mercado libre ha llevado a establecer limitaciones en la entrada y salida del mercado así como determinadas "obligaciones de servicio público". La prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes no requieren ahora, lógicamente, una concesión administrativa, pero están condicionados a la obtención previa de un título habilitante que concede la Administración. Este título habilitante puede consistir en una autorización general o en una licencia individual, dependiendo del tipo de prestación o de red que se pretenda instalar o explotar. Pero, en todo caso, su carácter es reglado, por lo que si se reúnen los requisitos exigidos, la Administración no puede denegar su otorgamiento. A través del sometimiento a la obtención de autorización o licencia, la Administración controla que los operadores poseen las características necesarias para asegurar la continuidad y calidad de los servicios en cuestión y puede, además, someterles al cumplimiento de determinadas condiciones que garanticen la protección de los usuarios, la capacidad técnica, el acceso a los servicios de personas discapacitadas u otros fines de interés general.

Especialmente importante es la imposición a los operadores de "obligaciones de servicio público" y, sobre todo, del denominado "servicio universal". La desaparición de la "publicatio", de la reserva de la actividad al sector público y su liberalización, se intenta, no obstante, compatibilizar con el interés de todos los ciudadanos a que la prestación del servicio sea acorde a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, disponibilidad, calidad y permanencia. De ahí la imposición a los prestadores de los servicios de ciertas condiciones y deberes de servicio público, entre las que están comprendidas las de prestación del servicio universal, de determinados servicios obligatorios en todo el territorio nacional y de otras obligaciones que se impongan por razones de interés general.

Finalmente, todo este sistema hace inevitable que la Administración asuma también potestades de inspección, control, fijación de precios, otorgamiento de licencias e imposición de sanciones. A esos efectos se han creado entes "ad hoc", que los británicos denominan expresivamente "watchdogs", y que adoptan la forma de Administraciones independientes. La liberalización potencia, pues, la ruptura con el modelo clásico de Administración y la multiplicación de las Administraciones independientes, cuya discutible conformidad a Derecho ya hemos comentado.

Es evidente que estamos asistiendo a un importante momento de cambio en la Administración y en el Derecho Administrativo. No obstante, el proceso de liberalización no está dando lugar a un repliegue de la actividad estatal y del Derecho público, sino a su transformación. El Estado abandona la actividad de producción directa de bienes y servicios y, también, la responsabilidad de la organización de la gestión del mismo, sea mediante la prestación directa o mediante la adopción de alguna de las formas de gestión indirecta. Esa función queda ahora en manos de la iniciativa privada. Sin embargo, ello

no significa que los intereses de los ciudadanos en los sectores despublificados (agua, transportes, telecomunicaciones, gas...) queden al albur de las decisiones de las empresas privadas y del funcionamiento del mercado. La satisfacción de las necesidades de los ciudadanos en estos sectores sigue considerándose algo esencial por lo que el Estado ha de velar. La ruptura con la antigua forma de gestión de los servicios públicos no puede traducirse en un obstáculo para la obtención de determinados bienes y servicios básicos en condiciones de igualdad, regularidad, continuidad, calidad y asequibilidad de precios. La actividad de prestación se encuentra en franca retirada, pero sigue viva la significación ideológica del servicio público[36]. Por ello, la actividad administrativa y el Derecho Administrativo no se han reducido, sino que simplemente han cambiado. Los objetivos siguen siendo los mismos, pero los medios para lograrlo son ahora bien distintos. Se eliminan la titularidad estatal, el monopolio legal y el control público interno de los servicios. Las declaraciones genéricas de servicio público desaparecen. La "publicatio" deja de considerarse un instrumento necesario para la consecución de los intereses generales, rompiéndose con la concepción orgánica del servicio público. La concesión, técnica característica de los servicios públicos, se ve sustituida por la licencia. Las actividades de regulación y gestión de los servicios públicos, unidas en la mano de la Administración titular del servicio en la concepción tradicional del servicio público, se realizan ahora por sujetos distintos. Pero, al mismo tiempo se declaran determinados servicios como "servicios universales", se imponen a las empresas privadas determinadas obligaciones específicas, se limita el acceso a los mercados en aras de la protección de los precios de los servicios, y la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la tendencia natural es el monopolio u oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado en concurrencia. Porque no se trata del triunfo del mercado, del "laissez-faire", sino de la fe en la competencia como mecanismo para lograr un incremento de la oferta de productos, un perfeccionamiento de la tecnología y una reducción de costes. Todo ello, en definitiva, con la finalidad de preservar la libertad de empresa, pero también de lograr el máximo beneficio posible para los ciudadanos. Por eso, donde existe un mercado competitivo, la Administración vela por la conservación de su adecuado funcionamiento, controlando y sancionando las prácticas restrictivas de la competencia. Pero, donde dicha situación no se da naturalmente, se crea "un mercado de laboratorio, vigilado y tutelado por una Administración que trata de mantener en ese laboratorio las condiciones de mercado que en realidad no existen; un mercado, en definitiva, antinatural que exige unos poderosos fórceps que lo alumbren

36 L.MARTÍN REBOLLO, "De nuevo sobre el servicio público: planteamiento ideológico y funcionalidad técnica", *RAP*, n.100-102, III, págs..2541 y ss; S.MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I. Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1988.

y andaderas que lo sostengan"[37]. Y, por último, cuando el funcionamiento del mercado competitivo no permite garantizar la obtención de los servicios básicos en condiciones de regularidad, universalidad y asequibilidad se imponen obligaciones de servicio universal u otras de carácter específico a las empresas privadas que prestan el servicio.

En conclusión, nos encontramos ante el desmoronamiento de la concepción continental europea del servicio público, cuyo núcleo es la reserva de la titularidad del mismo por parte de las autoridades públicas, y el auge de la concepción anglosajona, de acuerdo con la cual los servicios de interés general son ofrecidos por empresas privadas bajo el control de la Administración. Ello va, además, acompañado de la crisis de la concepción clásica de Administración que surge con la Revolución francesa y de su sustitución en importantes sectores de actividad de nuevo por un modelo anglosajón: las Administraciones independientes. Curiosamente, los países que tradicionalmente han contado con un acabado y sólido sistema de Derecho Administrativo están siendo invadidos por regulaciones e instituciones típicamente anglosajonas, es decir, provenientes de aquellos países que se han subido al tren del Derecho Administrativo muy posteriormente. El Derecho Administrativo anglosajón se ha revelado en muchos aspectos más flexible y más coherente con la nueva filosofía de eliminación de monopolios legales, apertura de mercados y fomento de la competencia como formas de alcanzar una mayor eficiencia, reducción de precios y competitividad en una economía globalizada. Es decir, con las soluciones que requiere la superación tanto de los fallos del mercado como de los fallos del no mercado y con la nueva concepción de las relaciones entre Estado y sociedad. La actividad de prestación tan característica de las sociedades europeas en los últimos tiempos se repliega en favor de la actividad de limitación y sus técnicas (reglamentación, autorización, prohibición y sanción), que vienen ahora acompañadas de la multiplicación de las Administraciones independientes.

4.4. La tendencia hacia la autorregulación y el autocontrol: comunicaciones previas, declaraciones responsables y autocertificaciones

La nueva concepción en la relación entre Estado y sociedad, el avance o fortalecimiento de esta última y la búsqueda de un nuevo equilibrio entre el mercado y el no mercado se aprecia también en la creciente tendencia hacia la autorregulación y autocontrol de los operadores en el mercado, es decir, en la traslación o asunción de parte importante de la responsabilidad de regulación y control al propio sector privado. Han surgido así códigos de conducta de organismos de autocontrol, códigos éticos de empresas, normas técnicas elaboradas por organismos privados de normalización, certificados de entidades privadas, marcas

37 T.DE LA QUADRA-SALCEDO, "Telecomunicaciones y Derecho Público" en J.CREMADES (coord..), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

de calidad, acreditaciones e, incluso, instrumentos de resolución de conflictos e imposición de sanciones por la vulneración de las normas fruto de la autorregulación.

Esta tendencia se aprecia en amplios e importantes sectores como los de energía, transporte y telecomunicaciones, entre otros. En ellos, como dice Esteve, estos nuevos instrumentos han sustituido, en gran medida, las técnicas clásicas de intervención administrativa que "tenderían a operar con unos patrones posiblemente desfasados"[38].

Por otra parte, el Derecho Comunitario ha impulsado recientemente la sustitución de la técnica administrativa de control clásica, la autorización o licencia administrativa, por fórmulas de autocontrol y, más concretamente, por la autocertificación por el operador de que se ajusta a los requisitos o condiciones exigidos por la normativa aplicable al sector.

En esta línea se encuentra la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios del mercado interior y, en nuestro país, la reciente Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta Ley tiene por objeto, tal y como se dice en su Exposición de Motivos, "impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios", a cuyo efecto "la Ley establece como régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicio y su libre ejercicio en todo el territorio español y regula como excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones a estas actividades". De ahí que el artículo 5 de la misma disponga que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicio o del ejercicio de la misma no pueda imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las condiciones de necesidad imperiosa de garantizar el interés general, no discriminación y proporcionalidad. La autorización se va a ver, pues, normalmente sustituida por una comunicación o una declaración responsable del propio operador.

38 J.E.ESTEVE PARDO, "La regulación de la economía…", cit., pág.105.

Estado de Garantia e Mercado

*Pedro António P. Costa Gonçalves**

Introdução. 1 – Da separação à cooperação entre Estado e Mercado. 2 – Reconfiguração das responsabilidades públicas e Estado de Garantia. 3 – Fins do Estado de Garantia. 3.1 – Garantia do fornecimento de serviços essenciais. 3.2 – Garantia e protecção dos direitos dos utilizadores dos serviços essenciais. 3.3 – Garantia, protecção e promoção da concorrência. 3.4 – Garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados. 3.5 – Garantia e credibilização de "soluções de mercado" promovidas pelo próprio Estado. 3.6 – Garantia e protecção de outros bens jurídicos. 4 – Instrumentos jurídicos de realização do Estado de Garantia. 4.1 – Direito da regulação. 4.2 – Direito da adjudicação. 4.3 – Colaboração público-privada.

Introdução

O presente texto procura contribuir para a compreensão de algumas coordenadas fundamentais do conceito de Estado de Garantia (*Gewährleistungsstaat* [1]), sobretudo na respectiva aplicação no domínio da economia. Pressupõe-se, neste âmbito, um mapa dualista, que, abstractamente, pode dividir a responsabilidade ou o facto da disciplina dos fenómenos económicos entre o Estado e o Mercado. Ora, o objectivo prosseguido consiste em tentar compreender as responsabilidades que, nestes domínios, o Estado da actualidade – desde logo, a sua dimensão de *Estado Regulador* – não pode deixar de assumir no quadro da sua incumbência geral de garantir o funcionamento eficiente do Mercado [2].

* *Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.*

1 Sobre o conceito de Estado de Garantia na doutrina germânica (de onde é oriundo), *cf.* Franz Jürgen SÄCKER, "Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 130, 2005, p. 280 e segs. (187); Karl-Heinz LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 340 e segs.; Claudio FRANZIUS, "Der «Gewährleistungsstaat» – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat", *Der Staat*, 2003, p. 493 e segs.; *idem*, "Der Gewährleistungsstaat", *Verwaltungsarchiv*, 2008, 3, p. 351 e segs.; *idem*, *Gewährleistung im Recht (Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 77 e segs.; Rainer SCHRÖDER, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 160 e segs.; Kay WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 160 e segs. Friedrich SCHOCH, "Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?", *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, p. 241 e segs.; in Andreas VOSSKUHLE, "Cooperation between the public and private sector in the enabling state", *in* Matthias RUFFERT (ed.), *The public-private law divide: potential for transformation?*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 205 e segs..

2 No caso português, trata-se mesmo de uma *incumbência constitucional* – *cf.* artigo 81.º, alínea *f)*, da Constituição da República Portuguesa (CRP), estabelecendo que incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito

1. Da separação à cooperação entre Estado e Mercado

Num dos seus tópicos mais correntes e divulgados, a actual literatura jurídica apresenta-nos a satisfação dos interesses colectivos como uma empresa mista e partilhada, que envolve a interacção e a interdependência entre actores públicos e actores privados. Tal tópico faz-se acompanhar de uma semântica inovadora que inclui fórmulas e conceitos como os de "partilha de responsabilidades" [3], de "governação público-privada" [4], de "governação colaborativa" [5] ou de "interdependência entre actores públicos e privados" [6].

O estádio que vivemos no momento actual pressupôs, assim, uma ruptura com a concepção dicotómica entre o Estado e a Sociedade que, com origem no Estado Absoluto, se manteve durante a época liberal. Na rígida dicotomia liberal, baseada numa lógica de confrontação, de adversidade e de recíproca desconfiança, estava implícito o monopólio do espaço público pelo Estado e, com aquele, a consagração da ideia de que a esfera de intervenção estadual no mundo dos valores políticos e da autoridade, constituía sempre *actuação pública*, apresentando-se apenas esta como *actuação de interesse público*. O outro termo da dicotomia, a «Sociedade civil pautada pelo direito privado» [7], consistia no espaço da *actuação privada*, situado no mundo dos valores económicos e relativo a áreas ou sectores exclusivamente identificados com *actuações de interesse privado*. Aos cidadãos, portadores, por definição, de interesses meramente egoístas e individuais, ficavam vedadas quaisquer actuações institucionalmente vocacionadas para a prossecução de interesses gerais da colectividade. A clara demarcação entre as esferas de *actuação pública* (ou *de interesse público*), reservada ao Estado, e de *actuação privada* (ou *de interesse privado*), reservada aos cidadãos, revelava-se portanto muito nítida, considerando-se mesmo suspeita e ilegítima qualquer interferência entre as duas esferas.

Com o advento do Estado democrático e social, as fronteiras entre Estado e Sociedade esbateram-se, e a lógica liberal de confrontação, de adversidade e de exclusão viu-se substituída (ou, pelo menos, complementada) por uma lógica de cooperação e de acção concertada, que se expressa através de variados e complexos processos de integração, de

económico e social "assegurar o funcionamento eficiente dos mercados …".

3 O conceito de "partilha de responsabilidades", aplicado no domínio da teoria das tarefas públicas, surgiu, pela primeira vez, num texto de Eberhard Schmidt-Assmann, de 1993, sobre a reforma do direito administrativo; neste sentido, *cf*. Jan Henrik Klement, *Verantwortung* (*Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 57.

4 *Cf*. William J. Novak, "Public-private governance: a historical introduction", *in* Jody Freeman & Marta Minow (eds.), *Government by contract*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 23 e segs..

5 *Cf*. Jody Freeman, "Collaborative governance in the Administrative State", *UCLA Law Review*, 1997, p. 45 e segs..

6 *Cf*. Catherine Donnelly, "The response of english public law to private actors in public governance", *in* Ruffert, ob. cit., p. 169 e segs. (169).

7 *Cf*. Karl Riesenhuber, "Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und europäischen Recht", *in* Karl Riesenhuber (org.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen, 2009, p. 1 e segs..

osmose e de interpenetração e de um novo modelo de relacionamento simbiótico entre Estado e Sociedade.

Esse processo de entrelaçamento e de aproximação entre os dois pólos, tendo no início conhecido uma dimensão sobretudo política e orgânico-institucional, veio, nos fins do século XX, a conhecer uma relevância também no domínio da economia e, em particular, no contexto das relações entre o Estado e o Mercado. Com efeito, a implementação do *rolling back* e do emagrecimento do Estado Administrativo de Providência, no sentido da sua transformação num aparelho essencialmente regulador e vigilante [8], contribuíram, de forma aliás decisiva, para o incremento da participação do sector privado na realização de tarefas económicas de interesse público. Além de algumas premissas ideológicas ("quanto menos Estado, melhor") e de uma glorificação dos valores do Mercado, a percepção do potencial endógeno da Sociedade Civil[9] surge como uma explicação fundamental para certas vertentes ou dimensões do processo de privatização de responsabilidades (tradicionalmente) públicas. Nesta dinâmica de externalização dos fins estaduais, que vai provocar uma reordenação dos papéis do Estado e da Sociedade, há sinais muito nítidos de um deliberado "aproveitamento", "mobilização"[10] e activação [11] da capacidade dos particulares para a realização de objectivos e de fins públicos[12].

2. Reconfiguração das responsabilidades públicas e Estado de Garantia

O resultado do processo de transformação que acaba de se descrever cifrou-se na definição de um novo paradigma de relacionamento entre Estado e Sociedade (Estado e Mercado), baseado num ideário de "partilha de responsabilidades" e de "cooperação" ou de "coordenação" [13] para a realização dos interesses colectivos. A retracção do Estado ficou, assim, longe de se consubstanciar no regresso a um modelo puro liberal, com a emergência de uma nova "Sociedade civil pautada pelo direito privado" [14]: o (indiscutível) reforço do papel da Sociedade e do Mercado não envolveu, de facto, um descomprometi-

8 No sentido de que a privatização aumenta as tarefas de regulação, de controlo e de vigilância, *cf*. Ricardo Rivero Ortega, *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 28 e segs..

9 *Cf*. Andreas Vosskuhle, "«Concetti chiave» della riforma del diritto amministrativo nella Republica Federale Tedesca", *Diritto Pubblico*, 2000, p. 699 e segs. (p. 747).

10 *Cf*. Martin Burgi, "Die Funktion des Verfahrenrechts in privatisierten Bereichen", *in* Hoffmann-Riem & Schmidt-Assmann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden, Nomos, p. 164

11 Sobre esta ideia de "activação do potencial privado", *cf*. Fritz Ossenbühl, "Die Erfüllung von Verwaltungsaufagben durch Private", *VVDStRL*, 1971, p. 148; Vosskuhle, "Concetti", *cit*., p. 746; Gunnar Folke Schuppert, "Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft", p. 248.

12 *Cf*. Jody Freeman, "The private role in public governance", *New York University Law Review*, vol. 75, 2000, p. 543 e segs. (p. 549).

13 Sobre a necessidade de uma nova *coordenação* entre Estado e Sociedade no Estado pós-moderno, *cf*. Karl-Heinz Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 388 e segs..

14 *Cf*. Franzius, "Der Gewärleistungsstaat…", *cit*., p. 355; Schoch, *ob. cit*., p. 247.

mento estadual, confirmando-se, antes, um princípio de permanência e de continuidade das *responsabilidades públicas* [15].

De uso corrente, o conceito de *responsabilidade pública*, com um valor e um significado inicial essencialmente descritivos ou heurísticos [16], tem sido usado pela doutrina para indicar todo o espectro de tarefas públicas, bem como para explicar as diversas modalidades ou graus de intensidade da intervenção administrativa pública na vida social. Neste último sentido, tem-se chamado a atenção para o recorte *relacional* do conceito e para o facto de o mesmo fazer uma ponte entre os pólos do Estado e da Sociedade, na medida em que se revela um indicador do ponto por onde passa a separação ou a distinção de papéis entre aqueles pólos [17].

Ora bem, já se infere da exposição antecedente que, no Estado liberal do século XIX, o espectro de responsabilidades públicas do Estado se esgotava em dois extremos: por um lado, uma *responsabilidade de base e de enquadramento geral*, exercida ao nível legislativo e concretizada na definição de uma estrutura normativa (essencialmente de direito privado) de consagração de direitos e liberdades e de definição dos respectivos limites; por outro lado, uma (muito limitada) *responsabilidade de execução*, em cujo âmbito o Estado assumia, no plano material, a realização de determinadas tarefas, primeiro no âmbito da administração policial e, depois, no da administração de infra-estrutura e de serviço público [18]. Como se sabe, o Estado social do século XX não alterou essa estrutura bipolarizada de incumbências públicas, porquanto, na prática, se limitou a aumentar os sectores da *responsabilidade de execução*.

No período que se seguiu à adopção das medidas de liberalização e de privatização da economia, implementadas nas duas últimas décadas do século XX – ou seja, no *after privatization* –, emergiu, na dogmática administrativa, a alusão a um outro nível ou grau de responsabilidade pública, construído com base no tópico da *garantia*. Tratou-se de um *grau intermédio* de responsabilidade pública, que, além do mais, traduz um novo arranjo de articulação e de coordenação de papéis entre o Estado e o Mercado: como já se observou, o Estado de Garantia não é o *Minimalstaat* da época liberal nem o *Maximalstaat* do século XX [19].

Enquanto sistema ou de estrutura de realização do bem comum, o modelo institucional do Estado de Garantia situa-se a meio caminho, num ponto intermédio, entre dois

15 Apesar da continuidade, afigura-se indiscutível a transcendência do processo de transformação que deu origem ao Estado de Garantia; de resto, a propósito da passagem da *responsabilidade pública de execução* para a *responsabilidade pública de garantia* (conjugada com outros factores), alude-se, por vezes, a um desenvolvimento semelhante ao de um tsunami sobre o direito público; *cf*. Peter M. Huber, "Die Demontage des öffentlichen Rechts", *in Festschrift für Rolf Stober*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 547.

16 Nesta linha, *cf*. Klement, *ob. cit.*, p. 55 e segs..

17 Schröder, *ob. cit*., p. 156.

18 Sobre este sistema (clássico) de dupla responsabilidade, *cf*. Eberhard Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee,* Berlim, Springer, 1998, p. 154.

19 Neste sentido, *cf*. Franzius, «Der Gewärleistungsstaat…», *cit*., p. 355.

modelos extremados – o *modelo de Mercado* e o *modelo de Estado* –, propondo a doutrina designá-lo *modelo de regulação* [20].

Embora a formulação literal possa não o sugerir na íntegra, o novo modelo traduz o resultado de uma *interacção* e de uma *partilha optimizada de tarefas e de responsabilidades* entre as duas polaridades, rejeitando a tendência totalitária e excludente em que se centram os dois primeiros modelos. O novo grau ou patamar da responsabilidade pública de garantia procura promover a articulação entre os dois pólos ou subsistemas em que se divide uma comunidade politicamente organizada – Estado e Sociedade (Mercado) –, de modo a preservar a racionalidade inerente de cada um deles e a aproveitar as respectivas vantagens[21].

A nova responsabilidade pública de garantia não se esgota, portanto, na definição dos quadros jurídicos genéricos e de base com fundamento nos quais uma "Sociedade civil pautada pelo direito privado" se há-de livremente desenvolver [22]. Em vez disso, o Estado pretende protagonizar um envolvimento mais ambicioso no espaço social, assumindo, além do mais, um dever institucional de *assegurar* ou de *garantir* a obtenção de determinados resultados e a realização de certas finalidades de interesse público. O interesse público mantém-se, pois, como critério orientador da *state action*, mesmo quando, em concreto, a produção das utilidades que satisfazem esse interesse se encontre em mãos de particulares. Neste sentido, revela-se adequado recuperar a noção de "posição de garante" – utilizada, em 1971, por Hans-Ulrich Gallwas – para referir a situação do Estado enquanto estrutura de garantia da realização do bem comum [23].

O sublinhar da ideia de *garantia* também procura enfatizar o facto de se ter subjacente um modelo institucional de realização do interesse público que não coloca o Estado no papel de se comportar como uma máquina de prestações e de fornecimento de serviços. Pelo contrário, em grande medida, o modelo pressupõe que as tarefas e incumbências de carácter executivo e operacional migram para a esfera do Mercado e das empresas, ocupando-se o Estado da função de *assegurar* ou de *garantir* que o funcionamento do Mercado e a actuação das empresas se desenvolvem, de certo modo, em conformidade com determinados objectivos e finalidades (de interesse público) previamente definidos. Há aqui uma incumbência pública traduzida em *assuring results* e já não uma *production of results*.

---

20 Sobre esses três modelos institucionais de realização do interesse público, *cf.* FRANZIUS, *Gewärleistung, cit.*, p. 25 e segs..

21 *Cf.* VOSSKUHLE, "Cooperation …", *cit.*, p. 211.

22 Os quadros jurídicos genéricos e de base a que nos referimos no texto são os *quadros clássicos do direito privado* – através dos quais o Estado disponibiliza ao Mercado e aos seus agentes instrumentos jurídicos que lhes permitem, num plano de igualdade formal, desenvolver as suas liberdades e exercer os seus direitos (estrutura jurídica baseada na igualdade dos cidadãos, na protecção da propriedade, na autonomia privada e na liberdade contratual).

23 *Cf.* Hans Ulrich GALLWAS, "Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private", *VVDSTRL*, 1971, p. 221 e segs. (225 e segs.).

O Mercado e os *non state actors* que nele actuam viram, assim, alargadas as suas esferas de intervenção, no contexto de uma compreensão articulada entre actuação privada e actuação pública: para representar esta articulação, a doutrina passou a empregar o conceito de *auto-regulação privada publicamente regulada* [24]. Esta nova fórmula, ao pressupor o *modelo de regulação* acima aludido, ilustra o critério e o sentido da separação de papéis e de responsabilidades entre Estado e actores privados: estes desenvolvem a sua autonomia no espaço da Sociedade e do Mercado, num ambiente jurídico marcado pela intersecção entre uma *regulação jurídica com origem no Mercado* (*auto-regulação privada*) [25] e uma *regulação jurídica com origem no Estado* (*hetero-regulação pública*).

Neste novo quadro, o tópico da garantia acaba, por conseguinte, por remeter para um cânone de *responsabilidade pelo resultado*, determinando que o Estado assuma a incumbência de garantir que o funcionamento do Mercado produz certos resultados. Quer isto dizer que o Estado não se limita a desempenhar um papel de *activador* ou de *incentivador externo* das forças privadas [26]. Em concreto, a garantia indicia que o Estado não se pode comportar como um actor *imparcial*, *desinteressado* e *descomprometido* com os resultados produzidos no Mercado. É para tornar claro este ponto que se alude a um outro nível ou grau de responsabilidade pública: uma *responsabilidade residual, supletiva* ou *subsidiária* [27]. Pressupondo uma *função de reserva* do Estado, que recorda a situação do jogador suplente, que entra em jogo para substituir um outro que não está a jogar bem [28], este nível de responsabilidade reclama uma actuação pública no caso de o Mercado claudicar e não dar a desejada resposta aos objectivos definidos [29]. Trata-se, por conseguinte, de uma responsabilidade pública de execução "em estado latente", que pode concretizar-se numa espécie de "opção de resgate" ou de "reversão" da tarefa envolvida [30] ou numa medida de outra natureza que tenha o mesmo efeito de empurrar o Estado para a posição de um *player* no Mercado e para abandonar o estatuto de mero regulador ou orientador [31].

---

24 Por todos, *cf*. Martin Eifert, "Regulierungsstrategien", *in* Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Vosskhule, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, Munique, C.H. Beck, 2006, p. 1237 e segs. (p. 1262 e segs.); Schröder, *ob. cit.*, p. 162.

25 Regulação baseada, em larga medida, na figura do contrato (entre privados); o contrato é, por excelência, o instrumento de regulação de condutas e dos *contactos* que se efectuam no Mercado, entre empresas ou entre empresas e clientes.

26 *Cf*. Schoch, *ob. cit*., p. 242.

27 *Cf*. Schoch, *ob. cit*., p. 244; Franzius, "Der Gewährleistungsstaat…", *cit*., p. 378.

28 *Cf*. G.F. Schuppert, "Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: zum Denken in Verwantwortungsstufen", *Die Verwaltung*, 1998, p. 426.

29 *Cf*. Vosskuhle, "Cooperation…", *cit*., p. 220.

30 *Cf*. o nosso *Entidades Privadas, cit*., p. 170.

31 Com uma visão crítica sobre a concepção deste nível de responsabilidade, *cf*. Franzius, "Der Gewährleistungsstaat…", *cit*., p. 378. Na nossa interpretação, e ao contrário do que por vezes se diz, a responsabilidade residual não *desqualifica* a posição do Estado, referindo-o como um *jogador*, que executa, em vez de *treinador*, que define a estratégia do jogo. Ora, o que sucede é que, no novo modelo de responsabilidades públicas, por vezes, o Estado não pode ser só treinador (*responsabilidade de garantia*), como se afiguraria desejável, tendo de estar preparado para, se se tornar necessário, ir a jogo (*responsabilidade residual*) – *hoc sensu*, ser jogador revela-se, pois, como qualidade que se acrescenta à de treinador.

Tanto na Europa, como nos Estados Unidos da América, a mais recente crise financeira (2008) ilustra a passagem, episódica mas decisiva, de uma lógica de responsabilidade pública de garantia (de Estado Regulador) para uma acção estadual directa no Mercado, mediante um fenómeno que alguma doutrina tem designado por "regulação através de negócios" (compra de empresas e de bancos, injecção de dinheiro nas economias, etc.)[32]. Exemplo também de uma espécie de necessário *step in* do Estado pode ver-se no sector eléctrico, no que se refere à produção de electricidade: apesar da liberalização da produção, se for identificada uma necessidade de instalação de novas capacidades, o Estado tem, nos termos da lei, a incumbência de, *em último recurso* ("*last resort*") assumir o encargo de encomendar a construção de novos centros produtores [33].

3. Fins do Estado de Garantia

Estamos agora em condições de nos aproximar do conhecimento mais concreto dos fins do Estado de Garantia no domínio da economia e do Mercado[34]; ensaia-se, afinal, conhecer e analisar os factores que concretizam, densificam ou que contribuem para a efectivação da *responsabilidade pública de garantia*.

Admitindo a incompletude do quadro que se apresenta, assinalamos, contudo, as finalidades mais marcantes ou típicas da fisionomia do Estado de Garantia: garantia do fornecimento de serviços essenciais; garantia e protecção dos direitos dos utilizadores desses mesmos serviços; garantia, protecção e promoção da concorrência; garantia de outros bens jurídicos.

3.1. Garantia do fornecimento de serviços essenciais

Na dogmática das tarefas do Estado, a ideia de garantia surge associada a um "recuo" ou "retracção" do Estado. Quer dizer, a *garantia* alude a um *minus* em relação ao modelo de Estado da segunda metade do século XX, que não tinha uma incumbência de *garantir*, porque se encarregava de *fornecer*, *produzir* e *prestar*. Neste quadro, percebe-se

32 *Cf.* Steven M. Davidoff & David Zaring, "Regulation by deal: the goverment's response to the financial crisis", *Administrative Law Review*, vol. 61, n.º 3, 2009, p. 463 e segs.

33 *Cf.*, sobre esta matéria, o nosso texto sobre "Organização e regulação do sector eléctrico", *in Regulação, Electricidade e Telecomunicações (Estudos de Direito Administrativo da Regulação)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 96 e 147.

34 O conceito de Mercado não inclui apenas os serviços tradicionalmente qualificados como económicos, fornecidos num contexto de iniciativa económica privada; aquele tem vindo a abranger serviços e actividades que, na Europa, até há pouco tempo, eram de titularidade pública e funcionavam sem uma lógica de mercado; ao prestá-los, entendia-se que o Estado não actuava como empresário, mas antes como responsável por prestações sociais. Este quadro alterou-se e, por isso, os serviços de saúde, por exemplo, surgem qualificados como serviços de *interesse económico* geral; *cf.*, sobre isto, Stefano Civitarese Matteucci, "Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»", *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, p. 179 e segs..

a associação entre a responsabilidade pública de garantia e os processos de privatização de tarefas públicas, designadamente no domínio económico. Todavia, estes processos não significaram, naturalmente, a perda da importância social das actividades envolvidas. Por outro lado, deve recordar-se que a privatização material de tarefas não se estendeu a todos os serviços públicos: alguns mantiveram-se como serviços na esfera da titularidade do Estado (ou dos municípios). Neste quadro, em termos juridicamente neutros, que abstraem da qualidade pública ou privada das actividades envolvidas, e para representar a *importância social* dessas mesmas actividades, utiliza-se, a partir de dados normativos do direito comunitário, o conceito de *serviços de interesse económico geral* [35].

Pois bem, um dos fins precípuos do Estado de Garantia vai exactamente consistir em assegurar a existência e o fornecimento, de forma suficiente e em todo o território, desses mesmos serviços de interesse económico geral. Como decorre de documentos da Comissão Europeia, serviços e actividades económicas como a produção e distribuição de energia, as telecomunicações, os transportes, a radiodifusão e os serviços postais, o abastecimento de água e a gestão de resíduos revelam-se "essenciais para o dia-a-dia dos cidadãos e empresas e espelham o modelo europeu de sociedade" [36]; numa palavra, trata-se de *serviços essenciais*, que, por isso mesmo, o Estado deve garantir, ainda que não assuma a responsabilidade de os produzir por si mesmo. Nesta mesma linha, o artigo 14.º do *Tratado da União Europeia* (na versão resultante do *Tratado de Lisboa*), estabelece que "*atendendo à posição que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões*". O *Tratado da União Europeia* reitera, pois, a ideia de que o fornecimento de serviços de interesse económico geral segundo certos princípios e condições constitui um valor comum dos Estados-Membros – o *Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral* (anexo ao *Tratado)* densifica esta mesma ideia [37].

---

35 Sobre o conceito de serviços de interesse económico geral, cf. João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 215 e segs..

36 *Cf.* Comunicações da Comissão Europeia sobre *Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu* [COM(2007) 725 final], e com o *Livro Branco sobre os Serviços de Interesse Geral* [COM (2004) 374 final].

37 O artigo 1.º do *Protocolo* estabelece que os valores comuns da União no que respeita aos serviços de interesse económico geral, incluem, em especial: – o papel essencial e o amplo poder de apreciação das autoridades nacionais, regionais e locais para prestar, mandar executar e organizar serviços de interesse económico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores; – a diversidade dos variados serviços de interesse económico geral e as diferenças nas necessidades e preferências dos utilizadores que possam resultar das diversas situações geográficas, sociais ou culturais; – um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores.

A disposição estabelece depois que cabe às instâncias legislativas europeias definir os referidos princípios e condições, "*sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços*". Como também resulta claro do *Protocolo*, o *Tratado* mantém, assim, na esfera da soberania dos Estados-Membros a delimitação do leque de serviços de interesse económico geral, bem como a definição da responsabilidade pela respectiva exploração [38]. Quer isto dizer, que, apesar do carácter essencial de que se revestem, os serviços económicos de interesse geral podem ser fornecidos pelo Estado ou pelo Mercado, na sequência de uma opção soberana que cabe a cada Estado-Membro. Em Portugal, como em muitos outros Estados-Membros, alguns dos serviços referidos encontram-se, em todo ou em parte, devolvidos ao Mercado (telecomunicações, produção de energia, transportes aéreos), mas outros mantêm-se na esfera estadual ou pública (abastecimento de água, transporte de energia, transportes ferroviários).

Quando os serviços se mantêm na esfera do Estado, parece não se revelar adequado invocar a ideia de Estado de Garantia, haja em vista o facto de o Estado assumir a *responsabilidade de fornecer* ele mesmo tais serviços – e não apenas de garantir o respectivo fornecimento. Mas, como veremos melhor, mesmo neste caso, o contacto com o Mercado pode aparecer, designadamente na sequência da decisão de confiar a entidades particulares a responsabilidade pela exploração da mesma actividade [39]. Pois bem, também neste caso, o Estado passa, na prática, a deter a responsabilidade de assegurar ou de garantir o fornecimento de serviços económicos de interesse geral.

Para referenciar o quadro jurídico que emerge neste contexto, na sequência de disposições várias de direito europeu, incluindo o já referido *Protocolo Relativo aos Serviços de Interesse Geral*, alude-se ao conceito de *serviço universal* (sectores das telecomunicações, dos serviços postais e da energia), expressão que acolhe, no fundo, a dimensão substantiva ou material do tradicional conceito de serviço público económico [40]. Trata-se, pois, de considerar que determinadas actividades e serviços devem ser prestados, seja quem for que os preste, segundo um regime jurídico que assegure o acesso de todos os cidadãos a determinados serviços, em termos de exigências de qualidade e de quantidade predefinidas e em condições de igualdade.

---

38 A mesma linha de orientação poder ver-se no n.º 3 do artigo 1.º da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno ("directiva-serviços"), onde se estabelece o seguinte: "a presente directiva não afecta a liberdade de os Estados-Membros definirem, em conformidade com a legislação europeia, o que entendem por serviços de interesse económico geral, o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, e as obrigações específicas a que devem estar sujeitos".

39 Neste sentido, a propósito do contacto com as "forças do mercado", *cf*. Gómez-Ibáñez, *ob. cit*., p. 30.

40 Sobre a sobrevivência de um conceito renovado de serviço público no novo contexto da economia regulada, *cf*. Carlo Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati – l'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Turim, Giappichelli, 2005, *passim*; Giulio Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bolonha, Il Mulino, 2005, p. 17 e segs.; Elisa Scotti, *Il pubblico servizio – tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Milão, Giuffrè, 2003, em especial, p. 49 e segs..

Neste âmbito, o Estado tem o dever indeclinável de identificar os serviços a abranger pela *garantia pública*, para, de seguida, submeter os respectivos sectores a um regime específico.

3.2. Garantia e protecção dos direitos dos utilizadores dos serviços essenciais

A garantia do fornecimento de serviços essenciais, referida no número anterior, constitui já uma dimensão da garantia e protecção dos direitos dos utilizadores. Apesar disso, justifica-se que se destaque esta vertente específica do Estado de Garantia.

Desde logo, para chamar a atenção de que ao Estado não cabe apenas garantir que certos serviços existam; deve, além disso, garantir o *acesso* dos cidadãos a esses mesmos serviços em condições de *universalidade*. Apesar de não se comprometer com a inscrição taxativa de um direito fundamental aos serviços de interesse económico geral, cabe deixar aqui uma referência à *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, que, no seu artigo 36.º – com a epígrafe "acesso a serviços de interesse económico geral" –, prescreve o seguinte: "a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União" (redacção após as alterações de 2007 [41]) [42]. Embora, como se disse, não reconheça um direito fundamental neste domínio, a *Carta* impõe que os Estados-Membros reconheçam, respeitem e promovam o acesso dos cidadãos aos serviços de interesse económico geral [43].

Ainda neste âmbito, cumpre ter presente que a garantia pública dos direitos dos utilizadores permite compreender o sentido de uma importante alteração do quadro de compreensão clássico: em vez da *realização* de direitos a certas prestações no âmbito de uma *relação bipolar* ou *dual* com o cidadão (através de uma Administração Pública de fornecimento ou de prestações de serviços aos *utentes*), o Estado assume um dever institucional de *protecção* dos direitos de acesso a serviços essenciais, no contexto de uma *relação triangular*. Nesta relação, intervêm, além do Estado (com funções de regulação, controlo, garantia e protecção), entidades particulares e cidadãos titulares de direitos fundamentais, como clientes ou utilizadores de serviços, de um lado, e outras entidades

41 A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada em 7 de Dezembro de 2000 (JOCE C 364/1, de 18/12/2000) e alterada em 12 de Dezembro de 2007 (JOCE C 303/1, de 14/12/2007).

42 No seu artigo 6.º, o *Tratado da União Europeia* (após o *Tratado de Lisboa*) atribui à *Carta* "o mesmo valor jurídico que os Tratados".

43 Sobre a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* e, em especial, quanto ao acesso dos cidadãos aos serviços de interesse geral, *cf*. A. L. Young, "The Charter, Constitution and human rights: is this the beginning or the end for human rights protections by community law?", *European Public Law*, 2005, p. 219 e segs.; M. Maresca, "L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights", *Il diritto dell'Unione Europea*, 2005, n.º 3, p. 441 e segs.; L. Daniele, "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona", *Il diritto dell'Unione Europea,* 2008, n.º 4 p. 655 e segs..

particulares igualmente titulares de direitos fundamentais, como fornecedores e prestadores de serviço, do outro lado [44].

Poderá, assim, afirmar-se que a passagem para o Estado de Garantia tem o efeito de aumentar as exigências de *protecção estadual dos direitos dos particulares*. De facto, num contexto em que a realização de necessidades essenciais dos indivíduos é confiada ao Mercado, o Estado assume esse especial dever de protecção – recorde-se, a propósito, que o Protocolo *Relativo aos Serviços de Interesse Geral,* junto ao *Tratado da União Europeia* (após o *Tratado de Lisboa*), enuncia como "valor comum" inerente ao regime desses serviços, a garantia de "*um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores*".

A definição dos *standards* de qualidade e de segurança dos serviços prestados em contexto de Mercado, bem como a garantia do tratamento igualitário e da acessibilidade aos serviços (valores que se reconduzem, afinal, às clássicas "leis do serviço público": *igualdade*, *continuidade* e *adaptação*) surgem assim como elementos essenciais da fisionomia do Estado de Garantia [45].

Embora se afigure evidente, acrescente-se que a garantia e a protecção dos direitos dos utilizadores não constituem simples faculdades do Estado, que este pode ou não exercer. Pelo contrário, deverá entender-se que, num sistema equilibrado e credível de protecção estadual dos direitos fundamentais dos cidadãos, estes surgem como titulares de um *direito à protecção do Estado*. Porventura, fará sentido pensar-se mesmo na delineação de um *direito subjectivo à regulação pública* – um direito subjectivo com este conteúdo faz imediatamente sentido como posição jurídica das empresas reguladas que, num dado sistema regulatório, pagam taxas e contribuições, as quais, em certos termos, se podem conceber, como contrapartidas da regulação [46]; mas, além disso, o direito subjectivo à regulação do Estado deve ainda reconhecer-se aos cidadãos em geral e, em particular, aos

44 No direito português, existe um regime legislativo (Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, alterada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de Fevereiro) que acolhe alguns mecanismos destinado a proteger o utente dos serviços *públicos* essenciais – a referência ao carácter *público* dos serviços não deve considerar-se decisiva no sentido de indicar que se trata de serviços públicos, apropriados pelo Estado; pode não ser esse o caso, e não é, por exemplo, quanto aos serviços de comunicações electrónicas. Assim, estão abrangidos por esse regime os seguintes serviços: *i)* fornecimento de água; *ii)* fornecimento de energia eléctrica; *iii)* fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; *iv)* comunicações electrónicas; *v)* serviços postais; *vi)* recolha e tratamento de águas residuais; *vii)* gestão de resíduos sólidos urbanos. Os mecanismos de protecção dos direitos dos utilizadores consistem, além do mais, em atribuir-lhes direitos de participação, de informação e de obtenção de facturação detalhada, em definir condições especiais de suspensão do fornecimento dos serviços ou em proibir consumos mínimos.

45 Um outro aspecto relevante neste ponto reside na participação dos utilizadores nos procedimentos de regulação; sobre isto, *cf*. Giovanna Iacovone, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, Cacucci Editore, 2004, em especial, p. 153 e segs..

46 Sobre o carácter paracomutativo das taxas de regulação económica, "que dão corpo a uma relação de troca entre a administração e grupos determinados de indivíduos", *cf*. Sérgio Vasques, "As taxas de regulação económica em Portugal: uma introdução", *in* Sérgio Vasques (coord.), *As taxas de Regulação Económica em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 15 e segs. (32); Suzana Tavares da Silva, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, CEJUR, 2008, p. 48 e segs. (a respeito das *contribuições especiais financeiras*).

utilizadores de um determinado sistema regulatório: assim, além de poderem reivindicar a actuação reguladora, os utilizadores deverão ainda poder imputar o eventual funcionamento patológico de uma economia regulada, não só aos produtores directos do dano (as empresas reguladas), mas também, em segunda linha, ao Estado regulador, por "falhas na regulação" (*gaps in regulation*) [47]-[48].

Em determinados sectores, a protecção dos direitos dos utilizadores dos serviços impõe-se como um elemento cardinal do próprio conceito de funcionamento equilibrado do Mercado. Eis o que se passa, por exemplo, no sector dos mercados financeiros, em que a credibilidade do sistema e a confiança que os cidadãos nele depositam são factores cruciais para um quadro de funcionamento *normal* do Mercado. Ora, esse ambiente de credibilidade e de confiança surge *por causa* da garantia pública decorrente da acção reguladora do Estado e, em particular, pelo facto de esta acção se destinar a promover um esbatimento das assimetrias de informação que existem entre operadores de mercado e cidadãos investidores[49]. De facto, pode dizer-se que, em si mesma, a existência de mercados financeiros *regulados* pelo Estado, com informação disponível e acessível, estabelece um ambiente de *trust* e de equilíbrio que se afiguram imprescindíveis nesse sector da economia. O Estado tem pois, neste caso e em outros semelhantes, o dever específico de desenvolver uma actividade de regulação (junto dos regulados), de modo, não só a prevenir a eventual produção de crises e efeitos nefastos para os direitos e o património dos utilizadores, como a viabilizar o funcionamento racional e equilibrado do Mercado;

---

47 Sobre as *government* ou *regulatory failures*, *cf*. Joseph Stiglitz, «Regulation and failure», *in* David Moss & John Cisternino, *New perspectives on regulation*, Cambridge, The Tobin Project, 2009, p. 13 e segs..

48 Na linha da admissibilidade de um *direito à actuação policial* [sobre este, *cf*. Miguel Nogueira de Brito, "Direito Administrativo de Polícia", *in* Paulo Otero & Pedro Gonçalves (coords.), *Tratado de Direito Administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 298 e segs.] e, porventura, com contornos mais definidos do que esse, o *direito dos cidadãos à regulação pública* emerge como um corolário natural do sentido da própria actividade reguladora: induzir confiança no funcionamento correcto dos sistemas regulados. O sistematicamente incorrecto funcionamento de um sistema regulado não pode deixar de responsabilizar o regulador. O mesmo se diga dos casos em que se apura com clareza que as faltas do regulado são tão evidentes que não poderiam escapar a um regulador medianamente diligente. A solução contrária à que propomos, de desresponsabilizar as estruturas públicas reguladoras pelas "falhas da regulação", teria o nefasto efeito de desacreditar o sistema e de não estimular a prevenção dessas mesmas falhas. Diga-se, por fim, que a defesa da tese da responsabilidade do Estado em caso de mau funcionamento do sistema regulado não significa propor que o Estado responda pela actuação dos particulares, no espaço privado, da Sociedade e do Mercado. Na nossa perspectiva, o que se pressupõe é que o Estado responde pelos prejuízos causados pela sua própria actuação no desempenho das suas próprias responsabilidades de regulação.

49 Salientando este aspecto, a propósito da garantia da ordem pública financeira, *cf*. Juliette Méadel, *Les marchés financiers et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2007, p. 349 e segs.. Nos mercados financeiros, ao contrário do que se passa nos mercados de infra-estruturas, a garantia pública do funcionamento *equilibrado* do Mercado não passa tanto por assegurar uma igualdade de oportunidades para os operadores (por exemplo, através de regulações assimétricas, de discriminação positiva para os novos *entrantes*), mas fundamentalmente por assegurar o equilíbrio entre os operadores de mercado e os "consumidores". Por isso, a defesa dos interesses destes assume aqui um relevo ainda mais central.

trata-se, no fim de contas, de compreender a regulação pública do Estado de Garantia como um elemento de prevenção de crises [50].

3.3. Garantia, protecção e promoção da concorrência

Uma outra importante e até nuclear dimensão dos fins do Estado de Garantia consiste na protecção e promoção do mercado e da concorrência. Alude-se, a este propósito, a um "enriquecimento do interesse público", fenómeno que resulta de a defesa da economia de mercado ter passado a incluir o catálogo dos fins do Estado [51] e, portanto, de a concorrência no Mercado ter passado a constituir um valor de interesse público. Também aqui, surge especialmente nítida a diferença entre o modelo clássico de *separação* entre Estado e Mercado e o novo modelo que assenta na *cooperação* entre esses dois pólos.

Mas, deve dizer-se, em vez de um processo de interacção natural entre os dois pólos, assiste-se, em larga medida, à *conformação do Mercado* pelo próprio Estado. Quer dizer, o Mercado que o Estado tem a incumbência de proteger e de promover não é, evidentemente, o Mercado na sua configuração espontânea, nem tão-pouco submetido ao mínimo regulador de um direito privado clássico, mas, em vez disso, o Mercado construído e configurado segundo exigências e *standards* publicamente impostos.

Uma das expressões dessa *conformação pública do Mercado* – alude-se até, em certos casos, a uma *construção do Mercado* (*market building*) pelo Estado ou à fabricação da concorrência como tarefa administrativa [52] – pode ver-se, por exemplo, nos fenómenos de *regulação assimétrica* (regras de discriminação positiva, que favorecem os *new entrants* ou os operadores mais pequenos) e da regulação do acesso de terceiros a redes a infra-estruturas essenciais. No caso das indústrias de rede, o "acesso de terceiras empresas à rede" assume, na verdade, um carácter decisivo – não resistimos neste ponto a voltar a citar uma frase de Ariño Ortiz, de 1991, sobre a liberalização das actividades de rede, que diz o seguinte: "a chave da abóbada, a cruz do sistema é e será o direito de acesso de terceiros à rede. Se este é recusado ou se desaparece, desaparece o mercado e a concorrência" [53].

Escrita há quase duas décadas, a frase mantém plena actualidade, em relação às indústrias de rede, em que o elemento infra-estrutural se revela *essencial* como suporte das actividades liberalizadas. A regulação do *third party access* apresenta-se, assim, como uma dimensão fundamental no quadro da responsabilidade pública de garantia. Na falta

50 Sobre a regulação como prevenção das crises, *cf*. Jacques Ziller, "La régulation comme prévention des crises", in Marie-Anne Frison-Roche (org.), *Les risques de régulation*, vol. 3, Paris, Dalloz, 2005, p. 51 e segs..

51 *Cf*. Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence (essai sur la perennité du droit public en économie de marché)*, Paris, Dalloz, 2006, *passim*.

52 *Cf*. Christian Koenig, "Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2009, p. 1082 e segs..

53 *Apud* F.J. Villar Rojas, *Las instalaciones esenciales para la competencia*, Granada, Comares, 2004, p. 205.

de uma regulação cuidada e firme neste ponto, o processo de liberalização de uma indústria de rede irá fatalmente claudicar. A garantia do *acesso não discriminatório* de terceiros representa, portanto, uma vertente indeclinável de uma *regulation for competition*, impondo-se como um instrumento natural e decisivo para garantir a ordem pública económica e o correcto funcionamento do mercado.

Como veremos melhor, um outro vector de promoção da concorrência surge por efeito da utilização do *direito da adjudicação.* Este ordenamento, que regula, segundo um princípio de "apelo ao mercado", os procedimentos de adjudicação de contratos públicos e de outorga de recursos escassos, funciona como um instrumento fundamental de criação de uma "concorrência *para o* mercado".

3.4. Garantia de um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados

Já se aludiu ao facto de o conceito de responsabilidade pública de garantia surgir associado a um objectivo de conjugar e de preservar as vantagens e as mais-valias das racionalidades próprias do sector público (Estado) e do sector privado (Sociedade Civil ou Mercado). Agora, importa assinalar, como finalidade central do Estado de Garantia, a definição de uma articulação coerente, eficiente e sinérgica entre os dois sectores, de modo a evitar qualquer espécie de desenvolvimento totalitário, quer no sentido de uma pan-publicização da vida civil, quer no sentido oposto, da captura ou da colonização do Estado e do sector público por interesses privados [54].

Para evitar esses riscos, revela-se fundamental que a *estrutura de garantia* que o Estado coloca no terreno seja suficientemente robusta para afirmar a sua autoridade e para impor o cumprimento da lei. Mas essa mesma estrutura não deverá ter a pretensão de aniquilar as bases fundamentais de um Mercado ordenado segundo os princípios de uma economia livre, assente na liberdade contratual, na liberdade de empresa e na protecção da propriedade privada.

A prossecução cuidada e consciente desta finalidade mostra-se essencial em áreas da economia sujeitas a uma *regulação forte*, bem como nos variados esquemas de *colaboração público-privada*. Em ambos os cenários, a maior aproximação e o contacto efectivo entre sujeitos públicos e entidades particulares potencia o risco de desvios e de adopção de soluções desequilibradas e desproporcionais. Por isso, especialmente nestes casos, impõe-se um empenho suplementar em se alcançar um equilíbrio eficiente e justo entre interesse público e interesses privados.

54 Vosskuhle, "Cooperation…", *cit.*, p. 211.

Em vista da realização deste objectivo, aquando da adopção de soluções de regulação ou de colaboração público-privada, importa ter consciência de que não se afigura razoável nem sensato esperar-se uma actuação desinteressada dos particulares – ou uma espécie de actuação privada naturalmente vocacionada para a realização do interesse público. Sem se pôr em causa a possibilidade e a ocorrência efectiva deste fenómeno, o *normal* é que os particulares se orientem por critérios de interesse privado e egoísta. Como escrevemos numa outra oportunidade, só a Administração Pública, e não os particulares, se encontra institucionalmente adstrita à prossecução do interesse público. Ter isto presente, revela-se muito útil para se perceber que a (acima referida) mobilização de particulares para a realização de finalidades públicas, não significa, nem reclama que aqueles abandonem o objectivo da realização dos seus legítimos interesses próprios. Pois bem, é neste quadro que se situa o objectivo do Estado de Garantia de assegurar uma articulação *eficiente* e *justa* entre a realização do interesse público e os interesses privados.

3.5. Garantia e credibilização de "soluções de mercado" promovidas pelo próprio Estado

O processo de reconfiguração das funções do Estado, que conduziu ao seu recuo e a uma maior responsabilização do Mercado e dos particulares, foi, em larga medida, o resultado de um movimento induzido e incentivado pelo próprio Estado no sentido da adopção de "soluções de mercado" em substituição de prestações públicas [55]. Eis o que se verificou, por exemplo, com o aparecimento de serviços privados de *certificação*, em domínios tão variados como a produção de alimentos biológicos, a segurança técnica de máquinas e de produtos industriais, a protecção do ambiente ou a qualidade. Em muitas hipóteses, esses novos serviços privados de certificação substituem anteriores sistemas públicos de fiscalização e de inspecção. Neste âmbito, a doutrina tem chamado a atenção para a passagem do Estado para uma posição de agente de *controlo de segunda linha* ou de *controlo do controlo* [56]. As (também) novas funções públicas de *acreditação* e de *reconhecimento oficial* desses sistemas privados de certificação desempenham uma função essencial no contexto do Estado de Garantia.

Assim, na sequência da *renúncia estadual* ao desenvolvimento de actividades públicas de prestação directa aos cidadãos em áreas tão sensíveis e relevantes como a segurança técnica ou a protecção da saúde das pessoas, impôs-se o comprometimento do Estado com a credibilização das "soluções de mercado" que promoveu e determinou. Essa

55 Sobre o fenómeno da auto-regulação privada desenvolvida por impulso estadual, pode ver-se, com desenvolvimento, o nosso *Entidades Privadas, cit.*, p. 176 e segs..

56 *Ibidem*, p. 186.

credibilização passa necessariamente por o Estado se colocar em situação de oferecer a garantia pública do correcto funcionamento dos novos serviços privados.

3.6. Garantia e protecção de outros bens jurídicos

Além dos já referidos, cabe ainda ao Estado garantir e proteger valores de ordem mais geral, como a *segurança* (*v.g.*, segurança técnica), a *saúde* e o *trabalho* [57] – trata-se, afinal, de estender o dever estadual de protecção para domínios que ultrapassam os direitos dos concretos utilizadores de cada serviço ou actividade.

Nesse âmbito, ocupa um lugar central no elenco de responsabilidades do Estado de Garantia a protecção, em geral, dos direitos dos cidadãos enquanto consumidores. Não se trata apenas do desenvolvimento de uma política directa de tutela e protecção dos consumidores – no quadro de garantia da acessibilidade a bens e serviços –, mas igualmente da execução de uma lógica de intervenção autoritária, em que o Estado é chamado a "regular" o consumo e o processo de escolha dos consumidores (assumindo mesmo uma função que alguns consideram "paternal"). Aqui se incluem medidas de natureza muito variada, legitimadas por uma "administração reflexiva", que actua para prevenir riscos, num contexto de gestão na incerteza [58], que podem ir da proibição do consumo de um produto alegadamente perigoso, até à imposição ao produtor da revelação da informação completa sobre os produtos que fabrica, passando por medidas de *soft law,* como advertências e recomendações, as quais, sem proibir ou impor, procuram influenciar as escolhas dos consumidores [59].

Por outro lado, no caso das designadas *indústrias de rede* (energias, transportes e telecomunicações), assume um especial significado a exigência de protecção do ambiente, do urbanismo e do ordenamento do território. Cabe ao Estado evitar que estes valores sejam postos em causa por uma eventual atitude menos responsável do Mercado e das suas forças.

Por fim, há uma outra dimensão das finalidades do Estado que aqui tem de se sublinhar: referimo-nos à exigência de considerar alguns "*future-looking aspects of the public*

57 *Cf.* João Nuno Calvão da Silva, *Ob. cit.*, p. 101 e segs..

58 *Cf.* Antonio Barone, *Il diritto del rischio*, Milão, Giuffrè, 2006, especial., p. 155 e segs.; sobre a regulação pública como ferramenta de gestão do risco, *cf.* Tom Baker & David Moss, «Government as risk manager», *in* David Moss & Jonh Cisternino, *New perspectives on regulation*, Cambridge, The Tobin Project, 2009, p.89 e segs..

59 *Cf.* Filippo Pizzolato, *Autorità e consumo (diritti dei consumatori e regolazione del consumo)*, Milão, Giuffrè, 2009, pp. 1 e segs., e 77 e segs., sobre a tipologia das intervenções de regulação público do consumo; o Autor reconduz o papel do Estado no domínio do consumo a uma função de *regulação autoritária* (que, consoante o grau de incidência sobre a liberdade dos consumidores, pode ser *neutra*, *promocional* ou *conformativa*) e não apenas a uma função de reconhecimento e tutela de direitos ao consumo.
Sobre as advertências e as recomendações como processos de agir administrativo, *cf.* Eduardo Rocha Dias, *Direito à Saúde e Informação Administrativa (o caso das advertências relativas a produtos perigosos)*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008, bem como, da nossa autoria, "Advertências da Administração Pública", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 723 e segs..

interest"; eis o que decorre do dever fundamental do Estado de proteger os interesses das gerações futuras, não permitindo que o bem-estar futuro seja posto em causa pelas conveniências de curto prazo [60]. Esta orientação de bom senso, que se aplica à própria actuação do Estado, poderá ter implicações, por exemplo, no domínio do investimento em infra-estruturas (*v.g.*, na actualização de redes) ou no da imposição de exigências de armazenamento (*v.g.*, de recursos energéticos).

4. Instrumentos jurídicos de realização do Estado de Garantia

No contexto da delineação de uma dogmática jurídica pensada em função dos traços caracterizadores e das finalidades do Estado de Garantia, a doutrina tem chamado a atenção para a exigência de se construir e desenvolver um *direito público de garantia* [61] ou um *direito administrativo de garantia* [62]. Pretende-se agora conhecer os tópicos que permitem compreender este renovado sentido do direito administrativo, objectivo que nos remete para a análise dos instrumentos jurídicos que asseguram a realização do Estado de Garantia. Na nossa interpretação, e sem termos a pretensão de apresentar um catálogo exaustivo, esses instrumentos são, fundamentalmente, o *direito da regulação*, o *direito da adjudicação* e o *direito da colaboração público-privada*.

4.1. Direito da regulação

Como observa Friedrich Schoch, o direito administrativo de garantia revela-se, em primeira linha, como um *Regulierungsrecht*, um direito da regulação [63]. De facto, se tivermos presentes as várias dimensões e finalidades do Estado de Garantia, é linear o caminho que conduz a concluir que a regulação, entendida como um sistema de orientação, de acompanhamento e de controlo de processos económicos e sociais, surge como um conceito central e um verdadeiro elemento chave neste âmbito [64]. Na linha de um sublinhado feito por Rivero Ortega, pode afirmar-se que, no novo paradigma de interacção entre Estado e Mercado – que, recorde-se assenta num *modelo de regulação* –, a regulação pública, do Estado, viu-se convertida numa exigência jurídico-política

60 Neste sentido, cf. Carol W. Lewis, "In pursuit of the public interest", *Public Administration Review*, vol. 66, n.º 5 (2006), p. 694 e segs.; neste texto, retoma-se uma definição de interesse público (atribuída a Walter Lippmann) nos seguintes termos: "*the public interest may be presumed to be what … (people) would choose if they saw clearly, thought rationally, acted disinterestdly and benevolenly*".

61 *Cf.* Franzius, *Gewährleistung*, *cit.*, p. 549 e segs..

62 Vosskuhle, "Cooperation…", *cit.*, p. 209 e segs.; sobre o novo direito administrativo centrado no tópico da garantia, *cf.* ainda o nosso *Entidades Privadas, cit.*, p. 1101 e segs..

63 Schoch, *ob. cit.*, p. 245.

64 *Idem*, *ibidem*.

(constitucional)[65]. A regulação e o direito da regulação surgem, pois, como esquemas de compensação do recuo do Estado, na sequência do processo de privatização e do abandono do fornecimento directo de serviços públicos[66].

Como se sabe, a regulação exterioriza-se através de várias formas, abrangendo o estabelecimento de regras gerais e abstractas (actos legislativos e regulamentos da Administração Pública reguladora), bem como actos próprios da função administrativa: decisões administrativas, contratos, operações materiais (*v.g.*, de fiscalização e vigilância), actos informais (como advertências e recomendações), etc..

No presente número pretendemos conhecer, embora de forma assumidamente panorâmica, os mecanismos ou formas de regulação utilizados pelo Estado para cumprir as suas funções e realizar os seus fins no âmbito da *responsabilidade pública de garantia*. Ora, com excepção das medidas, acima referenciadas, adoptadas no quadro da *responsabilidade pública subsidiária* e, em geral, na intervenção estadual directa no Mercado, todas as outras que o Estado adopta se reconduzem, tendencialmente, ao conceito de regulação pública.

No desempenho da sua incumbência de regulação, um instrumento fundamental do Estado de Garantia consiste na edição de regras que vão moldar ou limitar a actuação dos agentes no Mercado. Neste contexto, podemos distinguir duas categorias de regras: por um lado, as *regras de base* ou *transversais*, que se aplicam indistintamente a todos os sectores da economia e portanto a todo o Mercado, e, por outro lado, as *regras de carácter sectorial*, pensadas em função dos particularismos de um determinado sector da economia.

i) Definição de um quadro regulatório de base ou transversal

Uma tarefa essencial do *Regulatory State* – que precede todas as outras e que de certo modo se pode considerar fundante – consiste no estabelecimento de *regras gerais* sobre o funcionamento das actividades que se processam no Mercado.

Aqui surgem, desde logo, regras de carácter legislativo [67]: com uma projecção económica (de *regulação económica*), essas regras pretendem assegurar e, mais do que isso, promover o funcionamento equilibrado e eficiente do mercado, garantindo, em suma, a "ordem pública do mercado" [68]; com uma função social (de *regulação social*) procuram

65 *Cf.* Ricardo Rivero Ortega, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 23.

66 Neste sentido e aludindo ao direito administrativo da regulação como um "direito consequente da privatização", *cf.* Matthias Knauff, "Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz" *VerwArch*, 2007, p. 382 e segs. (383).

67 Ao contrário do que sucede com muitas orientações doutrinais – *cf.*, por todos, Sílvia A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Turim, Giappichelli, 1999, p. 135 e segs. –, incluímos no conceito de regulação as regras legislativas dirigidas à regulação da economia. No mesmo sentido, *cf.* Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 34 e segs..

68 Neste sentido, *cf.* Domenico Siclari, "Tutela dell'ordine pubblico del mercato affidata ai privati e sussidiarietà orizontale *ex lege*", *Diritto e società*, 2005, p. 253 e segs. (264).

proteger e realizar outros valores (defesa dos direitos dos consumidores, dos trabalhadores, protecção do ambiente e qualidade de vida, etc.).

De um modo particular, destaca-se, neste âmbito a *legislação da concorrência*, que visa, não ainda *conformar* o Mercado, mas antes definir *limitações* e *proibições*, bem como servir de fundamento para *reprimir* abusos (*market abuses*) dos *players*. Pela sua natureza, trata-se de uma legislação de carácter *transversal*, aplicável a toda a economia e a todas as actividades económicas. Baseia-se numa filosofia de intervenção pública *ex post* – com função repressiva –, e funda-se, em grande medida, na *presunção* segundo a qual o Mercado, através dos *quadros jurídicos do direito privado*, se apresenta susceptível de alcançar um funcionamento equilibrado e eficiente. Assim se explica que a intervenção pública ocorra *ex post*. A proibição geral de desvios e de abusos e a previsão da punição têm, por outro lado, o efeito de induzir aquele funcionamento equilibrado.

Além de regras legislativas, assumem também uma relevância particular, como instrumentos de *regulação normativa*, os regulamentos administrativos, quer dizer, as normas jurídicas provenientes de instâncias administrativas e que, como as leis, se destinam a orientar os comportamentos dos actores do Mercado.

ii) Definição de um quadro regulatório sectorial

Além da definição de regras transversais, aplicáveis a todas as actividades que se processam e desenvolvem no Mercado, o Estado (legislador) tem a responsabilidade de identificar, dentro do Mercado, as actividades económicas que justificam uma regulação suplementar e, portanto, um regime específico. Neste domínio, impõe-se uma tarefa cuidadosa de detecção de quais as actividades que, em concreto, reclamam uma atenção particular e, em especial, que exigem o estabelecimento de regras que operem de uma forma profilática, evitando ou prevenindo *distorções* e *falhas* no funcionamento do Mercado – integram-se aí as actividades correspondentes a *indústrias de rede*, que suscitam dificuldades específicas a respeito da instituição da "concorrência na rede" e, portanto, do acesso de terceiros [(69)], bem como, tendencialmente, todas as actividades qualificadas como *serviços de interesse económico geral*.

Depois de delimitado o perímetro das actividades económicas que devem ficar submetidas a uma *regulação sectorial*, segue-se a tomada de decisões de carácter político-legislativo, desde logo sobre a estratégia regulatória ou, dito de outro modo, sobre a estrutura institucional de regulação. Neste plano, a primeira opção consiste em decidir se se adopta um modelo de "regulação por agência", um modelo de "regulação por contrato" ou até um "modelo misto" – no primeiro caso, o Estado opta por instituir uma estrutura

69 Neste âmbito, sobre as particularidades de um *direito das infra-estruturas* num contexto liberalizado, *cf*. Veith Mehde, *Privatisierung des Rechtsstaats – Staatliche Infrastruktur*, Baden-Baden, 2009, em especial, p. 17 e segs..

administrativa (ou atribuir a uma estrutura existente) as tarefas de regulação administrativa; no segundo caso, a opção concretiza-se em celebrar contratos com agentes de mercado e em definir, nesses contratos (de concessão de serviços e de obras públicas ou, em geral, parcerias público-privadas contratuais ou institucionais), uma regulação específica que eles devem observar; no terceiro caso, há uma conjugação entre a regulação por agência e a regulação por contrato (assim sucede em Portugal, no sector das águas e do saneamento) [70].

Tomada a decisão, quando esta se consubstancie na instituição de uma agência reguladora, impõe-se, em seguida, escolher o modelo de agência: fundamentalmente está em causa a exigência de optar por um organismo independente e desgovernamentalizado ou por uma instância integrada na hierarquia administrativa ou apenas sujeita a uma orientação e supervisão governamental. Quer dizer, o legislador tem a incumbência de instituir uma estrutura desgovernamentalizada (imune às pressões do Governo) ou, pelo contrário, uma estrutura sob influência governamental. Em relação a este aspecto, e apesar de não se poder considerar taxativo, o direito da União Europeia revela uma inclinação clara no sentido das autoridades reguladoras independentes [71]: como já tivemos oportunidade de afirmar noutro momento, compreende-se esta opção, coerente com a dinamização de um *federalismo administrativo* no interior da União Europeia, que resulta da atribuição à Comissão Europeia (ou, no futuro, a agências de execução) de uma *supremacia funcional* sobre autoridades administrativas nacionais [72]; ora, a afirmação desta supremacia casa especialmente bem com uma autoridade administrativa nacional independente ou desgovernamentalizada.

Escolhido o figurino institucional, cabe ao legislador definir as regras sectoriais, numa perspectiva que deverá atender às exigências específicas de cada sector regulado. Assim, por exemplo, no sector financeiro, assume uma importância decisiva a confiança e a credibilidade do sistema – a garantia destes valores passa pela sujeição legal de actos e negócios privados a várias formas de controlo público prévio. Diferentemente, no sector das indústrias de rede, torna-se essencial instituir direitos de acesso de terceiros e regras sobre acordos entre operadores (*v.g.*, no domínio da interconexão de redes). Ainda nestes sectores, impõe-se instituir ou permitir que venham a ser instituídas obrigações específicas sobre certos ou todos os operadores: são as *obrigações de serviço universal* e as *obrigações de serviço público*, que impõem a adopção de certas condutas e que podem ter

70 Sobre a *regulação pública através do contrato*, como uma alternativa entre outras estratégias de regulação, *cf.* José A. Gómez-Ibáñez, *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, p. 18 e segs.; já nos ocupámos do assunto, num texto sobre "Regulação administrativa e contrato", a publicar nos Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Sérvulo Correia.

71 Com especial nitidez neste ponto, vejam-se, por ex., as soluções da Directiva 2009/72/CE, relativa ao mercado comum para o mercado interno da electricidade.

72 *Cf.* o nosso "Direito Administrativo da Regulação", *Regulação, cit.*, p. 32.

uma relevância organizativa (*v.g.*, obrigações de separação contabilística ou de adopção certas formas de controlo interno) ou uma projecção na actuação externa (*v.g.*, obrigação de prestação de informações).

De facto, o que está aqui em causa é a exigência de a legislação configurar, com uma margem significativa de discricionariedade, os termos do exercício da *liberdade de iniciativa económica*, acomodando esta com o interesse público e os direitos dos cidadãos quanto ao acesso a serviços essenciais. Neste plano, em que o estabelecimento de regras legais já se pode qualificar como regulação, a legislação deve assumir preocupação social (de garantia da universalidade), no quadro de uma *regulação social*.

iii) Acompanhamento e fiscalização dos regulados; punição dos infractores

Relacionadas com a realização de objectivos do Estado de Garantia, surge, como dimensão fundamental da regulação, o acompanhamento e, sobretudo, a fiscalização das actividades reguladas, bem como a punição dos infractores [73]. Após a definição da estratégia regulatória e da instituição da estrutura de regulação (contrato ou agência), cabe ao Estado montar e pôr em funcionamento essa estrutura de regulação. O *day-to-day* da regulação ficará confiado ao organismo com funções de regulação (pode tratar-se do contraente público ou de uma agência reguladora).

4.2. Direito da adjudicação

Já acima aludimos ao direito da adjudicação como um instrumento fundamental de criação de uma "concorrência *para o* mercado". A este propósito, a doutrina propõe a correspondência entre, por um lado, *direito da regulação e concorrência "no" mercado* e, por outro, entre *direito da adjudicação e concorrência "para o" mercado* [74].

O *direito da adjudicação* constitui na verdade uma estrutura jurídica essencial na dinamização de um processo de interacção entre o Estado e o Mercado, inspirado numa lógica de fomento da concorrência e de soluções de mercado. Fala-se, neste contexto, da passagem de uma *Administração de prestação* para uma *Administração de adjudicação*, o

73 Neste sentido, *cf*. WAECHTER, *ob. cit.*, p. 273 e segs..

74 Sobre a diferença entre estes conceitos, *cf*. FRANZIUS, *Gewährleistung…*, *cit*., p. 413 e segs. ("Wettbewerb im Markt") e p. 493 e segs. ("Wettbewerb um den Markt"). A concorrência no mercado efectiva-se através de um modelo de abertura do mercado à entrada mais ou menos livre de empresas que depois vão competir entre si; no cenário da concorrência para o mercado, a competição faz-se para entrar no mercado, o qual não pode funcionar como mercado aberto. No primeiro caso, o direito da regulação é determinante; no segundo, o carácter decisivo cabe ao direito da adjudicação. Neste sentido, *cf*. ainda Johannes MASING, "Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung", *Verwaltungsarchiv*, 2004, p. 151 e segs. (p. 156 e segs.). Ainda sobre esta nomenclatura, *cf*. Fábio GIGLIONI, *L'acesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milão, Giuffrè, 2008, pp. 225 e segs. e 235 e segs.; Luca De LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Turim, Giappichelli, 2002, p. 275 e segs..

que, no caso, significa a transição de um modelo de gestão pública directa para um outro, de privatização na execução de tarefas públicas, em que ocorre uma devolução de funções públicas a particulares escolhidos por processos de selecção públicos e transparentes [75].

Como se sabe, há sectores da economia em que a liberalização, pela via de uma abertura do mercado à livre iniciativa privada, não se apresenta possível. Assim sucede em sectores de monopólio natural, baseados em redes e infra-estruturas essenciais (*v.g.*, distribuição de água, transporte de energias). Pois bem, o facto de não ser viável uma *concorrência no mercado*, com várias empresas a competir entre si na oferta de bens e serviços, não exclui uma outra forma de induzir concorrência e de adopção de estratégias de apelo ao mercado: eis o que sucede com o fomento de soluções concorrenciais no âmbito de "mercados públicos", instituídos pelo Estado pela via do apelo à apresentação de propostas para adjudicação de contratos [76]. Neste caso, a concorrência ocorre antes do acesso ao mercado, traduzindo-se a competição entre as empresas exactamente numa disputa sobre o acesso ao mercado. No âmbito desta estratégia de *concorrência para o mercado*, promovida pelo Estado e associada à convocação de particulares para a realização de tarefas públicas (em esquemas de colaboração público-privada: *cf. infra*), o direito da adjudicação ocupa um papel decisivo, na definição de critérios justos de escolha e de selecção das entidades adjudicatárias. Enquanto instrumento do Estado (de Garantia) num processo de interacção com o Mercado, o direito da adjudicação cumpre objectivos centrais (embora por vezes em conflito entre si), quer na tutela dos valores do mercado (defesa da concorrência, igualdade de *chances*), quer na tutela do interesse público e de valores da transparência e da imparcialidade [77].

O direito da adjudicação não cumpre uma função essencial apenas no domínio dos contratos de compras públicas; papel de idêntica natureza desempenha ainda sempre que esteja envolvida a atribuição a particulares de direitos exclusivos ou de direitos sobre recursos escassos, designadamente em situações de *contingentação* imposta pela escassez de recursos a explorar ou por razões de natureza técnica (*v.g.,* atribuição de direitos de

---

75 Sobre este tópico, *cf*. Martin Burgi, "Die Ausschreibungsverwaltung", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, p. 949 e segs..

76 *Cf*. Masing, *ibidem*, observando que, no sector da água, o facto de a liberalização completa estar fora de discussão não exclui a possibilidade de adopção de soluções de carácter liberalizante ou, pelo menos, de incentivo à concorrência e ao mercado.

77 Para uma visão compreensiva sobre os objectivos do direito da adjudicação de contratos públicos, *cf*. Steven L. Schooner, "Objectives for a system of government contract law", *Public Procurement Law Review*, 2002, p. 103 e segs.; em particular, sobre o dilema e a tensão conflitual entre os vários objectivos do direito da adjudicação, *cf*. Omer Deckel, "The legal theory of competitive bidding for goverment contracts", *Public Contract Law Journal*, vol. 37, 2008, n.º 2, p. 237 e segs; sobre esta mesma questão, Marco D'Alberti, "Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici", *Diritto Amministrativo*, 2008, n.º 2, p. 297 e segs..

frequências radioeléctricas ou de gestão de recursos minerais; número limitado de autorizações disponíveis [78]) [79].

Em todas as suas aplicações, no âmbito da contratação pública ou fora dele, o direito da adjudicação, com os seus postulados e exigências de apelo ao Mercado e de respeito pelo princípio da igualdade de oportunidades, apresenta-se como uma dimensão ou concretização fundamental do direito administrativo de garantia [80].

4.3. Colaboração público-privada

Eventualmente até mais do que como um instrumento ao serviço da realização dos fins do Estado de Garantia, a colaboração público-privada pode conceber-se como um meio de configurar e de implementar a própria ideia de Estado de Garantia. Trata-se, na verdade, de um instrumento que desenvolve a lógica da responsabilidade da garantia em relação a actividades e serviços que se mantêm na esfera estadual.

Com efeito, através de certas modalidades de colaboração público-privada, pode ocorrer a redução ou conversão de uma originária responsabilidade pública de execução numa responsabilidade pública de grau intermédio, centrada na garantia e não na prestação directa; assim sucede quando, em relação a actividades (por ex., correspondentes a *monopólios naturais*) juridicamente qualificadas como de *serviço público* ou a infra-estruturas públicas e assumidas na titularidade do Estado, este venha a atribuir concessões a entidades particulares. Nesta hipótese, o contrato de concessão (ou contrato de *parceria público-privada*) transforma a responsabilidade pública inicialmente executiva (assente na titularidade de uma actividade de serviço público e na incumbência de a gerir) numa responsabilidade de garantir ou de assegurar que o concessionário privado explora essa mesma actividade, segundo certas regras (dispostas na lei e no contrato). A colaboração provoca, portanto, um fenómeno de partilha de responsabilidades, confiando ao parceiro privado a execução e mantendo no parceiro público a fiscalização e a garantia de funcionamento do modelo [81].

Por força da concessão, o Estado exonera-se do fornecimento directo de serviços e assume uma situação institucional mais recuada, uma "posição de garante".

---

78 Veja-se, por exemplo, o artigo 12.º da Directiva 2006/123/CE, relativo aos serviços no mercado interno: prevendo a hipótese de uma limitação (legítima) do número de autorizações disponíveis para uma actividade de prestação de serviços, a norma impõe a adopção de um *procedimento de selecção* entre os potenciais candidatos, que dê todas as garantias de imparcialidade e de transparência.

79 Sobre a interacção entre Estado e Mercado quando esteja em causa a gestão de recursos escassos, cf. Mario Martini, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

80 *Cf.* Franzius, *Gewährleistung*, *cit.*, p. 503 e segs..

81 Neste sentido, *cf.* Jan Ziekow, "Public-Private Partnership als zukünftige Form der Finanzierung und Erfüllung öffentlicher Aufgaben?", *in* Hermann Hill (org.), *Die Zukunft des öffentlichen Sektors*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 49 e segs. (p. 52).

O modelo de colaboração público-privada, através das várias modalidades de parceria (*v.g.*, contratual ou institucionalizada) activa um processo sinérgico, que cumpre a função de aproveitar e, mais do que isso, de canalizar os recursos e as capacidades privadas para a realização de atribuições públicas. Nas áreas em que tem conhecido uma maior aplicação, como sucede com a construção de infra-estruturas, a colaboração público-privada serve o objectivo fundamental de mobilizar o investimento privado, articulado, ou não, com investimento público [82], mas também o potencial de inovação que o sector privado pode aportar à gestão daquelas infra-estruturas públicas [83].

O desenvolvimento dos expedientes de colaboração público-privada associa-se, em grande medida, ao crescimento da importância do contrato na vida administrativa e ao fenómeno que tem sido designado da *administração pública por contrato*. De facto, o contrato público administrativo, enquanto processo de regulamentação de relações de colaboração entre a Administração Pública e entidades particulares surge, também ele, como um instrumento de grande significado e relevância na construção do Estado de Garantia e, em especial, na dinamização de uma Administração de Garantia – no caso, de uma Administração que tem a incumbência, por um lado, de assegurar a celebração de contratos que acautelem e respondam às exigências de interesse público e, por outro, de *regular* actuação do co-contratante, assegurando que este cumpre pontualmente as obrigações assumidas.

82 Veja-se, a propósito, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, intitulada *Mobilizar o investimento privado e público com vista ao relançamento da economia e à mudança estrutural a longo prazo: desenvolver parcerias público-privadas* – Bruxelas, 19/11/2009, COM(2009) 615 final.

83 *Cf.* Georg Hermes & Jens Michel, "Die Nutzung privaten Innovationspotentials bei privatfinazierten öffentlichen Projeckten", *Die Verwaltung*, 2005, n.º 2, p. 177 e segs..

Bases para la Regulación de los Servicios Públicos

*Jorge H. Sarmiento García**

Introducción; La moral o ética; Derecho y moral; Legalidad y moralidad; La doble dimensión de la ética política; La "situationsethik"; La eticidad del Estado; La moral y lo útil o económico; La sustancia moral del bien común; Técnicas para la realización del concepto ético del Estado; Ética política y servicios públicos; El porqué de la reglamentación; El marco jurídico adecuado; Las crisis; Empresas y servicios públicos; ¿El servicio público no desaparece?; Conclusiones.

Introducción

Hemos escrito antes de ahora que, en un reciente libro que titula "Hacia la unidad del orden jurídico mundial" ([1]), Agustín Gordillo, entre otras cosas, sostiene que:

- Podremos o no estar ya inmersos en un orden jurídico mundial, pero en todo caso la tendencia hacia él parece indubitable, no habiendo vuelta atrás en aquel creciente ordenamiento.
- Hace ya muchos años que los ordenamientos jurídicos nacionales, sobre todo los que constituyen un Estado de Derecho, vienen convergiendo hacia un sistema cada vez más globalizado, donde tienden a primar los valores o principios por encima de las normas, sean ellas constitucionales, legales o desde luego reglamentarias. Si bien esos valores son fundamentalmente los relativos a la seguridad y a la justicia, cabe incluir en ellos (entre otros) aquellos relativos a la razonabilidad de las medidas que los Estados de Derecho adoptan, lo cual tiene inevitable repercusión sobre las economías nacionales y la economía mundial en la cual se insertan.
- Son cada vez más los supuestos en que el derecho aplicable, tanto en el orden externo como interno, proviene de normas internacionales a las cuales se ha prestado acatamiento voluntariamente y que tienden a su vez a generar normas

* *Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Cuyo. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor en Cursos de Doctorado y de Postgrado en las Universidades Católica de Santa Fe, Nacional de Cuyo, Católica de Cuyo y del Norte Santo Tomás de Aquino. Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios para la Regulación (ASIER).*

1 Bs. As., 2009.

de segundo grado, como ocurre en el caso del lavado de dinero y muchas otras cuestiones. No parece posible un retorno de esa tendencia universalista; aunque su avance sea lento, es totalmente irreversible.

Compartimos en general la tesitura de Gordillo, pensando que puede coadyuvar a fundamentar sus aseveraciones la concepción de que el mundo jurídico, el derecho, tiene una composición tridimensional, en la cual el orden de los valores -o principios del iusnaturalismo, estudiados primordialmente por la filosofía jurídica- que deben actualizar las normas, son universales.

Agrega Gordillo que el neo constitucionalismo (que entiende se remonta al constitucionalismo alemán de la Constitución de Bonn de 1949) y el supra constitucionalismo, vienen a superar el positivismo del previo siglo XX y parte del XXI y a reconocer que los grandes valores y principios jurídicos están por encima de la norma nacional positiva, a lo que agregamos que, ello así, siempre que se trate de los "auténticos" valores y principios, determinados por la filosofía jurídica.

Y sobre los principios, nuevamente recordamos que ha escrito Romano Guardini ([2]) que la obra de Platón ha puesto en claro para siempre que existen valores incondicionados que pueden ser conocidos y, por tanto, que hay una verdad; que esos valores se reúnen en la elevación de lo que se llama "el bien", y que ese bien puede realizarse en la vida del hombre, según las posibilidades dadas en cada caso; que su filosofía ha mostrado que el bien se identifica con lo divino, pero que, por otra parte, su realización lleva al hombre a su propia humanidad, al dar lugar a la virtud, la cual representa vida perfecta, libertad y belleza.

Hay necesidad entonces, en primer término, de conocer aquellos mentados principios o valores. Mas es obvio que no basta el conocer ("nosse"), mediante el cual se interioriza en el sujeto operante el imperativo de la conciencia moral, sino que es menester, además, el querer ("velle"), habida cuenta de que puede la persona, de hecho**,** elegir entre la verdad de la conciencia moral y la esclavitud de los vicios; y si la voluntad elige la primera, adquiere la "bonitas ordinis", mediante la cual la persona se orienta subjetivamente para desarrollar su vida de perfección en la moralidad que la compromete íntegramente en la actividad realizadora de los valores humanos.

Se requiere, por último, lo que Tomás de Aquino llama el "usus activus" ("posse"), que significa el paso del sujeto de la fase deliberativa a la ejecutiva.

Todo esto es fundamental en el operador jurídico, especialmente en los que tienen mando "in lato sensu", convertido en necesario, en última instancia, por el derecho que

2 En "Una ética para nuestro tiempo", Bs. As., 1994.

en principio cada persona tiene de recibir de la autoridad aquello que no puede alcanzar en orden a su perfección.

Consecuentemente con lo expuesto, hemos destacado que corresponde prestar la mayor atención a la espiritualidad profesional del iusadministrativista, esto es, el impulso vital hacia su perfeccionamiento integral mediante el cumplimiento perfecto de su oficio.

Así, al enfermo de "curiositas", informática y mediática, hay que hablarle del valor de la estudiosidad que lo introducirá en la verdad y lo comprometerá con ella; y al soberbio, que se considera dueño del bien y del mal, hay que predicarle el valor imperecedero de la humildad, verdadera roca moral sobre la que ha de fundarse toda obra jurídica auténticamente humana.

Hay, en suma, que hablar de virtud, de apetito de superación, de vocación a la perfección, expansión inclaudicable hacia lo más noble, lo sublime, lo óptimo, hasta vivir en un orden moral donde impera el señorío de lo mejor.

Como ha señalado Javier Hervada ([3]), pese a que en el ámbito del derecho existe una porfía desde el siglo XVIII por limitar los aspectos subjetivos, reduciendo el papel de aquellos operadores jurídicos al de meros aplicadores de la norma, no son pocos los que siguen "estando con o vuelven a" quienes enseñaron que el tema del derecho, su interpretación y aplicación, es inseparable del de la prudencia y de las virtudes en general, con todo lo que tiene de incierto, variable y subjetivo, y aunque muchos esperan que llegue pronto algo capaz de relegar la cuestión de la virtud a una pieza de museo, hay que reconocer que se trata de una tendencia que está durando… y acrecentándose.

Aunque subsiste la propensión a forjar sistemas políticos, jurídicos, económicos y pedagógicos que prescindan del incómodo tema de las virtudes, esas estructuras que pretenden no requerir de hombres justos para su buen funcionamiento, han dado frutos amargos: desde el totalitarismo que trajeron ciertos sistemas utópicos, hasta la amenaza creciente de la tremenda corrupción en las sociedades.

Por eso no es casual que haya en nuestros días un número suficiente de personas que quieren pensar y caminar en la dirección virtuosa, aunque a veces pueda resultar enojoso para muchos...

De lo que antecede deviene nuestra insistencia en abordar los temas que a continuación desarrollamos.

La moral o ética

La moral, llamada con frecuencia ética, fija las reglas de los actos humanos en cuanto son humanos; en otros términos, indicando toda regla un camino que hay que seguir

3 En "Introducción Crítica al derecho natural", Pamplona, 1994.

para alcanzar un fin determinado, la moral dirige nuestros actos humanos hacia nuestro último fin de hombres, según el orden de la razón (capaz de ver la proporción de medios a fin que puede existir entre nuestros actos y nuestro fin último).

La moral entendida como ciencia, constituye un conjunto lógicamente coherente de conclusiones y reglas deducidas de principios evidentes y de hechos de experiencia ciertos; y es ciencia práctica, normativa, que enseña, no precisamente lo que el hombre hace, sino lo que debe hacer, no expresando sus normas simples relaciones de coexistencia o de causalidad, sino más bien relaciones de medio a fin.

Y correctamente se nos ha puesto en guardia frente a la doctrina moral que se vuelve excesivamente doctrina de lo prohibido, cuando en rigor aquélla hace referencia a la elevación viva, a la grandeza y la belleza del bien, entendido como aquello cuya realización es lo que de veras hace al hombre ser hombre.

Derecho y moral

Tanto la moral como el derecho positivo encuentran su raíz en la ley u orden natural. Pero el concepto de bien común temporal -fin del Estado, según el orden natural, siendo aquél el soporte del derecho positivo- no admite que las normas positivas prescriban todas las virtudes o prohíban todos los vicios (sólo el fin de bien común provoca el ejercicio válido del poder estatal, de manera que cuando ese fin no está comprometido, el poder debe detenerse); de lo contrario, la "polis" se convierte en guardiana e inquisidora de conciencias, en directora espiritual.

La moral regula todos los actos humanos, mientras que el derecho rige sólo aquellos cuyo objeto es "lo suyo" (adviértase que, sin sociedad no hay derecho, pero sí moral: rasgo fundamental de aquél es la alteridad); la moral determina lo que es bueno, el derecho únicamente lo que es justo.

El derecho positivo debe estar dentro de la moral, ya que regulando ésta todos los actos humanos y rigiendo aquél una determinada categoría de los mismos, es evidente que todo lo jurídico debe ser moral, pero también que no todo lo moral debe ser jurídico.

Por eso se ha dicho acertadamente que el derecho, mejor que un círculo concéntrico dentro de la moral, es un sector de ésta.

Legalidad y moralidad

En principio, la legalidad debería coincidir con la moralidad en aquellos aspectos de la moralidad que son jurídicos, lo que quiere decir que la ley positiva no tiene como fin realizar la moralidad en todas sus dimensiones, porque los actos internos o estrictamente personales no caen bajo el imperio de la ley humana, lo que ha sido receptado en el ar-

tículo 19 de la Constitución Nacional argentina. Ningún jurista serio ha pretendido que la ley positiva tenga que castigar, por ejemplo, la sospecha temeraria sobre la fama ajena, ni el vicio de la gula, ni los deseos de subvertir por la violencia el orden social, etc. La ley positiva, al ser derecho, connota siempre alteridad, es decir, se refiere a aquellos actos que tienen trascendencia social, comprometiendo el bien común.

Mas actualmente se advierte una clara tendencia a transferir al ámbito meramente personal -propio de la ley moral- acciones antes consideradas con trascendencia social; esto es lo que ha llevado, por ejemplo, a la despenalización del adulterio, del comercio pornográfico, etc. ... Ante ello, es preciso afirmar claramente que cuando esos comportamientos son legalizados no son "moralizados": v. gr. el adulterio, aunque deje de ser delito, sigue siendo una grave actuación inmoral. Esta tendencia se ha proseguido con leyes que legalizan el aborto, la eutanasia, el matrimonio homosexual, etc.

La mayoría de estas acciones legislativas inciden claramente en el ámbito del derecho natural, dándose así una diferencia o margen cada vez mayor entre la legalidad y la moralidad (o, más claramente, entre lo jurídico-positivo y lo jurídico-natural). Esta diferencia que es una antítesis, hace que aumente el número de las leyes que pueden y deben denominarse injustas.

Y esta situación no está exenta de contradicciones: por ejemplo, mientras se "liberalizan" conductas que llevan a la eutanasia, al aborto, etc., las leyes se hacen más rígidas en materias que, en ocasiones, son moralmente menos graves: régimen fiscal, leyes de tránsito, autorizaciones para la importación o exportación, etc. …

Así las cosas, debe quedar claro que existe una obligación natural de oponer una legítima resistencia a esos ordenamientos, legítima resistencia que implica:

a) antes que nada, el mantenimiento del criterio nítido de la posible diferencia entre legalidad y moral;
b) en segundo lugar, la difusión de ese criterio diferenciador; y
c) en tercer lugar, la educación de esa actitud de resistencia de las personas que a cada uno están encomendadas (los hijos, los alumnos, etc.).

El Estado no es creador de la moralidad; y, por otra parte, ni la extensión de un determinado comportamiento anti ético, ni la existencia de una ley que lo permita, pueden cambiar la sustancia de ese acto, afirmación esta que, fundada en lo moral, es también garantía de defensa de la libertad: si el Estado fuese creador de la moralidad, sería por ejemplo éticamente bueno el genocidio dictado por una ley que contase con la suficiente mayoría parlamentaria o, simplemente, que emanase de la voluntad de un tirano...

La doble dimensión de la ética política

Toda sociedad política exige un gobierno, dado que la mutua cooperación al bien común no puede realizarse sin un principio real de unión encargado de coordinar armónicamente la actividad de todos los miembros, esto es, sin el gobierno o autoridad, el cual es bueno o malo según proporcione o no el bien común perseguido.

Y la ética correspondiente a la multitud civil, es la política, encargada de inspirar y fundar el gobierno de la sociedad en el ámbito de la historia, constituyéndola con vistas al bien común y, en consecuencia, al fin último del hombre.

Ella tiene una doble dimensión: la teórica, o disciplina doctrinal, y la práctica, o gestión gubernativa; y en esa doble dimensión se encamina, como a su razón propia de ser, al bien común, o bien de la persona humana en sociedad. Es incuestionable que al avance técnico o material no corresponde un avance semejante en el orden moral, por lo que misión apremiante de la política es la de salvar los desequilibrios.

Ha señalado Jacques Maritain ([4]) que la ruptura entre la ética y la política la produjo Maquiavelo, pues introdujo un concepto meramente artístico de la política, echando a un lado la noción aristotélica que hace de la política una rama de la ética, inmoralidad -basada en el interés personal y en la razón de Estado- que de tantos desafueros y perfidias ha cubierto al mundo.

Ha destacado el mismo autor que, antes de Maquiavelo, si bien ya hubo gobernantes que usaron de la mala fe, de la perfidia, de la crueldad, del asesinato y de todos los crímenes de que son capaces la carne y la sangre del hombre, para la adquisición de poder y de éxito, y para la satisfacción de sus caprichos y ambiciones, ellos, obrando así, (en general) se sentían culpables y tenían una mala conciencia (dentro de los límites en que puede decirse que tuvieran conciencia). Pero después de Maquiavelo, en cambio, al emplear los gobernantes la injusticia para establecer el "orden" y toda clase de mal para satisfacer su ambición de poder, tendrán una conciencia limpia y sentirán que cumplen su deber como jefes políticos. Y si suponemos que no son enteramente escépticos en asuntos morales y que tienen algunas convicciones religiosas y éticas acerca de la conducta personal del hombre, entonces se sentirán obligados -en todo lo relativo a la política- a dejar a un lado aquellas convicciones, o a ponerlas entre paréntesis, y a sacrificar estoicamente su moralidad personal en el altar del bien político. Lo que antes era un simple "hecho", con toda la debilidad e inconsistencia que acompaña, aún en lo malo, a las cosas accidentales y contingentes, se ha convertido -después de Maquiavelo- en un "derecho", con toda la firmeza y permanencia que son propias de las cosas necesarias. Un completo olvido del bien y del mal ha lle-

4 En "Principios de una política humanista", Bs. As., 1946.

gado a ser considerado como regla, no de la moralidad humana -ya que Maquiavelo nunca pretendió ser un filósofo moral-, pero sí de la política humana.

Bueno es recalcar a esta altura que la ética política no se presenta como homogénea y rígida, que no deja la menor libertad de crítica a los hombres de Estado. Si los juicios de valor que formula no se pueden plegar a discreción -como se pliegan consignas inconsistentes, a merced de los prejuicios-, sin embargo, se presentan también como un arco iris de juicios prudenciales con matices diversos que van desde los imperativos apremiantes hasta las meras sugerencias discutibles y revisables.

Estas variaciones son signo a la vez de la riqueza del pensamiento y de la complejidad de las situaciones concretas. Mas nadie podrá quejarse de ello: no olvidemos que tales variedades están bordadas sobre un tema idéntico.

La "situationsethik"

La ética, entonces, deja a los gobernantes gran libertad de movimientos en sus opciones, tanto más cuanto éstas responden siempre a situaciones complejas, pero a condición de que las adopten en conformidad con las exigencias de los principios obligatorios, absolutos, universales e inmutables de la moral.

Negarse a admitir tales principios es uno de los aspectos esenciales de toda "situationsethik" o "moral de la situación" -muy difundida, especialmente por los filósofos existencialistas, como Jean Paul Sartre-, la que suprime totalmente o relega a un plano muy secundario todos los preceptos morales de valor universal, exaltando, por el contrario, las circunstancias o situaciones concretas en que se encuentra el sujeto. Para Sartre, la norma última de la moralidad reside en el juicio subjetivo del hombre, cuyos actos cambian según las circunstancias o situaciones en que pueda encontrarse, así que, al cambiar éstas, cambiarán también inevitablemente las acciones humanas.

Por cierto que no hay que concluir que la situación no deba ser tomada en consideración por la decisión moral, pues pese a la identidad esencial de las decisiones, cada una de ellas implica elementos nuevos, desde que los actores, los lugares, lo que se pone en juego, los móviles y los medios utilizados no son los mismos. Cada opción, individual o colectiva, debe enfrentarse con algo inédito, y la complejidad concreta de cada situación debe integrarse con los principios en la decisión moral, de modo tal que se configure como un acto auténticamente prudencial. El prudente es quien dirige sus acciones hacia un bien moral, y bien se ha dicho que el criminal puede ser astuto como una zorra para lograr sus fines, pero no lo llamamos prudente, puesto que no va dirigido por una recta voluntad encaminada a un buen fin.

La eticidad del Estado

Estas son preguntas fundamentales:

1. ¿Es el Estado un puro hecho, una fuerza que el individuo debe considerar opresora, una autoridad encadenante?
2. ¿O bien debe ser un valor, expresión de racionalidad y eticidad?

Al respecto, siguiendo a la filosofía perenne en modernas expresiones ([5]), consignamos lo que sigue.

1. Si lo primero fuese afirmativo, la actitud del atomismo individualista -que ha buscado por todos los medios limitar la autoridad y la competencia del Estado, reduciéndolas a la mínima expresión, hasta el punto de que la única misión del mismo sería velar por la seguridad de las libertades individuales y con frecuencia de los egoísmos particulares más desenfrenados (recuérdese la historia del capitalismo moderno y la explotación inhumana de los trabajadores)- sería lógica. El Estado- gendarme, como muy bien se le ha definido, no tiene más que esa misión negativa. Para decirlo con Manuel Kant, debe únicamente permitir la coexistencia del arbitrio de uno con el arbitrio de otro, según la ley de la libertad. Viene a considerarse, poco más o menos, como el cirujano: es indispensable, porque a veces se necesita una operación, pero procuramos rehuirle mientras nos es posible. La figura típica del "burgués" en el sentido peyorativo de la palabra, es creación de ese estado de ánimo, es decir, de quien considera como verdadera realidad y autoridad suprema su señor YO, con todas las comodidades que lleva consigo el egoísmo. El Estado, en este caso, es fuerza, únicamente fuerza, carente de significado ético.

2. Si a lo segundo corresponde la verdad, resulta obligación moral nuestra sentirnos miembros de este organismo, superando el círculo del propio egoísmo y cobrando conciencia de las responsabilidades que nos incumben como miembros de la comunidad. Y ello no sólo por miedo a la fuerza y al castigo, sino por ser conscientes del valor ético del Estado. La misión del Estado no es puramente negativa. El Estado no se encarga sólo de tutelar los intereses privados y la libertad entendida a modo individualista, sino que tiene altísimas finalidades positivas, a cuya realización todos y cada uno deben colaborar mediante la verdadera libertad, que consiste en cumplir el propio deber, según el imperativo racional de las leyes del ser. El Estado, en este caso, es algo grandioso, es una realidad digna de reverencia, merecedora de obsequio, de respeto, de entrega a veces heroica. No es una cadena ni un simple cancerbero, sino ala que levante los más audaces vuelos (aunque nunca debe perderse de vista uno de los aspectos capitales de la filosofía tomista,

5 Así, Francesco Olgiati, "El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino", Pamplona, 1977.

que constituye una barrera formidable contra el absolutismo del Estado: "el hombre no está ordenado a la comunidad política según todo lo que es y todo lo que tiene y puede..., sino todo lo que el hombre es y todo lo que tiene y puede, debe ser ordenado a Dios").

La filosofía perenne sostuvo siempre, desde Aristóteles, esta segunda tesis, afirmando la eticidad del Estado; y cuando se habla de eticidad, la primera preocupación que hay que tener es no separar la esfera de la moral de la de la vida.

Toda actividad humana -es decir, del hombre en cuanto hombre- tanto si es comercial, como industrial, artística, científica, jurídica, etc., no está separada de la ética. No se dan por un lado "les affaires", "the business", y por otro, en majestuoso trono, la "virtus". Concebir así el mundo de nuestra actividad es lo mismo que separar el alma del cuerpo. Es la muerte. La eticidad es el alma que inspira, que transforma, que eleva, que sublima todas nuestras actividades o las condena. No se dan en la vida concreta actos indiferentes.

¿Cómo es posible que una actividad como la política que tiende al perfeccionamiento del hombre y de la sociedad y que incluso debe coordinar los medios materiales para crear una atmósfera favorable a las múltiples aspiraciones del espíritu y promoverlas cuando las iniciativas individuales no bastan, o están adormecidas o no se atreven; cómo es posible que semejante actividad no posea carácter ético, no relumbre de valor y de significado moral? Si la acción del Estado está en conformidad con las leyes de la razón, o sea, con las leyes del ente, es necesariamente actividad ética. Si es disconforme será, necesariamente, inmoral.

Por eso, con profundas palabras que suenan a reprobación del abstraccionismo individualista y de todo corte o separación entre actividad política y actividad moral, Aristóteles en su "Ética a Nicómaco" quería que el hombre de Estado tuviera algún conocimiento de lo que al alma se refiere.

Y por eso el Estado -en su realidad considerada no sólo como hecho en bruto sino como valor- supone para Aristóteles racionalidad y eticidad. ¿No es acaso el Estado una colectividad unificada en función de la acción y de la vida? Donde haya acción, donde se dé vida, ¿cómo podría faltar la ética, que es precisamente la ley de la acción y de la vida misma, la ley que no viene arbitrariamente desde fuera sino que brota de la misma realidad?

Bajo cualquier aspecto que se mire, el Estado expresa eticidad.

Si se considera el elemento material del que resulta -los individuos particulares y la familia, sin perjuicio de otras asociaciones infrapolíticas- tenemos hombres, es decir, seres que cuando actúan como hombres, obran moral o inmoralmente.

Si de la pluralidad de los sujetos pasamos a la autoridad -o gobierno- que dirige, también ella debe seguir las leyes del ser, o sea, las leyes de la racionalidad y de la eticidad.

Si se considera al Estado como persona moral, la filosofía perenne ha propugnado siempre la concepción del Estado-justicia. El concepto de Estado implica en sí la exigencia de actividad ética, es decir, de esa virtud que el estagirita llamaba social y de la cual el Estado debe ser la encarnación concreta: la justicia que da a cada cual lo suyo.

El fin del Estado, o sea, el "bonum commune", es decididamente moral, ya que está regulado por las leyes del ser, de la razón y de la moral.

No se puede, por tanto, dudar del carácter ético del Estado, siempre que se le conciba no según el atomismo o el panteísmo político, sino según lo que realmente es, en las notas esenciales constitutivas que hemos visto.

Por cierto que, sin duda, la historia de los Estados reales es, en muchas ocasiones, la negación de la eticidad; mas sucede aquí, ni más ni menos, lo que en el individuo, cuyo obrar es, con frecuencia, inmoral. Pero la negación práctica de la moral nada arguye contra la tesis que venimos exponiendo.

No se puede confundir el problema de la naturaleza del Estado con el Estado como hecho concreto. Hay que distinguir el concepto de círculo de los círculos dibujados en la pizarra o en el papel. Toda actividad humana -incluida la política- puede inspirarse en criterios pasionales en lugar de las leyes de la razón. Ello no significa nada desde el punto de vista del concepto del Estado, que es el único que aquí nos interesa.

La moral y lo útil o económico

Ahora bien, es necesario a esta altura hacer referencia a la frecuente separación -en los tiempos que corren (y antes)- de lo útil o económico con respecto a la moral, por cierto que rebelándonos contra tal desunión. Existe la utilidad egoísta del hombre en cuanto animal y nos negamos a reducir a esto el concepto de Estado; y existe la utilidad del hombre en cuanto hombre y esta es la utilidad que se identifica con la moral.

No ha existido nunca, y no puede existir, un "homo oeconomicus" que, en cuanto "oeconomicus", no sea moral o inmoral. O bien su actividad utilitaria se conforma a las leyes del ser y entonces es actividad racional y ética, o está en disconformidad con ellas, y entonces es actividad pasional, irracional o inmoral; en otras palabras, actividad no auténticamente útil, sino antieconómica.

La sustancia moral del bien común

Conviene insistir recordando -con José Miguel Ibáñez Langlois (6)- que el bien común es primero y esencialmente bien, el bien moral del hombre en sociedad. Un "bien

6 En "Doctrina Social de la Iglesia", Santiago de Chile, 1988.

común" que tiende a la amoralidad es, en el fondo, una meta social que tiende a ser "mal común". La experiencia histórica es abrumadora en este sentido. León XIII podía escribir en 1889: "Si un Estado no pretende otro fin que la comodidad material y un progreso social abundante y refinado, si se olvida de Dios en el gobierno de la república y se despreocupa de atender a las leyes morales, ese Estado se desvía lastimosamente del fin que la naturaleza misma le prescribe. No es ya una comunidad o sociedad humana, sino más bien una falsificación y simulación de sociedad... Se puede afirmar incluso que cuanto mayor es el progreso de los bienes corporales, tanto mayor es la decadencia en los bienes espirituales".

Esas palabras encaran una situación histórica determinada, y no tendría sentido extrapolarlas ni inferir de ellas criterios históricos perennes. Pero hoy vuelven a tener una dolorosa actualidad. En diversas "sociedades de la abundancia" -muy a menudo "sociedades permisivas"- se multiplican, a la par que el progreso material, la desintegración de la familia, el divorcio, la anticoncepción, el aborto, el pansexualismo, la pornografía, la homosexualidad, el hedonismo, y también el nihilismo, la angustia, las enfermedades psíquicas, el suicidio, la eutanasia, la drogadicción, el egoísmo, el consumismo, las diversas manifestaciones del materialismo práctico, etc.… Y a menudo la extensión del progreso material en nuevas naciones o sectores sociales corre pareja con la extensión de esta decadencia moral. Cuando así ocurre no sólo de hecho, sino a partir de la complicidad activa de las autoridades, de la legislación permisiva, del contenido de la educación y de la modalidad misma de las instituciones sociales, se hace difícil hablar de "bien común", por mucho que éste contenga la excelencia de los servicios públicos y del bienestar material. No se trata en modo alguno de establecer una ecuación entre riqueza material y desorden moral, ni tampoco de detener el progreso material con la idea de salvaguardar el bien moral. Se trata de que la vida en sociedad procure al hombre la armonía contenida en el concepto auténtico de bien común.

Por eso no se puede dejar de reivindicar el carácter esencialmente ético del bien común: el hombre necesita de la sociedad para su desarrollo, lo que implica la actualización plena de sus potencialidades, particularmente de las específicamente humanas (inteligencia y voluntad, que son principios de acción, potencias de operación), por lo que deben darse en la comunidad política aquellas condiciones externas que son necesarias al conjunto de sus miembros para el desarrollo de su vida, así material o económica como intelectual y espiritual, en tanto no alcancen a conseguirlas las energías de las familias y los esfuerzos de otras sociedades menores en jerarquía, anteriores en su proximidad al hombre e intermedias entre el individuo y el Estado, y no correspondan a la Iglesia, creada por voluntad salvífica de Dios al servicio de la persona humana, singularmente de sus fines religiosos.

Técnicas para la realización del concepto ético del Estado

Debe quedar claro que la esfera del poder político viene determinada por el fin que tiene la misión de realizar, por el bien común:

1º) Asegurando la paz (u orden por la justicia), tanto externa como interna, así como la defensa de los derechos naturales, sean de individuos o asociaciones.
2º) Promoviendo el bienestar y el progreso social, no sólo material sino también moral, observando los principios de subsidiariedad y solidaridad.

La autoridad se halla, pues:

a) Limitada por los derechos naturales preexistentes de los individuos y grupos a quienes gobierna.
b) Sometida a la moral, al orden de la justicia y a las leyes fundamentales de la sociedad política.

Ahora bien, anota Luis Sánchez Agesta ([7]) que el problema, hoy, no es ya si el poder público (o los funcionarios) deben sujetarse al derecho, sino cómo pueden ser obligados a cumplir el mismo, con lo que la cuestión ética se hace así operativa, esto es, se encarna en una o varias técnicas que tratan de realizar ese principio.

Agrega que estas técnicas tratan de asegurar que el derecho positivo tenga color o sabor de justicia ante la conciencia de los ciudadanos y que sea un orden de paz que defina claramente lo tuyo, lo mío y lo nuestro y que dé seguridad a nuestros movimientos dentro de la vida social, haciendo así posible una libertad responsable, dentro del ámbito del orden jurídico.

ontinúa diciendo que las técnicas de marras responden a un cómo, y son, por consiguiente, modos operativos que vinculan al poder y lo predisponen a realizar valores de justicia y de paz jurídica, y permiten el ejercicio de una libertad responsable, tendiendo en cierta manera a expresarse como un límite o una condición en la actuación del poder y de la libertad; y como mejor puede comprenderse su naturaleza es enunciando los fines negativos y positivos que se proponen y sugiriendo algunas de las técnicas concretas con que éstos se articulan.

Añade que entre estos objetivos y las técnicas que los realizan pueden destacar los siguientes:

7 En "Principios de Teoría Política, Madrid, 1979.

a) Impedir la ventaja, la exención o el privilegio que no estén fundados en una necesidad de la función.

Así, por ejemplo, la exigencia de ley con su generalidad, su publicidad y su prudente deliberación para regular determinadas materias, como la imposición de tributos, implica un condicionamiento del poder que tiende a eliminar situaciones de desigualdad injusta; la participación de órganos representativos en la formación de la ley debe asegurar la prudencia en la deliberación, la presencia de intereses y criterios varios, la ponderación de los fines públicos, etc.

b) Prevenir el abuso en el ejercicio del poder.

Así, "vervi gratia", la sujeción a procedimientos que garanticen la defensa de derechos que pueden ser violados; o el establecimiento de recursos contra las actuaciones que se desorbitan de su marco jurídico de competencia, o de los fines públicos a que están vinculados, tienden a alcanzar ese fin. La separación de las funciones normativa, ejecutiva y judicial tiende también a realizar el mismo efecto, y, sobre todo, permite separar órganos de control que fiscalicen.

c) Eliminar la arbitrariedad en las decisiones.

La obligación de fundar jurídicamente una decisión o de adoptarla de acuerdo con un procedimiento formal y la tipificación en normas de ciertos hechos condicionantes (por ejemplo, los delitos o las infracciones) crean ese ambiente de pacífica tranquilidad en el orden que responde tanto a la seguridad y al ejercicio de la libertad responsable como a la justicia.

d) Definir con certeza el ámbito de la libertad y del ejercicio de los derechos.

La existencia de unas normas claras, que no puedan ser arbitrariamente interpretadas, sin superposiciones de normas vigentes, con una clara definición de las autoridades que pueden dictarlas, de la jerarquía de las autoridades y de las normas entre sí, crean ese ambiente que es tan propicio al libre desenvolvimiento de la persona, como al ejercicio de una actividad social y económica independientes.

Concluye Sánchez Agesta diciendo que un Estado de derecho concebido sobre esos supuestos éticos y con técnicas que tiendan a asegurar esos fines no es incompatible en absoluto con la intervención del poder público en el ámbito social y económico, no sólo con fines de "policía", por emplear este término clásico de la doctrina administrativa que apunta a definir la acción preventiva de la administración, sino para realizar un fin más alto de bienestar social o de justicia social, lo que concuerda más exactamente con el régimen del Estado de derecho, en cuanto se propone una más profunda realización del principio de justicia. "La imagen del Estado de derecho liberal como un ´statu quo` de

los derechos existentes debe superarse con una definición de los derechos en un orden inspirado por el bien común".

Es que el bien común, auténtico fin del Estado, no limita la acción de éste a la misión negativa que suele asignársele refiriendo, sobre todo, lo que el mismo no debe hacer; por el contrario, afirma una ayuda estatal para la realización de los derechos, buscando el perfeccionamiento de la comunidad y, consiguientemente, de las personas en su dimensión material, intelectual y moral; mas esta intervención debe desenvolverse conforme al principio de subsidiariedad, respetando el Estado la autonomía de los individuos y asociaciones intermedias, pero protegiendo, estimulando, coordinando, e inclusive supliendo.

Ética política y servicios públicos

Creemos en la necesidad actual de adaptar el régimen jurídico de los servicios públicos y del contrato de concesión o licencia de los mismos a la economía de mercado; mas para ello es menester señalemos ahora los principios éticos de la auténtica economía de mercado, que pueden asegurar el desarrollo normal de las actividades humanas: las espirituales y las materiales, entre ambas indispensables.

En razón de ello, se impone abordemos aquí el problema de si el orden económico debe observar ciertos principios morales, lo que de algún modo anticipáramos al abordar el tema "La moral y lo útil o económico".

Destaca Ibáñez Langlois que con alguna frecuencia y desde distintas ideologías, se ha pretendido cuestionar la existencia misma -o al menos la efectividad real- de normas morales que rijan la economía.

Así, se ha sostenido que las leyes económicas serían autónomas y absolutas, estimándose como improcedente y dañina toda injerencia de una voluntad moral sobre los mecanismos automáticos del mercado, puestos en marcha por la espontaneidad de la libre competencia.

En cuanto a la miseria que tal régimen engendra, se ha juzgado que viene impuesta por leyes necesarias de la economía, habiéndose pretendido que todo afán por aliviar aquélla debía confiarse exclusivamente a la caridad.

Frente a ello, se ha comprobado y denunciado que las desastrosas consecuencias morales a que tales ideas conducen (aguda división de clases, con una minoría detentadora de una enorme acumulación de poder y de recursos; una economía horrendamente dura, cruel, atroz; etc.), proceden no de un orden económico natural y necesario, sino de premisas y acciones morales profundamente erróneas, siendo precisamente su peor error la concepción amoral de la economía como autónoma con respecto a la ley moral natural.

No se desconoce la relativa autonomía del orden económico, mas sí que esa autonomía sea absoluta y esté exenta de la ley moral, apelando por tanto a una cierta interven-

ción del Estado sobre la economía, aunque con plena conciencia de que esa intervención no resuelve el problema "ipso facto" ni está exenta de peligros: ella misma, tanto en su intensidad como en su calidad, debe atenerse a normas morales precisas para ser eficaz.

Las leyes morales no son buenos deseos quiméricos sobreañadidos a una fatalidad económica, sino que regulan la conducción misma de la actividad económica a su verdadero fin; y el conocimiento de las leyes económicas -que no son automáticamente benefactoras del hombre y de la sociedad, pues se refieren al "cómo" y no al "para qué" último- es necesario para actuar sobre la economía y subordinarla a los fines superiores de la existencia humana.

Los agentes económicos deben, entonces, conocer las leyes propias de la economía para actuar con eficacia, mas también la ley moral que en definitiva señala el último fin del orden económico.

Escribe asimismo José Miguel Ibáñez Langlois que, paradójicamente, tanto los principios del socialismo marxista como los del liberalismo en sus variadas formas postulan un sistema económico "a prueba de malos", es decir, un sistema eficaz al margen de las disposiciones morales de los sujetos agentes que en él se mueven, lo que exhibe una apreciación errónea -minimista- de la subjetividad humana y de los resortes profundos de la conciencia moral personal, a la que debe apelarse en definitiva para construir un sistema económico a la vez justo y eficaz.

Obviamente que -con Ibáñez Langlois- no compartimos tales apreciaciones; en efecto:

a) Como el Estado nace de los hombres y vive por ellos, la deficiencia moral de las personas -a quienes el poder omnímodo, en diversas medidas, corrompe- no puede sino influir malignamente en el sistema económico mismo que el Estado pretende sanear y que, en cambio, esas personas malean.
b) En forma análoga, también el mercado es una abstracción al margen de las personas que lo constituyen; el mal interior de esas personas no queda neutralizado por la libre concurrencia, sino que encuentra en ella un vasto espacio para su propagación.

Por eso descreemos de la "bondad automática" de un sistema impermeable a leyes morales, y sólo en el imperio efectivo de estas leyes sobre los sujetos -autoridades, empresarios, etc.- se apoya la construcción de cualquier sistema económico que pretenda ser verdaderamente justo.

Y destacamos la necesidad de afirmar la dignidad del hombre, y el carácter meramente instrumental que tiene lo que multiplica y mejora su condición material, mostrando en suma a dónde se debe ir y a lo que, por tanto, debe ordenarse lo instrumental.

Con tales bases, la economía de mercado trata de erigir una sociedad auténticamente democrática -a la que hemos definido como "forma de Estado en la que el poder político se ejerce orientado al bien común temporal, con participación responsable, libre y eficaz de la comunidad"- con un sistema económico que reconoce lo positivo de la libre creatividad humana en el sector de la economía, pero al mismo tiempo indica que ésta -y, por ende, la propiedad, la empresa y el mercado- ha de estar orientada hacia el bien común, lo que exige la oportuna intervención de las fuerzas sociales y, subsidiariamente, del Estado.

En consecuencia, la economía en trato se opone:

a) a la estatización de los medios de producción, que reduce al individuo a una pieza en el engranaje de la máquina estatal; y
b) a una concepción del Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo de interés y de acción.

Siempre aclaramos que en una auténtica economía de mercado el Estado puede y debe estatizar ciertos bienes productivos y ciertos servicios, principalmente en los siguientes casos:

a) ante la manifiesta incapacidad o ineficiencia o desinterés del sector privado para asegurar la producción suficiente de esos bienes o servicios, ya sea por carencia de recursos físicos o humanos, ya sea por no poder organizarse en forma adecuada, o por falta de rentabilidad; y
b) cuando la importancia de ciertos bienes o servicios es tal para toda la economía nacional, que resultaría peligroso dejarlos en manos de grupos o intereses privados (así, por ejemplo, el caso extremo de la producción de la energía nuclear, por su incidencia incluso para la paz y seguridad estatales).

Mas el Estado, en principio, ha de administrar los rubros respectivos contribuyendo al mismo tiempo, activamente, a facilitar la capacitación del sector privado, para que este último pueda hacerse cargo de ellos; aunque es frecuente que una vez que el Estado asume temporalmente una actividad propia del sector privado, tiende a no devolverla a éste, por creer los gobernantes que ha de disminuir su poder de decisión futuro, marginando que el respeto pleno del principio de subsidiariedad es la mayor garantía de la estabilidad política.

En la economía de mercado las primeras incumbencias estatales son garantizar la libertad -con responsabilidad-, además de un sistema monetario estable y servicios públicos y sociales eficientes.

Por lo demás, debe el Estado actuar en observancia del principio de subsidiariedad, el cual, nota distintiva de la tradición cultural de occidente.

Pero también debe el Estado intervenir según el principio de solidaridad, conforme al cual los individuos, cuanto más indefensos están en la sociedad, tanto más necesitan el apoyo y el cuidado de los demás, en particular, la intervención de la autoridad pública.

Consigna Ibáñez Langlois que existen dos verdades sociales estrictamente complementarias: que la justicia sin caridad es insuficiente en el orden social, y que la caridad supone a la justicia, porque no está destinada a reemplazarla hipócritamente -cohonestando la injusticia-, sino a llevarla a su plenitud, doctrina del todo ajena a la idea liberal, según la cual la miseria popular engendrada por la economía de libre competencia sólo debía ser remediada por la caridad y la filantropía; lo que significaba no sólo un remedio del todo insuficiente, sino también una especie de falso sosiego de la conciencia, es decir, una injusta sustitución de la justicia ausente por una caridad privada y supererogatoria.

Por otro lado, la economía en trato reafirma el principio de que el desarrollo no debe ser entendido de manera exclusivamente económica, sino bajo una dimensión humana integral; de lo contrario, se alimenta el materialismo práctico, al dar una primacía absoluta a los bienes económicos, debilitándose todo el sistema sociocultural.

En otra vertiente, es imprescindible atender al "consumismo", como también a que si bien los mecanismos de mercado ofrecen ventajas seguras, conllevan el riesgo de una "idolatría del mercado", que ignora la existencia de bienes que, por su naturaleza, no son ni pueden ser simples mercancías.

De ahí que sea deber de la sociedad y el Estado, enfrentar el consumismo, y proveer a la defensa y tutela de bienes colectivos -como son el ambiente humano y el ambiente natural- cuya salvaguardia no puede estar asegurada por aquellos simples mecanismos.

Y recordamos:

a) Que el fenómeno del consumismo, marginando una correcta concepción de la persona, implica un estilo de vida orientado a tener y no a ser, que quiere tener más no para ser más, sino para consumir la existencia en un goce que se propone como un fin en sí mismo.
b) Que la defensa del "ambiente humano", salvaguardando las condiciones morales de una auténtica "ecología humana", implica la de la moralidad pública, como también un urbanismo preocupado por la vida de las personas, la "ecología social" del trabajo (siendo obvios los casos en que se ignora la más elemental justicia en materia de trabajo, pese a las declaraciones y convenciones internacionales y a las leyes internas de los Estados) y el apoyo y fortalecimiento de la familia, a la que hay que volver a considerar como el santuario de la vida.

c) Que dentro del deber de la sociedad y el Estado de proveer a la defensa y tutela del ambiente natural, está lo referido a la cuestión ecológica "stricto sensu", ciertamente vinculada con el consumismo, pues el hombre consume de manera excesiva y desordenada los recursos de la tierra y su vida misma, provocando la rebelión de la naturaleza, más bien tiranizada que gobernada por él.

Sociedad y Estado deben, entonces, preocuparse de preservar el ambiente natural, creando consciencia de los deberes para con las generaciones futuras.

Es imprescindible puntualizar, finalmente, que lo que dejamos dicho en torno de la economía de mercado implica la descalificación del denominado "Estado asistencial", el cual, no respetando el principio de subsidiariedad, provoca el aumento exagerado de los aparatos públicos, sin preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de gastos, pérdida de energía humana, etc..

Lo que antecede en modo alguno puede ser marginado cuando se regulan y controlan los servicios públicos, cuyo objeto es la satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva en orden a la buena vida en común

El porqué de la reglamentación

Siguiendo muy de cerca a Gaspar Ariño Ortiz, destacamos que los comúnmente considerados servicios públicos, como por ejemplo la electricidad, el gas, el suministro de agua, la telefonía básica, la depuración de aguas residuales, etc., afectan a casi toda la infraestructura de los países, ya que entre otras cosas requieren grandes redes de distribución integradas, o la coordinación de muchos servicios, como la trama del tendido eléctrico.

Por otra parte, hay numerosas actividades o servicios que tienen una estructura de costes que se beneficia de la gran escala puesto que los gastos unitarios caen a medida que la red aumenta; como contrapartida, la existencia de estas redes suele provocar que los operadores se beneficien de un monopolio natural para dar esa prestación en el área en la que operan.

Además, debido a que casi todas las actividades o servicios obran sobre el medio ambiente, son muchos los lugares donde se exige v. gr. que las líneas telefónicas, telegráficas y eléctricas estén bajo tierra.

Igualmente se ha atendido muy especialmente a los efectos destructivos de algunas de las actividades que consideramos; y así, por ejemplo, los sistemas de depuración de aguas están muy vinculados con la creciente contaminación a nivel mundial.

Del mismo modo, se asevera que el hollín y otras emisiones provenientes de las centrales eléctricas son responsables de la destrucción de bosques de coníferas en algunas zonas del norte de Europa.

Al mismo tiempo, existe una progresiva preocupación respecto a los peligros asociados con las centrales de energía nuclear, suscitando embrollos entre sus defensores y sus detractores, por lo que los programas de construcción de centrales nucleares en muchos Estados se han ido reduciendo, o desmantelando.

En virtud de ello y en razón de la utilidad pública de estas actividades, por lo general están sometidas al control del Estado, e incluso suelen ser gestionadas directamente por aquél, debiéndose destacar que el monopolio anexo a numerosos servicios ha disminuido mucho durante la década de 1980, debido primordialmente a su desregulación y privatización, por lo que desde entonces, en muchos existe actualmente concurrencia, como en el suministro eléctrico y de gas y en las comunicaciones ferroviarias.

En ciertos Estados las operaciones o servicios de marras son gestionados directamente por el mismo o por los municipios (p. ej., el caso de los sistemas de depuración y de suministro de agua), mientras que en otros se utilizan las técnicas de la concesión o de la licencia, existiendo finalmente un tercer grupo en el que se estima que las actividades en cuestión son actividades particulares sujetas generalmente a un control estatal mayor o menor según los casos.

Los sujetos particulares a los que se les acuerda u otorga una concesión, licencia o lo que se suele denominar autorización reglamentada, se diferencian de otras empresas -entre distintos aspectos- en que en principio están obligados a atender a cualquier persona que requiera sus servicios. Necesitan por lo común una gran inversión de capital en relación con los ingresos que obtienen. Además, suelen estar sometidos a una estrecha vigilancia económica y ecológica por parte del Estado respectivo.

Por lo común, el control de las concesiones y licencias acordadas u otorgadas por el Estado depende de comisiones, entes reguladores u organismos de control, que son instituciones para -entre otras cosas- proteger la seguridad de las personas y de las propiedades que están bajo su competencia.

Se pueden encontrar medidas reguladoras incluso en el sistema del "rule of law", dado que la razón de ser de la regulación estriba en que, puesto que la empresa prestadora suele lograr un monopolio para ofrecer esa prestación en una determinada área, los precios y servicios ofrecidos a los consumidores no se encuentran regulados por la libre competencia, por lo que el Estado tiende a reemplazar la competencia mediante la regulación, lo que en teoría tiene por objetivo asegurar un servicio adecuado y módico a los consumidores, permitiendo a la vez que la empresa que gestiona pueda obtener ganancias, parte de las cuales se dispone sean reinvertidas en la asistencia que se ofrece.

Los sistemas de regulación son distintos según los Estados, variando conforme a las formas de prestación que hayan adoptado, o sea, a los modos de satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva mediante actividades básicamente industriales o comerciales, siendo objeto de nuestro trabajo el análisis de las bases para la regulación y la reglamentación de estas actividades vinculadas al bien común, fin que el Estado debe procurar.

El marco jurídico adecuado

El marco -conocido de antemano por los interesados- es fundamental para las inversiones y para activar la competencia (cuyo objeto último es el beneficio del usuario).

Ha escrito Daniel Nallar ([8]) que, en rigor, los "marcos regulatorios" otorgan estabilidad y consistencia a los principios y criterios generales que el Estado y el prestador conocen y aceptan respetar bajo todas las circunstancias conflictivas que acompañan y condicionan inevitablemente la prestación de un servicio público. Así, en primer lugar incluye a la misma Constitución del Estado, base fundamental a partir de la cual se construye sólidamente el sistema legal, reglamentario y contractual; en segundo lugar la integración del marco regulatorio continúa con las leyes dictadas por el parlamento del Estado; en tercer lugar, se incluyen en el marco las reglamentaciones dictadas en el ejercicio de atribuciones constitucionales. Y en el grado máximo de especificidad encontramos dentro del marco -dice- las normas contractuales, que integran el título habilitante -concesión, licencia o permiso- y que atienden a cuestiones tan particularizadas como valores y categorías tarifarias, modalidades de facturación, normas de calidad técnica y comercial, planes de inversión, condiciones de accesibilidad, área de prestación, etc. Agrega que el marco "lato sensu" forma parte de las condiciones que el Estado expone cuando invita a realizar ofertas para prestar determinado servicio, y que ya entonces el Estado y el prestador se comprometen a respetar la totalidad de las normas que componen el "marco regulatorio". El término "marco regulatorio", así entendido, pretende asegurar dos premisas fundamentales:

a) todo principio, norma o regla que va a ser aplicado en la regulación del servicio debe necesariamente integrar el marco; y
b) el marco sólo podrá modificarse mediante procedimientos predeterminados en la normativa general que prevean la participación de todos los sujetos involucrados.

8 Ver su excelente tesis doctoral "La naturaleza de los actos emitidos por los entes reguladores y el alcance de sus competencias", presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral en 2008, p. 415 y ss.

En otra vertiente, se requiere un régimen claro de competencias y entidades u organismos titulares, pues suelen intervenir demasiados (el ejecutivo, uno o varios ministerios, entes reguladores u organismos de control, autoridades provinciales y municipales, centros de defensa de la competencia); ello evita confusiones que dificultan la adopción de resoluciones, siendo conveniente que la entidad o el organismo de supervisión sea único.

La competencia, en su caso, de las provincias y municipios, reguladora y para actividades complementarias, debe ajustarse a los principios constitucionales, con una normativa precisa.

Las crisis

He enseñado reiteradamente Gaspar Ariño Ortiz que, por lo que se refiere a los usuarios, se debe distinguir situaciones de normalidad y situaciones de crisis; y si normalmente la seguridad para los usuarios se centra sobre la disponibilidad de la prestación, la calidad del servicio y su accesibilidad, se pregunta cómo aportar seguridad jurídica en estos elementos.

Llama "servicio universal" a la prestación que está permanentemente disponible para todos a un precio asequible, agregando que aquél es un concepto:

a) de mínimos, porque no se pueden universalizar prestaciones "de máximos", salvo que el máximo coincida con el mínimo, como ocurre, por ejemplo, en muchos países en el campo de la salud, en los que las prestaciones son en principio las mismas para todos, y
b) evolutivo, porque lo que hoy puede ser inalcanzable para la generalidad, mañana puede dejar de serlo (y así, el abastecimiento domiciliario de agua potable a todos los hogares del casco urbano no se consiguió hasta bien entrado el siglo XX).

Ahora bien, el servicio universal (agua, electricidad, etc.) no puede diseñarse -agrega- de tal modo que se descapitalice la empresa con costos excesivos que pongan en peligro el servicio para los usuarios futuros: sería ilógico que un servicio universalizado deje de estarlo dentro de unos años, salvo que haya aparecido una tecnología sustitutiva.

Anota que la descapitalización de un servicio no se da de repente, pero es real y se produce cuando una insuficiencia tarifaria prolongada impide la renovación de equipos o su buen mantenimiento; los "apagones eléctricos" suelen ser un ejemplo de descapitalización provocada por la falta de inversión en redes, como también cuando se producen accidentes ferroviarios, consecuencia casi siempre de detener las inversiones e "ir tirando" con lo que hay.

Por ello es esencial que los servicios universales (y en general las tarifas "sociales", subvencionadas) se limiten a lo estrictamente necesario y que, como regla general, en tiempos normales se paguen regularmente, se cubran con ellas los costos (incluido un normal beneficio industrial), las instalaciones se renueven y no haya ni grandes esperas por el servicio, ni grandes oscilaciones en la economía de la empresa gestora. Es obvio que siempre podrá haber un pequeño porcentaje de morosos (que se afronta con medidas tales como el corte del suministro y el juicio de apremio); mas esta y otras incidencias forman parte de la normalidad del servicio y no afectan ni a la seguridad jurídica de los usuarios ni a la confiabilidad del servicio.

Ahora bien, destaca que los servicios públicos pueden pasar por dos tipos de crisis:

a) Ordinarias, que si bien tienen un impacto importante sobre el servicio, no destruyen su entorno, como las "crisis del petróleo" de 1973 y 1979. De ellas pueden derivar suspensiones de pagos, quiebras, fusiones o absorciones de empresas. Requieren medidas específicas para algunos servicios esenciales, sistemas de racionamiento o similares, pero no afectan a la estructura del sistema. Suele darse prioridad al mantenimiento del servicio respecto a cualesquiera derechos de terceros (acreedores o titulares de derechos reales sobre los bienes afectos), como ocurrió con la exención de las compañías de ferrocarriles (y, por extensión, de las empresas de obras y servicios en general) del régimen general de quiebras, promulgada en muchos países en el siglo XIX con el fin de que sus componentes esenciales (propiedades, maquinaria, equipamiento, acopios, etc.) no pudieran ser embargados y detraídos del servicio.
b) Extraordinarias, caracterizadas por la pérdida de parámetros de referencia sólidos en los que anclar la economía del servicio (como la crisis argentina de 2001), que suelen llevar a que el Estado se involucre directamente en determinadas actividades, bien a través de nacionalizaciones, bien mediante la adopción de medidas excepcionales de intervención sobre los mercados: congelaciones de precios y tarifas, medidas monetarias, renegociación de las concesiones.

Puntualiza que es importante no confundir "renegociar" con "renacionalizar". La renegociación tiene que hacerse compatible con la seguridad jurídica de la concesión y esto significa que debe mantenerse su equilibrio financiero, si bien adaptado a la crisis: con nuevos plazos, con menores derechos y menores obligaciones o como resulte más conveniente, pero manteniéndose el equilibrio concesional. La renegociación no puede suponer una confiscación larvada del capital de las empresas.

Y tanto en las crisis ordinarias como en las extraordinarias debe tenderse, no a la nacionalización, sino a la renegociación de las concesiones o a la intervención temporal

sobre la empresa y su actividad. La experiencia histórica enseña que la renacionalización no es en modo alguno la solución. Pero en todo caso, si se adoptase este tipo de acciones, deberá hacerse indemnizando al capital -intervenido, incautado, nacionalizado- según los principios de la expropiación forzosa.

Empresas y servicios públicos

En torno de la empresa (en sentido amplio), hay que señalar muy especialmente:

a) que el trabajo empresario es una fuente de riqueza en la sociedad actual; y
b) que los beneficios son un elemento regulador de la vida de la empresa, pero no el único: hay que considerar otros factores humanos y morales que, a la larga, son por lo menos igualmente esenciales para la vida de la empresa.

Respecto de las empresas gestoras de servicios públicos, también ha enseñado Gaspar Ariño Ortiz reiteradamente que:

a) Los servicios públicos se desenvuelven usualmente sobre infraestructuras de red, continuas (p. ej., las redes eléctricas, de gas, los ferrocarriles) o discontinuas (v. gr., los aeropuertos), a lo que se agrega que en las telecomunicaciones, las redes son combinadas de telefonía fija o móvil, terrestres o satelitales, por cables o por ondas, formando no obstante un sistema unitario.

Estas industrias presentan las siguientes particularidades:

– Se trata de actividades -reiteramos- directamente vinculadas a la buena vida en común, tanto para los individuos como para el desarrollo de la actividad económica, dado que ello depende en gran medida de la eficiencia de los servicios, como los de energía, transporte, comunicaciones, etc.
– Demandan grandes inversiones, con largos plazos de amortización.
– Una vez efectuada la inversión original, el costo adicional de suministrar una nueva unidad es pequeño, lo que ofrece considerables economías de escala y una tendencia al monopolio / oligopolio, realizado por grandes entidades.

Es por tales peculiaridades que los Estados han asumido frecuentemente como propias esas actividades, declarándolas reservadas por ley y gestionándolas directamente, u otorgándolas en concesión a empresas privadas sobre las que ejercen atribuciones similares a las que despliegan sobre sus otras actividades administrativas.

Mas es dable observar que -en general y en los últimos años- el Estado se está retirando de la gestión empresarial, debido a que:

– por lo común se ha demostrado como ineficaz, y
– el tremendo gasto social que pesa de modo creciente sobre los erarios públicos lo ha obligado a recurrir al capital privado, para que le alivie la pesadez.

De lo expuesto cabe concluir en que si los servicios públicos requieren grandes inversiones, si hay capital disponible en los mercados -nacionales o internacionales- y si escasea en cambio el capital público, la solución es admitir empresas privadas para la gestión de los servicios, regulando estos de modo que cumplan su fin, para lo cual las principales determinaciones de la gestión se fijan y supervisan por la autoridad pública.

Ahora bien, la relación entre el dueño del capital y el Estado ("lato sensu") se configura como un contrato de gestión de servicio público (desígnese concesión, licencia, etc.), vínculo que da origen a una incesante interdependencia entre las partes del acuerdo, la que requiere un sostenido espíritu de colaboración y buena fe, y conservando siempre la entidad estatal la responsabilidad sobre las prestaciones que son, como se ha visto, esenciales para la buena vida en común.

b) Los servicios públicos de gestión privada están entonces a cargo de empresas que, como tales, deben defender su cuenta de logros, desde que son ante todo empresas, no instituciones de beneficencia ni entidades sufragadas por el Estado. Por otra parte, muchos servicios públicos se prestan en un régimen de competencia. Ergo, como las empresas deben subsistir, es menester se resguarden lícitamente ante el Estado y la competencia.

No obstante prestar un servicio público, la empresa es de propiedad de los titulares del capital (y no de los usuarios), con personalidad jurídica y órganos que la dirigen y administran; y ello así, sea que provenga de una entidad estatal "privatizada" o de los privados. La defensa de los intereses de sus accionistas y de sus agentes, la conservación de su "rating", la salvaguardia de su identidad, son obligaciones de sus directivos, que tanto el Estado como los usuarios deben comprender y respetar.

El contrato -título de delegación- debe componer los intereses de todos, siendo de su contenido plenamente exigible el "equivalente económico", es decir, el "equilibrio financiero" pactado y no la forma puntual de realizar la prestación, la cual se encuentra sujeta al ejercicio del denominado "ius variandi" (con sus límites correspondientes).

Y cuando se desenvuelven en áreas competitivas, puede el Estado igualar a las distintas firmas en las condiciones de competencia; no, por el contrario, intentar hacer eficientes de modo artificioso a empresas que no lo son.

c) Siempre en razón de ser fundamentales para la buena vida en común, las empresas en cuestión tienen una marcado deber de transparencia, para cumplimentar el cual deben dar explicaciones de lo que obran en forma más intensa que la requerida a otras empresas particulares, dado que quien asume la prestación de un servicio público debe exponer abiertamente la identidad de sus gestores y accionistas, su patrimonio y su contabilidad para los correspondientes análisis; y ello resulta favorable también para las empresas, dado que así evitan valoraciones apresuradas, torcidas, con datos insuficientes, evaluaciones más políticas que empresariales.

d) La sensibilidad social y ambiental son deberes de todas las empresas, pero especialmente de las de servicios públicos, ya que con ella patentizan su débito con el fin de su actividad: satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva.

Se demuestra tal ánimo cumpliendo debidamente con sus obligaciones -fundamentalmente en períodos de crisis-, sin que aquél envuelva que rebosen de personal, paguen a sus empleados más que las otras compañías, ofrezcan prestaciones por precios o tasas inferiores a los de costo, etc..

En casos de emergencias, las empresas de servicios públicos deben contribuir a su superación con el mismo (y aun mayor) esfuerzo que debe hacer toda la comunidad, por ejemplo mediante ardores financieros para mantener la continuidad del servicio; mas ello importa también que el Estado tenga especial consideración en caso de auténtico brete empresarial, la que puede traducirse "verbi gratia" en un régimen especial de quiebras.

¿El servicio público no desaparece?

Ha señalado Franck Moderne (9), catedrático de la Universidad de París I, que la presión de la ideología liberal, dominante durante los primeros decenios de la Comunidad Económica Europea, y la condenación correlativa del intervencionismo estatal en la vida económica, suscitó reacciones muy críticas acerca del servicio público y de sus efectos negativos en un espacio económico único, abierto a la competencia; mas las cosas

9 "La idea de servicio público: nuevas perspectivas", en "Servicio Público y Policía", Director Juan Carlos Cassagne, Bs. As., 2006.

están cambiando y asistimos, hoy en día, a un sorprendente resurgimiento de la temática del servicio público, en otro contexto económico y político.

Agrega fundadamente Moderne que "no sólo por fin el servicio público no ha desaparecido del mundo jurídico europeo, sino que podría desempeñar un papel novedoso en la construcción de una Europa ampliada (la Europa de los 25, desde mayo de 2004)… la noción de servicio público en el derecho de la Unión Europea ya ha recuperado buena parte del territorio inicialmente perdido".

Conclusiones

1. No son pocos los países -como la Argentina- en que se advierten tendencias al abandono de la gestión privada de los servicios públicos; y siendo el Estado -pese a las formas empleadas de descentralización- el regulador, supuesto controlador y prestador del servicio público, lo es en general con perjuicio de los usuarios ([10]).

De continuarse la gestión privada -como en principio corresponde, de conformidad con la normativa constitucional precitada- el régimen jurídico debe poner el acento en la calidad y eficiencia de las prestaciones, en el libre acceso a las redes (cuando es posible) y en la competencia, la que debe ser promovida especialmente por el poder regulatorio; y ello, sin perjuicio del control administrativo, al que es preciso reconstruir, para permitir mirar dentro de las empresas que realizan tareas de interés público, y también para garantizar la protección de aquéllas frente a los excesos.

2. El bien común, auténtico fin del Estado, también afirma una prudencial ayuda estatal para la realización de los derechos, buscando el perfeccionamiento de las personas en su dimensión material, intelectual y espiritual, es decir, de todos los hombres y de todo el hombre.

Mas esa intervención debe desenvolverse conforme al principio de subsidiariedad, respetando particularmente el Estado la autonomía de los individuos y asociaciones intermedias, pero -en su justa medida- protegiendo, estimulando, coordinando, e inclusive supliendo.

Es menester elevarse a la región de los principios esclarecedores para decidir cuándo y en qué medida una actividad de interés público ha de ser llevada a la categoría de servicio público. Primero, debe estar justificada la exaltación a servicio público de un género dado de actividad satisfaciente de necesidades colectivas; después, se debe optar entre los distintos medios posibles de operarlo: gestión estatal o delegada.

10 No debe perderse de vista que en la Argentina, al declararse prohibida cualquier forma de distorsionar los mercados en el artículo 42 de la Constitución Nacional, competencia y subsidiariedad tienen "status" constitucional.

Aquí luchan el liberalismo y el estatismo como polos concentradores. Desde las trincheras liberales siempre despunta el tema de que el Estado no es buen regente, que es inhábil para rivalizar triunfantemente con la iniciativa privada, que es imposible sustraer su actividad de la politización y quizás de la demagogia; desde el otro reducto se levantan enérgicas las desconfianzas en contra de los consorcios dominados por fuerzas económicas egoístas, despreocupadas por el bien común.

Ante esto, son aplicables en la especie los atendibles argumentos de S. S. Pío XI, al decir que queda en la filosofía social fijo y permanente aquel importantísimo principio que no puede ser suprimido ni alterado: como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa e industria pueden realizar, para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, avocar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores.

En aplicación de tal indiscutible regla de la prudencia y de perspicaz administración, conocida como principio de subsidiariedad, en estas materias -y habida cuenta de las circunstancias- si basta la regulación policial, no hay por qué avanzar; si el régimen de concesión o licencia satisface, no hay para qué ir al desempeño directo, aunque este último sistema pueda ser en algunos casos indispensable por razones de bien común.

3. La economía de mercado se opone tanto a la estatización de los medios de producción como a una concepción del Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo de interés y de acción.

Por eso, en una auténtica economía de mercado el Estado puede llegar -ponderadamente y por estrictas razones de bien común, sin pillerías- hasta sustituir a los particulares en el empleo de ciertos bienes productivos y en la gestión de ciertos servicios, para asegurar el rendimiento suficiente de esos bienes o servicios; pero ha de administrar los rubros respectivos contribuyendo al mismo tiempo, activamente, a facilitar la capacitación del sector privado, para que este último pueda hacerse cargo de aquéllos.

4. Por otra parte, debe el Estado intervenir según el principio de solidaridad, conforme al cual los individuos, cuanto más indefensos están en la sociedad, tanto más necesitan el apoyo y el cuidado de los demás, en particular, la intervención de la autoridad pública. Es que la justicia sin caridad es insuficiente en el orden social, y la caridad supone a la justicia, porque no está destinada a reemplazarla hipócritamente -cohonestando la injusticia- sino a llevarla a su plenitud.

Se ha dicho con razón que en el mundo actual la pobreza tiene como causa principal la exclusión del ámbito de la productividad y del intercambio, habiéndose exhortado a pensar en los pobres en términos de potencial, exigiendo la justicia que ese potencial

que tienen reciba la oportunidad de ser aprovechado; también, que en la sociedad libre, es la cultura la principal responsable de fomentar la confianza en el potencial humano de los pobres y, por consiguiente, en su capacidad de mejorar mediante el trabajo, o de realizar una contribución positiva a la prosperidad económica, con lo cual a todas luces se excluye cualquier sistema de ayuda social que fomente la dependencia, el clientelismo, la demagogia…

Obviamente, lo que llevamos expuesto implica la descalificación del denominado "Estado asistencial", el cual, no respetando el principio de subsidiariedad, provoca el aumento exagerado de los aparatos públicos, sin preocupación de servir a las personas, con enorme crecimiento de gastos, pérdida de energía humana, etc.

Y también se opone al que se ha denominado "capitalismo autoritario", en el que el gobierno fija no sólo las reglas de juego, sino también los márgenes de ganancia, perdiendo su empresa el productor que enfrenta al poder.

5. En cuanto a la competencia, aunque fundamental, creemos que no constituye un lenitivo inexorable para todos los males económicos, sociales y políticos, como también que ella necesita, para cumplir su ordenación al bien común, ética de responsabilidad y regulación estatal.

Bien se ha destacado que la empresa privada con competencia libre es un "pluralismo de poder", aunque debiendo concurrir para esto la personalidad del empresario con su responsabilidad primaria, sus capacidades empresariales, su temple y su voluntad de servicio, cualidades que hace falta acrecentar y defender para que una economía moderna tenga éxito.

Por lo demás, políticamente una empresa privada diseminada significa siempre un poder también disperso.

Y podemos afirmar sin hesitación que sin empresa privada y sin competencia, todos y todo se hallan sometidos al monopolio económico y político del Estado, con lo que se vacía la democracia, que implica, en contraposición a tal monopolio, también un pluralismo de poder.

En orden al bien común, entonces, pensamos se debe concretar lo que postula Juan Carlos Cassagne, esto es, que el par de principios de competencia y subsidiariedad introduzcan un límite general al ejercicio del poder regulatorio, en el sentido de que no puede utilizarse para cercenar las libertades de la auténtica economía de mercado, sino en el marco de las técnicas de equilibrio que tienden a garantizar la eficiencia de las prestaciones -que incluye una razonable rentabilidad- y la competencia cuando se dan las condiciones para la afluencia de varios prestadores, así como el interés de los usuarios, el cual incluye, por aplicación del principio de solidaridad, la posibilidad de consagrar una tarifa social.

6. Evidentemente hoy, en algunos países de nuestra América Latina, como la Argentina, existe riesgo regulatorio fundamentalmente por el deterioro institucional y por la inseguridad jurídica que sufren -en estos y también en otros aspectos-, afectándose entre otros asuntos algo fundamental como son las inversiones.

Bien se ha destacado que la seguridad jurídica es concluyente al tiempo de invertir. Sin reglas y conductas cristalinas y persistentes, los flujos de comercio e inversión se tornan más riesgosos. Desde la óptica privada, todo acto gubernamental en relación a esas reglas debe ser previsible y estable, más cuando los países están obligados a cumplir con sus compromisos de política económica internacional.

Para construir elevados niveles de confianza, particularmente en quienes son tomadores de decisiones de inversión, resulta fundamental el rol de la seguridad jurídica.

Cuando la comunidad está en la realidad existencial, en el mundo de las conductas, estropeada por el relativismo moral, la corrupción, la injusticia, el autoritarismo, etc., el derecho positivo puede coadyuvar a restaurar el orden político, pero por sí solo no basta. Ello así, porque es menester que las conductas arraiguen en los principios del orden natural, que los valores sean vividos en la realidad existencial.

En esos casos de estropicio, se descree de las normas y de los principios en que se fundan, y también de quienes ejercen el poder político (los gobernantes, en cualquiera de los tres clásicos poderes del Estado).

Esa ausencia de confianza generalizada disminuye la seguridad jurídica, desconfiándose de los marcos o contextos dentro de los cuales se toman las decisiones individuales y se llevan a cabo las interferencias de conductas en la "civitas".

La seguridad jurídica exige el reconocimiento de una moral objetiva trascendente, de la dignidad de la persona humana y de la participación de la comunidad en el ejercicio del poder político, pero también de la supremacía de la Constitución del Estado y de la doctrina de la "división de poderes".

En suma, los componentes fundamentales de la seguridad jurídica son, en primer término, la seguridad física de las personas y la efectiva vigencia de un sistema normativo coherente y sin fisuras, necesitando, además, el funcionamiento de un Poder Judicial transparente y una estructura y un contexto general de completa estabilidad, con particular énfasis en el rol fundamental que le cabe al orden institucional, tanto en el ámbito público como en el sector privado. La seguridad jurídica no aparece en una sociedad transgresora, inmoral o amoral, siendo en verdad un concepto que se proyecta mucho más allá del plano puramente económico, pues apunta al desarrollo integral y sustentable de una sociedad.

Nunca es inapropiado insistir sobre la seguridad jurídica. De todos los principios y valores que hacen al mundo jurídico, el de la seguridad jurídica es uno de los que en mayor medida se vincula con el bien común. Él es de los básicos entre los que permiten

que todos los miembros de la comunidad política puedan en ella alcanzar su bien, perfección o fin, en un marco de respeto por la dignidad de la persona humana, de su igualdad esencial con las otras y de su libertad.

Las Relaciones Estado y Mercado y la Función Social de Asignación y Distribución de Bienes y Servicios

*Henrique Meier Echeverría**

A manera de Introducción; I. El Estado y la función de asignación de bienes. Estado y Mercado; 1. La asignación y distribución de bienes: función inherente a cualquier forma de vida social; 2. Las diferentes posiciones del Estado respecto del Mercado; 3. Los valores y criterios del Estado y del Mercado; II. El Derecho de la Economía de Mercado como búsqueda de ese equilibrio; 1. Finalidad esencial del Derecho de la Economía de Mercado: el equilibrio entre Estado y Mercado ¿Es eso posible?; III. El Derecho de la Economía de Mercado en Venezuela. Bases Constitucionales. La Constitución Económica y el modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado: Modelo de Economía Mixta; 1. Acotación introductoria; 2. Los principios axiológicos (valores) de la Economía Social y Ambiental (ecológica) de Mercado: justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad; 3. El fin de la Economía Social y Ambiental de Mercado: el desarrollo humano integral; 4. Las garantías institucionales del crecimiento económico o "desarrollo armónico de la economía nacional"; 5. Los principios de organización del modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado, o régimen de Economía Mixta; IV. Los derechos económicos como derechos fundamentales y sus limitaciones. La Constitución Económica; 1. Los derechos económicos como derechos fundamentales; 2. Los diversos derechos económicos.

A manera de Introducción

Las reflexiones contenidas en este trabajo tienen por objeto dejar constancia del modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado formalizado en la Constitución democrática (1999) de la República Bolivariana de Venezuela inspirada en la cultura de los derechos humanos, que bien pudiere haber servido de paradigma para la realización de las reformas estructurales a fin de erradicar progresivamente las injusticias, desequilibrios y vicios (pobreza, exclusión, corrupción) de la sociedad civilizada, democrática, pluralista y libre que comenzó a fraguarse a partir de la muerte del tirano Juan Vicente Gómez en 1935, con el paréntesis de los diez años de dictadura militar (1948-58), etapa en la que se cercenaron los derechos asociados a la democracia política: sufragio, libertad de opinión y expresión, derecho de asociación con fines políticos, entre otros, pero se continuó el proceso de progreso económico material y no se desinstitucionalizó al Estado.

* *Coordinador del Postgrado en Derecho Corporativo. Universidad Metropolitana. Caracas. Venezuela.*

Hoy, con el actual régimen de gobierno, no sólo ya no existe democracia política, sino que, lejos de aplicar el programa de reformas económicas y sociales formalizado en la Constitución sancionada por el pueblo soberano para "refundar al Estado y la sociedad", día a día desde el Poder se promueve y ejecuta la destrucción de todo vestigio de la sociedad civilizada y pluralista que hemos sido. Por tanto, estas líneas no son otra cosa que un testimonio intelectual sin ninguna trascendencia para este atroz presente de un país en vías de extinción. Quizás sirvan de algo en el futuro, si el pueblo venezolano despierta de su ceguera, ignorancia, comodidad y superficialidad, y decida retomar el sendero perdido, no obstante los innegables errores y vicios de aquella Venezuela democrática, susceptibles de corrección en el marco de una convivencia civilizada con la asunción colectiva de la cultura de los derechos humanos.

Por otra parte, se trata de una colaboración a la obra colectiva que editará en el segundo semestre de 2010 Metholius Consultoría Jurídica Internacional bajo el título "Derecho de las Infraestructuras: un estudio de los distintos mercados regulados" en el tema "I Presupuestos básicos del Estado Regulador y Políticas Públicas Aplicables".

A los efectos de una ordenada exposición de las ideas divido el ensayo en cuatro partes fundamentales, a saber: I El Estado y la función de asignación de bienes; II El Derecho de la Economía de Mercado: el equilibrio entre Estado y Mercado; III El Derecho de la Economía de Mercado en Venezuela. Bases constitucionales; y IV Los derechos económicos como derechos fundamentales y sus limitaciones.

I. El Estado y la función de asignación de bienes. Estado y Mercado

1. La asignación y distribución de bienes: función inherente a cualquier forma de vida social

Es consustancial a la existencia misma de la vida humana (en sociedad) la producción, asignación y distribución entre los integrantes del cuerpo social de los bienes requeridos para la satisfacción de las variadas y crecientes necesidades humanas (materiales, culturales, psicológicas, simbólicas, etcétera.). Los intereses individuales y sociales (familiares, tribales, del clan, de la casta, de clase, nacionales) tienen su origen en ese hecho o dato antropológico. Es lo que explica la función del Derecho como medio de protección y tutela (garantía) de esos intereses.

En efecto, entre las funciones del Derecho Moderno, además de la represión de las conductas lesivas de los bienes y valores sociales, de la organización y distribución del poder, figura la regulación de la asignación y distribución de bienes. El modo de ordenación y organización de esa función (su operatividad) varía de acuerdo con los tipos de sociedad, los sistemas de creencias y valores compartidos (la influencia de los mitos

colectivos, de los valores religiosos y éticos, etcétera.), las características de las relaciones de poder imperante, el grado de desarrollo de las fuerzas productivas. La manera cómo se realiza esa función da origen a los diversos sistemas históricos de asignación y distribución de bienes, entre tales el mercado.

2. Las diferentes posiciones del Estado respecto del Mercado

Es conveniente diferenciar la posición del Estado en lo que respecta a la función (social) de asignación y distribución de bienes. Y esto porque:

- Una cosa es la intervención del Estado para regular y garantizar los principios, valores y derechos articulados a la Economía de Mercado controlando, corrigiendo y reprimiendo las conductas lesivas a esos valores, principios y derechos: libertad económica genérica o el derecho de toda persona a realizar la actividad económica de su preferencia, libertad de empresa, libre competencia o concurrencia, derecho de acceso al mercado, libertad de contratación, derecho de propiedad, protección del ambiente, etcétera: **perfil del Estado regulador**;
- O que participe en el mercado reservándose determinadas industrias, explotaciones y servicios en términos absolutos o excluyentes (monopolio estatal), o relativos, vale decir, permitiendo la participación de los particulares mediante las figuras jurídico-administrativas de la concesión y la autorización, o pura y simplemente en concurrencia paritaria con agentes económicos privados: **perfil del Estado Empresario**;
- Y otra, que asuma el control total de la vida económica y social eliminando el libre mercado, sus reglas operativas, sus principios de organización y funcionamiento, y las garantías y derechos individuales que le son consustanciales. En pocas palabras, que el Poder sustituya totalmente al Mercado como sistema general y fundamental de asignación y distribución de bienes: **totalitarismo económico.**

En el primer caso el Estado se limita a un papel o rol de vigilancia, control y represión, pero se mantiene **fuera del mercado;** en el segundo, sin eliminar el mercado **participa en condiciones monopólicas en el sector o sectores reservados, admite modalidades operativas de participación de los particulares bajo su control, o en concurrencia paritaria con las empresas privadas; y en el tercero se sustituye al mercado.**

En consecuencia, sólo puede postularse el modelo de Economía de Mercado en los dos primeros supuestos.

El primer supuesto caracteriza el modelo Liberal clásico de la Economía de Mercado y al modelo Neoliberal de estos tiempos, el segundo al modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado. Y el tercero al modelo de Economía Estatizada.

3. Los valores y criterios del Estado y del Mercado

No hay duda de que a primera vista los valores del mercado (la Cultura de Mercado) y del Estado (la Cultura del Poder) parecieren antagónicos. Por esa razón, como se verá más adelante, el equilibrio entre Estado y Mercado sólo es predicable en un "auténtico" Estado democrático de Derecho.

¿Cuáles son los valores del mercado?

Para los enemigos de la Economía de Mercado (capitalismo), este modelo es intrínsecamente injusto porque privilegia el enriquecimiento individual como única finalidad de los agentes que participan en el mercado (la satanización de la riqueza) y deja a merced de los poderosos a los más débiles (el axioma según el cual el pez grande se come al chico).

Denuncian como un mito a la libre competencia y la ley de la oferta y la demanda. Para los radicales opositores al libre mercado tal sistema no funciona para los más pobres, aquellos que carecen del poder adquisitivo para acceder a los bienes ofrecidos por el mercado. Sin embargo, las experiencias concretas de las economías de mercado demuestran que los valores, principios, derechos y garantías sobre los que se organiza ese sistema general y fundamental de asignación y distribución de bienes promueven la creación de condiciones de mayor igualdad de oportunidades y equidad que cualquiera de los otros sistemas generales, en particular el sistema del Poder.

Y es que el libre mercado sustentado en **la capacidad, la competencia, la asociación y cooperación, la iniciativa individual y social, la inversión y el riesgo, la creatividad y la innovación, el ahorro, la calidad, la productividad, la eficiencia,** conduce insoslayablemente al crecimiento de la economía, a un aumento en la cantidad y variedad de bienes y servicios. Trae como consecuencia la creación de empleos, la posibilidad de mejoras en el poder adquisitivo de la población y, por consiguiente, la posibilidad de acceso al mercado; en fin, el bienestar y la prosperidad individual y social.

Nicolás Badell Benitez, citando a la doctrina española en materia de libre competencia y el sistema de mercado considera que la vigencia de esos postulados comporta beneficios económicos de distinta manera:

> *"Así al ampliar su mercado dichas empresas crearán nuevos puestos de trabajo, incitarán a un aumento de la inversión y del crecimiento económico y beneficiarán a los consumidores, gracias a la reducción de costes. Por otro lado, se incre-*

> *mentarán también el aporte de los operadores económicos a las arcas públicas, con la que éstas podrán desarrollar holgadamente programas de atención social"*[1]

Pero, ese sistema no es perfecto. No opera, como sostenían los economistas clásicos en los tiempos de la primera etapa del liberalismo en los siglos XVIII, XIX y comienzos del XX, y los actuales ideólogos del neoliberalismo radical, como un mecanismo natural y susceptible de autorregulación. El fenómeno del poder, de la lucha por el poder, no es exclusivo del ámbito de la política y del Estado. Pronto la concepción liberal extrema que postuló la no injerencia o intervención del Estado en la economía (el dejar hacer y dejar pasar) trajo consecuencias indeseables: la explotación de los trabajadores, en especial de los niños y mujeres (jornadas de 14 horas, salarios de hambre, instabilidad laboral, etcétera), la contaminación de las aguas, de los suelos y la atmósfera por emanaciones y desechos industriales.

Se comprendió que el mercado de trabajo no podía librarse a la sola ley de la oferta y la demanda, que el trabajador no se halla en igualdad de condiciones con el patrono, que la necesidad de un empleo para subsistir fuerza a aceptar condiciones injustas de trabajo (la cuestión social y el surgimiento del Derecho Laboral y la tutela del trabajador). Asimismo, que las empresas, en particular las industriales, no podían instalarse en cualquier lugar, ni producir lo que quisieren dado los efectos degradantes sobre el ambiente y la salubridad pública (la cuestión ambiental y la legislación de ordenación del territorio y de protección ambiental).

El profesor de Economía de la Universidad Metropolitana, Boris Echerman, expresa al respecto:

> *"Aunque los mercados suelen ser un buen mecanismo para organizar la actividad económica, esta regla tiene algunas excepciones importantes. Hay dos grandes razones por las que el Estado interviene en la economía: para fomentar la eficiencia y la equidad. Es decir, la mayoría de las medidas aspiran a aumentar la tarta económica o cambiar la forma en que se reparte…Una causa posible de un fallo del mercado es una externalidad. Una externalidad es la influencia de de las acciones de una persona en el bienestar de la otra. La contaminación es el ejemplo clásico. Si una fábrica produce productos químicos y no soporta todo el coste del humo que emite, probablemente emitirá demasiado. En este caso, el gobierno puede mejorar el bienestar económico legislando sobre el medio ambiente…Otra*

1 Calvo Caravaca, Alonso, y Carrascosa, González, Javier, Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea, Editorial Colex, Madrid, pp. 25, citado por Badell Benitez, Nicolás (2005). La Libre Competencia como límite a la Actividad de Fomento: El Control de las Ayudas Públicas en la Unión Europea. En Revista de Derecho Administrativo. Editorial Sherwod, N° 20 enero-diciembre 2005, Caracas, p. 9.

causa posible de un fallo del mercado es el poder de mercado. Poder de mercado se refiere a la capacidad de una persona (o de un pequeño grupo de personas) para influir indebidamente e los precios".[2]

El cuestionamiento del libre mercado (y del capitalismo), desde finales del siglo XIX, en particular en la obra de Karl Marx (El Capital), lleva a postular la estatización de la economía mediante la denominada socialización de la propiedad sobre los medios de producción (tierra, capital, trabajo, tecnología). Con la Revolución de Octubre en Rusia (1917) surge y se organiza el primer Estado socialista inspirado en la ideología de Marx y Lenin, que se transformará con Stalin en un Estado Totalitario. Se proclaman los valores del Estado socialista en el ámbito económico: justicia social, solidaridad, proteccionismo, control absoluto de precios y del mercado de trabajo (control de salarios), planificación estricta de la producción, control absoluto de la asignación, distribución y el consumo de bienes, socialización de la propiedad sobre los medios de producción o propiedad colectiva (estatal). En suma, el Estado se sustituye al mercado como sistema de asignación y distribución de bienes.

Las consecuencias de ese sistema no se hicieron esperar: descenso en la producción y la productividad por falta de estímulos a los individuos, por ende, escasez de bienes y servicios, desaparición de productos, dificultades de acceso al mercado de bienes de primera necesidad (racionamiento o cuotas administrativas de consumo), surgimiento de categorías sociales de privilegiados (la denominada "nomenklatura" soviética) o la aplicación del sistema del rango: sólo los altos funcionarios del régimen tienen acceso a determinados bienes (vehículos, viviendas confortables, viajes al exterior, servicios turísticos y recreacionales).

En el caso de Cuba, además de la "nomenklatura", se aplica el sistema del status pero a la inversa: sólo tienen acceso a determinados bienes los turistas extranjeros, se excluye a los nacionales salvo los altos funcionarios y sus familias (hoteles, balnearios, restaurantes, etcétera.). En América Latina, y en particular en nuestro país, sin que aun se haya impuesto el modelo de Estado socialista marxista o comunista, el sistema estatal de asignación y distribución de bienes o sistema del poder ha operado tradicionalmente mediante los criterios del populismo-clientelismo, el prebendalismo, y el neopatrimonialismo.

El **populismo** es la entrega estatal de bienes y la prestación de servicios sin costos o a menores costos, es decir, de manera gratuita o a precios irrisorios, por tanto, fuera del mercado, a los sectores de la población más pobres a fin de asegurar su adhesión al régimen y al caudillo-presidente de turno (clientelismo), o a personeros importantes del

2 Opus cit, p. 10

mismo (caso de Eva Perón y de la Fundación creada para ella y por ella administrada, que le permitió por años regalar dinero y bienes a los llamados "descamisados").

El **prebandalismo,** derivado de la palabra "prebenda" se caracteriza por *"el otorgamiento de favores, de concesiones graciosas, de ventajas y beneficios, en fin de prebendas, a aquellas personas leales al régimen, generalmente pertenecientes a las clases sociales altas y medias, profesionales, empresariales y medias"*[3].

El populismo-clientelismo y el prebendalismo se fundamentan y son expresiones del neopatrimonialismo. Se entiende como tal la consideración del patrimonio del Estado, el patrimonio público, en especial el presupuesto nacional, como patrimonio del caudillo-presidente, sus familiares, colaboradores y funcionarios del régimen.

En consecuencia, si el Estado es propiedad privada, personal del Presidente de la República, nada obsta para que disponga de los recursos financieros estatales como si fueran propios, a su libre arbitrio, como lo haría cualquier propietario con su patrimonio. Gastarlos en proyectos innecesarios e inútiles, despilfarrarlos. Es lo que explica los regalos o donaciones de cuantiosas sumas de divisas en dólares provenientes de la renta petrolera a gobiernos "amigos" sin control legal e institucional alguno.

Y de allí la liquidación de la autonomía del Banco Central de Venezuela, hoy instrumento subalterno al servicio del "Jefe del Estado". Sin necesidad de reformar la Constitución, esa Institución, otrora dotada de autonomía funcional efectiva, viene transfiriendo divisas de la reserva oficial en dólares al dueño del Poder y del país para satisfacer sus caprichos personales (obviamente, aunque no forme parte del tema, es imposible dejar de comentar que ya hoy en el país no existe un Estado en sentido institucional, sino la voluntad omnímoda y arbitraria de Chávez Frías).

Asimismo, y como es lógico (dentro de una lógica perversa, contraria a la ética y el Derecho), el neopatrimonialismo se traduce en la apropiación, el robo descarado del dinero de las arcas públicas, el enriquecimiento ilícito, el peculado y demás mecanismos de corrupción por parte del dueño del Poder, sus familiares y cercanos colaboradores, lo que les permite acceder a costosos bienes y servicios del mercado inaccesibles para la mayoría (vehículos y viviendas de lujo, vestuario, viajes, restaurantes de lujo, elevadas cuentas bancarias en el exterior, etcétera.).

En la concepción del **Estado-botín** esas prácticas penadas legalmente son percibidas por la mentalidad delincuencial de los personeros del régimen como algo natural y si se quiere "legitimo". Forman parte de una especie de "privilegio" y hasta de "derecho" derivado de la conquista y el control del poder. En tal contexto, "la condena" y la "lucha contra la corrupción" no es más que un doble discurso, demagogia cínica dirigida a las

3 Viloria, Enrique (2004). Chávez y los Mitos Americanos. Universidad Metropolitana. CELAUP. CELAS. Caracas, p. 102

bases "populares" que apoyan al régimen para calmar los espíritus ingenuos que creen en verdad en una supuesta revolución "pura y austera".

Volviendo a la reflexión de Enrique Vitoria:

> *"Hemos señalado que el neopatrimonialismo implica la concentración de los recursos públicos, en este caso, los ingresos fiscales, en una élite que termina transformando el Estado en propiedad privada, en patrimonio personal – en nuestra realidad en patrimonio presidencial – de quien ejerce el poder ejecutivo o detenta el control de las decisiones del partido mayoritario gobernante, a semejanza de lo que ocurrió con las Indias como patrimonio personal de los Reyes Católicos y sus sucesores."*[4]

Rafael Osío Cabrices se refiere a ese sistema de tradicional vigencia en el país, pero que hoy ha sido llevado al paroxismo por el actual régimen político y de gobierno:

> *"Aquellas truncas reformas liberales que en tiempos de ocho dólares por barril intentaron los gobiernos anteriores fueron destrozadas. El chavismo tiene el Estado, y no quiere uno reducido a un mero intermediador entre los actores nacionales sino un Leviatán rico y todopoderoso, que parte y reparte, que da empleo y regala becas, que compra apoyos internacionales y funda grandes empresas. Un Estado que, confundido plenamente con el Gobierno, decide a quién le va a ir bien y a quién no, y vende esa decisión. Un Estado-Zeus, caprichoso y promiscuo, que en un minuto envía rayos fatales y al siguiente se disfraza de toro para seducir a Europa"*[5].

Llegados a este punto podemos concluir en que el sistema del mercado en su versión radical o pura (ultraliberalismo) es fuente de desequilibrios, exclusiones e injusticias que requieren de los correctivos necesarios mediante la intervención del Estado. Prueba de ello es el resultado de las políticas neoliberales para la gran mayoría de los países de América Latina y África, donde las recetas neoliberales del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional a partir de la década de los ochenta: Liberalización, privatización y desregulación de la economía, o el mercado sin el Estado, la vuelta al concepto del dejar hacer y dejar pasar (Laissez Faire, Laissez Passer), ha profundizado los desequilibrios sociales, la brecha entre ricos y pobres, y sólo ha logrado el crecimiento de algunos sectores económicos caracterizados por las tecnologías de vanguardia: telecomunicaciones, entre otros.

4 Vitoria, Enrique, opus cit, p 96

5 Osío –Cabrices, Rafael (2006). Mandar es Poseer: Nuevas y Viejas Elites en la Venezuela Pardocrática. En Lo Mío, Lo Tuyo, Lo Nuestro. Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma, Caracas, p. 158.

Según esa concepción neoliberal el único papel del Estado en la economía es promover la **liberalización absoluta,** es decir, dejar a las "fuerzas del mercado" libres de cualquier injerencia estatal, **desregulando o desreglando la vida económica**, derogando todas las leyes y normas que directa o indirectamente obstaculizan el libre mercado en su sentido radical, y **privatizando o transfiriendo al sector privado las actividades reservadas al sector público**, tanto las industriales y comerciales (Estado Empresario) como los servicios públicos (Estado Prestacional). Privatización tanto de la actividad o gestión como de los activos (capital) de las empresas públicas.

Por su parte, el sistema del poder en su versión radical o extrema, el estatismo o estatalismo, no sólo es fuente de injusticias y de exclusiones sino que al anular totalmente los derechos y libertades asociados al libre desarrollo de la personalidad, la creatividad y la invención, la iniciativa individual y social, la libre competencia, etcétera., lleva irremediablemente a la miseria social, al estancamiento económico; en una palabra, condena a los individuos a una vida mediocre y sin posibilidades de progreso y superación.

¿Es posible conciliar Estado y Mercado?

¿Justicia social y libertades económicas?

En el contexto o marco del modelo de régimen económico previsto en la vigente Constitución, como se verá en el tópico correspondiente de esta monografía, la respuesta es afirmativa:

> *"… nuestra Constitución nos da las claras bases para conciliar al Estado y al Mercado, a la libertad económica y la justicia social. Nos ofrece un modelo casi perfecto de una Economía Mixta donde el Estado y la Iniciativa Privada trabajan en equidad para conseguir un fin único: el desarrollo integral de las personas, lo que se traduce en el desarrollo integral del país. Pero la realidad es otra, existe una visión ideologizante que impide que la Economía de Mercado y el Estado puedan conciliarse para la búsqueda de la eficiencia y la equidad. La primera, para quienes la defienden, implica que sea el mercado quien controle la economía y defina el comportamiento de la producción de los bienes y los servicios y establezca la oferta y la demanda de los productos. Para los segundos, es inaceptable que el Estado deje en manos de los empresarios los precios de los bienes y servicios porque según ellos el Estado no puede ni debe renunciar a la justicia social y los empresarios sólo se preocupan por la acumulación de riquezas sin importar el bienestar de sus ciudadanos. Sin embargo, así como lo establece la Constitución y como me ha quedado claro a través de esta cátedra, creo que ambas posiciones*

pueden conciliarse para que el Estado y el Mercado puedan interactuar para brindar bienes y justicia social"[6].

II. El Derecho de la Economía de Mercado como búsqueda de ese equilibrio

1. Finalidad esencial del Derecho de la Economía de Mercado: el equilibrio entre Estado y Mercado ¿Es eso posible?

De lo expuesto precedentemente emerge la finalidad del Derecho de la Economía de Mercado: garantizar mediante normas de conducta, de organización y de procedimiento el equilibrio entre la legítima intervención del Estado articulada a la protección de la libre competencia y demás derechos económicos consustanciales a la Economía de Mercado, y el legítimo ejercicio de tales derechos por parte de las personas naturales y jurídicas (consumidores, usuarios, empresas).

En la Exposición de Motivos de la Constitucional Nacional se alude a ese equilibrio:

> *"El régimen socio económico no se define en forma rígida, no obstante se consagran principios de justicia social, eficiencia, democracia, libre competencia e iniciativa, defensa del ambiente, productividad y solidaridad, fuera de cualquier dogmatismo ideológico con relación a la ya superada disputa sobre los roles del mercado y el Estado, evitando una visión extrema y excluyente de los contenidos sociales de todo sistema económico, pero sentando las bases de una economía de respeto a la acción individual. El Estado no está ausente, tiene un papel fundamental como regulador de la economía para asegurar el desarrollo humano integral, defender el ambiente, promover la creación de valor agregado nacional y de fuentes de trabajo, garantizando la seguridad jurídica para fomentar, junto con la iniciativa privada, el desarrollo armónico de la economía nacional y la justa distribución de la riqueza.* ***En suma, se plantea un equilibrio entre el Estado y el Mercado, en razón de que el problema no es más Estado o menos Estado, sino un mejor Estado y el Mercado no es un fin en si mismo, sino un medio para satisfacer las necesidades colectivas; ese equilibrio debe prevalecer entre productividad y solidaridad, entre eficiencia económica y justicia social,***

6 Aguilera-Tras, Lirio (2006). ¿Es posible un equilibrio entre Estado y Mercado?, entre ¿Libertad Económica y Justicia Social? Ensayo presentado a la Cátedra de Derecho de la Economía de Mercado en la Especialización en Derecho Corporativo, UNIMET, Caracas.

***dando libertad a la iniciativa privada y preservando el interés colectivo"* (negritas mías).**

El equilibrio entre Estado y Mercado sólo puede lograrse, tópico ya mencionado, mediante un modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado, alternativa entre el modelo Neoliberal que se fundamenta exclusivamente en el Mercado, limitando al Estado a un rol estrictamente pasivo en el ámbito económico o la tesis del "dejar hacer y el dejar pasar", y el modelo Socialista Marxista en cualesquiera de sus variantes que se fundamenta en el control absoluto de la economía por parte del Estado (estatismo), y por tanto, en la eliminación de todos los derechos articulados a la Economía de Mercado.

En su origen el modelo de Economía Social de Mercado no contemplaba los aspectos ambientales, pues, es a partir de la década de los ochenta del pasado siglo cuando la temática de la protección ambiental es incorporada como uno de los objetivos de ese modelo económico. Oswaldo Hurtado, abogado y político ecuatoriano, Presidente de La República del Ecuador entre 1981 y 1984, nos dice con relación a ese tópico:

> *"Los autores contemporáneos consideran que la economía social de mercado no puede ser una teoría estática, motivo por el que ha tenido que evolucionar para ir adaptándosela a las modificaciones que se han producido en el mundo y en la realidad económica alemana, no existente cuando sus categorías originales fueron elaboradas, por lo que hoy se habla de la nueva economía social de mercado. En los años 80 fue incorporada la dimensión ecológica que, entre otras consecuencias, implicó la introducción de limitaciones al concepto de la propiedad privada. En los 90, bajo el criterio de que era necesario "atenuar el intervencionismo del Estado", se aceptó la reducción de su participación en la economía y la eliminación de regulaciones que limitaban la acción del mercado, cambios a los que actualmente se ha sumado la discusión acerca de la reforma del Estado benefactor. Si bien con estas modificaciones la economía social de mercado se ha acercado al Consenso de Washington, sigue distinguiéndose de él por sus acentos en la búsqueda del equilibrio entre libertad personal, eficiencia económica y equidad social"*[7]

Efectivamente, en sus inicios la Economía Social de Mercado fue el modelo de orden económico que sirvió al primer gobierno de la República Federal Alemana después de la segunda guerra mundial (1949) como pauta para encauzar su política económica. Su elaboración teórica se debe a los economistas Walter Euken y Alfred Müller-Armacick y su implementación política al recordado Ministro demócrata cristiano Ludwing Erhard.

7 Hurtado, Oswaldo (2004). Neoliberalismo y Economía Social de Mercado. En Testimonio. Revista del Instituto de Estudios Social Cristianos. Abril-septiembre, N° 79, Lima, pp. 27-29

> *"La adopción por parte de Alemania de una política económica considerada equivocada por los funcionarios norteamericanos* –expresa Oswaldo Hurtado en su ensayo antes citado – *los llevaría a realizar presagios pesimistas acerca de su futuro, crítica que los académicos de los Estados Unidos compartieron en las opiniones que vertieron en sus escritos. El paso del tiempo, sin embargo, dio la razón al Ministro Erhard. Alemania no sólo logró salir de los escombros en que quedó sumida luego de la guerra, sino que reconstruyó su desvastada economía e inició un proceso acelerado de desarrollo que, al prolongarse por décadas, le llevó a recuperar la destacada posición económica que había ocupado en Europa y a proporcionar a sus habitantes niveles de bienestar que no habían conocido"*[8]

Veamos a continuación la normativa constitucional que formaliza esa alternativa, hoy considerada por el régimen político y de gobierno como un obstáculo formal para la implantación autoritaria, con el respaldo de una supuesta mayoría social relativa, del denominado "socialismo bolivariano del siglo XXI", versión confusa del anacrónico y fallido socialismo marxista histórico, fábrica de miseria, retraso, totalitarismo político, social y cultural, violación de la totalidad de los derechos humanos en los países que han sufrido y aún sufren sus consecuencias en este nuevo siglo.

III. El Derecho de la Economía de Mercado en Venezuela. Bases Constitucionales. La Constitución Económica y el modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado: Modelo de Economía Mixta

1. Acotación introductoria

No es indispensable que todos los medios de producción de una determinada sociedad nacional sean objeto de propiedad privada para que pueda hablarse de economía de mercado. El modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado es un modelo de Economía Mixta que combina (exitosamente en la mayoría de los países de la Unión Europea) un sector público o estatal de la economía (empresas públicas y servicios públicos) con uno privado.

Ese modelo ha sido formalmente previsto en el Artículo 299 de la Constitución Nacional:

8 IBIDEM, p. 25

> *"El régimen socio económico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo económico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de las riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta".*

En ese extenso dispositivo constitucional se conjugan principios rectores de carácter axiológico, la finalidad o fin esencial del régimen socioeconómico de la República, las garantías institucionales básicas de ese régimen, y sus principios de organización.

Vamos a analizar brevemente tales tópicos.

2. Los principios axiológicos (valores) de la Economía Social y Ambiental (ecológica) de Mercado: justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad

¿Cuál es en nuestro criterio el significado de tales principios-valores?

A) Justicia Social. Para prevenir y corregir los desequilibrios característicos del neoliberalismo radical y del socialismo estatalista, autoritario y burocrático: las desigualdades lacerantes en los niveles de distribución de los ingresos, la falta de oportunidades para los eslabones más débiles de la cadena social, la concentración de las riquezas y el disfrute de los beneficios en una minoría etc., mediante la aplicación de las políticas sociales de tutela y asistencia (principio de subsidiariedad) derivadas de la cláusula social del Estado democrático de Derecho (Artículos 75 a 111 y 119 a 126 CN) y de la cláusula de la justicia plasmada en el concepto de un sistema tributario equitativo y eficiente (Artículo 316 CN).

B) Democratización. A fin de garantizar la igualdad de oportunidades en materia de educación, cultura, empleo, iniciativa individual y social, creación de empresas y organizaciones económicas, previniendo y corrigiendo la concentración del poder económico en pocas manos y las discriminaciones y exclusiones basadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, la ideología política, y

cualesquiera otras que violen la garantía establecida en el Artículo 21 constitucional.

C) **Eficiencia.** Con vistas a propiciar la inversión y el gasto reproductivo en áreas económicas y sociales que beneficien a las mayorías, así como la prestación oportuna, continua, regular de servicios públicos y sociales de calidad.

D) **Libre competencia.** Porque la experiencia demuestra que sólo en el marco de la libertad económica y del estimulo a la actividad emprendedora de las personas, a las iniciativas individuales y sociales, es posible garantizar el desarrollo durable o sustentable de la sociedad (La Cláusula Económica, Artículos. 112 a 118 CN).

E) **Protección del ambiente.** La interrelación entre las políticas económicas, sociales y ambientales, la conservación de parámetros de calidad ambiental como un objetivo del desarrollo humano integral, la superación del conflicto o dicotomía entre crecimiento económico y preservación ambiental (La Cláusula Ambiental, Artículos 127 a 129 CN).

F) **Productividad.** El imperativo de transformar la economía rentista dependiente de los ingresos petroleros en un sistema orgánico y diversificado de fuentes alternas y complementarias del desarrollo sustentable.

G) **Solidaridad.** La comprensión de la sociedad como estructura orgánica de relaciones humanas, la superación del individualismo abstracto o descarnado y la corrección de los "mecanismos naturales" del mercado, del neodarwinismo social o la cultura del "sálvese quien pueda", del reino del más fuerte y del depredador, del abandono a su suerte de los más débiles. La solidaridad o la ética de la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad para auxiliar a las clases más débiles de la estructura social.

> *"El Estado social-*expreso en mi obra "Seguridad, Estado, Sociedad y Derecho" *–se fundamenta en el ya mencionado principio de solidaridad; por tanto, en la superación del concepto aséptico de los poderes públicos que postula la ideología política del liberalismo y el neoliberalismo económicos. Al limitar al Estado al papel de mero arbitro y guardián, fuera de la dinámica social y económica librada a los mecanismos "espontáneos" del mercado y la libre concurrencia, las clases dominantes aseguran el predominio de sus intereses, el control absoluto de los medios de producción, es decir, el control de la sociedad. Pero si la sociedad no es la suma de los individuos-islas, sino una trama orgánica, una red o tejido intrincado y complejo de intereses, derechos, expectativas, el espacio humano donde se escenifica las lucha por la supervivencia, las asociaciones y disociaciones, los acuerdos y conflictos; en una palabra, un sistema orgánico indeterminado, abierto, imprevisible, imposibilitado de autorregularse, el Estado ha de intervenir*

> *activamente para prevenir y corregir los desequilibrios que causan la violencia social, e impedir que los hombres regresemos al estado de naturaleza o pre político, al darwinismo social donde impera la ley del más fuerte"*[9]

Estos principios están articulados al fin o finalidad fundamental del modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado.

3. El fin de la Economía Social y Ambiental de Mercado: el desarrollo humano integral

El desarrollo humano integral (desarrollo sustentable) es el fin esencial del Régimen Socio Económico de la República, esto es, del modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado.

¿Qué puede entenderse por desarrollo humano integral?

Salta a la vista la sustitución del concepto tradicional de desarrollo económico y social por el de **desarrollo humano integral.** El primero pone su acento básicamente en la noción de **crecimiento económico** (aumento del PTB) y mejora de la calidad de vida de la sociedad como consecuencia de tal crecimiento.

El segundo, comprende, integra la idea del crecimiento económico, pero no como un fin en si mismo sino como uno de los medios que permite potenciar el desarrollo humano integral de la sociedad. Ese desarrollo ha de ser entendido como un proceso permanente, no como etapa terminal o final. Sin crecimiento de la economía: aumento de la producción y la productividad, de las inversiones, diversificación de las actividades productivas, aumento de los empleos, de los bienes y servicios que ofrece el mercado, del poder adquisitivo de la población, y por tanto del consumo, del nivel de vida material de la sociedad, no es posible generar un proceso de desarrollo humano integral, es decir, superar las condiciones de pobreza generalizada de la población.

Pero, el sólo crecimiento de la economía no basta para promover ese objetivo fundamental. El calificativo de "humano integral" tiene que ver con todas las facetas y esferas de la vida humana: lo político, lo social, lo educativo, lo cultural, lo lúdico, lo ambiental; en una palabra, con el desarrollo de la persona. Ese concepto se fundamenta en el artículo 3 de la Constitución Nacional que establece como fin esencial del modelo de Estado democrático y social de Derecho y de justicia **la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad**. Ello implica, sin duda alguna, que es deber del Estado crear, promover y sostener las condiciones políticas, sociales, económicas, educativas, culturales y ambientales que permitan a toda persona, sin discriminaciones fundadas en

9 Meier, Henrique (2003). Seguridad, Estado, Sociedad y Derecho. Homero, Caracas, p 132.

la raza, el sexo, el credo, la condición social, o cualesquiera otras (Artículo 21 CN), **el libre desarrollo de su personalidad o potencialidades humanas, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social** (Artículo 20 CN).

Por tanto, no es fin del modelo de Estado formalizado en la Constitución la imposición de una ideología colectivista o transpersonalista como es el caso de cualquier forma de socialismo autoritario (nacionalsocialismo, socialismo marxista, socialismo fascista) que insoslayablemente desemboca en el sacrificio de la persona en aras de esa finalidad colectiva. La historia de los Estados de siglo XX que fueron objeto de conquista y control por hombres y mujeres, organizaciones de masa, partidos políticos, inspirados en alguna de esas utopías redentoras nos enseña cómo tales utopías conducen inexorablemente a sistemas totalitarios, a la negación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, a la perdida de todas las libertades públicas y privadas: civiles, políticas, sociales, económicas y culturales.

> *"Todos los regímenes totalitarios-* afirma Jean Francois Revel*-tienen en común ser ideocracias: dictaduras de la idea. El comunismo reposa en el marxismo leninismo y el pensamiento de Mao. El nacionalsocialismo en el criterio de la raza... El rasgo fundamental de los dos sistemas, es que los dirigentes, convencidos de estar en posesión de la verdad absoluta y de dirigir el transcurso de la historia para toda la humanidad, se sienten con derecho a destruir a los disidentes, reales o potenciales, a las razas, clases, categorías profesionales o culturales que consideran entorpecen o pueden llegar un día a entorpecer, la ejecución del designio supremo... Para cualquier totalitarismo, el individuo sea o no judío, debe ser aniquilado".*[10]

Nada más alejado de esas concepciones que la filosofía que inspira el modelo de Estado establecido en la Constitución, un Estado al servicio de la persona, de su desarrollo integral. De allí que todas las potestades interventoras de los poderes públicos tengan esa finalidad. Por esa razón, no dudamos en calificar al Estado democrático y social de Derecho y de Justicia como **"Estado democrático de los derechos humanos"**, pues el desarrollo humano integral comprende, precisamente, la satisfacción de las variadas necesidades humanas materiales, afectivas, espirituales, intelectuales, etcétera., en que consiste el objeto de los diferentes derechos humanos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia suscritos por la República.

Los derechos humanos a la hora actual pueden ser definidos como los poderes jurídicos reconocidos y garantizados a la persona humana, tanto en instrumentos interna-

10 Revel, Jean Francois (2001). La Gran Mascarada. Taurus, España, p 111

cionales como en la Constitución, con la finalidad de permitirle el libre desarrollo de su personalidad en todas las esferas del quehacer humano.[11] Ese desarrollo no es otra cosa que la liberación de la potencialidad creadora del ser humano, y por tanto, el ejercicio de los derechos asociados a la libertad-autonomía (derechos civiles o cívicos) y a la libertad-participación (derechos políticos), cuya realización progresiva está inexorablemente condicionada por la satisfacción oportuna de la esfera de las necesidades vitales, materiales, intelectuales, afectivas, espirituales de la persona en el contexto de sus relaciones sociales o su inserción en una sociedad nacional concreta, situada y temporalizada (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales).

La personalización del individuo, su desarrollo como persona autónoma y libre capaz de decidir su destino, afrontar responsablemente las consecuencias de sus acciones y omisiones, está ligada a la vigencia de los derechos integrados a la Cláusula Social, Económica y Ambiental de la Constitución.

Un individuo ignorante, hambriento, desnutrido, sin empleo, sin oficio, sin hogar, vivienda estable y segura, desarraigado socialmente, carente de afecto, excluido del tejido institucional, sin seguridad alguna, difícilmente puede convertirse en persona libre y autónoma, y en un ciudadano responsable. Tampoco el hombre y la mujer que se ven forzados a luchar por la sobrevivencia, aceptando empleos sórdidos, sueldos miserables, laborando en condiciones de insalubridad e inseguridad durante doce y catorce horas, habitando en viviendas precarias o durmiendo en las calles, malviviendo de la caridad ajena, o de las migajas del populismo clientelar, pueden disponer del tiempo y los medios espirituales e intelectuales para saber y actuar como una persona autónoma.

De modo que el proyecto de sociedad y de país previsto en la Constitución del 99 tiene por finalidad el desarrollo humano integral de la persona en los términos ya expuestos. "*El bienestar y la prosperidad del pueblo*" (Artículo 3 CN) no es algo distinto al desarrollo humano integral de toda persona, de cada persona. Y *"la existencia digna y provechosa para la colectividad"* a la que se refiere el artículo 299 constitucional, no puede tener una interpretación distinta: sólo es digna y provechosa para la Nación la existencia de la persona sustentada en el reconocimiento, garantía y satisfacción de sus derechos humanos.

El concepto de pueblo y de colectividad en el contexto constitucional es radicalmente opuesto a las entelequias abstractas en las que pretendieron y pretenden legitimarse los sistemas colectivistas y totalitarios del pasado y del presente, respectivamente. El pueblo se encarna, se hace realidad en cada persona humana digna y libre, situada y temporalizada, sujeto activo de su vida intransferible a cuyo servicio debe estar el Estado (Artículo3 CN). Una persona, además, con sentido de solidaridad, abierta a los demás, reconociéndose como parte de una colectividad sin perder su individualidad. No se trata

11 Vid, Meier, Henrique (2006). La Gobernabilidad en la Hora de los Derechos Humanos. UNIMET. Centro de Estudios de Gobierno, Caracas, pp. 171 y SS

del individualismo abstracto que promueve el neoliberalismo, tampoco del colectivismo indiferenciado del socialismo totalitario.

Ahora bien, la solidaridad es un valor, es una ética, no se impone desde el Poder, se fomenta mediante la educación. Por esa razón, la Constitución señala a la educación, conjuntamente con el trabajo, como los procesos sociales para la realización de ese fin (Artículo 3). Por consiguiente, el crecimiento de la economía con el objeto de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país no es más que uno de los medios para promover ese desarrollo humano integral.

4. Las garantías institucionales del crecimiento económico o "desarrollo armónico de la economía nacional"

A) La seguridad jurídica

Ese crecimiento, en los términos del citado artículo 299 constitucional, debe fundarse en la **seguridad jurídica o la Cláusula Jurídica** del Estado democrático y social: principios de legalidad, de separación de poderes, de autonomía del Poder Judicial, de reserva legal, de irretroactividad de la ley, de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, de nulidad de los actos estatales violatorios de los derechos fundamentales y control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de los poderes públicos, del debido proceso, de la legalidad penal, del juicio en libertad, de la garantía a la propiedad privada y a las libertades económicas, etcétera.

El respeto a tales principios es indispensable para garantizar el marco de estabilidad y certeza requerido para el desarrollo económico sustentable. Si los individuos y las empresas no saben a qué atenerse respecto de la conducta de los otros y del Estado es imposible transitar el camino de un crecimiento económico armónico, orgánico y sustentable. Nadie que esté en su sano juicio invertirá o creará empresas en un país caracterizado por la incertidumbre, el caos y el desasosiego.

¿Qué decir cuando desde el poder del "Estado" se promueve la incertidumbre y el caos en nombre de un supuesto proceso revolucionario?

A ese respecto, son premonitorias las advertencias del dirigente republicano español, Indalecio Prieto, en la primavera de 1936:

> *"La convulsión de una revolución, con un resultado u otro, la puede soportar un país; lo que no puede soportar un país es la sangría constante del desorden público sin finalidad revolucionaria inmediata; lo que no soporta una nación es el desgaste del poder público y de su propia vitalidad económica, manteniendo*

> *el desasosiego, la zozobra y la intranquilidad. Podrán decir espíritus simples que este desasosiego, esta zozobra, esta intranquilidad la padecen sólo las clases dominantes. Eso, a mi juicio, constituye un error. De ese desasosiego, de esa zozobra, y de esa intranquilidad, no tarda en sufrir los efectos perniciosos la propia clase trabajadora, en virtud de trastornos y posibles colapsos de la economía, porque la economía tiene un sistema a cuya transformación aspiramos…Si el desmán y el desorden se convierten en sistema perenne, por ahí no se va al socialismo, por ahí no se va tampoco a la consolidación de una república democrática, que yo creo nos interesa conservar. Ni se va al socialismo, ni se va al comunismo; se va a la anarquía desesperada que ni siquiera está en el ideal libertario; se va a un desorden económico que puede acabar con el país"*[12].

Volviendo al objeto central de estas páginas, la Constitución establece que ese crecimiento económico debe ser sólido, dinámico, sustentable, permanente y equitativo para lograr una justa distribución de la riqueza (Artículo 299 CN). Es necesario aclarar que esa "*justa distribución de la riqueza*" debe llevarse a cabo mediante métodos legítimos y legales; en pocas palabras, el concepto de justicia implica conformidad a Derecho.

B) El sistema tributario

La "justa distribución de las riquezas" en un Estado de Derecho no legitima la confiscación de bienes, ni la promoción y el amparo estatal a las invasiones y ocupaciones de tierras rurales e inmuebles urbanos.

En este crucial tema Román José Duque Corredor se refiere a las expropiaciones de edificios de apartamentos por parte de la Alcaldía Metropolitana de Caracas para alojar damnificados por las lluvias ocurridas en los meses de diciembre de 2005 y enero y febrero de 2006 en las que:

> *"…se denunció la utilización ilegal de la figura de la ocupación temporal por causa de fuerza mayor, para evadir las formalidades del procedimiento expropiatorio y ocupar cuarenta y cinco inmuebles en la ciudad de Caracas, en su mayoría edificios en proceso de remodelación o desocupación, incluyendo oficinas, escuelas e instalaciones educativas y dependencias de partidos políticos. Por su parte, el Cabildo metropolitano, que es el órgano legislativo del Distrito metropolitano de Caracas, declaró de utilidad pública la dotación de viviendas para esos damnificados y a tal efecto autorizó a la Alcaldía metropolitana para que procediera*

12 Prieto, Indalecio (1975). Discursos Fundamentales. Turner Madrid, pp. 272-273.

> *a expropiar edificaciones no habitadas o en mal estado. Aun aceptando que la finalidad de la expropiación pudiera ser considerada como de utilidad pública, al Alcalde Metropolitano le correspondía cumplir el debido procedimiento expropiatorio sobre aquellos inmuebles que se consideran indispensables para dotar de viviendas a los damnificados"*[13]

La justa distribución de las riquezas debe realizarse básicamente por medio del **sistema tributario,** o la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, y la inversión de esa renta y la proveniente de la industria petrolera para elevar el nivel de vida de la población (Artículo 316 CN). Tal obligación *-elevar el nivel de vida de la población -*significa que el Estado debe invertir los ingresos extraídos legítimamente al sector productivo de la población en obras y servicios públicos esenciales y en seguridad pública o ciudadana. En particular, en programas sociales de auxilio o ayuda al sector de la población con menor capacidad adquisitiva o en situación de pobreza, imposibilitado de acceder al mercado para adquirir los bienes articulados a la satisfacción de sus necesidades vitales (alimentación, salud, educación, vivienda, etcétera).

Cuando el Estado no retribuye a la sociedad los recursos extraídos coactivamente mediante el sistema tributario se crea una situación de **"ilegitimidad tributaria**":

> *"Junto al principio de legalidad tributaria, según el cual sólo se podrán cobrar impuestos, tasas y contribuciones establecidos en la ley,… existe el principio de legitimidad tributaria, que deriva de la disposición de la Constitución que hace alusión a la justa distribución de las cargas públicas, entendiéndose por justa distribución no sólo la distribución sino también la carga, que debe ser respuesta al ejercicio, desarrollo y protección de los intereses legítimos de la sociedad. En consecuencia, los actos de un gobierno que, entre otras circunstancias, ponen de presente indisciplina fiscal, falta de probidad, ausencia de rendición de cuentas públicas, falta de control sobre los recursos públicos, no sólo lo deslegitiman, sino que incluso pueden quitarle legitimidad a los tributos mismos; en estos casos, el administrador público carecería de legitimidad para exigir el pago de los impuestos. En el antiguo Derecho Romano se expresaba "Do ut des. Do ut facias", es decir, doy para que des, doy para que hagas. El ciudadano que paga oportunamente sus obligaciones tributarias, aspira a contribuir con los gastos del Estado, para que este preste buenos servicios públicos y garantice la seguridad ciudadana.*

13 Duque-Corredor, Román J (2006). Expropiaciones. En lo Mío, Lo Tuyo, Lo Nuestro. Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma. Caracas.

> *Aspira a que esos impuestos no terminen en definitiva incrementando el peculio de los funcionarios públicos".*[14]

El modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado, -tópico ya aludido -se distancia tanto del modelo de Economía Liberal y Neoliberal de Mercado como del modelo de Economía Socialista o Estatizada en todas sus variantes.

Respecto del primero, porque no es verdad que las libertades económicas entendidas de manera absoluta (de empresa, de industria y comercio, de mercado) conduzcan a la prosperidad colectiva. La desregulación, la privatización y la liberación total de la economía sólo favorecen los intereses de las corporaciones más poderosas, promueve los monopolios y oligopolios, el abuso de la posición dominante y demás prácticas lesivas de la libre competencia, deja a merced de la dinámica del poder a las empresas medianas y pequeñas, impide a quienes carecen de poder adquisitivo acceder a los servicios públicos esenciales, pues como resultado de la privatización de tales servicios es el "mercado" el que determina el precio a pagar en función del criterio de rentabilidad, lo que implica el abandono del concepto de la prestación continua y regular de la actividad aunque ello no produzca beneficios al ente prestacional (el Estado y la política de subsidios).

Se desentiende del destino de quienes se quedan atrás por falta de oportunidades, por carecer de los oficios especializados que exige el mercado, por su edad, retardo mental, enfermedades, situación de pobreza crónica. Se basa en la errónea idea de que la pobreza es responsabilidad de los pobres, de su falta de iniciativa y espíritu de superación. Por tanto, salir de esa situación es algo de la exclusiva responsabilidad individual, del libre albedrío de cada quien. Al postular la no injerencia del Estado en la vida económica y social profundiza la brecha entre ricos y pobres, el desequilibrio social, la injusticia social. Tal es la ideología del darwinismo económico o la selección de los más fuertes, la lucha implacable en un mercado y una sociedad donde sólo sobreviven los poderosos.

En palabras de Juan de la Cruz Ferrer:

> *"En la década de los noventa pudo parecer que solamente la liberalización y la globalización de los mercados conduciría a una mejora generalizada de las economías. Las empresas conseguirían mayores economías de escala en mercados más grandes y se produciría por sí sola una convergencia entre los ingresos de las zonas más ricas con los de los más pobres. Desde esta perspectiva, la importancia de los Estados y las instituciones se desvanecía según la aldea global se iba integrando y los mercados se iban unificando y la prosperidad se desarrollaba. Sin embargo, al*

14 Contreras-Marín, Eneida y Judez Zubillaga, Luis (2006). Sistema Tributario Venezolano. Trabajo presentado a la Cátedra de Derecho de la Economía de Mercado de la Especialización en Derecho Corporativo. UNIMET. Caracas

> *entrar al siglo XXI la experiencia nos ha presentado un cuadro bastante distinto. Efectivamente, la renta mundial ha continuado creciendo, pero paradójicamente también ha aumentado la brecha que separa los países ricos de los más pobres. Los primeros han aumentado sus niveles de crecimiento económico y de bienestar al haber entrado, a pesar de los ciclos económicos, en el ciclo virtuoso de la estabilidad y el crecimiento económico, mientras que los otros países no alcanzan a descubrir cómo entrar de manera sostenida en las vías del crecimiento económico y de la cohesión social.*
>
> *Por eso, como ha apuntado Scott (2001), podemos afirmar con certeza que el Estado y la política desempeñan un papel fundamental en la igualdad o desigualdad económica y que la suposición de que únicamente los mercados libres producirían la convergencia económica es equivocada"*[15]

Respecto del segundo, porque la estatización total de la economía conduce irremediablemente a la extinción de la iniciativa particular, desestimula la creatividad y el ingenio, anula el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en el ámbito económico y social o el derecho de la persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, promueve la improductividad individual y social, la carestía y desaparición de los bienes y servicios o la extinción de los mercados libres, la aparición de mercados clandestinos o subterráneos, la negación del progreso material y espiritual de la persona y la sociedad, el racionamiento del consumo de bienes y servicios esenciales; en fin, condena a la pobreza y la miseria generalizada a la sociedad, salvo para la casta privilegiada del Estado: los gobernantes, funcionarios públicos y sus familiares (nomenklatura).

C) La articulación de las cláusulas liberal de la Economía de Mercado con las cláusulas social y ambiental del Estado Social

El modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado se inspira en la búsqueda de un equilibrio entre Estado y Mercado, Estado y Sociedad. Por esa razón, postula que la promoción del desarrollo armónico de la economía nacional corresponde al Estado conjuntamente con la iniciativa privada (principio de corresponsabilidad y de solidaridad, Artículo 299, CN). Es lo que explica la articulación de la Cláusula Liberal de la Economía de Mercado con las Cláusulas Social y Ambiental del Estado Social.

En el concepto de Juan De La Cruz Ferrer:

15 De La Cruz Ferrer, Juan (2004) Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica. El Modelo de la Unión Europea. En VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, p 102.

> *"Los valores de la igualdad, de la solidaridad y de la cohesión social exigen que el Estado no se desatienda en ningún momento de la situación en que efectivamente viven los ciudadanos, los diferentes grupos sociales o las diferentes partes del territorio. Ninguna economía, ninguna sociedad puede romper el círculo de la pobreza o continuar un proceso sostenido de crecimiento económico y social sino dispone de servicios de agua, sanidad y educación y de las infraestructuras de transportes, comunicaciones y energía que permitan desarrollarse a los mercados…Por ello es necesaria una decidida intervención pública en la provisión de estos servicios, no necesariamente en su gestión, así como una cierta participación en su financiación.* ***Ninguna de estas tareas puede otorgarse en exclusiva al Estado ni a los mercados, puesto que difícilmente alcanzarán los resultados esperados sin la colaboración de las instituciones sociales: familia, asociaciones, etc. Los gobiernos tampoco pueden desentenderse de los factores sociales fundamentales ni de las instituciones que proporcionan estabilidad a la sociedad...****En los últimos tiempos hemos confirmado que es absolutamente imprescindible que los gobiernos protejan a la familia, a los menores, a los grupos sociales o étnicos, a los que se ven aquejados por la drogadicción, el sida, et... Finalmente, también entra en la órbita del denominado modelo de Estado social la defensa del medio ambiente. Cada vez existe un consenso más amplio en que el desarrollo económico sólo será sostenible con una adecuada protección de los recursos naturales...Por ello es fundamental que la protección del medio ambiente se canalice a través de la opinión pública, de conseguir unas regulaciones flexibles, diseñar mecanismos de autorregulación y elegir instrumentos eficaces y basados en el mercado"*[16].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia alude al modelo de Economía Social de Mercado, pero obvia la referencia al trascendente tópico ambiental que forma parte de dicho modelo:

> *"...la Constitución económica, entendida como el conjunto de normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, no está destinada –salvo el caso de las constituciones del modelo soviético –a garantizar la existencia de un determinado orden económico, sino que actúan como mero garante de una economía social de mercado, inspiradas en principios básicos de justicia social y con una base neutral que deja abierta distintas posibilidades al legislador, del cual*

16 IBIDEM, pp. 109-110. Negritas mías.

> *sólo se pretende que observe los límites constitucionales..*" (Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ de fecha 6 de febrero de 2001).

5. Los principios de organización del modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado, o régimen de Economía Mixta

A) La promoción del desarrollo económico conjuntamente entre Estado e iniciativa privada: Principio de Corresponsabilidad

La declaración del régimen de Economía Mixta es concluyente:

> "*El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional*" (Artículo. 299 CN).

La interpretación literal, concordante (Artículos 2, 3, 20, 112 CN), progresiva, teleológica, institucional e histórica de esta disposición no puede ser otra que su consideración como un principio rector de la organización del régimen socioeconómico de la República. La expresión "conjuntamente" indica que la promoción del desarrollo de la economía nacional corresponde tanto al Estado como a la iniciativa privada (las diversas expresiones de esa iniciativa: individual, social, comunitaria). En una palabra, la norma se inspira en el Principio de Corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil, aplicable también en el ámbito de la protección del ambiente (Artículo 127 CN), de la seguridad de la Nación (Artículo 326 CN) y de la educación (Artículo 106 CN).

Este principio implica, por una parte, la superación del concepto liberal y neoliberal de la separación radical entre Estado y sociedad. El Estado confinado al espacio de lo público (la política) y la sociedad, los particulares, al de lo privado (lo económico y lo social). El Estado como titular exclusivo de los asuntos y actividades de interés y orden público (la seguridad y defensa de la Nación, el orden público interno, la administración de la justicia) y los particulares de los intereses privados (la vida económica y social). Con esa separación se justifica ideológicamente la abstención del Estado en la esfera de la economía y el postulado de que es el Mercado con su dinámica propia el que debe regular las relaciones de producción, circulación, comercialización y consumo de bienes y servicios, incluyendo a las relaciones laborales.

Por otra parte, el referido principio se opone al concepto totalitario de lo público o la invasión totalitaria del Estado en todas las esferas del quehacer humano, vale decir, a la negación de la sociedad civil y, por tanto, de los derechos de la persona humana (derechos humanos). Todas las modalidades del Estado totalitario se caracterizan por la destrucción de la sociedad civil, por su absorción estatal (Estado caníbal). Se sustenta en

la idea del Estado como configurador del orden social, económico y cultural de manera exclusiva y excluyente, el paternalismo estatal y sus métodos de acción, en particular el populismo.

El Estado creador de empresas, financista, promotor de proyectos económicos, que asigna y distribuye bienes a la población respaldando su acción "benefactora" en los ingentes recursos provenientes de la renta petrolera (los petrodólares). El Estado "magnánimo" y "protector", dador de felicidad, el "Hermano Mayor" (Orwell), el "Ogro Filantrópico" (Octavio Paz), cuya acción "generosa" tiene un precio: la sumisión de la población al caudillo de turno. En tal sentido, no es acorde con el espíritu, propósito y razón de los dispositivos constitucionales antes mencionados, en particular los Artículos 2 y 3, considerar al Estado venezolano como un Estado de Bienestar fundamentando esa calificación en la interpretación sesgada de esos Artículos, que según Rafael Badell Madrid "*...implica la participación activa del Poder Público en la economía para limitar –como señala el mismo artículo112 –la actividad económica desarrollada por los particulares con la finalidad de ajustar su ejercicio al interés social*"[17].

Los Artículos 2 y 3 de la Constitución, como lo destacamos en páginas precedentes, formalizan el concepto del **Estado Democrático de los Derechos humanos**[18], ya que la finalidad principal del Estado es la defensa y desarrollo de la persona y su dignidad. De manera que no es fin primordial de ese modelo de Estado limitar los derechos económicos para garantizar el bienestar. El bienestar social se logra con la articulación de la acción estatal y la iniciativa privada en la promoción del desarrollo humano integral. **Antes que un "Estado de Bienestar" la Constitución formaliza el concepto de un Estado al servicio del bienestar de la persona y la sociedad.**

La formulación constitucional que comentamos coloca al Estado en plano de igualdad con la iniciativa privada a fin de promover el desarrollo armónico de la economía nacional, es decir, armonía entre el Estado y la iniciativa privada (los particulares). El Estado no es colocado en situación de preeminencia respecto de la iniciativa privada (las libertades y derechos económicos, en particular la libertad de empresa), lo que es característico del modelo Estatista o Estatalista.

Tampoco la iniciativa privada (el Mercado) se halla por encima del Estado en el ámbito económico, rasgo propio del modelo Neoliberal. Se trata del equilibrio entre Estado y Mercado al que se refiere la Exposición de Motivos de la Constitución. En ese sentido, considero que es inaplicable el principio de subsidiariedad respecto de la posición del

17 Badell, Madrid, Rafael (2005). Fundamentos Jurídicos de la Regulación Económica. En VII Jornadas Internacionales....Opus cit, p 40.

18 Vid, Meier, Henrique (2008). El Estado Democrático de los Derechos Humanos. Defensa del Modelo de Estado previsto en la Constitución del 99.UNIMET. Centro de Estudios de Gobierno. Caracas.

Estado en al ámbito económico, ya que éste tiene un rol protagónico en la promoción del desarrollo económico pues su actuación no es supletoria de la iniciativa privada.

La subsidiariedad implica que el Estado actúe para suplir la actividad de los particulares, vale decir, en los sectores económicos y sociales en los que la iniciativa privada por diversas causas no intervenga. Aunque ese principio es característico del modelo de Economía Social de Mercado aplicado en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, para el caso del modelo previsto en la Constitución Nacional vigente es obvio que no le es aplicable. Por otra parte, la implementación del postulado de la acción conjunta entre Estado e iniciativa privada, o Principio de Corresponsabilidad significaría, insoslayablemente, el empleo de los métodos democráticos del diálogo, la concertación y los acuerdos entre el Estado y el sector privado de la economía. La articulación y coordinación de esfuerzos. En la práctica, el actual régimen de gobierno, por medio del Presidente de la República, impone la voluntad arbitraria del Estado, esto es, la voluntad de Chávez-Frías (la plena identificación del Estado con el Jefe del Estado y del Gobierno: régimen personalista).

La naturaleza mixta del régimen económico, prevista también en la anterior Constitución (1961), se explica en un postulado o **principio de realismo político**, y en un **principio de la doctrina democrática, o la axiología, los valores del Estado Democrático de Derecho**.

La participación del Estado como promotor del desarrollo obedece a un hecho incontrovertible: la principal fuente de ingresos del país proviene de la renta petrolera, de los ingresos derivados de la producción y comercialización de un recurso no renovable que pertenece a la Nación (los yacimientos de hidrocarburos) y de una industria controlada por el Estado. De manera que sería contrario a la realidad que el Estado no tuviere papel protagónico en la vida económica. Independientemente de las ideologías dirigistas e intervensionistas ese papel protagónico responde a esa realidad. Por su parte, la participación de la iniciativa privada, con fundamento en los derechos económicos garantizados en la Constitución, responde a unos principios axiológicos, a la cultura democrática que con tanta dificultad ha ganado terreno en nuestra accidentada historia republicana.

Todo conspira contra la democracia económica o el reconocimiento, garantía y vigencia de los derechos económicos. El poder económico del Estado petrolero, el autoritarismo y su versión radical: el caudillismo militarista del pasado disolvente del siglo XIX que no termina de desaparecer de las creencias colectivas y de las prácticas sociales y políticas. Y el terrible componente del mesianismo salvador, el Estado mesiánico, o la identificación del poder del Estado en un caudillo que se considera el enviado de la historia para "salvar y redimir al pueblo", y hasta a la humanidad entera, utilizando los recursos de la renta petrolera. Además, años de paternalismo estatal, de populismo clientelar, han contribuido a crear la "cultura de la dependencia estatal", una población que

lo espera todo del Estado y los gobernantes de turno, que se ha acostumbrado al reparto, a recibir las dádivas del populismo y del prebendalismo, a las prácticas del "saqueo" para enriquecerse a la sombra y amparo del Estado.

> *"…la tentación del saqueo* –escribe el sociólogo Tulio Hernández *–ha sido una constante en la historia venezolana, incluso antes que Venezuela existiera como República. El saqueo, entendido como acto de rapiña absolutamente justificable, ha sido practicado por las más diversas clases sociales a través de diversos métodos: la explotación frenética de las riquezas naturales, la ocupación ilegal de grandes extensiones de terreno, la apropiación personal de grandes sumas del erario público, o la expatriación de sumas descomunales de divisas…La nación sigue atrapada entre dos discursos y dos realidades. Dos discursos: de una parte, el triunfante y tangible del populismo simplista en donde han coincidido el bipartidismo tradicional y los nuevos portadores del poder, y de la otra el abstracto (y hasta ahora derrotado) de los diversos proyectos modernizadores por la vía del "más mercado y menos Estado". Dos realidades: de una parte, la de un capital y una riqueza que no han dado pruebas tangibles de generar bienestar a la mayoría de los ciudadanos; y, de la otra, la de un Estado rentista que periódicamente le crea a esa misma población la ilusión de la mejoría a través de políticas sociales y distributivas diversas, pero que a mediano plazo termina sumiéndonos de nuevo en la piscina de fango de la pobreza y la ingobernabilidad"*[19].

Ramón Guillermo Aveledo, en su libro "El Poder Político en Venezuela", explica cómo el paternalismo y el rentismo desembocan de manera inevitable en el "populismo":

> *"Que el rentismo y el paternalismo generen prácticas clientelares es tan natural, como que todos acaben siendo afluentes de la cuenca hidrográfica del populismo. La promesa desmedida, la ventaja fácil naturalmente merecida, el desdén por las consecuencias de los actos y las decisiones cuya propuesta cae bien en oídos conectados a un cerebro condicionado por la reivindicación rentista. El discurso populista tiene una legitimación: en su paisaje hay unos victimarios a ser castigados y unas víctimas a ser vengadas. Se niega a asumir responsabilidades porque, al fin y al cabo, la responsabilidad es de los otros, quienes causaron la situación injusta que se pretende remediar. Como las culpas son siempre ajenas, también lo serán las responsabilidades. Previsiblemente, el populismo prende mejor y más*

19 Hernández, Tulio (2006). Cien Años de Perdón: Anotaciones Libres Sobre el Imaginario Venezolano de la Riqueza Como Pecado. En Lo Mío, Lo Tuyo, Lo Nuestro, Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma, opus cit, pp. 170-171.

> *pronto, aunque no exclusivamente, en las masas más pobres, en los que se sienten humillados por la marginación, frustrados en la exclusión, amargados por las puertas de la oportunidad cerradas. La lógica del discurso populista lleva implícita la antipolítica. Enfrentar y vencer a los "enemigos del pueblo" no admite transacciones, pero como ellas son tarde o temprano inevitables se acaba subiendo la apuesta para no quedar triturado por el trapiche que se ha construido para moler a los otros. El populismo es un viejo fracasado que se disfraza de joven en el carnaval de la demagogia. Al final, sólo produce más frustración"*[20].

De allí, pues, las dificultades para hacer realidad el postulado de la acción conjunta entre Estado e iniciativa privada. La finalidad no es otra que liberar a la sociedad, al país, de su larga dependencia estatal. Promover la iniciativa creadora en todos los órdenes de la vida económica, social, política, cultural. Promover la cultura emprendedora, única manera de garantizar el desarrollo humano sustentable. Liberar al país de la cultura rentista y sus perversidades "sembrando el petróleo" (Uslar Pietri), diversificando la economía mediante la dinámica de la **iniciativa humana individual, societaria y comunitaria**.

La vigente Constitución no limita el derecho a la iniciativa privada a su significado liberal clásico, es decir, a la iniciativa de carácter individual, pues en su Artículo 308 se refiere a la "iniciativa popular":

> *"El Estado protegerá y promoverá la pequeña y la mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo el régimen de la propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país sustentándolo en la iniciativa popular".*

Sobre el particular, en mi monografía "La Constitución Económica" expreso lo siguiente:

> *"…Este Articulo ha de ser interpretado en concordancia con el 118 – el 118 se refiere al derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas destinadas a mejorar la economía popular y alternativa. De ambos dispositivos se configura el concepto de la iniciativa social o popular, una modalidad o forma de iniciativa privada que se caracteriza porque la misma se refiere a las personas, familias y comunidades de bajos recursos eco-*

20 Aveledo, Ramón Guillermo (2007). El Poder Político en Venezuela. Los Libros de El Nacional. UNIMET, Caracas, pp. 159-160.

> *nómicos, la mayoría de la población del país marginada, excluida de la economía formal y del tejido institucional de la sociedad. La finalidad de ese derecho a la iniciativa popular, promovido y protegido por el Estado, es aprovechar la innegable solidaridad que existe en las comunidades de excluidos para propiciar su organización social y económica e incorporarlos al proceso de desarrollo económico, social, cultural e institucional del país La estructura comunitaria, los lazos de solidaridad familiar y vecinales, constituyen la base social para la organización de empresas y asociaciones bajo el régimen de la propiedad colectiva o social.* ***Entre la iniciativa privada clásica, sustentada en la propiedad individual de los medios y bienes de producción y la economía estatizada o la iniciativa absoluta del Estado, sustentada en la propiedad estatal de esos medios y bienes, el Constituyente formaliza esa modalidad de iniciativa social, popular, que no responde al esquema liberal clásico como tampoco al socialista marxista, sino a un concepto social del mercado, concepto que se apoya en una percepción crítica de la realidad social del país.*** *Sin negar la iniciativa privada clásica, la de los capitales privados nacionales y extranjeros (transnacionales), ni la iniciativa que corresponde al Estado en determinadas áreas o sectores de actividad, la Constitución consagra las bases de un "capitalismo popular", de nuevas modalidades o formas de mercado, de empresas populares y familiares, comunitarias, de formas de propiedad diferentes; en una palabra, una economía alternativa".*[21]

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia antes citada, reconoce el carácter mixto del sistema económico:

> *"A la luz de los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema económico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el empresario mayor). Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, expresamente, la actividad económica conjunta con el Estado y de la iniciativa privada en la prosecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución".*

21 Meier, Henrique (2001). La Constitución Económica. En Revista de Derecho Corporativo. UNIMET. Publicación Semestral del Decanato de Estudios de Postgrado. Caracas, Vol. 1, N1, p. 27.

Aparte de la pésima redacción se evidencia el poco conocimiento de los magistrados en el tema. En el sistema de economía de libre de mercado, o modelo de Economía Liberal y Neoliberal, el Estado de manera alguna funge como programador de la economía, pues lo que caracteriza a ese modelo es la abstención o no intervención de los poderes públicos en la dinámica del Mercado, excepto para proteger y tutelar las condiciones de la denominada "competencia perfecta"[22] o libre competencia (función estrictamente reguladora y externa al funcionamiento del Mercado que se rige por la ley de la oferta y la demanda).

Por el contrario, la función programadora es consustancial a los sistemas económicos en los que el Estado interviene en la economía. Su mayor expresión o modalidad radical es el sistema de economía estatizada, ya que esa estatización comienza por la planificación de todo el proceso económico (el denominado "gosplan" en los tiempos de la Unión Soviética). Por otra parte, no se trata de la "economía interventora", sino de la "economía intervenida".

En el modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado, el Estado asume en el ámbito económico las funciones siguientes:

- **La promoción del desarrollo humano integral**, conjuntamente con la iniciativa privada (Artículo 299 CN, **Estado promotor**);
- **La regulación del Mercado** para garantizar las condiciones de la libre competencia (Artículos 113 y 117 CN, **Estado regulador**);
- **La planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta del proceso económico** con la finalidad de garantizar su racionalidad (Artículos 112 y 299 CN, **Estado planificador**);
- **La intervención directa en la actividad económica como empresario y prestador de servicios públicos** (Artículo 302 CN, **Estado empresario y de servicios públicos);**

22 La Competencia Perfecta "se deriva de cuatro supuestos principales y de un postulado de maximización de beneficios, establecidos para proporcionar un mercado impersonal en el cual la pauta de la asignación de los recursos está determinada por las fuerzas fundamentales de la oferta y la demanda:
Los cuatro supuestos de la Competencia Perfecta son:
1. Cada empresa no es lo suficientemente grande con relación al mercado total para poder influir en el precio del producto mediante cambios de su propia tasa de producción.
2. El producto de cualquier empresa de una industria es idéntico al producto de cualquier otra empresa (desde el punto de vista de los consumidores, productos homogéneos).
3. Todos los recursos son perfectamente móviles y están preparados para moverse fácilmente en respuesta a las señales económicas apropiadas.
4. Todos los consumidores y productores se hayan perfectamente informados sobre la situación presente del mercado (especialmente con relación al patrón de precios de los productos y factores)".
Vid, González- Porras, Enrique (2005). La Regulación de la Competencia Desleal en Venezuela. En Revista de Derecho Administrativo N° 20, Enero Diciembre 2005. Editorial Sherwood, Caracas, p 96.

- **La intervención posterior a la actividad productiva para garantizar la justa distribución de la riqueza por medio del sistema tributario (**Artículos 299 y 316 CN, **Estado de justicia social**).

B) La existencia de bienes de producción de propiedad estatal y bienes de producción de propiedad privada. El principio en la materia es el de la propiedad privada como regla general: sólo son bienes de propiedad pública los expresamente previstos en la Constitución y las leyes

El carácter mixto del régimen económico se evidencia también en el espinoso tema de la propiedad sobre los bienes de producción. En el modelo Neoliberal de Economía de Mercado los bienes de producción son de propiedad privada, mientras que en las economías estatizadas tales bienes se hallan bajo el control absoluto del Estado (la socialización o estatización de los medios de producción). En el modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado Estado y particulares se distribuyen la titularidad de esos bienes conforme a la regla o principio general de la titularidad privada, ya que únicamente son de propiedad pública aquellos bienes que expresamente la Constitución hubiere reservado al Estado por razones estratégicas y de conveniencia nacional, o que éste, mediante ley y con fundamento en la Constitución, se los reserve por las mismas razones.

- **De origen constitucional**: los **yacimientos mineros y de hidrocarburos,** cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental (Artículo 12 CN); **las costas marinas** (Artículo 12 CN); **el capital accionario de Petróleos de Venezuela, SA** (Artículo 303 CN)**;** y **todas las aguas del territorio nacional** (Artículo.304).
- **De origen legal,** como antes señalamos, los bienes de interés público y de carácter estratégico que el Estado se reserve mediante ley orgánica por razones de conveniencia nacional, con la consiguiente expropiación en caso de que sean de propiedad privada (Artículo 302 CN); asimismo, las tierras baldías y ejidos de conformidad con las leyes en la materia, el capital accionario de las empresas públicas, la infraestructura y tecnologías de esas empresas, etcétera

Fuera de esos casos expresos opera el principio, reiteramos, de la garantía y derecho de la propiedad privada sobre los bienes de producción (Artículo 115 CN).

Todo lo que la Constitución o la ley no atribuyen al Estado queda sujeto a la titularidad privada. De no ser así, si el principio fuese la propiedad estatal y la excepción la privada, no podríamos hablar de Economía de Mercado sino de Economía Estatizada.

C) El reconocimiento expreso de un sector público de la economía (monopolio estatal) y de la garantía de la libertad económica sometida a las regulaciones estatales para las actividades no reservadas al Estado

Conforme a lo previsto en el Artículo 302 constitucional "*El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico*".

Por su parte, el Artículo 112 constitucional garantiza de manera general el derecho de todas las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia. Por tanto, fuera de las áreas económicas expresamente reservadas al Estado, rige el principio de la libertad económica. Es el mismo esquema aplicable a la titularidad sobre los bienes de producción. Tal es una exigencia fundamental para la existencia y operatividad de la Economía de Mercado.

En síntesis, el **carácter mixto** del régimen económico se evidencia por las razones siguientes:

- Por una parte se garantizan las libertades económicas (principio de la Cláusula Liberal) y por la otra se establece la posibilidad de limitarlas por razones de desarrollo humano integral, protección del ambiente y otras de interés social; en particular, la reserva estatal de industrias, explotaciones y servicios por razones de conveniencia nacional (principio de intervención estatal derivado de la Cláusula Social);
- Por una parte se garantiza la libre competencia (principio de la Cláusula Liberal) y por la otra se prohíben los monopolios (salvo los estatales) y las prácticas lesivas a esa libertad (principio derivado de la Cláusula Liberal); en particular, los derechos e intereses del usuario o consumidor (principio de intervención estatal derivado de la Cláusula Social);
- Por una parte se garantiza el derecho de propiedad sobre los medios de producción y se prohíbe la confiscación (principio de la Cláusula Liberal) y por la otra se legitiman las limitaciones a esa propiedad por razones de utilidad pública o de interés general (principio de intervención del Estado derivado de la Cláusula Social), y se reconoce un sector público de la economía y la propiedad estatal sobre determinados bienes de producción (principio de intervención del Estado derivado de la concepción social demócrata y demócrata cristiana de la economía);
- Por una parte se promueve y protege la iniciativa privada (principio de la Cláusula Liberal) y por la otra se le establecen potestades el Estado para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía (principio de intervención estatal derivado de la concepción social demócrata y demócrata cristiana de la economía);

– Por una parte se reconoce la libertad de trabajo (principio de la Cláusula Liberal), y por la otra el Estado debe proteger al trabajo como un hecho social trascendente, un derecho humano fundamental y al trabajador en su condición de débil socioeconómico y jurídico (principio de intervención estatal derivado de la Cláusula Social).

Sin embargo, es necesario destacar que ese aparente equilibrio entre Estado y Mercado, garantizado por el Derecho, puede perfectamente romperse a favor del primero, es decir, más Estado y menos Mercado, pues los términos del Artículo 302 de la Constitución posibilitan que el gobierno de turno, si cuenta con mayoría en la Asamblea Nacional, logre que dicha Asamblea reserve al Estado "*por razones de conveniencia nacional*" cualquier industria, explotación, servicio o bienes que se consideren de interés público y de carácter estratégico.

Ahora bien, a fin de evitar que el "órgano parlamentario" abuse de esa potestad y reserve al Estado industrias, explotaciones y servicios que en verdad no sean de interés público y de carácter estratégico, y por tanto, no convenga al interés nacional esa decisión, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como máxima instancia judicial garante de la supremacía y efectividad de los valores, principios y derechos constitucionales puede anular la ley orgánica que hubiere declarado esa reserva violando el espíritu, propósito y razón del referido artículo 302 constitucional siempre que se interponga el correspondiente recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la mencionada Sala dispone de potestad para *"declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley*" (Artículo 334 CN).

En tal sentido, dicha Sala es competente para velar por la uniforme interpretación y aplicación de las normas constitucionales, entre tales, las potestades conferidas a los órganos del Poder Público (la doctrina de esa Sala es vinculante para las otras Salas del TSJ, los demás tribunales de la República y los otros poderes del Estado). En consecuencia, nada impide que la mencionada Sala pueda interpretar el alcance y significado de los conceptos de "*interés público*" y "*carácter estratégico*" de determinadas industrias, explotaciones y servicios, así como el de "razones de conveniencia nacional" en los casos hipotéticos en los que la Asamblea Nacional decidiese reservar al Estado industrias, explotaciones y servicios que en nada se articulasen a esos conceptos jurídicos indeterminados, cuya determinación corresponde al órgano parlamentario sin desmedro de su ulterior revisión por la jurisdicción constitucional, antes señalada, siempre que se ejerzan los recursos de inconstitucionalidad correspondientes.

La Sala Constitucional del TSJ tiene la función de preservar el equilibrio entre Estado y Mercado en el régimen socioeconómico de carácter mixto. **Pero, para que esa función sea**

eficaz en los casos de leyes de reserva controvertidas es imprescindible que esa Sala opere de manera autónoma e independiente respecto de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En caso contrario, no habría manera de garantizar ese equilibrio, y por ende, las bases institucionales del modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado.

En la referida materia vale la pena citar la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ de fecha 4 de mayo de 2000 (caso: Consorcio Ayari):

> *"De las normas antes transcritas (artículo 112) se puede colegir, que las mismas consagran la libertad económica no en términos absolutos, sino permitiendo que mediante ley se dispongan limitaciones. Sin embargo, debe destacarse que ello no implica ejercicio alguno de poderes discrecionales por parte del legislador,* ***el cual no podrá incurrir en arbitrariedades y pretender calificar por ejemplo, como "razones de interés social" limitaciones a la libertad económica que resulten contrarias a los principios de justicia social, ya que si bien la capacidad del Estado de limitar la libertad económica es flexible, dicha flexibilidad existe mientras ese derecho no se desnaturalice****. En ese mismo sentido debe entenderse que cuando la norma transcrita se refiere a las limitaciones a dicho derecho, y señala sólo "las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes..." no puede interpretarse que la Constitución establezca garantías cuya vigencia pueda ser determinada soberanamente por el legislador ya que todos los derechos subjetivos previstos en la Constitución son eficaces por sí mismos, con independencia de la remisión legal a la que pueda aludir la Constitución*" (negritas nuestras).

Obsérvese cómo la Sala Constitucional del TSJ en la mencionada sentencia aclara que el legislador no es soberano en la interpretación del concepto de interés público a los fines de legitimar limitaciones a los derechos y garantías económicas. En particular, se refiere al ejercicio arbitrario y abusivo de esa potestad, lo que es aplicable en el supuesto de la potestad para declarar la reserva estatal de actividades económicas de acuerdo con el Artículo 302 constitucional.

IV. Los derechos económicos como derechos fundamentales y sus limitaciones. La Constitución Económica

1. Los derechos económicos como derechos fundamentales

Los derechos económicos que analizaremos a continuación, derechos humanos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales en esa materia suscritos por la República, conforman el fundamento o substrato del modelo abstracto o

genérico de Economía de Mercado, independientemente de las características concretas de tiempo y lugar, historia y sociedad que dan origen a las variantes de dicho modelo: liberal, neoliberal, social y ambiental. En pocas palabras, si esos derechos no se reconocen, respetan y garantizan de manera efectiva por parte del Estado, no puede hablarse de Economía de Mercado aunque los mismos figuren expresamente en la Constitución. La sola formalización constitucional de los mismos no es suficiente para postular la existencia de la Economía de Mercado.

Esos derechos: asociación, libertad de empresa, libre competencia, libertad contractual, propiedad privada sobre los medios de producción, constituyen las bases institucionales sobre las que se edifica el modelo de Economía de Mercado. En ese sentido, al mismo tiempo que derechos son principios y valores superiores del ordenamiento jurídico económico-social. En consecuencia, la existencia y desarrollo de la Economía de Mercado requiere de la vigencia simultánea y permanente de esos derechos-principios-valores.

En este tópico Huber distingue seis elementos de la "libertad económica privada": libertad de desarrollo, libertad de propiedad, libertad de contratación, libertad de asociación, libertad de industria, libertad de profesión y libertad de competencia.

Según Osenbühl se trata de sectores de protección de la libertad empresarial que comprenden todas las manifestaciones de esa libertad: libertad de fundación de una empresa, libertad de acceso al mercado, libertad de organización, libertad de dirección y libertad de actividad en el mercado, entre otras.

2. Los diversos derechos económicos

A) El derecho de asociación, fundamento de la existencia de la empresa privada

Este derecho humano de la llamada "Primera Generación" está reconocido formalmente" en el Artículo 52 de la Constitución "*Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho*".

El derecho de asociación es una manifestación o expresión del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad consagrado en el Artículo 20 constitucional: "*Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social*".

Ese libre desenvolvimiento o despliegue, desarrollo de la personalidad individual, es el reconocimiento de la libertad-autonomía de la persona como fundamento de la vida social. El límite a esa libertad de toda persona de hacer lo que quiera en la vida y hacer de su vida lo que quiera, inherente a la idea de la dignidad humana, o la persona humana

como un fin en sí, es el derecho de los demás a desarrollar también su potencial personal y el orden público y social, es decir, el conjunto de normas jurídicas que fijan limitaciones, restricciones y prohibiciones a la libertad personal con miras a garantizar el orden en la convivencia social.

Uno de los medios que permiten el desarrollo del potencial de la personalidad individual es el derecho de asociación. El individuo se caracteriza antropológicamente por la menesterosidad y la vulnerabilidad. Somos seres gregarios por naturaleza, necesitamos de los otros, de la sociedad, para poder satisfacer nuestras necesidades y realizarnos como personas. Hay una parte significativa de socialización y sociabilidad que nos viene impuesta, una parte condicionante en la que no interviene nuestra libertad y creatividad. Los padres, la familia, el grupo o clase social, el Estado en el que hemos nacido, la cultura recibida desde la infancia. Pero, por cuanto el humano no es un ser predeterminado y goza de libre albedrío o capacidad para discernir y elegir existe la posibilidad de una sociabilidad producto de esa libre elección.

Podemos asociarnos con los otros mediante el ejercicio de ese derecho: crear asociaciones, sociedades, o incorporarnos libremente a las existentes. Tal es el sentido de la autonomía de la voluntad. Ese es el origen de la empresa en todas sus modalidades económicas, sociales, políticas, educativas, culturales, deportivas, etcétera. La empresa como sociedad con fines económicos se constituye como persona jurídica diferente a las personas de sus fundadores mediante el llamado "contrato de sociedad". Según el Artículo 1649 del Código Civil: *"El contrato de sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con una cosa o propiedad o el uso de las cosas, o, con su propia industria, a la realización de un fin económico común".* Para el nacimiento a la vida jurídica de la sociedad, civil o mercantil, se requiere protocolizar el respectivo contrato de sociedad en la Oficina Subalterna de Registro Público de su domicilio (Artículo 1651 CC).

Los autores en esta materia se refieren al "animus societatis", el ánimo o espíritu de asociación" como la motivación básica de quienes deciden unir sus voluntades individuales para crear, organizar y preservar una sociedad determinada. Por tratarse de una libre asociación el desarrollo de la empresa depende de ese "espíritu" o ánimo de colaboración y cooperación entre los asociados. De allí que la pertenencia a la sociedad sea totalmente libre. En el mundo actual esa libertad ha llegado a su extremo con la compraventa "sin límites" de las acciones en el mercado bursátil de las empresas organizadas como compañías anónimas.

El "animus societatis" tradicional tiende a desaparecer en el mundo de las grandes corporaciones multinacionales, transnacionales y globales al quedar supeditada la dinámica empresarial al solo ánimo de lucro. Los depredadores del mercado bursátil manipulan el valor de las acciones: las depreciaciones y alzas provocadas artificiosamente mediante compras y ventas masivas para controlar determinadas empresas sin considerar

los intereses de los accionistas minoritarios, ni de los empleados y trabajadores de las empresas objeto de la operación de rapiña. Es el mundo frío, implacable, de la ley del más fuerte y astuto del capitalismo financiero de estos tiempos, de la competencia despiadada, de las fusiones corporativas para controlar determinados mercados. Frente a esos "excesos" que afectan, sin duda, los principios clásicos de la Economía de Mercado, los esfuerzos del Estado para mitigar las operaciones depredadoras lucen poco eficaces.

El método empleado, a esos efectos, es el de dictar leyes articuladas al control y la prohibición de determinadas operaciones bursátil y la creación de organismos estatales de vigilancia, supervisión y control (Ley de Mercado de Capitales, Comisión Nacional de Valores). Sin embargo, la realidad demuestra la poca eficacia de esa política para controlar las referidas prácticas.

En fin, cabe destacar la modalidad especial del derecho de asociación con fines económicos y sociales establecida en el Artículo 118 constitucional, tópico aludido precedentemente. Se trata del "*…derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas. Estas asociaciones podrán desarrollar cualquier tipo de actividad económica, de conformidad con la ley. La ley reconocerá las especificidades de esas organizaciones, en especial, las relativas al acto cooperativo, al trabajo asociado y su carácter generador de beneficios colectivos. El Estado promoverá y protegerá estas asociaciones destinadas a mejorar la economía popular*".

El Artículo 70 constitucional también se refiere a esas organizaciones articuladas al desarrollo de la economía popular y alternativa cuando menciona los medios de la "democracia participativa y protagónica" en el ámbito social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y…"*demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad*".

B) La libertad de empresa, fundamento de la existencia del mercado y de la actividad empresarial

Para la existencia y operatividad de la Economía de Mercado no basta que se garantice de manera efectiva el derecho a crear y organizar empresas y de integrarse a las que ya estuviesen en funcionamiento (derecho de asociación). Es igualmente indispensable que las empresas puedan actuar libremente dentro de los límites que establezca la ley, pues ningún derecho es absoluto. **Es así como la libertad "relativa" de empresa implica libertad de producción, de distribución y comercialización de bienes y servicios, o libertad para ofrecer bienes y servicios al mercado, con las limitaciones previstas en la Constitución y las leyes.**

En la Constitución Nacional ese derecho ha sido formalizado como sigue:

> *"Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país"* (Artículo 112).

Es necesario advertir que dicho dispositivo constitucional está situado en el pórtico del Capítulo que el texto constitucional (la Constitución formal) destina a los derechos económicos (Capítulo VII del Título III). El significado de esa ubicación es evidente: se trata de un derecho constitucional o derecho público subjetivo.

En el concepto del constitucionalista Jesús María Casal:

> *"La Constitución de 1999 en consonancia con la evolución precedente no vacila pues al proclamar la libertad económica como un derecho (subjetivo) constitucional que es regulado junto con los demás derechos o libertades de la persona, con lo cual nuestra Carta Magna se diferencia de las constituciones de otros ordenamientos jurídicos, en las que la libertad económica no está contemplada de manera expresa, o se incluye como categoría separada de los derechos fundamentales o la declaración constitucional de derechos, adoptando a veces una formulación que tiende a perfilarla como garantía institucional"*[23].

El autor citado critica la posición asumida sobre tan trascendente tópico por la Sala Constitucional del TSJ, ya que contra la más clara e inequívoca interpretación literal, concordante, teleológica y progresiva del Artículo 112 constitucional: *"La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde uno de sus primeros pronunciamientos sobre la materia, ha atribuido sin embargo a la libertad económica la naturaleza de "garantía institucional". Para la Sala la libertad económica es una "garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos"...La categoría de la garantía institucional nace en la doctrina germánica*

23 Casal, Jesús María (2005) Libertad Económica y Derechos Fundamentales. En VII Jornadas Internacionales, Opus cit, p, Tomo I, p 68.

como un concepto contrapuesto al de derecho fundamental, cuya peculiaridad estribaría en que no comprende propiamente un derecho de libertad que deba ser protegido en sus diversas manifestaciones por el Estado. Su contenido radicaría más bien en hacer imposible la entera supresión por vía legislativa de la facultad o instituto asegurado constitucionalmente"[24] .

Casal cita como exponente de esa tesis al jurista emblemático del régimen nacional socialista alemán, Karl Schmitt, cuyas palabras sobre el particular son elocuentes: *"La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada al servicio de ciertas tareas y ciertos fines"*[25].

Esa postura se corresponde con el estatismo inherente a la ideología del nacional socialismo o la deificación del Estado del Fhürer al servicio de la "raza pura", una concepción totalitaria del poder estatal. Schmitt niega la posibilidad de una esfera de libertad oponible al Estado por cuanto el nacionalsocialismo parte de un severo cuestionamiento a la democracia parlamentaria (República del Weimar) y a la idea de unas libertades anteriores y superiores al Estado inherentes a la persona humana (la crítica al liberalismo). Para él como para Hitler el Estado, expresión del espíritu o alma colectiva del pueblo alemán, lo es todo, fuera del Estado nada. Es lo que explica su discurso: *"La garantía institucional es, por su esencia limitada.* ***Existe solo dentro del Estado***" (negritas nuestras). Llama la atención la influencia del pensamiento de ese jurista entre los magistrados de la Sala Constitucional del TSJ.

En fin, compartimos el criterio de JM Casal acerca del carácter de derecho constitucional fundamental de la libertad económica *"…por lo que el ordenamiento jurídico ha de asegurar, tanto como sea posible, el pleno despliegue de esa libertad, lo cual implica que su significación va más allá de la prohibición de su entera supresión. Además, la prohibición de que sea abolida la libertad económica y, con ello, alterado el sistema económico esbozado en la Constitución ya está asegurada a través de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales o constitucionales, que según la doctrina más autorizada posee un carácter subjetivo como objetivo, lo cual hace superflua la invocación a esos efectos de la categoría de la garantía institucional"*[26].

Esa misma posición es asumida por José Ignacio Hernández:

> *"... se admite que la libertad económica, consagrada en el artículo 112 de la Constitución, es un derecho fundamental (o un derecho constitucional, puesto que ambos términos, en Venezuela, tienen igual significado). Asunto del todo dis-*

24 IBIDEM, p 70
25 IBIDEM, p 70
26 IBIDEM, p 71.

tinto es que, en la práctica, la concepción de la libertad económica como derecho fundamental no haya tenido las consecuencias jurídicas propias de esa calificación, debido a la prolongada vigencia del régimen de excepción de tal derecho…"[27]

Ese derecho de las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia comprende la libertad de empresa en su sentido económico "estricto" clásico (libertad de industria y comercio), mas no se agota en ella, ya que incluye también a la libertad de trabajo, profesión, arte y oficio.

Una de las formas o modalidades para concretar el derecho de todas las personas a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia es, precisamente, por medio de la creación y organización de empresas y corporaciones en general. **La empresa es el instrumento, no la finalidad. Ésta se refiere a la creación de riquezas, a la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios**. La persona puede hacerlo sola, sin asociarse, como es el caso del profesional liberal, del artista, del que realiza un oficio técnico independiente. Puede hacerlo también por instrumento de una empresa en condición de accionista, o trabajador en sus diversas variantes: ejecutivo (gerente), empleado administrativo, obrero, etcétera.

Obsérvese, por otra parte, como en el Artículo, antes trascrito, se le establece al Estado el deber de promover la "iniciativa privada", lo que indica que no sólo debe respetar y garantizar el derecho de las personas a realizar la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución o en la ley por las razones de estricto interés general, sino que, además, ha de promover, fomentar, incentivar mediante políticas públicas la iniciativa individual y societaria en el ámbito económico para la producción de bienes y servicios, es decir, el Estado tiene la obligación constitucional de utilizar sus potestades (entre tales las financieras y fiscales) con la finalidad de fortalecer el sector productivo privado (sociedad civil) y, de esa manera, el crecimiento empresarial del país como alternativa para propiciar la diversidad de las fuentes de creación de riqueza, de la producción de bienes y servicios.

Es, además, una estrategia de política democrática, puesto que la promoción de la iniciativa privada tiene también como objetivo independizar a la sociedad civil de sus tradicionales nexos de dependencia con el Estado, que derivan tanto del ancestral culto al poder (el autoritarismo caudillista y militarista) como de la debilidad real de la sociedad venezolana frente al poderío económico del Estado petrolero. Los sucesivos gobiernos del ensayo democrático de la llamada IV República (1958-98) incurrieron en el gravísimo error de las prácticas populistas y clientelares. En lugar de aplicar políticas que hubiesen fomentado el fortalecimiento de la iniciativa privada y, por tanto, la generación de un

27 Hernández, José Ignacio, opus cit. p 179.

proceso de desarrollo desde el seno de la sociedad, aplicaron las fórmulas del capitalismo de Estado, creando un hipertrofiado Estado-empresario que, salvo el caso de la industria petrolera, fue un rotundo fracaso económico y social, además de aumentar el grado de dependencia del individuo y la sociedad respecto del Poder mediante la nefasta estrategia de la distribución, reparto y entrega, sin contrapartida, de bienes y recursos públicos creándose, así, el espejismo del país rico y del "derecho" de todos a recibir una parte del botín (sociedad pirata).

Ramón Guillermo Aveledo en su obra, antes citada, se refiere a la dependencia del empresariado del Estado, algo inherente al modelo rentista:

> *"El empresariado nacional realiza su labor con mucha dependencia del Estado cuyas políticas, medidas y recursos, serán siempre un condicionante de mucho peso. La necesidad de influir en las decisiones gubernamentales en un ambiente como el venezolano no llevaría al lobby norteamericano. El nuestro ha sido siempre más un país de quién que uno de qué. Buscar un conocido entre los decidores o tratar de conocer a alguno avanzó hacia tratar de poner conocidos en los puestos claves. Para eso se procuró la influencia, primero por las relaciones sociales, luego por las políticas y, como debía suceder tarde o temprano, por las económicas, traducidas en contribuciones o, más profundamente en sociedades. El fenómeno se acentuaría con el auge de los ingresos petroleros de los años setenta, cuyo descomunal salto cambió, también, la faz de la economía privada venezolana. De las rivalidades surgidas entre los grupos empresariales anteriores y posteriores a ese auge saldrían consecuencias indeseables de muy negativo impacto en el sistema y que son asimismo un subproducto del rentismo prevaleciente"*[28].

El actual régimen político y de gobierno en estos últimos diez años no ha hecho otra cosa que llevar hasta el paroxismo esa perversa concepción del Poder, no obstante la loable norma constitucional objeto de estos comentarios. Seguimos siendo una sociedad básicamente rentista que depende de los ingresos provenientes del petróleo, altamente vulnerable dada las fluctuaciones del precio del barril de petróleo en el mercado internacional. El actual régimen político y de gobierno, como antes advertimos, lejos de ejecutar el mandato constitucional contenido en el mencionado Artículo 112, ha promovido el cierre y la quiebra de empresas con sus políticas inconstitucionales e inconvenientes de control de precios, control de divisas, inamovilidad laboral, inseguridad jurídica, etcétera.

Tal hecho es fácil de constatar en la realidad, pues desde 1999 el universo empresarial del país se ha reducido en más del 40%. En lugar de crearse nuevas empresas, de las

28 Opus cit, p 142.

12.400 que aproximadamente existían para esa fecha, en su mayoría medianas y pequeñas, hoy (2009) quedan aproximadamente unas 6.000.

Sobre ese particular comenta José Ignacio Hernández:

> *"El Gobierno iniciado en 1999 impulsó la libre iniciativa privada en actividades económicas tradicionalmente sometidas a una intensa intervención del Estado. En concreto se inició el proceso de liberalización... de los sectores de la electricidad (1999), hidrocarburos gaseosos (1999) y telecomunicaciones (2000)...Debemos destacar, sin embargo, que las medidas adoptadas desde 1999 no responden a una política global de liberalización ni a la intención de reestructurar el régimen jurídico de la libertad económica. Muy por el contrario, se trata de reformas aisladas y puntuales que, incluso promoviendo la liberalización de los mercados de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones, contradicen la tendencia general de intervención y restricción de la libertad económica. Ello quedó patente en el conjunto de medidas que, con rango y fuerza de ley, fueron dictadas por el Ejecutivo en noviembre de 2001, y en virtud de las cuales se ordenaron diversos sectores económicos, no sobre la base de la liberalización, sino del reforzamiento de las técnicas de intervención de la Administración sobre la libertad económica, marginando la autonomía de la iniciativa privada"*[29].

C. La libre competencia, fundamento de la operatividad de la economía de mercado

La libertad de actividad económica que, como ya señalamos, comprende la libertad de empresa, supone o presupone insoslayablemente la existencia de mercados, y en consecuencia, **la libre competencia o la libertad para competir en condiciones de igualdad. Sin libre competencia es inocua la libertad de empresa.** Tal derecho es reconocido indirectamente en el Artículo 113 de la Constitución:

> *"No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad también es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o ellas, una empresa o conjunto*

29 opus cit

> *de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes y servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección de público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía*".

Asimismo, el Artículo 299 constitucional que define el modelo de régimen económico de la República menciona a la "libre competencia" como uno de los principios en los que se fundamenta dicho modelo. De acuerdo con el Artículo 3 de la Ley Pro-Competencia, se entiende por libre competencia "*…aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, disponga de completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio*".

La interpretación del concepto de libre competencia es inseparable del denominado **derecho de acceso al mercado** o el derecho de cualquier particular, persona natural o jurídica (empresa), en ejercicio del derecho constitucional a la libre iniciativa empresarial, de acceder a cualquier mercado en condición de oferente para la producción de bienes (industria, sector agropecuario, etcétera), la comercialización de esos bienes y la prestación de servicios. Se exceptúan de ese derecho las actividades reservadas al Estado (Artículo 302 CN).

La norma constitucional le establece al Estado la función de garantizar la libre competencia por instrumento de la adopción de las medidas "*que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas*" (Artículo 113). La Ley de Protección de la Libre Competencia establece el conjunto de medidas estatales que tiene por finalidad, conforme a lo previsto en el dispositivo constitucional en referencia "*...la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía*". Corresponde a la Superintendencia Para la Protección de la Libre Competencia adoptar esas medidas de acuerdo a lo pautado en la mencionada Ley.

Por tanto, la Constitución se aparta del concepto de mercado liberal y neoliberal que postula la no intervención o abstención del Estado en la esfera del Mercado, regulado supuestamente por la ley "natural" de la oferta y la demanda, o autorregulación espontánea. Precisamente, el modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado implica el reconocimiento de la realidad de las relaciones económicas o relaciones de producción en la terminología marxista.

El Mercado no es un espacio neutro o aséptico, es una esfera de relaciones de intercambio caracterizada por la lucha por el poder y el afán predominio. El Estado debe intervenir para garantizar las condiciones que permitan la libre competencia, controlando y sancionando las prácticas de poderío económico que restringen y niegan la igualdad material y no sólo formal de los diferentes actores que conforman el Mercado. No es controlando administrativamente precios como el Estado debería, de acuerdo con la Constitución, garantizar el derecho de todas las personas (consumidores y usuarios) a disponer de bienes y servicios de calidad (Artículo 117 CN), sino impidiendo los monopolios, el abuso de la posición de dominio y las demandas concentradas y sancionando severamente las prácticas especulativas, el acaparamiento de productos en épocas de escasez y la cartelización. (Artículo 114 CN).

A ese fin, la Ley Pro-Competencia prohíbe las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia: la obstaculización de entrada a terceros en el mercado (Artículo 6), la incitación a terceros a la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia (Artículo 7), la manipulación de los factores de la producción (Artículo 8), los acuerdos entre miembros de entes colectivos (Art. 9), los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas por medio de las cuales se restrinja, falsee o limite la libre competencia (Artículo 10), las fusiones o concentraciones económicas (Artículo 11), la fijación de precios de reventa a terceros (Artículo 12), el abuso de la posición de dominio (Artículo 13), la competencia desleal (Artículo 17).

En palabras del reconocido especialista en la materia Luis A Ortiz Álvarez:

> *"Y es que, tal y como autorizada doctrina extranjera coincide en afirmar, el carácter de las normas sobre competencia es de freno, limitativo de posibles descontroles y al mismo tiempo orientativo, siendo normal que la postura de la Superintendencia Pro-Competencia necesariamente supone la potestad de restablecer a posteriori el orden en el mercado cuando se hayan producido efectos perjudiciales como consecuencia de la ejecución de conductas o prácticas prohibidas –lo que obviamente supone un desorden en ese mercado-, además de las facultades de control a priori en cuyo caso la Superintendencia debe estar atenta, vigilante, a los efectos de detectar cualquier desajuste o desorden. Bajo estos supuestos, el mencionado Organismo, en principio, está plenamente autorizado para reajustar –ordenar- el mercado, para lo cual, como veremos, se la han asignado –legalmente –amplias facultades para imponer condiciones y obligaciones a aquellos agentes económicos infractores del sistema normativo contenido en la Ley Pro-Competencia. Este debe ser –y es- el sentido y alcance de los ordenamientos jurídicos –como el nuestro- destinados a regular el comportamiento de las empresas*

> *en los mercados de libre competencia; restarle importancia y margen de actuación a los encargados de administrar y ejecutar las reglas pro-competencia, sería a todas luces contrario al desenvolvimiento mismo de las relaciones jurídicas presentes en un libre mercado amén de ser contrario a la Constitución. De acuerdo a lo expuesto, la Ley Pro-Competencia representa un herramienta efectiva para preservar el ejercicio del derecho a la libertad económica, y a los efectos de concretizar esa normativa la Superintendencia Pro-Competencia tiene el poder-deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para evitar que las empresas actúen de tal manera que generen efectos negativos o indeseados sobre el mercado para sus propios beneficios, perjudicando el equilibrio del sistema económico nacional y al conjunto de los administrados"*[30]

En una palabra, la Constitución define la naturaleza de la intervención estatal: vigilancia, control y sanción de las prácticas económicas ilícitas que desnaturalizan la libre competencia y el funcionamiento equilibrado del mercado. Pero no autoriza al Estado a imponer controles que reducen y asfixian al Mercado, no lo autoriza a sustituir los mecanismos inherentes a la dinámica del Mercado, en particular la sana competencia que se alimenta de la dialéctica entre la oferta y la demanda de bienes y servicios, por su voluntad discrecional y avasallante.

Al final, así lo demuestra la experiencia, el control de precios, tasas y divisas conduce irremediablemente a la aparición de mercados negros, a la especulación, el acaparamiento y la usura, a la escasez de bienes, a la desincentivación de las inversiones, la quiebra y cierre de empresas, el desempleo, el aumento de la pobreza y la miseria. Con razón a los regímenes de gobiernos populistas y socialistas marxistas se les califica como "fabricantes de miseria".

D. La libertad de contratación, fundamento de las relaciones jurídico-económicas entre los actores que conforman el mercado

Esta libertad no está expresamente consagrada en la Constitución, pero deriva del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (Artículo 20), del derecho-libertad de asociación (Artículo 52), del derecho-libertad a dedicarse a la actividad económica de su preferencia (Artículo 112), y del derecho de propiedad (Artículo 115). Además, podría ser considerado como un derecho-libertad inherente a la persona humana, y por ende, susceptible de ser tutelado por los tribunales competentes por instrumento de la acción de amparo, puesto que "*Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales*

30 Opus cit, p. 22

en el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos" (Artículo 27 CN).

Esa libertad se concreta en el derecho que tiene toda persona, natural o jurídica (empresa), con plena capacidad de obrar en el mundo del Derecho, a celebrar acuerdos, convenios o contratos, expresión de la libertad-autonomía, en particular de la "autonomía de la voluntad". Tal libertad, como cualquier otra, no es absoluta. La ley establece materias objeto de prohibición de contratación como, por ejemplo, la venta entre cónyuges de bienes que pertenezcan a la comunidad conyugal. En general no pueden ser relajadas por las partes, por medio de convenios, aquellas materias calificadas de orden público por ley. Aparte de las expresas excepciones legales, el dominio de lo contratable es prácticamente ilimitado. De lo contrario, el mercado no podría funcionar, pues su operatividad se apoya en el "contrato" como instrumento de gestión de negocios.

De acuerdo con lo señalado por el Artículo 1133 del Código Civil (CC), el contrato es una *"convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico"*. Por consistir en un acto realizado de manera libre y voluntaria (la violencia física y psíquica ejercida sobre una persona para doblegar su voluntad y constreñirlo a la firma de un contrato, es causal de nulidad del mismo), *"Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley*" (Artículo 1159 CC).

Tal es el complejo y variadísimo universo del Derecho y la praxis contractual, factor dinamizador no sólo de la economía de mercado sino, también, de las sociedades modernas democráticas y abiertas. Prescindir de la libertad contractual equivale al inmovilismo y el estancamiento social. El Derecho Contractual es, por otra parte, la manifestación por excelencia del derecho de las personas a crear Derecho, valga la redundancia. Por ser ley entre las partes, el contrato se mueve en ese dominio de la libertad autonomía, en un espacio donde el Estado no debe intervenir, a excepción de aquellos contratos de carácter especial, como por ejemplo el contrato de trabajo (dada la consideración de una de las partes, el trabajador, como débil económico-social, o débil jurídico respecto del empleador o patrono).

El contrato media, y otorga seguridad, certeza jurídica, a las relaciones económicas que conforman la dinámica del mercado. Contratos de obra, de arrendamiento, de permuta, de trabajo, de sociedad, de seguro, de préstamo o crédito, de compraventa, etcétera. Este último es el más trascendente instrumento de negociación en el mercado de bienes y servicios. Piénsese en las múltiples transacciones que a diario se producen en los diferentes mercados nacionales, internacionales, comunitarios, y en el global o anacional (los contratos electrónicos). El comercio es impensable sin la figura del contrato de compraventa. La economía moderna, centrada en el valor de cambio de los bienes,

requiere insoslayablemente del empleo de ese medio jurídico articulado, precisamente, a esa función económica. Se produce para comercializar y vender.

De allí surgen las relaciones entre productor, distribuidor, comercializador, y consumidor final, el circuito permanente de la economía. A diario realizamos "contratos instantáneos" en nuestra vida económica y social. Adquirimos víveres, pagamos la tarifa de un transporte público o privado, o de un estacionamiento, pagamos el alquiler de un inmueble, los servicios de agua potable, electricidad y telefonía, los intereses de un crédito, la entrada a un cine, los honorarios de un médico, etcétera. Por ello puede decirse que en la medida en que se desarrolla la Economía de Mercado, en esa misma medida se extiende e intensifica la vida contractual, el Derecho Contractual. Por el contrario, cuando se reduce y hasta desaparece ese modelo de economía, el Derecho Contractual es suplantado por la imposición unilateral y autoritaria del Estado bajo la forma de ley, reglamento y decisión administrativa. En las economías estatizadas no hay cabida para la vida contractual, ya que no la hay para las libertades económicas en que se fundamenta la economía de mercado.

E. La propiedad privada sobre los medios de producción, fundamento de la libre empresa, del sector privado o no estatal de la economía y de la economía de mercado

Todos los derechos-libertades anteriores carecerían de significación sin el reconocimiento, respeto y garantía del derecho de propiedad sobre los medios de producción. El dato o hecho trascendente que diferencia a los modelos de Economía de Mercado del modelo de Economía Estatizada, es la vigencia efectiva del mencionado derecho.

Ya hemos señalado que la Economía de Mercado sólo es posible en una sociedad nacional en la que tal derecho opere como principio de organización de las relaciones de producción, pues en el contexto de las sociedades en las que los medios de producción han sido socializados, colectivizados o estatizados, es decir, en los sistemas socialistas marxistas (la ex Unión Soviética, Cuba, Corea del Norte, ¿Venezuela?), el Mercado es totalmente suplantado por la voluntad del Estado.

La "Economía Socialista" es una economía absolutamente regulada "desde arriba" por los burócratas del régimen. Los "rígidos" planes estatales sustituyen a la iniciativa privada, y las decisiones gubernamentales a los mecanismos del Mercado. El Estado controla la inversión, la producción, la distribución, la comercialización y el consumo de los bienes y servicios. En una palabra, se liquidan las libertades económicas. Según la teoría marxista, la fuente de las injusticias y desigualdades sociales es el modo de producción capitalista. Por tanto, la causa de la "explotación del hombre por el hombre", de la lucha de clases y de la alienación humana es la propiedad privada sobre los medios de producción.

De allí el postulado dogmático de la socialización de esos medios, pues al estar éstos en poder de la sociedad (los trabajadores), por intermedio del Estado "revolucionario", las injusticias desaparecerán progresivamente en la etapa de la "dictadura del proletariado" hasta llegar a la sociedad perfecta, la sociedad comunista, el paraíso terrenal o la edad de oro final de la humanidad, el fin de la historia. Sin embargo, las experiencias concretas del llamado "socialismo real" demuestran que la aplicación de esa teoría lleva irremediablemente al totalitarismo estatal, a la absoluta negación de las libertades públicas y privadas, a la catástrofe económica, la penuria y la miseria social e individual.

Pues bien, la vigente Constitución (1999), siguiendo una tradición constitucional en la materia iniciada con la primera Constitución que tuvo la República (1811) reconoce y garantiza, al menos en el plano formal, el derecho de propiedad privada sobre los medios de producción. Esa declaración constitucional, como en la mayoría de las constituciones de las sociedades nacionales donde rigen los principios de la economía de mercado, no hace diferencia entre los bienes de producción y los de uso y consumo.

Dice al respecto el artículo 115 constitucional:

> *"Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés social. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firma y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes".*

Complementa esa declaración la garantía a la propiedad intelectual-vinculada obviamente con los bienes de producción- a que se refiere el Artículo 99 de la Constitución:

> *"El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezca la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia".*

En el contexto de estas notas sólo nos interesa el tópico de los bienes de producción, puesto que el sistema socialista marxista es compatible con el reconocimiento de la propiedad privada o personal sobre determinados bienes de uso y consumo (libros, los que el régimen no haya censurado, un vehículo, una vivienda con las limitaciones típicas de esos regímenes, el mobiliario personal, electrodomésticos, la vestimenta, los alimentos dentro de las cuotas impuestas por el régimen, etcétera.). Es obvio que si la totalidad de

esos medios son de propiedad estatal resulta imposible la existencia de cualquier modalidad de Economía de Mercado. Si los individuos y empresas carecen del derecho a utilizar y disponer de los medios o recursos que se requieren para producir y ofrecer bienes y servicios al Mercado, pura y simplemente no hay Mercado, como tampoco empresa privada.

Es inconcebible una empresa sin capital, infraestructura física y tecnologías de su propiedad. Como tampoco se concibe la Economía de Mercado si los trabajadores no tienen el derecho de ofrecer (vender) sus servicios en el mercado laboral. La propiedad privada en general, incluyendo la de los medios de producción, es garantizada constitucionalmente por medio de la prohibición general de la confiscación:

> *"No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes"* (Artículo 116 CN).

En efecto, la confiscación es la ocupación, posesión y apropiación de bienes de propiedad privada utilizando las vías de hecho o fuerza material del Estado, sin que medie, por tanto, el pago del justiprecio del bien, es decir, se trata, pura y simplemente, de una grosera violación al derecho de propiedad. El Estado de Derecho postula que sólo por causa de utilidad pública o interés social, siempre que lo autorice una sentencia firme de un tribunal (cuando no es posible el arreglo amigable entre el Estado y el particular) y previo pago oportuno de justa indemnización, podrá el Estado disponer de bienes de propiedad privada, vale decir, expropiar esos bienes.

En ese sentido, la expropiación es la única figura que constitucionalmente legitima el desplazamiento de la posesión y titularidad privada de determinados bienes a la posesión y la titularidad públicas. En los casos en los que tal desplazamiento se realice sin llenar las exigencias constitucionales señaladas, y que se reglamentan en la ley de la materia (Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social) se incurre en confiscación.

Como antes se vio, la confiscación únicamente procede, con carácter excepcional, cuando los bienes en poder de un individuo o de una empresa no tienen origen legítimo, esto es, la causa de su posesión o titularidad es ilegítima: el delito. El delito o hecho punible (contrario a la ley) jamás puede ser título válido de propiedad. De allí lo establecido en el Artículo 116 constitucional. Sobre este trascendente tema para la vigencia del

modelo de Economía Social y Ambiental de Mercado, el Estado democrático y social de Derecho y de justicia, y la seguridad jurídica como valor instrumental, garantía básica para la existencia y pacífico ejercicio del derecho de propiedad, el brillante jurista Román J. Duque Corredor expresa:

> *"…legal y constitucionalmente, las privaciones de la propiedad en favor del Estado venezolano sólo pueden calificarse de expropiaciones cuando cumplen con los requisitos que las hacen legítimas, no sólo porque exista una verdadera utilidad pública que justifique que indispensablemente se ha de privar de su propiedad a un propietario, sino que además se siga el debido procedimiento de la gestión de un arreglo amigable previo o el juicio expropiatorio, de no alcanzarse este arreglo; y que la privación de la propiedad la acuerde en forma definitiva un juez, mediante sentencia firme y pago de la justa indemnización que compense la pérdida del derecho de propiedad. La privación de la propiedad a quienes la poseen como propietarios, aun cuando sea cierta la utilidad pública, pero sin cumplir con estas garantías procedimentales y patrimoniales para ocupar bienes particulares, no puede calificarse de expropiación lícita o legítima sino de expropiación arbitraria o de hecho; y si tampoco se reconoce el derecho de los propietarios a recibir una justa indemnización por el valor de los bienes ocupados y por los daños y perjuicios causados por las ocupaciones, esto constituye, ni más ni menos, una confiscación, lo que implica la violación de las garantías constitucionales del derecho de propiedad"*[31]

Por su parte, Eduardo Meier García subraya el carácter supraestatal de ese derecho en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del que "formalmente" forma parte la República Bolivariana de Venezuela:

> *"El artículo 21 de la CADH reconoce el derecho a la propiedad privada, desde su perspectiva individual, como un verdadero status libertatis de toda persona humana al uso y goce de sus bienes, lo que determina una garantía de no intromisión ilegítima e irracional del Estado, pero también la obligación de impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho (efecto reflejo de los DDHH)…Si bien el Sistema Interamericano admite que la propiedad sea sometida a restricciones legitimas siempre que se cumplan las condiciones convencionales, como elementos ligados a la prohibición de la arbitrariedad, cuando el Estado priva de un bien a un sujeto en contravención o en ausencia de ley, obvia el pago*

31 Opus cit, p. 197.

de la justa indemnización, irrespeta las formalidades legales (sustanciales y procedimentales) establecidas en el orden interno, incluyendo el debido proceso legal, o ejecuta actos subrepticios e indirectos, distintos a una expropiación formal, pero que comprometen el patrimonio de su titular, se considerarán ilegales y sin efecto alguno sus consecuencias jurídicas; lo que constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos en la CADH, bien por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de quienes actúen con su aquiescencia"[32]

32 Meier-García, Eduardo (2006). El Derecho de Propiedad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Lo Mío, Lo Tuyo, Lo Nuestro, opus cit, pp., 39, 40 y 51.

Segunda Parte
As Infraestruturas Públicas

Las Tarifas en la Explotación de Infraestructuras Públicas

*J.L. Villar Ezcurra**

1. La delimitación de las infraestructuras públicas; 2. Las infraestructuras y el concepto de red: una precisión necesaria; 3. Clasificación de las infraestructuras: la dispersión de un concepto polisémico; A) Infraestructuras públicas e infraestructuras privadas de interés público; B) Infraestructuras de interés general; 4. La necesaria diferenciación de fases y de conceptos; A) Las fases; B) El contenido heterogéneo de los contratos de "concesión de obra"; a) Unificación del régimen jurídico; b) Diferenciación de las fases de ejecución de la infraestructura y de explotación de la misma; c) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico; d) La naturaleza de las tarifas; e) La financiación del concesionario; 5. Connotaciones específicas de los contratos de concesión de obras: la acumulación de riesgos; 6. El equivalente económico; A) Los principios generales de la contratación administrativa actual; B) Sentido del riesgo y ventura; C) El equilibrio financiero del contrato; i) Planteamiento general: el contrapunto de la "potestas variandi"; ii) El "factum principis"; iii) El riesgo imprevisible; iv) El principio de remuneración suficiente; 7. El equilibrio financiero en los contratos de concesión de obra; A) La necesidad de un equilibrio económico inicial; B) El equilibrio económico durante la explotación de las obras: hacia un reparto del riesgo y ventura.

1. La delimitación de las infraestructuras públicas

Hasta fechas muy recientes, la expresión utilizada por la doctrina y la legislación era la de **obra pública** cuya génesis histórica ha sido objeto de numerosos estudios.[1] En fechas muy recientes (que, probablemente, quepa localizar en la década de los años noventa del pasado siglo) comienza a sustituirse la expresión tradicional por la de **infraestructura** sin que se sepa, a ciencia cierta, el por qué de este cambio semántico. Según el Diccionario de la Real Academia, la voz infraestructura tiene como acepción admitida la de "*conjunto de **elementos o servicios** que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera.*" Evidentemente, lo primero que llama la atención es que no es referible, exclusivamente, a una construcción artificial que era el significado más relevante de la expresión **obra pública.** Lo que diferencia el viejo concepto de obra pública del más moderno de infraestructura es la posibilidad de que en este último se integren elementos no tangibles (servicios) y, sobre todo, su contenido finalista en el sentido de que engloba todo lo indispensable para que funcione una organización. De esta forma se admite que

* *Profesor Titular de la universidad Complutense de Madrid.*

1 Entre las más recientes publicaciones cabe citar a F.J. JIMENEZ DE CISNEROS ("Obras Públicas e iniciativa privada") Ed. Montecorvo, Madrid 1998; A. M. GONZALEZ SANFIEL ("Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público") Ed Monecorvo, Madird 2000 y la extensa bibliografía citada en estos trabajos.

formen parte de las infraestructuras elementos materiales e inmateriales (que, por cierto son una parte muy importante de las infraestructuras de telecomunicaciones) haciendo patente que se trata de una ampliación de la expresión tradicional de obra pública.

No es de extrañar que la primera regulación que incorpora abiertamente la expresión de infraestructura sea la de telecomunicaciones por la sencilla razón de que el concepto tradicional de obra pública no engloba todo lo que sirve de soporte a esta actividad (las ondas hertizianas o los programas informáticos nada tienen que ver con las construcciones). La primera conclusión es, por tanto, que la expresión "*infraestructura*" denota algo más que la construcción tangible y por ello es especialmente idónea para los sectores de actividades muy tecnificadas.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, sigue arrastrándose en la actualidad, buena parte de los viejos modos de construcción y explotación de las obras públicas formado una especie de "*amalgama*" en la que no resulta nada claro lo que, en realidad es la construcción de una obra, la gestión de un servicio público ligado a la misma o, finalmente, lo que se refiere, pura y simplemente, la explotación de una obra pública. De ahí que resulte necesaria una aclaración previa de conceptos como presupuesto necesario para abordar el régimen de las tarifas en las infraestructuras públicas.

2. Las infraestructuras y el concepto de red: una precisión necesaria

Si una de las características de las infraestructuras consiste en que admiten elementos inmateriales (y, en eso, implican una ampliación del concepto de obra pública) la segunda hace referencia a su vinculación a una **organización** y, con ello, se quiere hacer alusión a una peculiaridad que no comparte con toda obra pública. Se trata de que toda infraestructura es configurable como una **red** o parte de la misma, lo cual introduce un nuevo elemento en la definición. Un elemento que ha sido definido como "*la ordenación de las infraestructuras de una determinada manera, caracterizándose, precisamente, por la organización, esto es por la forma en que procede enlazar los distintos puntos de la red al servicio de una finalidad concreta.*" [2]

La idea de **red** deviene, así, algo consustancial al concepto de infraestructura de la misma forma en que lo era el de construcción al de obra pública. Y ello, hasta tal punto, que la expresión al uso "*infraestructuras de red*" deviene redundante. Todas las infraestructuras son **redes** o se encuentran conectadas a una **red** que, a su vez, puede ser continua o discontinua y física o virtual, dando lugar, entre otras, a las siguientes modalidades:

2 Cfr, G. ARIÑO, DE LA CUÉTARA y AGUILERA (" Las telecomunicaciones por cable") Ed. Marcial Pons. Madrid 1996, pg 26

a) **Redes continuas:** que son todas aquéllas que, sus elementos, se encuentran conectados en uno o varios puntos. En este tipo serían encuadrables las redes de carreteras (y todos sus elementos, como túneles, puentes, variantes, etc.), de ferrocarriles (incluidas las estaciones, las cocheras, los talleres etc), las obras hidráulicas (en relación con las corrientes naturales de una misma cuenca). A su vez, estas redes pueden ser continuas en relación con ámbitos territoriales diferentes: internacional, estatal, comunitario o local (como sucede con la red viaria que constituye el entramado de las calles o con las líneas del metropolitano). En estas clases de infraestructuras la peculiaridad radica en que existen elementos principales (que dan continuidad a la red) y accesorios (que facilitan la operatividad de la red).
b) **Redes discontinuas:** son aquéllas en las que no existe una continuidad física entre los elementos que la integran pero sí una interconexión a nivel de flujos de tráfico o de usuarios. En este tipo de redes serían encuadrables los puertos y los aeropuertos porque a pesar de encontrarse físicamente separados es indudable que funcionan como un conjunto a efectos de las operaciones que realizan.
c) **Redes intercambiables:** son aquéllas que perteneciendo a distintos tipos de infraestructuras tienen una demanda de uso intercambiable, como sucede con las redes de transporte (por carretera, aéreo, por ferrocarril y marítimo). La relevancia de esta distinción se encuentra en la política tarifaria y en la competencia entre diferentes infraestructuras.
d) **Redes únicas:** son aquéllas que no permiten duplicación, por motivos técnicos o comerciales, y conducen a problemas similares a los que presenta el denominado monopolio natural. Este es el caso típico de las redes de ferrocarriles, de energía eléctrica o de abastecimiento de agua, en donde sólo es concebible (por motivos económicos y medioambientales) la existencia de un trazado y no caben "*líneas duplicadas*". Debido a ello, el titular o titulares de los tramos deberán garantizar el "*libre acceso*" a terceros para la prestación del servicio, lo cual conduce a una solución muy similar a la adoptada en todos los sectores **regulados.**[3] En algunos casos, como en el abastecimiento de agua a poblaciones, el gestor de la red actúa en régimen de monopolio porque no ha tenido lugar todavía (aunque no es impensable que algún día suceda) la *escisión* entre lo que, propiamente, es la explotación de la infraestructura (con la obligación de "*open acces*") y lo que constituye la gestión de un servicio público de suministro, que utiliza esta infraestructura como soporte.

3 De hecho, en el transporte por ferrocarril es apreciable el tránsito hacia un servicio en régimen de competencia ya que está previsto que las líneas sean gestionadas por el GIF que, a su vez, arrendará su utilización

De todas formas, lo relevante es la vinculación entre los conceptos de infraestructura y de red ya que aquél no es concebible sin éste (aunque la relación inversa no sea cierta, puesto que existen redes al margen del concepto de infraestructura) hasta el punto de que toda aquella obra pública no susceptible de ser concebida como red o parte de la misma no debe ser considerada como infraestructura. Así, una estatua, un jardín público o un polideportivo municipal son obras públicas pero no son encuadrables en el concepto de red y, por ello, no deben ser consideradas como infraestructuras. En todos estos casos (y otros análogos, como las escuelas, museos, hospitales y, en general, los edificios destinados a dependencias oficiales) se trata de obras públicas encuadrables en el concepto de **equipamiento** o **dotación pública**, que son expresiones acuñadas por la legislación urbanística. Estos equipamientos o dotaciones son siempre **obras públicas puntuales**, ajenas a toda la problemática de interconexión que plantean las redes, y deben ser excluidas del concepto moderno de infraestructura porque tienen otro tratamiento.[4]

De lo expuesto resulta que los conceptos de obra pública e infraestructura no son coincidentes ya que:

- Se admiten como infraestructuras elementos o instalaciones, a veces, inmateriales (lo cual es, especialmente, constatable en las infraestructuras de telecomunicaciones). Bajo esta perspectiva el concepto de infraestructura abarca más supuestos que el clásico de obra pública y, por tanto, es más amplio que éste.
- Y viceversa; no se consideran infraestructuras las obras públicas no susceptibles de constituir una red o ser elementos de una red (las cuales se encuadran en los conceptos de **equipamiento o dotación pública**). Bajo esta perspectiva, el concepto de infraestructura es más restrictivo que el de obra pública.

3. Clasificación de las infraestructuras: la dispersión de un concepto polisémico

Como todas las clasificaciones, las que aquí se recogen tienen como finalidad ofrecer una visión mas completa del concepto genérico de infraestructuras, admitiendo, ya de entrada, que cabria hacer otras muchas tomando otros puntos de referencia. Sin embargo, existen dos que, por motivos sistemáticos, es preciso tener en cuenta porque conducen a una sustancial diferencia de régimen jurídico.[5]

4 De hecho, la futura Ley sobre financiación y gestión privada de infraestructuras delimita estos dos conceptos y, otro tanto, sucede con los Planes o Programas de Infraestructuras (como pueda ser el aprobado para el período 2000-2007) a los que, más adelante, se hará referencia.

5 Esta clasificación ya ha sido expuesta por el autor en la publicación colectiva "Nuevo Derecho de las Infraestructuras" ("Las Infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos") Ed. Montecorvo. Madrid 2001, pgs 86 y sigs

A) Infraestructuras públicas e infraestructuras privadas de interés público

La primera perspectiva a tomar en consideración, alude a la titularidad de las infraestructuras, sobre lo cual es necesario realizar algunas precisiones. Y es que existen dos grandes grupos en el primero de los cuales se incluirían, por razones de prioridad histórica, las infraestructuras de titularidad pública y, en el segundo, aquéllas otras en mano privada pero que tienen un componente claro de interés público. La consecuencia fundamental de esta doble titularidad consiste en que las primeras siguen siendo consideradas como bienes demaniales mientras que las segundas son bienes patrimoniales de titularidad privada, afectos al uso público. Al no existir un criterio caro para deslindar estas últimas de las infraestructuras puramente privadas (INTERNET sería un claro ejemplo de infraestructura privada –de hecho no pertenece a nadie- de red virtual) la delimitación de lo que encierra esta grupo se hace, incluyendo en el mismo, las actividades que han pasado del servicio público clásico a ser actividades **reguladas** (por eliminación de la **publicatio**). Tales actividades e infraestructuras son las siguientes:

- Las telecomunicaciones y sus soportes físicos o tecnológicos que se regulan en la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril).
- La energía eléctrica y las infraestructuras ligadas a este sector (regulado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre).
- El gas y los hidrocarburos con todas las infraestructuras de gaseoductos y oleoductos (cuya regulación se encuentra en la Ley 34/1998, de 7 de octubre).

Como dato relevante y a tener en cuenta, cabe destacar que todos estos sectores se caracterizaban por la existencia de redes de infraestructuras en régimen de monopolio natural (en la medida en que no era económicamente eficiente mas que la existencia de una red).[6] La **despublificación** de estos sectores trajo consigo la gestión de las redes por un operador independiente, sometido a la obligación de "*libre acceso*" para todos los operadores del sistema, lo cual vino a demostrar que los denominados "*monopolios naturales*" eran compatibles con la libre competencia, siempre que se segregaran o escindiese la infraestructura de los servicios (*unbundling*).

En el otro grupo se incluyen las infraestructuras de titularidad pública (que son las únicas que se analizarán aquí) cuyas manifestaciones más importantes son las siguientes:

6 En el sector de las telecomunicaciones esto ha dejado de ser así y, en la actualidad, existen varias redes independientes

- **Infraestructuras ferroviarias**: reguladas en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y en las normas reguladoras del GIF (creado por la Ley 13/1996).
- **Carreteras**: reguladas en la Ley 25/1988 de 29 de julio y en el Real Decreto 1812/1994 de 2 de septiembre. A estas disposiciones debe añadirse el artículo 60 de la Ley 55/1999 de 29 de diciembre sobre contratos de servicios de gestión de autovías.
- **Autopistas**: reguladas en la Ley 8/1972 de 10 de mayo (objeto de modificaciones posteriores por las leyes 13/1996, 66/1997 y 55/1999) y por el Decreto 21571973 de 25 de enero.
- **Puertos**: regulados en la Ley 27/1992 de 24 de noviembre en lo que se refiere a los de titularidad estatal.
- **Aeropuertos**: su regulación básica se encuentra en la Ley de Navegación Aérea (Ley 48/1960, de 21 de julio, modificada por varios Reglamentos comunitarios), en la creación de AENA (1991) y en el Real Decreto 2591/1998 de 4 de diciembre, relativo a la Ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio.
- **Infraestructuras hidráulicas**: reguladas en la Ley de Aguas de 1985 (modificada por la Ley 46/1999) y en el artículo 173 de la Ley 13/1996 en relación con el contrato de concesión de obras hidráulicas.

Todas estas infraestructuras son, hoy por hoy, básicamente, de titularidad pública, aunque ello no es óbice para que, en su seno, puedan darse instalaciones o equipamientos (terminales, depósitos, almacenes, hoteles, centros de convenciones, áreas comerciales, parkings, etc..) de titularidad privada, aunque ésta tenga carácter temporal (por mera separación del dominio directo y del dominio útil). En estos supuestos podría hablarse de "*zona de influencia*" de lo que, propiamente, constituye la infraestructura sin que existiese inconveniente para que su titularidad fuese privada.[7]

B) Infraestructuras de interés general

La otra perspectiva que, ahora, se tiene en cuenta se refiere a la "*magnitud*" o importancia (en términos cualitativos) de las diferentes infraestructuras públicas lo cual tiene importantes repercusiones en su regulación jurídica. El criterio, bajo este punto de vista, es la división de las infraestructuras atendiendo al hecho de que hayan sido declaradas o no de *interés general* porque, para comenzar, dependiendo de esta calificación se delimitará la competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas sobre las mismas. A este

7 Parece ser que en esta línea se desenvuelve la futura Ley sobre gestión privada de las infraestructuras.

respecto ha de tenerse en cuenta que el artículo 149.1. 24 de la Constitución reconoce la *competencia exclusiva* del Estado sobre las "*obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma*".

Por tanto, la primera consecuencia que se extrae de esta clasificación es que las infraestructuras (u obras públicas) de interés general son de competencia del Estado a quien corresponderá su titularidad (o, si se quiere, la del demanio al que están vinculadas). Para determinar esta calificación habrá de estarse a las normas sectoriales reguladoras de cada tipo de infraestructura pública y, esencialmente, son las siguientes:

- **Infraestructuras hidráulicas:** las recogidas en el Plan Hidrológico Nacional y en los Planes Hidrológicos de cuenca (a las que habría que añadir las relacionadas en el artículo 44 de la Ley de Aguas).
- **Carreteras:** las recogidas en el Plan Nacional de Carreteras.
- **Autopistas:** en principio, tienen esta naturaleza las incluidas en la Red Nacional.
- **Infraestructuras ferroviarias:** las incluidas en la Red Nacional de Ferrocarriles.
- **Puertos:** los relacionados en el Anexo de la Ley de Puertos del Estado y cualesquiera otros a los que se otorgue esta naturaleza por acuerdo del Consejo de Ministros.
- **Aeropuertos:** los gestionados por AENA que tienen reconocida la naturaleza de "*interés general*" por acuerdo del Consejo de Ministros.

La segunda consecuencia es que el diseño material de este tipo de infraestructuras (que, a veces, se encuentra recogido en un Plan específico, como sucede con los Planes Directores de los Aeropuertos de interés general) prevalece sobre los instrumentos de planificación territorial, como así se reconoce en la legislación sectorial que regula cada una de ellas.[8] Este dato sirve para poner de manifiesto la prevalencia que se le otorga a esta clase de infraestructuras sobre el "*interés público*" que representa la planificación urbanística (competencia de las Entidades Locales y de las Comunidades Autónomas).

4. La necesaria diferenciación de fases y de conceptos

A) Las fases

En toda infraestructura es necesario diferenciar una serie de fases, desde una perspectiva puramente material, como son las siguientes:

8 En realidad lo que reconoce esta legislación es que, en caso de discordancia con la planificación urbanística, la decisión corresponde al Consejo de Ministros (bajo la forma de informe vinculante).

- El diseño de la infraestructura (que puede ser llevado a cabo por la propia Administración o por empresas privadas).
- La adjudicación de la construcción de la misma (que puede limitarse a eso o conllevar su explotación como sistema de remuneración del contratista).
- La explotación de la infraestructuras (fase que puede no existir cuando se acude a un sistema tradicional de mera construcción de la obra por un contratista).
- El mantenimiento y conservación de la infraestructura (aspecto fundamental puesto que incide en su vida útil).

El acometimiento de estas fases puede hacerse desgajando cada una de ellas en diferentes contratos o agrupando todas ellas en uno solo, lo cual daría lugar a la denominada "*concesión de infraestructuras*" que constituye el objeto fundamental de este estudio, porque ahí es donde se manifiesta, muy claramente, la confusión de conceptos que preside la contratación administrativa de nuestros días. Sencillamente no es correcta (o, al menos no debería ser aplicable), la solución que postula el artículo 6 de la LCAP al pretender otorgar un único tratamiento a todos los contratos de naturaleza mixta. Puede que esto sea una solución válida para los supuestos en los que se "*mezcla*" una prestación encuadrable en la gestión de servicios públicos con otra propia de los contratos de suministro o una ejecución de obra con una asistencia técnica. En el caso de "*concesiones de obra*" sucede que las diversas prestaciones tienen lugar de forma sucesiva en el tiempo, lo cual conduce a la necesidad, puramente lógica, de que cada fase se rija por la regulación que mejor cuadra a su contenido.

A todo lo anterior debe añadirse el hecho de que las "*concesiones de obra*" no son, hoy por hoy, un tipo específico de contrato nominado sino una subespecie de los de ejecución de obra cuya peculiaridad consiste en que el pago de la misma se difiere a la fase de explotación (según la dicción del artículo 130 de la LCAP). Si a ello se añade que, en muchos casos, la explotación de la obra puede dar lugar a la gestión de un servicio público el problema está servido, porque no se sabe a ciencia cierta el grupo normativo aplicable al contrato en su integridad (y de ello son prueba palpable la mayoría de los Pliegos en donde se producen remisiones absolutamente genéricas que, lejos de aclarar las cosas, conducen a una situación de incertidumbre jurídica).

El problema está en que con una misma expresión ("*concesiones de obra*") se da cobijo a realidades jurídicas muy dispares con lo cual conviene aclarar conceptos antes de seguir adelante.

B) El contenido heterogéneo de los contratos de "concesión de obra"

La LCAP no distingue donde debería distinguir porque, como se ha dicho, los contratos de concesión de obra pueden encerrar dos cosas muy diferentes. Por un lado la

ejecución de una obra (una infraestructuras) necesaria para la explotación de un servicio público, como sucede con los ferrocarriles o el suministro de agua. Por otro, la ejecución de una obra cuya explotación posterior no implica la gestión de un servicio público en sentido estricto, que es lo que sucede con las Autopistas o con las zonas comerciales de los Puertos y Aeropuertos. En el primer caso, lo más frecuente es que la actividad de servicio público "*absorba*" la obra y el conjunto de ambas se rija por la legislación sectorial del servicio (desdiciendo la remisión a los contratos de obra que hace el artículo 130 de la LCAP). Aquí se aprecia una regulación suficiente de la parte relativa a la explotación del servicio pero, en contrapartida, la ejecución de la obra queda, prácticamente, sin marco legislativo adecuado, lo cual obliga a que los Pliegos deban prever una regulación muy completa de esta fase (cosa que no siempre sucede).

Mucho más grave es, a mi juicio, lo que sucede en el caso de que la explotación de la obra no de lugar a la gestión de un servicio público porque, salvo en el supuesto de las Autopistas (que cuentan con una legislación específica) el vacío normativo es absoluto en cuanto a la regulación de esta fase del contrato. Los Pliegos optan por las regulaciones más diversas (ante la ausencia de norma específicamente aplicable) sin caer en la cuenta, en la mayor parte de los casos, de que la remuneración del concesionario es el precio de la obra. En unos casos se les otorga el tratamiento de concesiones demaniales (como sucede en Puertos y Aeropuertos) y en otros, se recoge, sin mayores precisiones, la regulación genérica de la LCAP relativa a la gestión de servicios públicos y, prácticamente en ninguno de ellos, se reconocer al concesionario un derecho amplio al mantenimiento del equilibrio económico más allá de los estrechos límites del artículo 163.2 de la LCAP (ceñido a la utilización del "*ius variandi*" por la Administración).

Si se quisiera actuar con ortodoxia, habría que convenir que la explotación de una infraestructura ha de ser, siempre, ajena a la gestión de un servicio público como sucede con las carreteras (incluyendo aquí las autovías y las autopistas) o con las líneas ferroviarias. Una cosa es la infraestructura y el uso de la misma (en eso consiste su explotación) y otra su utilización como sustrato material para la prestación de una actividad de servicio público. Las autopistas son el caso más claro de lo que se quiere expresar ahora puesto que, en ellas, se encuentra claramente diferenciada su explotación para la circulación de vehículos y el hecho de que, sobre la misma, se lleven a cabo servicios públicos de transporte terrestre. Lo mismo sucede (o sucederá) con las infraestructuras ferroviarias porque la nueva tendencia marcada desde la Comunidad Europea impone que el GIF actúe como titular y arrendador de sus líneas a los operadores del servicio de transporte por ferrocarril.

En teoría, nada se opondría a que este modelo (en el que se escinde la explotación de la infraestructuras de la prestación de un servicio público) fuese extrapolada a todo tipo de infraestructuras haciendo que el titular de ésta actuase de "*common carrier*". Con ello se llegaría a una situación muy similar a la que ofrecen los sectores regulados, con la

particularidad de que no sería necesario realizar una "*despublicatio*" de la actividad porque se llegaría a un resultado semejante *desvinculando* la explotación de la infraestructura de la gestión de un servicio público. Una solución que, además, no tendría por qué adoptarse en todos los supuestos sino que podría ser puesta en marcha de forma gradual.

Todo lo anterior pone de manifiesto la necesidad de aprobar un texto legal específico para las concesiones de obra en el que se unifique y regule adecuadamente la peculiar problemática que presentan estos contratos. Esta regulación ha de partir de las siguientes premisas básicas para llegar a ser efectiva:

a) Unificación del régimen jurídico

Para ello resulta indispensable crear una figura nueva –la concesión de infraestructuras- que sustituya la concesión de obras de los artículos 130 y siguientes de la LCAP y que de lugar a un contrato nominado diferente de los de obra o gestión de servicios públicos. El texto normativo que regule la nueva figura contractual sería de aplicación preferente sin perjuicio de seguir aplicando, en calidad de Derecho supletorio, tanto la LCAP como la legislación sectorial (en los casos de gestión de servicios públicos o de Autopistas en régimen de concesión).

b) Diferenciación de las fases de ejecución de la infraestructura y de explotación de la misma

De esta forma se colocarán las cosas en su sitio poniendo fin a la absurda regla de uniformidad de régimen jurídico que impone el artículo 6 de la LCAP. El modelo mas idóneo que puede seguirse en este punto es el de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Autopistas de peaje en régimen de concesión, si bien actualizando y adaptando algunos de sus aspectos. Resulta especialmente extrapolable la figura del Plan Económico Financiero pero sería aconsejable admitir su reajuste, una vez finalizadas las obras, para adaptarlo al coste real de las mismas. Respecto a este punto se insiste en que la remuneración del concesionario, en estos casos, equivale al precio de la obra y, por tanto, ha de reconocerse y tutelarse su derecho a percibir el importe del mismo. En relación con este punto deberá incorporarse el principio de "*remuneración suficiente*" sobre cuyo contenido se volverá a tratar "*in extenso*" más adelante.

c) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico

Este es, sin duda, uno de los aspectos que mayores problemas suscita en todas las concesiones de obra porque es muy diversa la extensión con la que puede ser recogido.

Como es sabido, la regulación más completa de este punto se encuentra en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en donde se alude a los supuestos encuadrables en el "*riesgo imprevisible*" (cosa que omite la LCAP). Teniendo en cuenta todos los "*áleas*" que debe soportar el concesionario de obras –sobre lo que, también, se tratará más adelante- parece razonable que en la regulación de estos contratos se acuda a un sistema similar.

d) La naturaleza de las tarifas

Se trata del punto más caótico en la actualidad puesto que se combinan (sin motivo justificable) precios privados –como son los peajes de las Autopistas- con ingresos de derecho público de incierta calificación (como sucede con la explotación de obras para suministro de agua). Parece evidente, por una simple razón de claridad jurídica, que todo el régimen tarifario debería ser unificado mediante un "*deslizamiento*" hacia los precios privados, aunque para ello sea necesario reformar, nuevamente, la Ley de Tasas y Precios Públicos (y todas las demás que se ocupan de esta materia a nivel local y de las CCAA). De hecho, no hay ninguna diferencia sustancial entre lo que se paga por el consumo de energía eléctrica y el recibo de consumo de agua, salvo el dato (puramente formal) de que en el primer caso se trata de una actividad regulada y en el segundo de otra que permanece publificada.

e) La financiación del concesionario

En todas las concesiones de obras el empresario debe acudir al mercado de capitales para financiar la inversión que ha de realizar para la construcción de la obra. La Administración (o los usuarios) paga pero no anticipa cantidad alguna con la que hacer frente a la construcción de la obra por lo que puede decirse que siempre existe financiación privada (al margen de que el pago se realice con recursos públicos o privados).Debido a ello, resulta absolutamente indispensable que en la nueva regulación que se acometa de las infraestructuras públicas en régimen de concesión se prevean los "*ajustes*" necesarios para que esa financiación encuentre los menores obstáculos posibles. En esta línea se sitúa un "*marco estable*" para el concesionario y toda una serie de puntualizaciones o adaptación de los mecanismos de financiación a la situación específica de los concesionarios de infraestructuras. Desde la tradicional hipoteca a los modernos sistemas de titulización, préstamos participativos y "*project finance*" es preciso regular la posición del concesionario y de sus acreedores ofreciendo las máximas garantías posibles para atraer el capital privado hacia el sector de las infraestructuras.

5. Connotaciones específicas de los contratos de concesión de obras: la acumulación de riesgos

En los contratos de *concesión de obra*, existe un doble componente, al margen ya de su naturaleza jurídica, sobre el que resulta necesario detenerse porque alude a la peculiar posición en las que se encuentran las partes. De hecho, se trata de un tipo de contratos susceptibles de ser encuadrados como modalidad específica de los de ejecución de obra o de los de gestión de servicios públicos, sin llegar a pertenecer, en puridad, a ninguna de estas dos especies.

Por una parte, podrían ser concebidos, como modalidad de los de ejecución de obras públicas (como así hace la LCAP al denominarlos de "*concesión de obras*") cuya peculiaridad radica en que la remuneración al contratista se hace:

- Una vez finalizada la obra.
- Consiste, en todo o en parte, en los rendimientos que obtenga con la explotación de la obra.

Bajo esta perspectiva, la posición del concesionario no debería ser diferente a la del contratista tradicional (remunerado con abonos a cuenta) y debería tener derecho a percibir el precio de la totalidad de la obra realizada con una seguridad de pago no inferior a la de este último. No en vano, lo dispuesto en el artículo 98 de la LCAP es aplicable a todo tipo de contratos administrativos y en él se reconoce al contratista el "*derecho al abono de la prestación realizada*", de tal modo que el "*álea*" inherente a la forma de remuneración debería ser similar en todos los casos. Sin embargo, no es esto lo que sucede cuando se utiliza el sistema de "*concesión de obra*" en el que, para comenzar, la Administración se *ahorra* el pago de la totalidad o parte del coste de la misma, transfiriendo al contratista **un derecho y un riesgo** al mismo tiempo: cobrar en función de la demanda (ya sea a los usuarios, por vía de tarifa, ya a la propia Administración por vía de un "*peaje en sombra*").

El problema, en este último caso, es que si la tarifa no es suficiente (porque los costes de la obra han sido superiores a lo inicialmente previsto) el contratista, convertido en concesionario de una explotación, tiene ante sí una doble carga a la que hacer frente: la recuperación de la inversión ya realizada y la cobertura de los costes de esa explotación (que puede ser o no una actividad de servicio público). Desde luego una situación con un riesgo mucho más alto que la del contratista tradicional de obras, cuyo plazo de cobro es menor (salvo en el denominado "*sistema alemán*" de abono total al final de la obra) y cuyo riesgo queda ceñido a la ejecución de la obra estrictamente (y no a la explotación posterior de ningún tipo de actividad).

Desde la perspectiva de la explotación de la obra, la situación se encuentra igualmente descompensada, si se compara con la de gestores de pura actividad (sean o no constitutivas de servicio público) que no han tenido necesidad de realizar inversiones en infraestructuras. Su coste y su riesgo se circunscribe a la explotación de una actividad y no tienen que hacer frente ninguna otra amortización de lo cual debería deducirse que su trato no puede ser equiparado, sin más, al de los concesionarios que han tenido que construir previamente la infraestructuras con cargo a recursos propios o ajenos (mediante el endeudamiento).

Esta peculiar situación es la que ha movido al Gobierno a preparar una Ley (en fase de elaboración) para regular la situación especial en la que se encuentran los concesionarios de infraestructuras o, lo que es lo mismo, quienes contratan con la Administración la construcción de una obra y se remuneran mediante la explotación de la misma, porque su *fragilidad* con la legislación actual resulta más que evidente.[9] La situación de partida de esta clase de concesionarios es algo así como un *sumatorio* de todos los "*áleas*" propios de la ejecución de obras y de los correspondientes a la gestión de servicios públicos o la mera explotación de una obra. A mi juicio –y hasta que la nueva Ley vea la luz- es necesario corregir este desequilibrio mediante una interpretación de las normas aplicables y de los Pliegos lo suficientemente flexible cómo para compensar, en alguna medida, todo el cúmulo de riesgos al que deben hacer frente los concesionarios. No se olvide que, en todos estos casos, **la remuneración del concesionario** (vía tarifas únicamente o por medio de recursos públicos) **equivale al precio de las obras** y demás costes de mantenimiento, por lo que debe prevalecer el principio que impone la necesidad de su abono integro al contratista.

No voy a entrar, aquí, en el problema relativo a la unificación, bajo la naturaleza de precios privados, de las tarifas a percibir por los concesionarios de obra (o de infraestructuras), porque es un tema que ya he tratado en otro momento y lugar.[10] En cambio, me detendré en otro aspecto tanto o más polémico como es el relativo a la incidencia del derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato.

6. El equivalente económico

A) Los principios generales de la contratación administrativa actual

Lo que se persigue con la contratación administrativa es, siempre y por definición, satisfacer de la mejor manera posible un interés público que se plasma en la ejecución de

9 Probablemente con la excepción de los concesionarios de autopistas que cuentan con una Ley específica de aplicación preferente a la LCAP en donde se tiene muy en cuenta la peculiar situación de este tipo de concesiones, sobre lo cual se tratará más adelante.

10 Vid. "Nuevo Derecho de las Infraestructuras" op. cit pgs 90 y sigs.

una obra o en la prestación de un servicio. Si para conseguir esta finalidad es necesario alterar lo pactado, la Administración se encuentra obligada a ello y en eso radica la justificación de la denominada "*potestas variandi*" que no tiene por qué traducirse siempre en una mayor onerosidad del contrato (aunque éste sea el supuesto más conocido y citado). Deliberadamente se alude al ejercicio de una *potestad* y no al de un *derecho* porque la modificación de los contratos administrativos no solo es algo que pueda imponer la Administración sino que, también, puede exigir el contratista. A este respecto puede traerse a colación una cita de G. DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ en la que se resume, muy acertadamente, el sentido de la contratación pública de nuestros días:[11]

> "Lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público; se trata, ante toso, de construir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir, de facilitar a la Administración las cosas muebles que ha menester. Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, **esta adaptación es obligada**. La inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial o, mejor aún, la adaptación de objeto. El contrato es Ley entre las partes, pero junto a *lex contractu* hay otras leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general. La armonización necesaria de ambas leyes obliga a buscar el equilibrio contractual en un punto diferente, Ese equilibrio, esa proporcionalidad o *aequalitas* de las prestaciones respectivas de las partes, que es consustancial a la idea misma del contrato, existe también en los contratos administrativos y se mantiene siempre a lo largo de su ejecución, cualquiera que sea la incidencia que en el desarrollo de los mismos puedan tener los poderes que se reconocen en la Administración contratante. Las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en las obras, servicio o suministro contratados tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar la llamada "ecuación financiera" del contrato. **Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones** son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa. No hay, por lo tanto, exorbitancias a ultranza, sino unas bases distintas de equilibrio contractual. Todo lo demás

11 Vid. "Curso de Derecho Administrativo" Tomo I, décima edición Ed. Civitas, Madrid 2000, pg 723.

> no son sino poderes administrativos generales, no nacidos del contrato (y tampoco derogables por él), aunque incidentes sobre el mismo".

Hay, por tanto, dos singularidades específicas en la contratación administrativas que se traducen en la "*flexibilidad*" en el contenido de los contratos (frente al "*pacta sunt servanda*" típico de la contratación privada) y en la necesidad de mantener el "*equilibrio contractual*" que se traduce en el derecho a una equivalencia material de las prestaciones (frente a la equivalencia puramente formal o sinalagmática del contrato privado). Ambos aspectos suelen presentarse como el haz y el envés de una misma cosa y esto es lo que sucede en los casos en que la Administración modifica el contrato imponiendo una mayor onerosidad al particular. Entonces, y como correlativo necesario, entra en juego el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico, de tal modo que el contenido del contrato llega a expresarse como una "*ecuación financiera*" en la que el incremento de un coste lleva aparejado un incremento proporcional de la retribución inicialmente pactada.

Pero puede suceder, también, que circunstancias ajenas a las partes hagan más onerosa la prestación del contratista, en cuyo caso se plantea hasta qué punto entra en juego el mantenimiento del equilibrio económico. Bajo esta perspectiva son dos las respuestas que se han dado y que llevan el signo de su época (cosa que no conviene olvidar). La primera viene presidida por el principio de "*riesgo y ventura*" y la segunda por el derecho a ser compensado en los casos encuadrables como "*riesgo imprevisible*". Seguidamente se expondrá, muy resumidamente, el sentido de uno y otro principio como punto de partida para llegar a una conclusión respecto al contenido que deba darse al mantenimiento del equilibrio financiero en los contratos de concesión de obra.

B) Sentido del riesgo y ventura

El principio de "*riesgo y ventura*" tiene su fundamento en un principio de Derecho financiero, como así se constata en los sucesivo Pliegos Generales de 1836, 1846 (en los que aparece muy mitigado), 1886 (en donde queda claramente plasmado), 1900 y 1903. La necesidad de conocer de antemano los compromisos asumidos con cargo a los caudales públicos –y no la "*lex contractus*"- será la razón determinante para la imposición de este principio a la contratación administrativa y en esta motivación habrá que buscar la esencia del "*riesgo y ventura*" en nuestros días.[12]

Por otra parte, y desde la perspectiva del Derecho privado, se llega a una solución semejante, pero por un camino totalmente diferente. Hasta la codificación, la idea del

12 Sobre el origen histórico del "riesgo y ventura" nos remitimos a G.ARIÑO ("Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos") Ed. IEA. Madrid 1968, pgs 65 y sigs

"*iustum pretium*" era prevalente en nuestro Ordenamiento, y así se reitera desde el Fuero Real, hasta la Novísima, dejando traslucir la influencia del Derecho canónico (en donde lo fundamental, consistirá en la equivalencia de las prestaciones y en evitar la "*laesio enormis*"). La codificación, barrerá toda esta concepción en aras de otro dogma de muy clara formulación: en la contratación es más importante conseguir la *seguridad del tráfico* que la justicia (y de ahí se desprenderá la intangibilidad de la voluntad de las partes y el principio del "*contractus lex*").

Esta diferente inspiración del principio del "*riesgo y ventura*" en la contratación administrativa, nació lastrada por toda una serie de quiebras a este principio que se ponen de manifiesto, ya, en el Pliego de 1903. La admisión de los proyectos *reformados* y los presupuestos adicionales (a donde son reconducibles la mayor parte de los errores), la exoneración en los casos de fuerza mayor, las denominadas "*sujétions imprevues*", el sistema de precios contradictorios y, mas adelante, la legislación específica sobre revisión de precios.[13] Y es que, "*en una concepción del contrato administrativo presidida por los principios financieros y dogmáticos que alumbran en un principio la figura, el principio de riesgo y ventura es una consecuencia coherente con el sistema. Por el contrario, en la concepción actual del contrato, el principio resulta contradictorio, al menos en su formulación clásica, con el sentido general de la institución.*[14] Es más, puede llegar a afirmase que, la actual concepción del contrato administrativo, se encuentra mucho más cerca de la concepción canónica que de la liberal de la codificación, en lo que se refiere a la equivalencia de las prestaciones (como idea ligada al "*iustum pretium*"). La razón de ello es el principio constitucional de igualdad ante los beneficios y las cargas públicas.

Siguiendo con este planteamiento, resulta pertinente traer a colación el denominado principio de la "*continuidad y regularidad*", como algo sustancial a la contratación administrativa, del que derivan tres importantes consecuencias:

a) La teoría de las obligaciones inherentes; así la Exposición de Motivos de la vieja LCE ponía ya de manifiesto que "*el contrato persigue la ejecución de una obra (o de un servicio), pero más importante que la ejecución de la obra en sí misma ... es la valoración de los fines públicos a los que sirve.*" En definitiva, la inalterabilidad del fin es lo que justifica la alteración del objeto del contrato (esto es, la *potestas variandi* de la Administración y el correlativo derecho del contratista a ser compensado).
b) El fin del contrato como principio autónomo de interpretación del mismo (dejando postergada la voluntad de las partes al modo civil).

13 De hecho, el principio de "riesgo y ventura" sólo se manifiesta con nitidez en los viejos contratos de arrendamiento de rentas públicas, como se pone de manifiesto en G. ARIÑO ("El equivalente.....") op. cit. Pg 195

14 Cfr. G.ARIÑO ("El equivalente...") op. cit. Pg 197.

c) Quiebra del principio de *intangibilidad* de la remuneración; lo cual conduce a la admisión generalizada de la denominada *teoría de la imprevisión,* en aras del valor superior que representa la finalización de la obra o el mantenimiento del servicio, en el tiempo y con la calidad pactada.

En suma, debe aceptarse que la *mutabilidad* de los contratos administrativos (debido al necesario mantenimiento de su finalidad) ha desplazado la rigidez de la *lex contractus* y el rigor del "*pacta sunt servanda*". Así las cosas, cabría cuestionar por el sentido actual del principio de *riesgo y ventura* que sigue proclamando el artículo 98 de la LCAP ("*La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144")*. Las quiebras de este principio son muchas y se manifiestan de forma diferente en los contratos de obra y en los de gestión de servicios públicos, pudiendo resumirse en los siguientes puntos:

a) Para el contrato de obras, en la revisión de precios (que ha pasado a ser un derecho del contratista *ex lege*), en el derecho a indemnización por fuerza mayor y por paralizaciones injustificadas y, sustancialmente, en el derecho al abono de la *prestación realizada* (artículo 99.1 de la LCAP).
b) Para el contrato de gestión de servicios públicos, en el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero, de cuyo contenido y alcance se tratará en el apartado siguiente.

La STS de 21 de enero de 1992 (Ar. 628) pone de manifiesto todas estas quiebras del "*riesgo y ventura*" al hablar del principio de **mutación del contrato administrativo** en los siguientes términos:

> **El contrato, como concepto, comporta que haya equilibrio en las prestaciones de los contratantes**. *El contrato administrativo, por lo general, es un contrato oneroso: la aleatoriedad que, por ejemplo, pueda representar el hecho de contratar a un precio alzado, más que un elemento esencial que pueda ser determinante de riesgo, es un dato que puede generar un beneficio o un perjuicio, según que el contrato haya acertado o no en el cálculo previo del precio. Por lo tanto, en principio, los contratos administrativos deben ser cumplidos a tenor de su propio contenido [art. 3.º del Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por D 923/1965 de 8 abril, modificado por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, y art. 4.º del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por D 3410/1975, de 25 noviembre. Sin embargo, la realidad es que los contratos administrativos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos*

> *de complejidades a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer: de ahí que* **el principio fundamental «contractus lex inter partes» venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de la «mutualidad del contrato administrativo»**, *que aparece explicitado en los arts. 18, 50, 74 y 93 de la Ley de Contratos del Estado y concordantes de su Reglamento. Dentro del ámbito del principio de mutabilidad del contrato, la doctrina refleja la existencia de un* **áleas administrativo** *(modificación del contrato por acción unilateral de la Administración); de un* **áleas empresarial** *(riesgos del negocio, en los que late, en buena medida, la conducta equivocada del constructor); y de un* **áleas económico** *(debido a circunstancias externas de difícil previsión que, de producirse, pueden hacer mucho más oneroso para el contratista el cumplimiento del contrato).* **Este último caso, es decir, el hecho de producirse circunstancias objetivas externas de no fácil previsión y no imputables a las partes contratantes justifica las cláusulas de «revisión de precios» (art. 12 de la Ley de Contratos del Estado y disposiciones complementarias) que tiende al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, alterado por acontecimientos imprevistos.**"

Con todo ello quiere ponerse de manifiesto que el principio de *riesgo y ventura* no deja de ser un mera hipótesis de partida (con una justificación claramente histórica) susceptible de ser excepcionada por muy diversas vías, una vez admitido que lo auténticamente inmutable consiste en el mantenimiento del interés público que representa el objeto específico de cada contrato. Veamos, seguidamente, la forma peculiar de plasmación de esta finalidad en los contratos de concesión, mediante el análisis del significado y alcance del derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero.

C) El equilibrio financiero del contrato

i) Planteamiento general: el contrapunto de la "potestas variandi"

Antes de analizar el sentido de este principio, vaya por delante que no se trata de algo exclusivo de los contratos de gestión de servicios públicos (aunque en ellos es donde cobra su auténtico sentido). También en los contratos de obra tiene múltiples manifestaciones.[15] Desde el Decreto Alba, de 31 de marzo de 1917, hasta el Decreto-ley de 4 de

15 Es conocida la polémica sostenida por la doctrina acerca del encuadramiento de la revisión de precios en el riesgo imprevisible (GARRIDO FALLA) o en el "*factum principis*" (GARCÍA DE ENTERRÍA) lo cual carece de trascendencia a los efectos que ahora nos ocupan.

febrero de 1964 queda clara la finalidad perseguida por la revisión de precios: evitar la frustración del objeto del contrato por factores externos al mismo, debido a una mayor onerosidad en su cumplimiento, lo cual muestra que, tanto los contratos de obra como los de gestión de servicios públicos, pertenecen a un género común (claramente reflejado en la LCAP).

El principio del equilibrio económico del contrato nace, como es sobradamente conocido, en el seno de las concesiones administrativas y como consecuencia del "*arrêt Cie General Française des Tramways",* del Consejo de estado francés, de 11 de marzo de 1910, en el que se formulan, entre otras, las siguientes conclusiones:[16]

> " Es de la esencia misma de todo contrato de concesión, el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que son acordadas al concesionario y las caras que se le imponen... En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la **equivalencia** honesta entre lo que es acordado en beneficio del empresario y lo que se exige de él. **Es lo que se llama la equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión".**

El principio del equilibrio financiero (extrapolado, después al resto de los contratos administrativos) representa la situación de **flexibilidad**, a la que antes nos referíamos, con la que debe ser concebido el objeto del contrato. El interés público reclama la ejecución de la obra o la continuidad del servicio – y ahí se encuentra el elemento teleológico de estos contratos- de tal modo que, si para garantizar esa finalidad, es necesario *modificar* lo pactado, la Administración cuenta con la habilitación necesaria para ello. Sin embargo, una elemental regla de equidad impone *compensar* al contratista por estas alteraciones unilaterales y esa es la primera y más clara manifestación del equilibrio financiero del contrato. El artículo 163.2 de la LCAP (con una redacción prácticamente idéntica a la del artículo 74 de la LCE) lo expresa en los siguientes términos:

> "Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato."

Más aún, el **poder** de modificación de que goza la Administración, es también **deber,** cuando tales modificaciones sean requeridas por el buen funcionamiento del servi-

16 Se toma la cita de F. ALBI ("Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales") Madrid, 1960 pg 565.

cio. Tanto por motivos de legalidad como por razones de buena administración (artículo 4 de la LCAP) los contratos deberán ser revisados y **renegociados** cuando, circunstancias sobrevenidas, hayan alterado esencialmente los presupuestos en que se basaron.

No cabe duda, por otra parte, que esta doctrina general del *equivalente económico* pertenece al **derecho imperativo** y que no puede ser excepcionada por vía de los Pliegos de contratación, de tal modo que una cláusula por la que se negase este derecho al contratista sería reputada como nula.

ii) El "factum principis"

En el apartado anterior se ha hecho referencia al supuesto más claro en el que tiene lugar la entrada en juego del *equivalente económico:* aquél en que la Administración ha hecho uso del *ius variandi*. Lo que ahora se trata de analizar es si existen otros casos en los que, sin ser ésta la causa de la alteración del equilibrio financiero, el contratista tiene derecho a reclamar una compensación económica, lo cual conduce al "*factum principis*" y a la teoría del "*riesgo imprevisible*". Según M. WALINE "*son hechos del príncipe aquéllos actos de la Administración pública que agravan, sin culpa, la situación de un contratante de una colectividad pública*".[17] En definitiva, se trata de *decisiones* imputables a la Administración pública pero no dirigidas, de forma explícita, al contrato (como sucede con las que tienen su origen en el *ius variandi*) y que alteran sus presupuestos económicos. La consecuencia es la misma en uno y otro caso (alteración del equilibrio financiero del contrato) pero en el *factum principis* la causa o finalidad de la alteración no tiene por objeto el contrato. Este dato, es el que tiene presente la jurisprudencia a la hora de determinar el "*quantum*" de la compensación económica al contratista: frente a la indemnización integral a que da derecho el ejercicio del *ius variandi*, en los supuestos encuadrables en el "*factum principis*" se tiende a *compartir* el perjuicio entre la Administración y el contratista.[18] El fundamento de esta compensación puede ser tanto contractual como extracontractual.[19]

iii) El riesgo imprevisible

La teoría de la imprevisión (o del "*riesgo imprevisible*") nace a raíz de la grave crisis económica surgida a finales de la Primera Guerra Mundial que afectó, muy especialmen-

17 Citado por S. BADOU ("Le fait du Prince"), Paris, 1955, pg 2.

18 Vid *Infra* la jurisprudencia dictada en aplicación de este principio y la correspondiente a los casos de "riesgo imprevisible".

19 El fundamento extracontractual de la obligación de compensar o indemnizar fue defendido por GARCÍA DE ENTERRÍA ("Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa") Madrid, 1954, pg 176 indicando que "el factum principis supone, en cierta manera, una responsabilidad extracontractual, aunque liquidable en el seno de un contrato; por esa razón de que se trata de una interferencia incidental de poderes rigurosamente extracontractuales, de un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato precisamente aseguraba".

te, a los servicios públicos de gas y electricidad. Su carta de naturaleza le viene otorgada por el *Arrèt Gaz de Bordeaux* , también del Consejo de Estado francés, de 30 de marzo de 1916, al que siguieron otros similares dando lugar a que la doctrina recogiese y elaborase el concepto de "*riesgo imprevisible*" en la contratación administrativa. PEQUINOT es, probablemente, quien mejor ha llegado a resumir lo que encierra este nuevo principio, en los siguientes términos:[20]

> "*Cuando circunstancias imprevistas en el momento del mismo como tal gravedad,* que lo hace, si no imposible, mucho más difícil y oneroso, por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever: cuando el déficit, sobre pasado los límites del riesgo normal, toma un carácter anormal y excepcional, entonces el contraste de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit, que le compense en parte de él" .[21]

Como puede apreciarse, la doctrina del "*riesgo imprevisible*" es ajena a cualquier noción de culpa o imputabilidad del desequilibrio económico del contrato a la Administración y eso es, precisamente, lo que resulta especialmente interesante porque pone de manifiesto la auténtica *esencia* de los contratos administrativos. Como quiera que este aspecto será tratado con mayor profundidad más adelante, nos limitaremos, ahora, a dejar constancia de los requisitos para apreciar su existencia. Tales requisitos o presupuestos son los siguientes:[22]

a) Imprevisibilidad del hecho que ocasiona la mayor onerosidad, ya que si estaba previsto o era previsible, se entiende que el empresario contrató asumiendo ese riesgo (es decir, a sabiendas de la posibilidad de que ocurriera ese elemento oneroso para él); y si el acontecimiento dañoso era evitable, los riesgos habrán de ser imputados al contratista como debidos a su culpabilidad o negligencia.
b) Posibilidad de cumplimiento del contrato, ya que, de lo contrario, nos encontramos ante un hecho de fuerza mayor encuadrable en la teoría del incumplimiento.

---

20 Cfr. "Des contrats Administratifs" en Extrait du Juris-classeur, Paris, 1953 fasc. 511, pg 28

21 Más adelante, (Ibidem pg 293) PEQUINOT indica que " "Para llegar a un resultado equitativo que se busca, esto es al mantenimiento a pesar del cambio de circunstancias del equilibrio de las prestaciones estableció en su nacimiento, la teoría de la imprevisión irrumpe en la estabilidad del contrato para insertar en él un elemento de álea en la obligación misma. Si bien, como consecuencia, disminuye el álea del resultado, es decir, de la ejecución de la obligación"

22 Vid LAUBADERE ("Traité theorique et practique des Contrats Administratifs") París, 1959, Tomo III pgs 90 y sigs.

c) Aumento grave en la onerosidad de la prestación, puesto que no es suficiente que el contratista haya sufrido un quebranto en los beneficios esperados. Es preciso que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso o, incluso, ruinoso para el empresario. El *Conseil dÉtat* ya exigía, desde su primer pronunciamiento, que se tratase de un verdadero *bouleversement* de la economía del contrato.
d) Que las modificaciones de las condiciones de ejecución y la onerosidad consiguiente, no haya llevado al contratista a interrumpir la ejecución de la obra o la prestación del servicio; esto es una manifestación del principio de buena fe y diligencia extrema que la Administración puede exigir al contratista.[23]

Con todo, lo más interesante de la teoría de la "*imprevisión*" es su posible fundamentación puesto que, como se ha dicho, en ella se encuentra el auténtico sentido de las relaciones entre la Administración y el contratista. A este respecto resulta, también oportuno, recordar que hace mucho tiempo que la relación entre Administración y contratista ha pasado de una situación inicial de antagonismo y *desconfianza* a otra de *colaboración.* Las primeras regulaciones de la contratación pública reflejaban esta idea de la *desconfianza* al imponer la subasta necesaria como fiel reflejo de que el "*interés público*" se centraba en la obtención de las mejores condiciones económicas. Esta concepción –de cuyos malos resultados hay muchos ejemplos a lo largo de todo el siglo XIX- se irá transmutando paulatinamente en otra en la que primarán las condiciones específicas de solvencia del contratista (y su selección mediante concurso) y la terminación correcta de la obra o la continuidad del servicio, por encima de consideraciones puramente financieras. Se produce, con ello, una traslación del "*interés público específico*" de la contratación y se flexibilizan las relaciones entre la Administración y el contratista, bajo el presupuesto de que, para ambos, la finalidad primordial consiste en que la obra sea ejecutada o el servicio sea prestado. No son intereses contrapuestos –al menos, no solo eso- sino que por encima de ambos hay un interés común que es el interés del servicio, esto es, del público, de los ciudadanos, que se impone a las partes, exigiendo de éstas unos determinados comportamientos.

Dejando aparte consideraciones estrictamente jurídicas, el hecho cierto es que la mayor parte de los grandes contratos de obras y servicios se adjudica entre un reducido número de empresas, lo cual obliga a éstas a comportarse con una especial diligencia y a la Administración a no considerarlas en una relación de enfrentamiento. La "*bona fides*" es algo tangible en esta relación entre Administración y contratistas y responde, muy fielmente, a la mejor consecución del interés público (entendido de la forma específica antes señalada). No en vano, hace ya años M. HAURIOU se pronunciaba en los

23 Esta exigencia, se encuentra recogida en el artículo 6 del Decreto-ley de 4 de febrero de 1964 (relativo a la revisión de precios) según el cual, la revisión no tiene lugar cuando el contratista haya incurrido en morosidad.

siguiente términos (al comentar el Arrèt Gaz de Bordeaux que dio origen a la teoría de la *imprevisión*):[24]

> *" No se puede considerar a los empresarios y contratistas, con los cuales la Administración concluye sus contratos, como si le fuesen completamente extraños. Este personal constituye como una especie de clientela, que la Administración tiene interés en cuidar, ya que está habitualmente a su servicio"*

No es coincidencia que la teoría del "*riesgo imprevisible*" vea la luz en el momento en que se está produciendo el tránsito desde el principio de *desconfianza* al del contratista *colaborador* y que sea, precisamente, en las concesiones de servicios públicos, donde esa colaboración se prolonga durante muchos años, en donde se ponga de manifiesto el sentido práctico de ese tránsito. La Administración no puede permanecer indiferente ante una situación del concesionario que, sin culpa por gestión deficiente o falta de previsión, se puede ver forzado a suspender la prestación del servicio. ¿Qué beneficio obtiene con esto la comunidad? ¿Acaso no es más lógico y acorde con los intereses públicos que el servicio continúe prestándose aunque, para ello, la Administración tenga que hacer un desembolso económico?

iv) El principio de remuneración suficiente

En los contratos de obra rige el principio de retribución al empresario por toda la obra realmente ejecutada cuya traslación al ámbito de los de gestión de servicios públicos se conoce como principio de "*remuneración suficiente*". El artículo 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) es el texto legal que primero recoge este principio y que formula en los siguientes términos:

> *"3.- En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial."*

Como puede apreciarse, no se establece la forma de retribución del concesionario, sino el *quantum* de la misma, imponiendo la necesidad de que sea suficiente para cubrir los costes, la amortización y un margen "*normal*" de beneficio industrial. Un conjunto de criterios, absolutamente razonables, que se enmarcan en el principio de "*buena y ordenada*

24 Vid. "Jurisprudence Administrative", París 1929, Tomo III, pgs 606 y 607

administración" cuya traducción práctica es muy clara: **toda concesión, de partida, ha de prever una retribución que satisfaga las necesidades descritas porque de otra forma nacerá lastrada**. Se pone, así, de manifiesto que la finalidad que ha de perseguir la Administración consiste en la **solidez económica** de las concesiones y que en esto radica el "*interés público específico*" de su actuación en el ámbito de los servicios públicos, lo cual es extrapolable a las concesiones de explotación de una obra pública.

Respecto a esta última afirmación ha de tenerse en cuenta que el artículo 9 de la Ley 4/1997, de 24 de julio sobre Construcción y Explotación de Infraestructuras en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia recoge, explícitamente, el principio de "*remuneración suficiente*" en los siguientes términos:

> "Régimen económico-financiero.
> 1. Las tarifas a percibir por los titulares de la concesión de obra deberán prever:
>   A) Los costes de construcción y explotación, incluidos los gastos financieros.
>   B) El porcentaje contable de amortización de los activos.
>   C) El beneficio empresarial.
> 2. En todo caso, la retribución económica del concesionario deberá mantenerse durante el plazo de la concesión, estando obligada la Administración a compensarle en el caso de que la circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaran una ruptura del equilibrio financiero de la concesión. En los supuestos de modificaciones introducidas por la administración respecto de las condiciones de explotación de la obra, se estará a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas."

Por consiguiente, existe un precedente muy importante de este principio en una norma comunitaria que debería ser extrapolado a todas las concesiones de obras en la futura Ley que se ocupe de su regulación. Los motivos que avalan el reconocimiento generalizado de este principio, se exponen seguidamente.

7. El equilibrio financiero en los contratos de concesión de obra

A) La necesidad de un equilibrio económico inicial

En toda concesión de obra tiene lugar una doble fase desde que se produce la adjudicación del contrato (a la vista de un determinado Plan Económico Financiero en el que se prevé la remuneración del concesionario). No es en absoluto infrecuente que, durante la fase de ejecución de las obras, se produzcan eventos que alteran sustancialmente su coste o las previsiones de demanda de uso de la infraestructuras. La solución

por la que suele optarse en los Pliegos de estos contratos consiste en hacer recaer sobre el concesionario los mayores costes originados por estos eventos, dando lugar, con ello al nacimiento de una fase de explotación "*desequilibrada*" desde su inicio. Más tarde o más temprano, este desequilibrio inicial producirá serias dificultades financieras al concesionario poniendo en peligro la explotación correcta de la infraestructura y llevará, bien a un enfrentamiento entre Administración y concesionario, bien al convencimiento de que la mejor opción para los intereses públicos consiste en *renegociar* los términos inicialmente pactados.

El problema de la *renegociación* en fase de explotación de la obra, es que resultará mucho más onerosa para la Administración porque el concesionario habrá acumulado pérdidas que podrían haberse minorado de atajar el problema en un momento anterior al comienzo de la explotación. En definitiva, se trata de hacer ver la conveniencia de implantar, de forma generalizada, el principio de "*remuneración suficiente*" aludido líneas atrás por la simple y llana razón de que obedece a la realidad de las cosas. En los contratos de concesión de obra es necesario diferenciar, adecuadamente, las fases de ejecución y de explotación de las obras y puede resultar absurdo pretender establecer las condiciones de esta última con una antelación de dos o tres años. Durante este período pueden suceder muchas cosas que agraven tanto el coste de la obra como la situación de la demanda contemplada *ab initio* dando lugar al nacimiento de una concesión que nace *desequilibrada.*

La legislación de Autopistas (Ley 8/1972 y Pliego General de 1973) se olvida de esta elemental consideración e impone al concesionario el mantenimiento del Plan Económico Financiero (haciendo que asuma los mayores costes sobrevenidos o la alteraciones no previsibles de la demanda).[25] A mi juicio esta no es la vía correcta porque se olvida el derecho básico de todo contratista a ser resarcido por las obras realmente realizadas, sea cual sea el sistema elegido para su pago.[26] Lo que procedería hacer es justamente lo contrario, para lo cual se debería fijar el coste real de las obras, una vez finalizadas, en un documento de *valoración* de las mismas en el que se reajustase su precio de adjudicación. Este documento debería tener en cuenta las modificaciones introducidas por la Administración en el proyecto, las revisiones de precios (si se pactan) y, en todo caso, los incrementos en el coste de las obras por elevaciones de precios no previsibles y excesivamente onerosas.[27] De esta forma. Se llegaría a una fase de explotación equilibrada *ab initio* que es lo que impone el principio de "*remuneración suficiente*" correctamente entendido.

25 No obstante, podría encontrarse argumentos en el cuerpo de esta legislación que permitiesen sostener lo contrario acudiendo a la doctrina del "*riesgo imprevisible*".

26 Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 99 de la LCAP e interpretado extensivamente por un jurisprudencia muy abundante

27 Un ejemplo muy claro de esto último es lo que ha sucedido en el año 2000 con los "*ligantes bituminosos*" que han experimentado un alza superior al 50 % como consecuencia de la "*crisis*" del petróleo, al igual que sucedió en épocas pasadas, lo cual dio lugar a una jurisprudencia unánime reconociendo el derecho del contratista a

Igualmente, el Plan Económico Financiero presentado por el concesionario debería ser "*reajustado*" en aquellos supuestos en que la demanda real al inicio de la explotación se hubiese visto sustancialmente alterada por factores ajenos a la *diligencia* del contratista y no previsibles en el momento de realizar su oferta, como puedan ser la puesta en marcha de infraestructuras alternativas. No obstante, entiendo que las Administraciones se encuentren remisas al reconocimiento explícito de este derecho por lo que, quizá, fuese más conveniente reconducirlo a la fase de explotación de las obras exclusivamente.

B) El equilibrio económico durante la explotación de las obras: hacia un reparto del riesgo y ventura

En esta fase, el riesgo del concesionario reside, básicamente, en las alteraciones sustanciales de la demanda de uso de la infraestructura y es conocido el tratamiento que le otorga a este punto la LCAP. Sencillamente no se pronuncia sobre el mismo porque lo único que reconoce es el derecho al mantenimiento del equilibrio económico en los supuestos de modificaciones introducidas por la Administración concedente (artículo 163.2). Si se quiere que las cosas funcionen bien y ahorrar un "*litigiosidad*" innecesaria, sería conveniente que este punto fuese abiertamente abordado por la futura Ley porque es una fuente incesante de problemas y de incertidumbres. Es el ámbito del "*riego imprevisible*" y del "*factum principis*" que solo el RSCL ha tenido el valor de regular de forma explícita y que, con la experiencia actual, podría ser objeto de un tratamiento adecuado.

La primera alternativa, en cuanto a este tipo de riesgo, consistiría en plasmar el criterio jurisprudencial consistente en efectuar una especie de "*reparto*" entre la Administración y el concesionario, de tal modo que no se llegue a una compensación integral pero que, tampoco, sea tan pequeña que no resuelva ningún problema al concesionario. Esto es, básicamente, lo que viene a decir, entre otras, la conocida Sentencia de 21 de octubre de 1980 (Ar. 4005):

> "*…la teoría del restablecimiento del equilibrio financiero… un sistema* **no de compensación integral de pérdidas, que es lo que en el caso de autos parece perseguir el actor, sino mediante un reparto de los perjuicios imprevisibles, entre la Administración y el concesionario,** *a la vista de las circunstancias sobrevenidas, en relación con las tendidas como básicas al tiempo de constituir la concesión.*"

ser compensado aun en ausencia de fórmulas de revisión (Vid. entre otras muchas la STS de 16 de septiembre de 1988).

Con mayor precisión, la STS de 14 de marzo de 1985 (Ar.1592) alude a la necesidad de que la cuantía de la compensación "***no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión,*** *ni sea tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración concedente imponiendo a ésta, en favor del concesionario, un seguro de beneficios mínimos o* ***un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos".***

La aplicación de esta doctrina daría lugar a un precepto en el que se reconociese un derecho a una "*compensación no inetgral*" de los perjuicios causados por disminuciones no previsibles y extraordinarias de demanda, lo cual no implicaría avanzar mucho porque seguiría subsistiendo un factor de indeterminación en lo referente al "*quantum*" de la compensación. Ello conduce a la necesidad de avanzar un paso más y colocar las cosas en su sitio de una vez por todas admitiendo que, en este tipo de concesiones, lo deseable puede ser un sistema en el que se incorpore la "*cláusula de interesamiento*" (que menciona el artículo 156 de la LCAP como si se tratase de una modalidad sustantiva de gestión de servicios públicos con la denominación de "*gestión interesada*"). En realidad, la idea jurisprudencial del "*reparto de riesgos*" apunta en esa dirección, porque si de lo que se trata es de aplicar un principio de equidad, éste ha de tenerse en cuenta a todos los efectos. Quiero decir con ello, que si la Administración ha de responder y compensar en los supuestos encuadrables como "*casus a nullo praestetur*" es lógico que este criterio se aplique con carácter bidireccional.

Lo anterior conduciría a un reparto del "*riesgo*" pero, también de la "*ventura*", de tal forma que si la demanda superase determinado "*umbral*" sobre lo previsto, la Administración tendría derecho a compartir el exceso de ganancia del empresario, dando lugar a una concesión con "*cláusula de interesamiento*". Entiendo, también, que los empresarios pueden acoger con rechazo esta propuesta porque implica la posibilidad de privarles de la expectativa de unos beneficios extraordinarios. Sin embargo, si se analiza reposadamente esta solución, se ve que corresponde con la adoptada en los sistemas de remuneración mediante "*peaje en sombra*" en donde se establece un "*suelo*" (por debajo del cual el concesionario siempre cobra una determinada cantidad, aunque la demanda real no responda a la misma) y un "*techo*" (por encima del cual el concesionario deja de cobrar y el exceso de ingresos se percibe por la Administración). Con ello se llegaría a un tipo de explotaciones empresariales de rentabilidad limitada pero tremendamente seguras, lo cual facilitaría, enormemente, su financiación.

En suma, que existen dos posibilidades para "*mitigar*" el riesgo del concesionario una vez iniciada la fase de explotación de las obras. La primera de ellas conduciría a la implantación generalizada de un sistema similar al recogido en el RSCL y, por tanto, al aseguramiento de una suerte de "*compensación no integral*" en los supuestos encuadrables en el "*riesgo imprevisible*" (incluyendo los tipificables como "*factum principis*"). El segundo, consistiría en transformar el "*riesgo y ventura*" en una "*cláusula de interesamiento*" de

tal modo que la Administración cubriese los riesgos (específicamente los derivados de demanda) pero participase, también, en los excesos de facturación por este mismo concepto. Ninguno de estos dos sistemas debería entenderse como exclusivo y lo deseable es que la norma dejase abierta la posibilidad de aplicar uno u otro a las distintas Administraciones públicas, lo que, a mi juicio, mejoraría sustancialmente el marco jurídico actualmente existente.

Infraestructuras en la Argentina. El Control de la Intervención Administrativa en su Desarrollo (Los Sistemas de Preselección y la Actividad de Fomento)

*Alberto Biglieri**

Preliminar político histórico 1810/1940. Derecho Administrativo Económico. La Patria Peronista.(El ferrocarril como Analogía necesaria para el estudio de las infraestructuras). La Patria Contratista. La Patria Privatista. La Patria Milagrosa. Un hito Jurisprudencial. El derecho de las infraestructuras en la Constitución. La responsabilidad del Estado (Reglas de juego precontractuales). Fomento y Contratos. La Licitación Pública. Nuevos Institutos y posibilidades en la Legislación. La Iniciativa Privada. La Asociación Público Privada. Conclusión.

> *"Toca a los poderes públicos escoger y ver el modo de imponer los objetivos que hay que proponerse, las metas que hay que fijar, los medios para llegar a ellas, estimulando al mismo tiempo todas las fuerzas agrupadas a esta acción común. Pero han de tener cuidado de asociar a esta empresa las iniciativas privadas y los cuerpos intermedios. Evitarán así el riesgo de una colectivización integral o de una planificación arbitraria que, al negar la libertad, excluiría el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana". Populorum Progressio, 26 de Marzo de 1967. Papa Paulo VI*

Preliminar político histórico 1810/1940

Las viejas ideas, impulsadas desde Europa en los tiempos de las independencias y luego reavivadas desde Estados Unidos cuando se hizo potencia mundial llevaron, en los

* *Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo Universidad Nacional de Lomas de Zamora, y Profesor Adjunto Ordinario de Derecho de la Integración en la UBA, República Argentina. . Magister en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos (USAL – Carlos III). MBA (U. Baltimore). Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Subdirector del Instituto de Derecho administrativo del Colegio Público de la Ciudad de Buenos Aires.*

albores del Siglo XIX a las declaraciones de Independencia[1] de los territorios que conformaban la Corona Española[2] y que se transformaron en nuestros actuales países. Tanto allá, como en el siglo XX, los factores externos de la política internacional gravitaron profundamente sobre las decisiones nacionales. En aquel entonces, divisiones que solo beneficiaban a los caudillos locales o a los dueños del transporte y del comercio internacional; y en el siglo recientemente pasado, las hipótesis militares de conflicto, fuertemente impulsadas a partir de las dos grandes guerras mundiales – y potenciadas en la *guerra fría* - se convirtieron en el eje de la organización presupuestaria de países hermanos cuyas dirigencias generaban temores y conflictos entre ellos y así, justificaban el destino de sumas siderales a la carrera armamentista.

Brasil y Argentina no escaparon a ese recelo, y solo con la vuelta de la democracia, en los años 80 -con la caída vertical de la sustentabilidad de los gobiernos militares envueltos en resonantes casos de corrupción y aislados por las violaciones a los derechos humanos que los transformó en socios impresentables aún para los países productores de material bélico-. La locura subcontinental concluyó con la derrota de Malvinas[3], que produjo un efecto dominó sobre los gobiernos de hecho. Recuperada la democracia, los Presidentes Sarney y Alfonsín establecieron una relación de cooperación, dejando atrás más de un siglo de enfrentamientos por la hegemonía regional.

En su libro Derecho Público de la Integración, Granillo Ocampo sostiene:

> *"La recuperación de la democracia se tradujo en la superación de la Doctrina de la Seguridad Nacional, vigente durante los regímenes militares, que además de estar asentada en la tradicional rivalidad, trabajaba sobre la idea de que entre los dos países existía un riesgo de conflicto potencial, todo lo cual contribuyó a la configuración de una determinada organización económica, política y social en ambos países (especialmente en sus fronteras), que desalentaba toda cooperación en obras de infraestructura bilateral. Todo esto además, generaba mayores presupuestos militares, diseños específicos en la infraestructura de base (fabricaciones militares, carreteras ferrocarriles, etc.) y concentración de la relación de las áreas de conflicto y no de cooperación"* [4]

1 Solo a efecto de sentar una posición, y no correspondiendo un análisis profundo de esta cuestión en estas líneas, considero que los movimientos independentistas – en especial los que separan a Chile de Perú y a Uruguay de Argentina- obedecen a factores e intereses geopolíticos relacionados con el control de las costas atlántica y pacífica respectivamente.

2 Es conocido que el recorrido histórico del Brasil, no se condice con los otros países hispanoparlantes, y la situación del Imperio llevó otra lógica y tiempos diferentes en su Independencia.

3 Cuya reivindicación sostenemos, pero por los medios pacíficos de reclamos internacionales.

4 GRANILLO OCAMPO, Raúl. Derecho Público de la Integración, Editorial ABACO, Buenos Aires, 2007, pág. 546.

En realidad, como ya los señalamos en otras oportunidades[5], el fenómeno que se registra de fronteras para afuera, se reproduce fronteras adentro, las mismas hipótesis militares que diseñaron el control de las vías y los medios de comunicación para poder controlar a sus poblaciones , impidiendo el conocimiento de las realidades vecinas – por el fuerte esquema de censura interna y las interferencias de las señales transfronterizas – especialmente para impedir el contacto personal emergente de la libre circulación de personas en zonas en las que la división limítrofe es solo una referencia inhallable, cuando las fronteras secas han creado un conjunto habitacional único como en Bella Unión y Barra do Quaraí o entre Santa Ana do Livramento y Rivera-. En el interior de los países, el fenómeno se repite, aún cuando las dictaduras no pudieron impedir permanentemente la circulación interna de sus nacionales, en muchas ocasiones recurrieron a decretar el Estado de Sitio, o simplemente a desarrollar obras de infraestructura, como la red de acceso vial a la Ciudad de Buenos Aires que se diseñó pensando en la facilidad de controlar el ingreso y egreso a la central del poder administrativo, militar y financiero del país – se calcula que las Autopistas Urbanas transportan unas 5.000.000. de personas por día hacia la Capital en 3 arterias de 4 carriles por mano cada una y 4 puentes de los siglos pasados de 2 carriles-. En el mismo orden, la red ferroviaria fue abandonada paulatinamente, con el corolario de la frase de Menem "ramal que para ramal que cierra" que inició el cierre de más del 70 % de la red ferroviaria argentina[6] en los 90, y el paulatino reemplazo del transporte de cargas por el automotor – acarreó también un increíble fortalecimiento del sindicato de conductores de camiones, actor principal del sindicalismo argentino contemporáneo-.

Derecho Administrativo Económico

Fernando Herren Aguillar define al "Derecho Económico" [7], como: *"El conjunto de normas e institutos jurídicos que permiten al Estado ejercer influencia, orientar, dirigir, estimular, prohibir o reprimir comportamientos de los agentes económicos en un determinado país o conjunto de países. Derecho económico es también la expresión que designa el estudio de esas normas e institutos jurídicos"*.

En su análisis – siempre dentro de un orden capitalista- el autor compara el funcionamiento del modelo económico del Brasil y la implementación de ese modelo a través de las políticas públicas que en su país se han ido aplicando sucesivamente, con el recorrido de un péndulo. La metáfora imagina una tabla de medición de la intromisión del

5 BIGLIERI Alberto, Ponencia en el Congreso ASIER 2006 " Las cooperativas en la PBA –excepciones al procedimiento licitatorio"-

6 Comparar con el cuadro de la nota 13.

7 HERREN AGUILLAR, Fernando:"Direito Eonômico – Do direito nacional ao direito supranacional", Sao Paulo, Editora ATLAS, 2006.-

Estado en el mercado en constante movimiento con una parábola que recorre una grilla que indica mayor o menor actividad reglamentaria del Estado, pero siempre lo sindica en movimiento o actividad, nunca detenido y, siempre, con un valor mínimo superior a cero.

Tomando este sistema, podríamos sostener que en la Argentina la actividad reglamentaria del Estado ha atravesado varias veces las distintas actitudes, más o menos intervencionistas de los distintos gobiernos. Una clasificación ideológica tornaría estéril e infructífero cualquier estudio. Independientemente de su signo político, forma de acceso al poder o duración en el mismo: todos LOS GOBIERNOS EN ARGENTINA han utilizado distintos formas y volúmenes de intervención estatal.

Ahora bien, las realidades políticas y económicas de Argentina y Latinoamérica son mucho más coincidentes que divergentes[8], y es por ello que aún utilizando como uno de los ejes el trabajo antes mencionado, igual incluimos la noción de *"derecho administrativo económico"* para que quede claro el objeto y los sujetos partes del análisis.

Una mirada histórica de la Obra Pública en la Argentina: especulando con una visión superficial utilizaré el péndulo que propone Herren Aguillar para abordar el eje del desarrollo infraestructural en la Argentina, aún cuando los ejemplos jurisprudenciales y normativos solo obedecen a una línea de relato y no abarcan la totalidad de la actividad estatal en estos temas por obvias razones de espacio.

La Patria Peronista

La mayoría de los textos que se ocupan de hablar sobre las Obras, los Servicios Públicos y las fuentes de energía en la Argentina tienen una tendencia marcada a individualizar, fijar o determinar como el período máximo de organización de la infraestructura estatal del país en los primeros gobiernos del General Perón.[9]

Me veo en la obligación de dejar asentado que esta óptica agiliza el arribo al núcleo temático que he elegido para tratar y comparar con la actualidad, pero tiene la profunda injusticia – según mi opinión- de olvidar los gobiernos de Roca, Mitre y especialmente los de Hipólito Yrigoyen y Marcelo T. de Alvear quienes (entre otras innumerables logros) firmaron los decretos de creación de la Dirección General de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Y.P.F) y la designación al frente de esa repartición del General Enrique

8 "La lógica de la intervención estatal que prevaleció entre nosotros hasta hace poco tiempo estaba, pues, centrada en la supremacía del interés público (entendido como interés del Estado-Nación) sobre los intereses privados." T. del A. En: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo: "Agências Reguladoras Independentes, Fundamentos e seu Regime Jurídico"; Editorial Fórum; 6ª edición –Brasil, 2005; pág. 27

9 "Este clima de ideas económicas fue cristalizado en la Constitución reformada en 1949, que consagró al Estado como dueño de los servicios públicos y de las fuentes energéticas" en *Nueva Historia de la Nación Argentina.* Academia Nacional de la Historia, Tº 7, Pág. 306, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2001.

Mosconi[10]. En idéntico sentido y tomándonos una licencia cronológica, trataremos más tarde el tendido de las primeras redes ferroviarias.

Utilizaré esos puntos máximos de injerencia, en los cuales la intervención administrativa llegó a *constitucionalizar*[11] el juego, como la medición más alta del recorrido pendular de la actividad reglamentaria del estado en materia económica. En el punto referido expresamente al Derecho Constitucional, me referiré al momento actual y vigencia de las normas incorporadas y sobrevivientes desde 1853, sus antecedentes y los principios generales.

Habrá que recordar – amén de la cita constitucional – que la era peronista significó una constante producción de bienes infraestructurales con recursos del Estado. La obra pública se desarrollaba íntegramente con mano de obra del empleo público, maquinaria y fondos públicos y materiales producidos o adquiridos por la misma administración. Es de entender, entonces, que la relación administrativa de empleo público - y su sobredimensionamiento – nace más cerca de incorporar fuerza laboral a la maquinaria estatal y luego ocuparla *keynesianamente,* que de agrandar la "industria nacional[12]" para mejorar

---

10 PIEN, Sandra: "un Argentino Llamado Mosconi", Biblioteca Soldados, Buenos Aires, 1999. También se debe destacar su influencia y relación con Jorge Newbery en el impulso de la aeronavegación nacional.

11 **Constitución Nacional Argentina de 1949: Ca**pítulo IV: La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica: Art. 38 - La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda abolida para siempre de la legislación argentina. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempo de paz. Art. 39 - El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino. *Art. 40 - La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios. Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias. Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido."*

12 BIGLIERI, Alberto:" *El derecho Público en la Ínsula de Barataria*" –en homenaje al 400º aniversario de la 1º edición de El Quijote- Revista Urbe et Ius Nº IV pág. 95, Primavera de 2005 (www.urbeetius.org.), Ver en este artículo la evolución de la noción *industria*.

las infraestructuras básicas en comunicación , salud, transporte, etc. En igual sentido, las normas dictadas para la regulación patrimonial de las maquinarias y las formas de adquisición de materiales necesarios para el desarrollo de estas actividades, fluían del puño y letra oficial.

Este fue un período en el cual el estado era el *primer actor, director y guionista de un film en blanco y negro*.

> *"El intervencionismo adquiere hacia 1946 connotaciones diferentes, cuando el Justicialismo produce un cambio sustantivo en la concepción política, económica y social. Al Estado se lo instrumentaliza en pos de la justicia social, la redistribución del ingreso y la necesidad de producir un acelerado proceso de sustitución de importaciones. Se instala, de esta manera, un intervencionismo estructural y permanente por el cual el Estado ya no sólo regula sino que, a través de las nacionalizaciones, gestiona empresarialmente en estratégicos sectores de la economía.*
> *Es en esta etapa cuando comienza a configurarse el Estado empresario, porque de hecho la empresa publica era un idóneo instrumento de redistribución del ingreso y de acumulación de capital frente a la insuficiencia del sector privado.*
> *Es entonces cuando se perfila el concepto de Estado de bienestar, que busca ser un justo medio entre el Estado de derecho liberal, que pone acento en lo individual, y la concepción socialista, que enfatiza lo colectivo.*
> *Sin embargo, el proceso de crecimiento empresarial estatal en la Argentina y el de otras modalidades de intervención, no se detendrán aun cuando hubiere caído el gobierno justicialista. Por el contrario, adoptaran nuevas formas en procura del desarrollo económico."*[13]

En nuestro país –LAMENTABLEMENTE- los movimientos pendulares de la intervención administrativa en la economía siempre aparecen en forma espasmódica. La caída del General Perón, de ése gobierno constitucional, trajo como consecuencia la demonización de sus políticas. A cada gobierno depuesto lo ha sucedido una demolición completa de sus obras (materiales e intelectuales). Siento la necesidad de expresarme contrariamente a estos cambios abruptos y precipitados de los rumbos económicos, sin que ello constituya un juicio de valor – en especial del gobierno peronista.

13 DROMI, Roberto: " Empresas Públicas – de Estatales a Privadas-",pág. 21 y ssgtes., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, 1997.-

El modelo se puede apreciar, tanto en la letra de la Constitución de 1949 – derogada a la caída del gobierno – como en innumerables situaciones. Por ejemplo la relación jurídica y la inversión en ferrocarriles[14]:

Desde la *novedosa*[15] iniciativa privada inicial en ferrocarriles, el crecimiento de la participación estatal en el tendido de la red ferroviaria, a la nacionalización del gobierno de peronista, la privatización de los 90 y el rescate de las concesiones durante el período de Kirchner, el péndulo no ha tenido respiro.

El análisis histórico demuestra lo expuesto:

> *"La aplicación de la teoría sostenida en el mensaje presidencial de 1887 apoyada por los gobernantes que ejercieron el poder en años posteriores, hizo que en 1900, la extensión de vías del Estado se redujera en 1700 kilómetros, en tanto que la de las empresas particulares se acrecentaba en casi 11000 kilómetros.*
> *A partir de 1900 el desenvolvimiento de las vías férreas anotado en años típicos de su desarrollo ha sido el que expresa el cuadro que sigue:* [16]

Años	Longitud de Vías		Longitud Total	Aumentos Parciales	
	Estado	Particulares		Estado	Particulares
1900	2,0	14,5	16,6		
1907	2,6	19,4	22,0	0,6	4,9
1914	4,7	28,8	33,5	2,1	9,4
1922	6,0	29,1	35,1	1,3	0,3
1930	8,7	30,2	38,9	2,7	1,1

> *"Este clima de ideas económicas fue cristalizado en la Constitución reformada en 1949, que consagró al Estado como dueño de los servicios públicos y de las fuentes energéticas .De todas las nacionalizaciones, la de los ferrocarriles, fue la*

14 La referencia expresa a su desarrollo corresponde a la aplicación analógica que se puede realizar en el marco del derecho histórico argentino, pues ha sido el tren el emblema de la comunicación terrestre en nuestro desarrollo infraestructural.

15 ALBERDI, Juan Bautista. BASES; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires, 1998, (1era. Edición 1852); pág. 69, transcribo el párrafo con el que el *alma mater* de la carta magna se refería al ferrocarril en la **publicación de 1852**:" *Ferrocarriles*. El ferrocarril es el medio de dar vuelta al derecho l que la España colonizadora colocó al revés en este continente. Ella colocó las cabezas de nuestros Estados donde deben estar los pies. Para sus miras de aislamiento y monopolio, fue sabio ese sistema; para las nuestras de expansión y libertad comercial, es funesto. Es preciso traer las capitales a las costas, o bien llevar el litoral al interior del continente. El ferrocarril y el telégrafo eléctrico, que son la supresión del espacio, obran este portento mejor que todos los potentados de la tierra. El ferrocarril innova, reforma y cambia las cosas más difíciles, sin decretos ni asonadas "

16 ORTIZ, Ricardo M.: "Historia Económica de la Argentina" (5º Edición), pág. 583, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1978.-

> *más cargada de connotaciones simbólicas y la más celebrada por la mayoría de los argentinos. Muchos opositores denunciaron los términos de la sinuosa negociación (1946-1948), al cabo de la cual el Estado absorbió los enormes gastos de modernización y reequipamiento que las empresas (británicas en su mayoría) delegaron de buena gana en vísperas de la expiración de sus privilegios impositivos. Pero éstos gastos (que dichas compañías no podían enfrentar) eran el precio que muchos estados estaban pagando, ya que desde la crisis de 1930, la nacionalización de los ferrocarriles era una tendencia mundial."*[17].

En general los gobiernos de facto han sido más liberales – en lo económico- que los democráticos, al menos en los discursos.

La Patria Contratista

A párrafo seguido desarrollaré el título elegido, que podría también llamarse "La Patria Financiera" , como fue popularmente conocida, por el desdén que se trató al sector productivo en paralelo al sobredimensionamiento de los servicios – en especial bancarios y especulativos- durante la dictadura militar inaugurada en 1976 y que era vista por los historiadores así:

> *"….las Fuerzas Armadas y los sectores del establishment que las acompañaban habían decidido ir más lejos. En su diagnóstico, la inestabilidad política y social crónica nacía de la importancia del poder político de los grandes grupos corporativos –los trabajadores organizados pero también los empresarios- que alternativamente se enfrentaban, generando desorden y caos, o se combinaban, unidos por una lógica peculiar, para utilizar en beneficio mutuo las herramientas poderosas del Estado intervencionista y benefactor. Una solución de largo plazo debía cambiar los datos básicos de la economía y así modificar esa configuración social y política crónicamente inestable."*[18]
>
> *"El criterio de proteger la industria –a la que se achacó su falta de competitividad- fue reemplazado por el del premio a la eficiencia, y fue abandonada la idea que el crecimiento económico y el bienestar de la sociedad se asociaban con la industria. Se trataba de un cuestionamiento similar al del resto del mundo capitalista, pero la respuesta local fue mucho más destructiva que constructiva.*

17 "Nueva Historia de la Nación Argentina", Tº 7, de la Academia Nacional de la Historia, pág. 306, Editorial Planeta, Buenos Aires Argentina, 2001.

18 ROMERO, Luis Alberto; Breve historia contemporánea de la Argentina, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. 15ª. reimp. –Buenos Aires, 2008, pág. 212

> *La estrategia centrada en el fortalecimiento del sector financiero, la apertura, el endeudamiento y –como se verá- el crecimiento de algunos grupos instalados en distintas actividades, no benefició particularmente a ninguno de los grandes sectores de la economía.*"[19]

Los gobiernos de la segunda mitad del siglo XX , no llegaron a imponer un criterio básico o al menos uniforme. Arturo Frondizi (1958-1962) y Arturo Illia (1963-1966) dos presidentes constitucionales, formados en el mismo partido político (Unión Cívica Radical) que los mencionados presidentes Yrigoyen y Alvear, apostaron en contraposición diametral a la inversión privada en la exploración y explotación petrolera y luego a la anulación completa de esos contratos, respectivamente.

Los golpes militares concentraron en pocas manos la riqueza nacional, y a la sombra de las *"hipótesis de conflicto"*[20] se emprendieron grandes obras de infraestructura básica (carreteras, autopistas, fuentes alternativas de energía, comunicaciones, etc.) pensando siempre en conflictos latentes (Inglaterra/ Malvinas, Chile/Beagle – Hielos Continentales, Brasil/Ríos mesopotámicos, etc.).

Un erario en quiebra operativa, continuamente diezmado por compras de armas e incomprobables gastos reservados dirigidos a la "seguridad interior", grandes contratos, grandes comisiones, préstamos internacionales, nacionalización de la deuda privada y la aparición de los primeros casos escandalosos de corrupción, encaminaron el sistema de obras públicas a las realizaciones por medio de contrataciones a las grandes empresas, que efectivamente se hicieron grandes en este período (1966- 1983)[21] . De la Patria Peronista (estatista) pasamos a ser la Patria Contratista. En esta última la doctrina aceptó (algunos solo toleraron) la lógica de la aplicación del derecho privado para todas las aristas de la relación: Estado\ Contratista, Contratistas\ Empleados, Contratistas\ Proveedores, etc. Puertas adentro, se creaba la figura de *sociedades del estado* regladas fundamentalmente por el derecho privado para poder luchar con las fuerzas del mercado en igualdad de condiciones, y como máxima expresión de la intervención administrativa en la economía se creó un holding estatal: la Corporación de Empresas Nacionales

Este nuevo orden, beneficiado por un poder omnímodo ante quien nadie se alzaba, alcanzó su cenit con algunas medidas en las que el Estado, prácticamente, reemplazaba al mercado. Se implementó una "tablita"[22] que fijaba, día a día, el tipo de cambio del

---

19 ROMERO, Luis Alberto; Op. Cit. pág. 217.

20 Planificación militar.

21 En 1973, Héctor J. Campora ganó las elecciones presidenciales con Perón en el exilio. Inmediatamente se organizó su regreso y en ese mismo año se convocaron a nuevas elecciones con el triunfo de la fórmula Perón-Perón. La desaparición física del líder justicialista -1974- y la sucesión en el poder de su esposa, María Estela Martinez, solo interrumpieron en lo formal el período económico de los gobiernos militares. La violenta interna política en el peronismo, se torno en una batalla ideológica que desatendió la economía nacional.

22 La *tablita de Martinez de Hoz* era el nombre con que se la conoció.

dólar estadounidense. Su "intención" antiinflacionaria solo alentó el vuelo razante de capitales golondrinas. Entre 1981 y 1982, desde la autoridad monetaria (Banco Central de la República Argentina) D. Cavallo implementa el "hospital de empresas", permitiendo a aquellos contratistas que adeudaban grandes sumas de dinero en impuestos emitir acciones en forma de garantía de pago o pago, sin perder el control empresario independientemente del volumen accionario cedido al Estado. La contundente derrota en Malvinas, implica también una caída del contexto económico "bélico" imperante en todos los gobiernos militares[23]. La hiperinflación, la emigración de capitales y la desaparición de los "gerentes" de la Patria Contratista dejan en manos del Estado una innumerable cantidad de empresas (quebradas y deficitarias) con las que no había soñado ni el extinto General Perón.

Los primeros años de Alfonsín (1983-1989) se fueron en los tremendos esfuerzos de sostenimiento del sistema y enjuiciamiento a los responsables de la represión ilegal. La reposición de las libertades políticas y los derechos humanos cambiaron el eje de la discusión. La asfixiante deuda externa y la dependencia del Fondo Monetario Internacional no modificaron profundamente el panorama. Un cambio de moneda (se dejó el peso argentino y se pasó al austral) encubrió una violenta devaluación y la espiral inflacionaria obligó a una convocatoria anticipada a elecciones presidenciales. Alguna iniciativa relacionada con la transformación del sistema sindical[24], la incorporación de capitales privados en telefonía[25] o la asociación con capitales y management privado [26], chocaron con la oposición legislativa del peronismo que meses después aplaudiría la "Era de las privatizaciones" de Menem.

La Patria Privatista

A pesar del subtítulo, y de cómo se conoció el sistema que se implementó desde 1990[27], debemos subrayar que: el marco de transformación tuvo un gran consenso social[28] - y sindical, pues las centrales obreras recibieron bajo el título de "programa de propiedad participada" partes de los paquetes accionarios de las empresas privatizadas- que se reflejo en un cuerpo legal (dictado por el Congreso Nacional[29]) cuya abanderada fue la ley 23.696 conocida como Ley de Reforma del Estado o Ley marco de las Privatizaciones. En este contexto salieron de la *intervención directa* para quedar en la llamada *intervención di-*

23 1930, 1943,1955 ,1962,1966, 1976. Tampoco los gobiernos de Perón : 1946, 1952 y 1973 carecían de un perfil belicista.

24 Y su incidencia en el "Costo Argentino"

25 Plan Megatel: Un plan de inversiones sin participación gerencial empresaria.

26 Se avanzó en asociar Aerolíneas Argentinas a Scandinavian Air System (SAS)

27 Es un giro literario: efectivamente esta época comienza en 1989.

28 A pesar de medidas duras como el ahorro forzoso y la indisponibilidad de fondos sostenidas por las leyes de emergencia económica, toleradas por la Corte Suprema en el fallo "Peralta"

29 La aparente redundancia es aceptada por la RAE para enfatizar ideas.

rectiva [30] , por ejemplo, ENTEL (Empresa Nacional de Telecomunicaciones, OSN (Obras Sanitarias de la Nación, Aerolíneas Argentinas, Ferrocarriles Argentinos, Gas del Estado, SEGBA (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires), etc.

La Ley Nacional 23696[31] tiñó una época. Fue popularmente conocida como la ley "de las privatizaciones" aún cuando en su plexo convivieron las diversas formas de relación que pergeñó el Estado para relacionarse con los capitales privados[32]: Ventas totales de empresas comerciales: (textiles, metalúrgicas, canales de televisión radios, etc). Venta de acciones. Concesiones propiamente dichas. Concesiones con venta de inmuebles (Telefónica y Telecom), Permisos, Autorizaciones, Licencias, etc. Se utilizó la definición *privatización* (que pertenecía a la idea especie) como el género que englobó a todas las modalidades que se implementaron para estas relaciones estado-particulares.

La idea que mencionamos anteriormente como "hospital de empresas" aflora nuevamente y ahora en el texto legislativo, pues el Poder Ejecutivo podrá : " *Disponer para cada caso de privatización y/o concesión de obras y servicios públicos que el Estado Nacional asuma el pasivo total o parcial de la empresa a privatizar ,a efectos de facilitar o mejorar las condiciones de la contratación.*"[33]. El Estado fue llevado a asegurador del fracaso empresario. Podríamos hablar de una intervención que lejos de directa o directiva, desbarata las reglas de juego del mercado y la lógica capitalista del riesgo empresario. También consideramos inaceptable la utilización de estas normas para justificar la prorroga internacional de jurisdicción.

> *"El fenómeno jurídico de los años noventa dejó en el territorio provincial algunas heridas, quizás no tan grandes ni significativas como las del orden nacional*

30 DROMI, Roberto: Derecho Administrativo, 10º Edición, pág. 990. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.: "Intervención Directiva:…de orientación o de política económica estricta... Intervención Directa:…de ejecución…"

31 Ley 23696, Artículo 15: Alternativas de procedimiento. Para el cumplimiento de los objetivos y fines de esta ley, el Poder Ejecutivo, a través de la Autoridad de Aplicación o en forma directa en su caso podrá: 1º) Transferir la titularidad, ejercicio de derechos societarios o administración de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas declaradas "sujeta a privatización". 2º) Constituir sociedades; transformar, escindir o fusionar los entes mencionados en el inciso anterior. 3º) Reformar los estatutos societarios de los entes mencionados en el inciso 1º de este artículo. 4º) Disolver los entes jurídicos preexistentes en los casos en que por transformación, escisión fusión o liquidación, corresponda. 5º) Negociar retrocesiones y acordar la extinción o modificación de contratos y concesiones, formulando los arreglos necesarios para ello. 6º) Efectuar las enajenaciones aún cuando se refieran a bienes, activos o haciendas productivas en litigio, en cuyo caso el adquirente subrogará al Estado Nacional en las cuestiones, litigios y obligaciones. 7º) Otorgar permisos , licencias o concesiones para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieran afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticen…., los incisos siguientes (8,9,10 y 11) disponían beneficios impositivos para el Capital de inversión. Los incisos 12 y 13 se analizan en cuerpo principal de la nota.

32 BIGLIERI, Alberto: "Privatizaciones: las alternativas de procedimiento en la Ley 23.696 ", Revista del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, N° 34, Junio-Agosto de 2000.

33 Ley 23696, artículo 15, inciso 12. Para completar, el inciso 13: " Llevar a cabo a cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento necesario o conveniente para cumplir con los objetivos de la presente ley"

. Aún así el debate doctrinario[34] , sobre la posibilidad de aceptar el juzgamiento foráneo como parte del trato para atraer inversiones de capital extranjero llevó a profundizar el estudio de los alcances del artículo 1 del Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente a la facultad administrativa de prorrogar la competencia. En buen romance se interpretó, utilizando una división aceptada por gran parte de la doctrina en esa época, que era posible aceptar como negociable la jurisdicción a cambio de ese ingreso de divisas. Por supuesto que como siempre en nuestro país prevalecen los antónimos y así lo provisorio aparece como definitivo, lo excepcional como regla y la emergencia eterna; entonces la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación : "...quienes dirijan las negociaciones de la República no deben acceder a semejantes cláusulas sino en caso de excepcional importancia y de absoluta necesidad "[35] se hizo agua de borrajas y en 55 casos[36] descubrimos esa excepcionalidad y absoluta necesidad. A esta altura, corresponde incorporar el comentario pertinente a que los artículos 1 y 2 del Código de rito nacional , tienen una redacción similar – especialmente a la luz de sus efectos- a los del mismo orden provincial. Es, entonces, altamente recomendable el trabajo sobre el tema de H. Rosatti[37] , aunque elaborado sobre el texto normativo nacional, pues su concordancia permite comprender su funcionamiento y efectos sobre las provincias, como ocurrió efectivamente en el caso de Aguas del Aconquija (Tucumán) y Azurix Corp. v. Argentine Republic [38](Case No. ARB/01/12) que se ventila ante el Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En ese trabajo , el autor, elabora una receta interesante para discernir también entre la presencia ante tribunales judiciales extranjeros u otros órganos de resolución de conflictos , y los efectos de sus sentencias. Estas últimas podrían respetar la inmunidad soberana a la hora de "nacionalizarse" (vg. Exequátur) y correspondiendo la ejecución de sentencias a las modalidades propias de la reglamentación formal , vuelta a empezar." [39]

En mérito a la seguridad jurídica reclamada por los inversores, y para garantizar las ecuaciones de los contratos se diseñó un corsé cambiario, similar a la reseñada "tablita",

---

34 A mí entender saldado con las inclusiones de la competencia sobre Responsabilidad Patrimonial y Contratos administrativos en el artículo 2º incisos 4 y 6 del Nuevo Código Contencioso Administrativo.

35 Dictámenes PTN: 129:137

36 Dato de la Secretaria de Comercio Exterior de la Nación

37 ROSATTI, Horacio D. "Prórroga de Jurisdicción y Soberanía Nacional" en Revista de Derecho Público, 2004/1 de Rubinzal Culzoni.

38 En todos los casos aparece como demandada la Nación, esto se debe a su relación contractual directa, a imputársele falta de cumplimiento de los tratados recíprocos de protección de las inversiones o a el reconocimiento del Estado Nacional como única entidad con personería jurídica en el Derecho Internacional.

39 CASSAGNE, Juan Carlos: Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Título IX, Capítulo II, Pág. 993/994, por BIGLIERI, Alberto, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2007.-

por el cual fue cristalizado en un tipo fijo la relación 1 dólar = 1 peso conocido como "convertibilidad". Durante una docena de años, sumado a la apertura aduanera, se destruyó la producción industrial, y especialmente se deterioró la producción agropecuaria que tuvo que luchar contra la importación de comodities subvencionados de la Unión Europea y de los Estados Unidos de Norteamérica, por primera vez en la historia "el granero del mundo" importaba granos. La salida de Menem, no significó grandes cambios, por el contrario el apego del gobierno de De la Rúa a los órganos rectores de la economía internacional vaciaron su equipo de aliados políticos que reclamaban una salida ordenada de la convertibilidad. La vuelta de Cavallo al ministerio de economía disparó una revuelta social que derivó en la caída del Gobierno. Antes de esta situación, una vez más, se intentó transformar al Estado en una aseguradora de riesgo. Por tercera vez en la historia volvía el "hospital", así lo reseña el periodismo:

> *"Las empresas con deudas impositivas y previsionales podrán incorporar al Estado como socio. Si poseen deudas bancarias de mala calidad (categorías 3 a 6), podrán canjearlas por el valor nominal de títulos públicos devaluados. En Economía sostienen que el rescate tendrá costo cero para el Estado y será ventajoso para los bancos. Pero lo cierto es que el fisco renunciará a percibir dinero contante y sonante y a cambio recibirá participaciones accionarias, teóricamente por un valor proporcional. Así, tras las privatizaciones de los '90, ahora podrían "condonarse" gran parte de los 15 mil millones de pesos, la suma de las deudas fiscales. El Estado, como en épocas del extinto Banade (Banco Nacional de Desarrollo), se convierte nuevamente en hospital de empresas. Como con el Cavallo del '82, toda la sociedad se hace cargo de los pasivos…"*[40]

Igualmente el golpe final fue la medida conocida como "corralito financiero" por medio del cual se impedía retirar del sistema financiero el dinero ahorrado (y nominalmente sostenido por la convertibilidad) y solo permitía contar con $ 1000.- (o u$s 1000.-) en efectivo por mes, con la obvia similitud para el giro o disposición de las utilidades. Una medida muy parecida a las recetas de shock que mencionamos en el inicio de los 90, pero que en este caso no dio resultado.

La Patria Milagrosa

DIOS ES ARGENTINO. Frase cotidiana que sirve para explicar lo inexplicable, lo natural o lo sobrenatural, lo casual o lo causal, y que sirvió para decir que en dos años,

40 SCALETTA Claudio, Diario Página 12, Edición del día 3/11/2001, Buenos Aires, Argentina.

luego de la salida violenta de la convertibilidad (llegamos a estar u$s 1.- = $ 4.-), la incomparable revalorización del precio internacional de las materias primas, y el desarrollo tecnológico (biogenética) aplicado a la siembra el país postdefault reviviera como Lázaro y camine con una economía emergente en un crecimiento de 8 % anual.

Luego de la caída del Presidente De la Rúa, el interregno de Duhalde (que salió de la convertibilidad y ensayó las primeras armas luego de declarado el default por otro Presidente interino – Rodríguez Saa) comenzó con el Ministro de Economía Lavagna y la negociación integral de la deuda externa, el Gobierno encabezado por Néstor Kirchner (quien concluyó esa negociación con el mismo ministro, hoy fuera del equipo presidencial) incide en el mercado a través de una fuerte política monetaria para sostener un tipo de cambio alto ($3,80.- = u$s1.-), fijando altas retenciones a las exportaciones agropecuarias (especialmente agrarias) que le han permitido saldar las obligaciones con el FMI y reunir reservas record en el Banco Central. El buen momento económico llevó al gobierno a recuperar la concesión del agua potable, creando una Sociedad Anónima (de capital estatal y propiedad sindical participada) con un régimen de derecho privado para poder "competir" fuertemente en el mercado, y a recuperar las concesiones de los principales ferrocarriles, en ambos casos bajo pretexto de incumplimiento de las inversiones necesarias. DEJA VU.[41]

Un Hito Jurisprudencial

En tiempos de la que dimos en llamar "Patria Privatista", la oposición legislativa intentó el camino judicial para detener el proceso de privatizaciones -en el caso Aerolíneas- y su acción desembocó en una doble derrota. A nadie llamó la atención que la Corte Suprema sostenga en la acción de amparo iniciada por el Diputado Nacional Fontela (autos: *Fontela Moisés Eduardo c/ Estado Nacional s/Amparo*) que ***: " la administración de la hacienda y patrimonios públicos, y el diseño de las políticas respectivas,….materia propia de otros poderes…No resultando, por cierto, el de los estrados judiciales, el lugar en que deben ser debatidas y juzgadas la bondad o acierto u oportunidad de decisiones políticas sobre los asuntos públicos***" (fragmento del considerando 18), lo notorio fue la recepción en la sede del más alto Tribunal de una acción titulada: "DROMI, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ Avocación en autos: Fontela Moisés Eduardo c/ Estado Nacional s/Amparo" de la que surgió la doctrina del *per saltum*, según la cual la Corte Suprema de justicia "salteando" las instancias inferiores se avocó al

41 Asumo que esta reseña histórico política podría compararse con las del tipo de las publicadas por los diarios en el libro "1984" de George ORWELL.

tratamiento de esa causa dada su trascendental importancia institucional. Vale recordar que el fallo rechazaba la legitimación esgrimida por el legislador.[42]

EL Derecho de las infraestructuras en la Constitución Nacional:

Como adelantáramos, nos referiremos a la Carta Magna, vigente, a algunas experiencias derogadas, a las raíces históricas del texto, a la doctrina, a las costumbres y a la recepción legislativa; en definitiva a los principios generales, que conforman el Derecho administrativo económico aplicable al desarrollo nacional:

> *"En efecto, desde la separación de los poderes, hasta el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, la autotutela en materia de dominio público, la continuidad de los servicios públicos y la igualdad en la licitación pública, todos ellos constituyen principios generales del Derecho administrativo, y aunque no se encuentren expresamente incorporados en todos los casos al Derecho positivo, han tenido plena acogida por parte de la doctrina y la jurisprudencia".*[43]

Ahora, iniciados en los conocimientos de nuestra historia, en una obra colectiva con aportes internacionales, se hace indispensable en otras pocas palabras explicar el sistema federal argentino, para luego poder elaborar una teoría, más o menos realista sobre las infraestructuras en el país y los procedimientos aplicados a su desarrollo.

La Constitución Nacional Argentina, típicamente enunciativa, ha sido vista desde su misma jura como un programa de gobierno. Algunas pocas medidas procesales han sido incorporadas en la Reforma de 1994, y se ha consolidado la noción de una fuente generadora de derechos, más que un contenedor de estos. La conformación de una estructura nacional se forjó con herramientas jurídicas que proyectaron la noción de nacionalidad común – fenómeno repetido en Hispanoamérica-:

> *"Bolívar …….al escribirle al Director de las Provincias Unidas del Río de la Plata, Juan Martín de Pueyrredón (el 12 de junio de 1818), indicando el imperativo estratégico de que "una sola debe ser la patria de todos los americanos, ya que en todo hemos tenido una perfecta unidad"*[44]

---

42 Actualmente, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha reconocido la legitimación – una especie de pluslegitimación- de los legisladores en cuestiones que exceden al marco de sus funciones.

43 CASSAGNE, Juan Carlos; El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa; Editorial Marcial Pons Argentina; 1ª edición –Buenos Aires, 2009; pág. 45

44 GARCÍA NETTO, Irma Adriana (compiladora), En: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LATINOAMERICANO, Los orígenes de la integración suramericana, de: FILIPPI, Alberto; Editorial Eudeba, 1ª ed. –Buenos Aires, 2009. pág. 30

> *"Mucho menos que una suma, o que una "nación de naciones", y sin que se lograra afirmar ni siquiera una (sola) nación, serán las ciudades hispanoamericanas más o menos grandes (y sus jurisdicciones) las que se transformarán en Provincias soberanas, casi siempre conservando el viejo nombre de la época colonial. En otras palabras, los Estados que surgen no fueron el producto de un proceso histórico específico y fuertemente caracterizado a niveles de integración "nacional" (como el europeo milenario), sino el punto de partida para una organización político-estatal sobre la única identidad socio-política del período: la ciudad-provincia (Goldman, 2003: 189-210).Noten ustedes que esta "debilidad estructural" de las "naciones" en el siglo XIX, en muchos casos artificialmente, ideológicamente potenciada por las rivalidades impuestas desde afuera por los imperialismos de turno, es una de las ventajas relativas que tiene (que va a tener) la América Ibérica en la progresiva edificación de los futuros procesos de integración. La "utopía de unión", que los dos siglos de independencia no han logrado realizar, se cumplirá en este siglo, y tal es el auspicio de la política internacional democrática tanto de los europeos como de los iberoamericanos, en este siglo XXI".*[45]

Esas herramientas privilegiaron la delegación al Congreso nacional de los llamados derechos de fondo – civil, comercial, penal, minería, trabajo, seguridad social- , algunas pocas normas de derecho público para el funcionamiento de la estructura estatal federal y las necesarias para la gestión interjurisdiccional[46]; pero reservaron la gran estructura del derecho público a las provincias.

Dentro de esas prescripciones hablamos de un reparto de competencias – entre la nación, las provincias y, eventualmente los municipios- a las que calificamos en tres grandes grupos, como: *delegadas* (exclusivas federales), *reservadas* (exclusivas provinciales o no delegadas) y *concurrentes*[47].

Veremos, entonces, que el tema de las infraestructuras puede quedar bajo la competencia de cualquiera de los tres grupos: dentro de un orden federal, dentro de uno

45 GARCÍA NETTO, Irma Adriana (compiladora), FILIPPI, Alberto; Op. Cit. pág. 31

46 Que en los albores de la patria eran insignificantes, pero con el correr de los años, la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación, la federalización del territorio de la Ciudad de Buenos Aires y la explosión demográfica en la zona del llamado conurbano bonaerense, las facultades interjurisdiccionales del Estado nacional se agigantaron, quedando en sus competencias TODOS las infraestructuras que servían en red a la población de esa zona: Electricidad, Agua, Cloacas, Teléfonos, Gas, Ferrocarriles y Rutas. Solo siguió en la órbita de cada municipio del conurbano la recolección de residuos y luego de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, esta obtuvo la competencia sobre el subterráneo y las concesiones de las autopistas de acceso a su territorio.

47 Actualmente nos encontramos ante un debate doctrinario sobre los alcances del derecho al ambiente sano incorporado en la última reforma.

provincial, en un orden constitucionalmente concurrente o - por el peso de los hechos[48] – en un orden federal por su interjurisdiccionalidad. Desde el proyecto de la Constitución vigente, soñado por Alberdi, se leía:

> *"Pero no obtendréis préstamos si no tenéis crédito nacional, es decir, un crédito fundado en las seguridades y responsabilidades unidas de todos los pueblos del Estado. Con créditos de cabildos o provincias, no haréis caminos de hierro, ni nada grande. Uníos en cuerpo de nación, consolidad la responsabilidad de vuestras rentas y caudales presentes y futuros, y tendréis quien os preste millones para atender a vuestras necesidades locales y generales; porque si no tenéis plata hoy, tenéis los medios de ser opulentos mañana. Dispersos y reñidos, no esperéis sino pobreza y menosprecio. Franquicias, privilegios. Proteged al mismo tiempo empresas particulares para la construcción de ferrocarriles. Colmadlas de ventajas, de privilegios, de todo el favor imaginable, sin deteneros en medios. Preferid este expediente a cualquier otro "*[49]

Este programa de gobierno, que refleja la Constitución se sostiene primariamente en un sistema de recaudación ordenado en atención la formación del Tesoro Nacional[50] generado en sus bases por la percepción de los impuestos de exportación y exportación, fijando con fuertes límites – prohibiendo – la imposición de aduanas interiores y cualquier derecho de transito dentro del territorio.[51]

---

48 A las redes de obras y servicios mencionadas, se agregaban – en la mayoría de los casos – los temas ambientales, hoy incluidos en la Constitución.

49 ALBERDI, Juan Bautista, Op. Cit. Pag. 71.

50 Artículo 4°- El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación; del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

51 Artículo 9°- En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso. Artículo 10- En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores. Artículo 11- Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio. Artículo 12- Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito; sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.

Con las garantías típicas de un diseño liberal y a la actividad y de la propiedad privada, también dentro del núcleo principal de derechos.[52] También aparece una cláusula de apertura al comercio internacional[53].

En 1994, entre otras reformas de gran profundidad, se incorporan las mandas relacionadas con la protección al ambiente sano[54], que acarrea la necesidad de incorporar los costos "verdes" en los sistemas de producción y los estudios de impacto ambiental para las obras de infraestructura. La protección de la competencia[55] – que registraba un antecedente importante en la Constitución de 1949[56] que no podía tildarse de liberal - , fija un amplio criterio de desenvolvimiento para la actividad privada y de concurrencia en el mercado. Aunque, la mayoría de los autores[57] no se han ocupado – todavía- de la

52 Artículo 14- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender. Artículo 17- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

53 Artículo 26- La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional.

54 Artículo 41- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

55 Artículo 42- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la **defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados**, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

56 Artículo 40, ver nota 12.

57 Los comentarios al artículo 42 se orientan en general al Estado oferente y no al Estado demandante, como ejemplo ver en: GORDILLO, Agustín; TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, tomo 2 La defensa del usuario y del administrado; Editorial FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO; 6ª edición – Buenos Aires, 2003, pág.II-9. GELLI, María Angélica; CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Comentada y Concordada; Editorial LA LEY; 3ª edición ampliada y actualizada –Buenos Aires, 2006, pág.464. BIDART CAMPOS, Germán J.; COMPENDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL; Editorial Ediar; 1ª edición –Buenos Aires, 2004, pág. 120.

cuestión monopsónica. La injerencia del Estado como único demandante en un mercado limitado a sus fronteras lo transforma en un actor clave de la formación de precios, o, peor aún: cuando no reglamenta su participación, en un elector discrecional del oferente con la incidencia que de ello se infiere.

Específicamente, en la parte dispositiva, entre las competencias del congreso nacional, se destacan las potestades de fijar tributos concurrentemente con las provincias y distribuir su producido[58].

La forma de organizar el presupuesto[59], no se condice con las políticas de Estado y a largo plazo, necesarias para un importante desarrollo infraestructural. En la ya comentada Constitución de 1949 se autorizaba al Congreso a fijar un presupuesto de hasta 3 años. En un orden similar, el constitucionalista y constituyente, Quiroga Lavié[60] sostuvo la idea de poder proyectar por el tiempo de mandato que le resta al Ejecutivo, ambas ideas quedaron sin encontrar eco en la Asamblea.

El inciso 18 del artículo de las atribuciones del Congreso se plasma la llamada CLAUSULA DEL PROGRESO, que a fuerza de ser sinceros, no hemos seguido debidamente:

> *"18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo."*

Finalmente, en las atribuciones del Título referido a los Gobiernos de Provincia se reservan los derechos de celebrar Tratados para fortalecer su desarrollo, solo poniendo en conocimiento al Congreso Nacional:

---

58 Artículo 75- Corresponde al Congreso: inciso 2(parcial) . Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación especifica, son coparticipables.

59 Artículo 75, inciso 8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este Artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

60 En el expediente 65, presentado por Humberto Quiroga Lavié.

> *"Artículo 125.- Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración*[61] *de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con recursos propios."*[62]

Estas mandas, vigentes, surgen de la acumulación de las tareas de las distintas Asambleas Constituyentes.

El vocablo "acumulación", no es casual ni antojadizo, surge de la forma en la que se ha ido conformando el actual plexo constitucional, en el que se ha ordenado la numeración correlativa de los artículos introducidos en su oportunidad, pero se ha dejado en el texto algunos "restos" de la labor de la primera redacción de 1853/ 1860[63] , y en la reposición de la vigencia de este texto[64] se incorporó un artículo dedicado a las conquistas sociales que las organizaciones de los trabajadores obtuvieron durante el Gobierno del Gral. Perón. Finalmente, en 1994, la ley de convocatoria[65] a la Reforma vedó la posibilidad de modificar cualquier artículo del núcleo duro –amén de los derechos de propiedad, libertades individuales, etc. se preservó lejos de las manos de los nuevos constituyentes la clausula pétrea del sistema de reforma [66]- y quedó como *tótem* sobreviviente la declaración de la libertad de los esclavos[67].

Responsabilidad del Estado -Las Reglas de Juego Precontractuales-

Uno de los grandes interrogantes – que quizás nunca se resuelva- es cuan de importante es el rol del Estado en su intervención en la economía.

La respuesta aparece tan efímera que no se la puede presentar como un dato con valor científico. La constante puja de intereses y su reflejo en la actividad estatal reglamentaria, activa, de control y de fomento actualizan, día a día – y en tiempos de Internet,

61 En portugués: "pesquisa".
62 Parcial.
63 La redacción original y la denominación a a que se hace referencia típica es a la Constitución Nacional de 1853, inspirada en la Obra "Bases" de Juan B. Alberdi, no obstante, la incorporación final a la confederación nacional de la Provincia de Buenos Aires, se produce con la enmienda de 1860, y de allí la mención 1853/1860.
64 Durante la Presidencia de Perón se puso en vigencia un texto – CN 1949 - que tras la caída de ese gobierno -1955- durante su segundo período, en 1957 se repuso la CN 1853/1860, incluyendo en ella los llamados derechos sociales en un artículo numerado como 14 bis.
65 LN 24039.
66 Artículo 31
67 Artículo 15

segundo a segundo- esa variable, impidiendo realizar un diagnóstico que derive finalmente en un valor determinado que permita cuantificar la acción estatal como virtuosa o dañosa.

Creyendo en una lógica emergente de la responsabilidad estatal que iría desde su inacción total ante un mercado libre, o al control absoluto –como en el desaparecido sistema soviético- los grandes estudiosos del derecho civil han encontrado siempre alguna respuesta para justificar la idea de un Estado asegurador que en el ámbito del capitalismo *auxilie* el fracaso privado.

Si el reglamentarismo fue excesivo o exiguo, si la actividad fue mucha o poca o tardía, si el control se ejerció, no se ejerció o se ejerció tardíamente; siempre han sido cimientos suficientes como para construir un edificio de justificaciones para que el Estado costee el riesgo empresario.

Obviamente este comentario acarrea un tono crítico a esas elucubraciones, casualmente cuanto más alambicadas, más cercanas a los pensamientos del liberalismo absoluto en la economía.

Pero en estos escritos – y en esa línea crítica a un rol asegurador INTOLERABLE para un país infraestructuralmente deficitario[68]- nos referiremos al accionar del Estado que se produce previamente al perfeccionamiento de los contratos que celebra para alcanzar sus altos fines públicos.

Fomento y Contratos

Dejamos sentado, que los innumerables recursos de fomento – subsidios, vencimientos fiscales diferidos, desgravaciones impositivas, localizaciones, etc., etc.- con que cuenta el Estado sin utilizar sus competencias activas, reglamentarias o de control podrían equipararse en incidencia dineraria (e incluso superar) a las cuestiones que desarrollaremos más abajo. Efectivamente la definición de Jordana de Pazos con una técnica "residual" deja a la vista que la actividad fomento escapa a los sistemas propios de funcionamiento y supervisión de las otras acciones de la administración y se constituye por descarte en el movimiento de un inmenso volumen de recursos públicos sin control:

> *"la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen*

68 Acostumbramos a hablar de un erario en penurias, pero el actual nivel de reservas en el Banco Central (aprox. u$s 50.000.- millones en el 2008) nos obliga a mirar la quiebra en el sistema de transporte, salud , energía, educación y comunicaciones, que impide el crecimiento económico del país y su distribución justa en la población.

necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos".[69]

Es por ello que se sostiene que la actividad interventora del Estado en materia económica excede sus límites históricos comprendiendo actualmente:

"El conjunto de normas e institutos jurídicos que permiten al Estado ejercer influencia, orientar, dirigir, estimular, prohibir o reprimir comportamientos de los agentes económicos en un determinado país o conjunto de países. Derecho económico es también la expresión que designa el estudio de esas normas e institutos jurídicos".[70]

Pero nos ocuparemos seguidamente de las situaciones emergentes de la actividad del Estado al seleccionar sus contrapartes en los contratos, y que consideramos como una relación reglada que origina una responsabilidad precontractual propiamente dicha. El derecho privado ha desarrollado algunas ideas para utilizar esta noción, pero las encontramos más cerca de algunos institutos de responsabilidad extracontractual que del tema de este trabajo:

"Por el hecho de acceder a negociar sobre un contrato, las partes inmersas en esta fase preliminar no se comprometen a llevar hasta el final los tratos y lograr un acuerdo. Si así fuera se estaría entorpeciendo gravemente el tráfico, ya que nadie se aventuraría a comenzar una negociación".[71]

Complementando la idea:

"De esa manera se ha juzgado que si uno de los participantes, y en el decurso de las negociaciones, pretende inspeccionar las mercaderías que serán objetivo del negocio futuro, y daña a esos elementos, su responsabilidad es precontractual."[72]

Pero, como dijimos, las reglas de juego claramente establecidas en los procedimientos de preselección de las contrapartes de la administración forjan un sistema de responsabilidad precontractual que pretendemos abordar y reseñar en base al instituto- Licita-

69 JORDANA de PAZOS, reseñado en el libro " Ayudas Públicas " de Ignacio M de la Riva, Editorial Hammurabi. Buenos Aires 2004, pag. 104.

70 HERREN AGUILLAR, Fernando, "Direito Economico" Editorial Atlas, San Pablo, 2006.

71 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén; en Revista Jurídica La Ley, Año LXX N° 191:" Responsabilidad Precontractual", Buenos Aires, Pags. 1,2,3.(Cita a CUADRADO PEREZ)

72 COMPAGNUCCI DE CASO, Ibidem.

ción Pública-, de cuya complejidad y exigencias, derivan los demás métodos empleados para contrataciones de menor impacto económico. Y asumiendo que en la actualidad el control sobre las políticas de fomento se encuentran apenas limitadas por la aprobación presupuestaria y el control posterior de la cuenta de inversión. La aplicación de las normas de procedimiento administrativo a las decisiones sobre esa inmensa masa de dinero, se limitan a un simple ajuste reglamentario o extrínseco acotado por la calificación de actos discrecionales, institucionales o políticos que reciben estas expresiones, para quedarse guarecidos del control judicial. De poco sirven los Convenios sobre transparencia (OEA 1996 y ONU 2003). Ambos Tratados Internacionales, consolidados a la luz de las obligaciones emergentes de la clásica Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, se parecen a un decálogo del derecho penal de "guante blanco" y traen algunas pocas obligaciones en materia de regulación de los contratos púbicos e institutos , que – dicho sea de paso – nuestros países venían incorporando desde la misma utilización de las fuentes del derecho indiano, y antes – obviamente – de las emancipaciones americanas, como el recordado Juicio de Residencia. El comentado artículo 42 de la Constitución Nacional, viene a reafirmar un marco necesario de control de la intervención administrativa en la economía para garantizar la competencia, en especial desde la consagración del art. 9 de la Convención ONU, que recogiendo las experiencias de sus antecedentes de la OEA y la UE, incluye expresamente las relaciones entre transparencia y competencia, y el procedimiento licitatorio.

La Licitación Pública

El instituto de la Licitación Pública está profundamente arraigado en nuestro sistema de derecho administrativo como el procedimiento preferido a la hora de seleccionar los cocontratantes con las organizaciones del derecho público nacional, provincial y local[73].

Este anclaje, o más específicamente hablando, esta interrelación ha recorrido –y recorre- todas las construcciones normativas posibles en nuestra estructura jurídica: reglamentos, ordenanzas, leyes[74] y finalmente el impulso de las últimas corrientes del constitucionalismo, que tienden a transformar en enciclopédicas las viejas redacciones pragmáticas, han llevado a incluir en la misma letra de los magnos textos el procedimien-

73 En algunos casos se ha obligado a grandes concesionarias de servicios públicos a realizar Licitaciones Públicas para impedir los abusos de las posiciones dominantes en los mercados a la hora de proveerse de determinados bienes.

74 Los sistemas de contratación han sido establecidos por Decreto, Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos Reglamentarios sobre Leyes de Obras y Servicios Públicos, Ordenanzas Generales de la Dictadura Militar, Ordenanzas en los Municipios, Leyes y Decretos Provinciales, en fin, han nacido de todas las formas posibles.

to licitatorio[75]. Igualmente se debe señalar que en el sistema federal de la Constitución Nacional Argentina, las competencias no delegadas por las Provincias a la Nación, y el reconocimiento a las autonomías municipales nos dejarían hoy ante la posibilidad formal de contar con 2180[76] normas procedimentales de selección de cocontratantes en los municipios, a las que habría que sumar las correspondientes a las competencias provinciales y federales.

Amén del método utilizado, la Licitación Pública se ha consagrado en nuestro medio como un procedimiento obligatorio de selección del cocontratante para las adquisiciones de bienes y servicios de relevancia económica.

Vale la pena aclarar, o al menos recordar, que fuertes opiniones doctrinarias[77] sostienen que en el "inicio de los tiempos", en el génesis de las relaciones contractuales administrativas, el criterio, la lógica del actuar de la administración se basaba en el principio de la libre elección.

Muchos años han pasado. Y se han construido sistemas de preselección abordados desde la óptica de optimizar los contratos, o desde la visión de generar un fuerte esquema de control que elimine el flagelo de la corrupción. Una u otra fundamentación, en forma alternativa o complementaria, han sido ideas-fuerza que solo sirven en la actualidad para algunos comentarios doctrinarios. Lo cierto es que la aplicación del procedimiento licitatorio importa una cantidad de derechos y obligaciones a los cocontratantes que se adelantan a las relaciones emergentes del acuerdo bilateral o contrato, para anticiparse a la fecha misma desde la que se invita o convoca a la adquisición de los pliegos, vg: a la fecha de la publicidad de la convocatoria a la Licitación.

Reseñaremos , brevemente, el instituto de la iniciativa privada, consagrada y reconocida como una ventaja competitiva entre los licitantes, otorgada a aquel cuya idea primigenia aporta un valor agregado a una determinada actividad u obra a realizarse y que obtiene como contraprestación una ventaja, cristalizada en los términos del pliego de bases y condiciones generales y particulares (PBCGP), tanto con su idea / propuesta como con los porcentajes de diferencia en ventaja que obtiene ante otros oferentes. Y finalmente las asociaciones público privadas (APP o PPP).

---

75 Constitución de Catamarca, artículo 174: "Toda enajenación de bienes de la provincia, compras suministros y demás contratos realizados por la misma, se harán mediante subasta o licitación pública bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales de los funcionarios que autoricen, ejecuten o consientan la trasgresión de estas normas. Quedan exceptuados los casos que expresamente prevea la ley de la materia".

76 Municipios y/o Comunas por Provincias: Buenos Aires: 134, Santa Fé: 363, San Luis: 64, La Pampa: 79, Santa Cruz, 20, Tucumán: 112, San Juan: 19, Formosa: 39, Tierra del Fuego:3, Chubut: 46, Neuquén: 57, Río Negro: 75, Entre Ríos: 267, Misiones: 76, Catamarca: 36, Salta: 60, Jujuy: 61, Santiago del Estero: 71, Chaco 68, Corrientes: 66, La Rioja: 18, Mendoza: 18 y Córdoba 428, Total 2180. – Dejamos constancia que la Ley de Comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no ha entrado a la fecha de este trabajo en vigor.

77 Marienhoff, Bielsa, Hutchinson, Cassagne, Dromi, Mairal, Sayagués Laso, etc.

Nuevos Institutos y Posibilidades en la Legislación:

Ahora bien, ni las obras públicas propiamente dichas, ni las concesiones, ni las privatizaciones aparecen como la panacea que se quiso entronizar en cada uno de los períodos desarrollados, y que en algún momento amalgamó la doctrina:

> *"Aun la ejecución de la obra objeto principal del contrato, en el caso de la concesión de obra pública, o de aquellas necesarias y directamente aplicadas a la prestación del servicio, en el caso del servicio público, debe considerarse un supuesto de obra pública por delegación, incluso en la hipótesis en que el delegado-concesionario contrate con terceros la realización de la obra del caso.".*[78]

Ahora, con mucho esfuerzo y muy lentamente, por la transformación cultural que representan, se abren paso los nuevos institutos conocidos como Iniciativa Privada y Asociaciones publico privadas, que requieren ineludiblemente: seguridad jurídica, políticas de estado, planes estratégicos (con alcance técnico, político, cultural, institucional, regulatorio y que contemple - en nuestro país, especialmente las condiciones geográficas -), proyectos a largo plazo[79], publico –privados con intereses convergentes. Como sostiene Hernandez-Mendible:

> *"En la sociedad contemporánea se admite que convivan juntos los derechos y libertades públicas, como la propiedad privada, la libre empresa, la libre competencia y los derechos de los usuarios con la intervención pública en la actividad económica nacional, la cual deberá desarrollarse teniendo presente que la actuación del Poder Público debe ser proporcional, idónea, adecuada y la estrictamente necesaria para satisfacer el interés general, lo que le permitirá limitar o restringir, más no anular el ejercicio de los derechos económicos de los particulares, pues ellos deben garantizarse en el marco de la economía social de mercado que reconoce la Constitución."*[80]

Obviamente, la dificultad normativa argentina emergente de las competencias sobre derecho público explicadas más arriba, generaron una suerte de "adhesión" de las

78 BARRA, Rodolfo Carlos; TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO 3, Administración pública. Jefe de Gabinete. Empresas públicas; Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma; 1ª edición –Buenos Aires, 2006; pág. 689 . (Con autorreferencia a su disidencia –junto a Fayt- en el fallo CSJ Davaro)

79 Releer nota art. 75 inciso 8

80 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.; LA NACIONALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES, LOS SERVICIOS Y LAS EMPRESAS EN VENEZUELA; En Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas; de AAVV,Colección Instituto de Derecho Público Universidad Central de Venezuela No. 3; Editorial Jurídica Venezolana; 1ª edición –Caracas, 2008; pág. 48

provincias a estos regímenes con leyes locales en "espejo". Siguen unas pequeñas observaciones referidas a los ingredientes locales de estos institutos más desarrollados en cualquier lugar del subcontinente:

Iniciativas Privadas para Obras Públicas[81]

Hace tiempo que la legislación ha incorporado la posibilidad de admitir que una persona o empresa privada se presente ante la Administración aportando una idea novedosa, o una propuesta que genere importantes ahorros en los métodos, tareas o elementos utilizados.

El disparador (de la responsabilidad precontractual) no aparece ante la sola presentación de la iniciativa, ni tampoco emerge de la actitud seguida por la Administración hasta su acto expreso de exteriorización de su voluntad: este período de la actividad se rige por las normas comunes del procedimiento administrativo, los plazos, reclamos, moras, silencios, etc. se encuentran dentro de la responsabilidad del Estado por su accionar legítimo (o eventualmente extracontractual si fuere un acto ilegítimo).

Pero desde el momento en que la Administración ha hecho suya la propuesta, deberá proteger y garantizar las ventajas que contará el emprendedor durante el procedimiento, y especialmente a la hora del análisis de las ofertas, que generalmente lo "premian" con diferencias a favor en los puntajes y precios merituables. Luego, nuevamente, rigen las normas del procedimiento licitatorio

Asociaciones Público Privadas[82]

Es posible que tenga un alto grado de razonabilidad la noción de incorporar entre las variables para la selección de una asociación público privada (PPP, por: participación público privada en España, parcerías publico privadas en Brasil, o Public-Private Partnerships en Inglaterra[83]) el *afecto societatis* del derecho comercial, en el mismo orden que a alguna de las grandes empresas privadas – o empresas públicas de gestión privada[84]- prestadoras de servicios públicos se les obligó en los contratos de concesión a regir sus adquisiciones importantes por las normas del procedimiento licitatorio.

81 Régimen Nacional de la Iniciativa Privada Dec. 966-05, la Provincia de Buenos Aires adhirió por LP 13810. La Ciudad de Buenos Aires por Ley 2635.

82 Régimen nacional de la Asociación Público Privada Dec. 967-05. En la Provincia de Buenos Aires LP 13810.

83 SHINOHARA, Daniel y FERREIRA SAVOIA, José. "Parcerias Público Privadas no Brasil", Editoria Manole, Barueri, SP, Brasil, 2008, pag. 12.

84 DROMI, Roberto. Empresa Públicas.

Esta diferencia es quizás la más importante para adentrarse en el terreno de aceptar una notoria distanciación entre las APP de otros métodos de incorporación de capital privado a actividades de interés estratégico para los estados.

Las Empresa Públicas, dejaron rápido paso a las Sociedades del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta, para luego utilizar las formas jurídicas societarias con todas sus alternativas (mayorías o minorías en los paquetes accionarios, órganos de control, acción de oro, miembro del directorio con derecho a veto) como cristalización de la participación estatal.

También es necesario recordar que se ha echado mano en reiteradas oportunidades a las herramientas societarias que permite utilizar el derecho privado para dotarlas de la agilidad necesaria para luchar[85] en el mercado cuando su objeto era industrial o comercial o a veces con la criticada finalidad de eximirlas del control público sin ninguna intención de incorporar capital privado.

Va de suyo que con las APP aparece una nueva lógica de relación que no se aparta de las instituciones vigentes ni crea ninguna nueva forma societaria.

El proceso de reestatización[86] manteniendo la estructura societaria de derecho privado nos lleva a pensar que el control de las prestaciones brindadas en la forma de esos monopolios públicos parecería disuelto de la función asignada a los entes reguladores destinándolos a la desaparición[87], salvo que se los mantenga pensando en nuevas privatizaciones , mediante licitación o a través del mercado bursátil, o ante la reformulación de las competencias de jurisdicción administrativa, que justificarían la supervivencia del regulador como asistente técnico de la Administración central o como efectivo controlador de la Administración activa. Va de suyo que esta última transformación necesita de una profunda reforma legal y constitucional, si no se pretende reincidir en las fórmulas de recursos directos ante los órganos judiciales de alzada[88] , congestionando el sistema judicial con las inconstitucionalidades impetradas[89] sostenidas desde "Fernández Arias c/ Poggio"[90] y constitucionalizadas en la Reforma de 1994.

---

85 Esta lucha puede tener fines comerciales o en otros casos de generar preciso de referencia como un método heterodoxo de intervención administrativa.

86 Como Aerolíneas Argentinas, o las empresas nacional y de la Provincia de Buenos Aires de aguas y saneamientos: AYSA y ABSA, respectivamente.

87 BIGLIERI, Alberto: "La regulación después de la intervención" www.direitodoestado.com.br/ASIER2008

88 Como por ejemplo los que se deducen ante el regulador del Gas: ENARGAS

89 Si el recurso interpuesto ante cualquier estrado judicial no permite una instancia amplia de discusión del derecho y de la prueba, se reduce a una decisión administrativa sin control judicial, pues – como ocurre en la Ley de Educación Superior con los recursos contra las decisiones finales y definitivas de las Universidades Nacionales- el órgano judicial controlador de la legalidad no necesariamente garantiza la protección del derecho constitucional de defensa en juicio.

90 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1960 en el que se consagraba el derecho a un control judicial suficiente y efectivo.

Volviendo, entonces, a la posibilidad de crear una alianza público – privada de distintas características a las conocidas hasta ahora corresponde analizar si esa flexibilización o mayor discrecionalidad en poder del Estado a la hora de seleccionar su aliado se transforma en un nuevo sistema o si se debe continuar con la lógica de las concesiones, en el que prevalece el análisis del objeto contractual y su remisión obligada a los principios de la Licitación Pública[91]. En cambio, una respuesta negativa nos deja en el marco de la cuestión de la responsabilidad precontractual del Estado, abordada desde una óptica más alejada de los controles como enunciamos antes de la definición de la actividad de fomento de Jordana de Pazos, y más enrolada en un ámbito de discrecionalidad para elegir al sujeto contraparte de la APP.

Doy por sentado que todas las hipótesis conducen a pensar en una asociación que pone en manos privadas la conducción de un proyecto público de interés estratégico para un Estado que ve agotadas sus posibilidades de implementar políticas públicas con escasos fondos, empresas propias ineficientes, acciones de oro o controles internos y que no se destina necesariamente a la prestación de servicios públicos, conformando por lo tanto un nuevo sistema.

Esta noción la induzco de pensar que cualquiera de las modalidades reseñadas como formas societarias hubieran servido de instrumento para canalizar una actitud de un Estado gestor con socios capitalistas, o que el sistema de las concesiones directamente subsidiadas acunó una dirección e inversión privada de una actividad no rentable. Tampoco parece que esas herramientas y la presencia *testimonial* de la Administración - como fuera otrora sostener o bajar precios, mantener la competencia o garantizar la calidad- se vean asegurados ni alcancen para implementar las nuevas finalidades públicas paridas después de la innecesariamente venerada globalización total y ante la más coherente organización internacional con bloques de integración regionales.

Es indispensable invertir el test de pertenencia de los caracteres de los servicios públicos como venía desarrollando la doctrina: ahora el principio de subsidiariedad demostrando la necesidad de la actividad estatal de fomento será el primer paso para iniciar el procedimiento de una alianza público – privada, luego es posible que alguna de las realizaciones de estas APP respondan a cada uno de los tipos de prestaciones encerradas por los demás caracteres y entonces les reconozcamos como una acción esencial , con todo lo que ello implica. Pero, lo más posible es que al menos en un principio, el acto con el que se plasme la comunión de las voluntades de las partes conlleve un esfuerzo en el método y expresión de la decisión pública al elegir su socio. Esta fuerte discrecionalidad exige un desarrollo exhaustivo de la expresión, enumeración y evaluación de las causas

91 En otros trabajos debería estudiarse cual sería la responsabilidad de los reguladores ante el nuevo marco de actividades mixtas.

y motivaciones (en este caso: los antecedentes empresariales, el objeto contractual de la sociedad privada y el por qué de la elección).

Como hemos explicado incansablemente en clases: a más reglamentación (como correspondería al supuesto de la respuesta positiva antes formulada: en las concesiones) menos esfuerzo en la exteriorización de la motivación de la voluntad, pero: A MENOS REGLAMENTOS MAS ESFUERZO Y EXPRESIÓN DE LA MOTIVACION QUE FUNDA LA DECISION.

Obviamente, este juego pedagógico, la posibilidad de reconocer en el Estado (y en estos casos: en sus funcionarios) la elección de un socio como en el derecho privado, implica un altísimo grado de discrecionalidad y por ende un importante nexo entre la decisión adoptada y la responsabilidad precontractual que no puede soslayarse con las viejas teorías de actos políticos no judiciables.

Conclusión

Obra Pública Propiamente dicha, contrataciones, concesiones, fomento, gestión mixta, Iniciativa Privada, APP o el instrumento que arroje nuestra creatividad jurídica, todos serán en un complejo balanceo, necesarios para construir una red infraestructural que acerque y equipare física[92] y socialmente a América Latina, que permita la libre circulación de bienes y personas, pues si ha pasado la crisis, nuestros PBI recuperarán tasas superiores a las anteriores al 2009, y ello implica que sin planificación y visión de futuro la red necesaria de estructuras y servicios para encausar y potenciar ese crecimiento, se erigirá en el límite del desarrollo, por cierto cada vez más vetusto y mas deficitario. O en otras palabras:

> *"Para tener ferrocarriles, abundan medios en estos países. Negociad empréstitos en el extranjero, empeñad vuestras rentas y bienes nacionales para empresas que los harán prosperar y multiplicarse. Sería pueril esperar a que las rentas ordinarias alcancen para gastos semejantes; invertid esa orden, empezad por los gastos, y tendréis rentas"*[93]

92 El Fondo para la Convergencia Estrucutural del Mercosur (FOCEM) aparece como una interesante iniciativa, que esperamos – emulando a Schuman – se transforme en pequeños pasos para la construcción de un gran proyecto sudamericano.

93 ALBERDI, Juan Bautista, op. cit. Pág. 70.

*Principios que Rigen las Modalidades de Selección de Contratistas. A Propósito de la Nueva Ley de Contrataciones Públicas Venezolana**

*Aurilivi Linares Martínez***

I. Introducción. II. Algunas precisiones necesarias sobre las modalidades de selección de contratistas y los principios que les son aplicables. III. Principios generales que rigen las modalidades de selección de contratistas. 1. Principio de legalidad. 2. Principio de eficacia. A. Principios de racionalidad y de uniformidad. B. Principios de economía procedimental y de informalismo. C. Principios de oficialidad, de celeridad y de simplicidad. 3. Principio de eficiencia. 4. Principios de planificación y economía. 5. Principios de honestidad y de responsabilidad. IV. Principios específicos que rigen las modalidades de selección de contratistas. 1. Principios de igualdad y de no discriminación. 2. Principio de publicidad. 3. Principio de transparencia. 4. Principio de competencia o libre concurrencia. V. La consecución de objetivos sociales en la contratación pública. VI. Consideraciones finales.

I. Introducción

Analizar la virtualidad de los principios que rigen la selección de contratistas, basados en reglas de naturaleza constitucional recogidas por la nueva Ley de Contrataciones Públicas (LCP)[1], implica introducirse en uno de los ámbitos más complejos del ejercicio de la función administrativa: la contratación pública.

---

* Versión ampliada del trabajo expresamente elaborado para su publicación en la segunda edición, actualizada y aumentada, del libro "Ley de Contrataciones Públicas" a cargo de la Editorial Jurídica Venezolana.

** Abogada con mención *magna cum laude,* Especialista en Derecho Administrativo y Profesora Contratada de Derecho Administrativo (2001-2004) por la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, Reino de España). Diploma de Estudios Avanzados en el Programa de Doctorado sobre "Problemas actuales de Derecho Administrativo" y Candidata al título de Doctor por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de MethoIus Consultoría Jurídica Internacional.

1 Dicha Ley fue dictada mediante Decreto Ley nº 5.929 de 11 de marzo de 2008, habiendo derogado a la Ley de Licitaciones contenida en el Decreto Ley nº 1.555 de 13 de noviembre de 2001, publicado en la Gaceta Oficial nº 5.556, Extraordinaria, de 13 de noviembre de 2001. Posteriormente, la LCP fue reformada parcialmente por Ley publicada en la Gaceta Oficial nº 39.165 de 24 de abril de 2009, y mediante Decreto nº 6.706 de 19 de mayo de 2009, se dictó el Reglamento de dicha Ley (publicado en la Gaceta Oficial nº 39.181 de 19 de mayo de 2009), mediante el cual se derogó el Decreto nº 4.032 de 14 de noviembre de 2005 contentivo del Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones (publicado en la Gaceta Oficial nº 38.313 de 14 de noviembre de 2005); el Decreto nº 2.371 de 24 de abril de 2003 contentivo del Reglamento Parcial de la Ley de Licitaciones para la Adquisición Directa en caso de Contratación de Obras, Servicios o Adquisición de Bienes (publicado en la Gaceta Oficial nº 37.688 de 13 de mayo de 2003); y el Decreto nº 1.417 sobre Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras (publicado en la Gaceta Oficial nº 5.096 Extraordinario de 31 de julio de 1996.

La actividad contractual de la Administración Pública en general, y en concreto la adjudicación y ejecución de contratos públicos, es un tema que, hoy por hoy, despierta un máximo interés no sólo por las novedades de índole jurídica que han surgido en distintos países, sino también por la incidencia que la misma tiene en la correcta ejecución de determinadas obras públicas y la eficaz prestación de aquellos servicios públicos necesarios y, en algunos casos, vitales para los ciudadanos. Cabe precisar, sin embargo, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como el principal instrumento jurídico de ejecución del gasto público, y la herramienta clave de la que todo Estado moderno se sirve para el cumplimiento efectivo de sus fines.

Para ello, es preciso que los poderes públicos cuenten con una regulación sobre contratación pública que les permita alcanzar las condiciones de eficiencia, de gestión y de resultados, en el desarrollo de la actividad contractual, así como de honestidad en la administración del patrimonio público[2]. En este sentido, podemos afirmar que la necesidad de una adecuada regulación en esta materia se debe, fundamentalmente, a dos motivos. En primer lugar, el interés público que conlleva la gestión eficiente del dinero de todos los ciudadanos que obliga a establecer sistemas de selección de contratistas respetuosos con los principios constitucionales, es decir, procedimientos administrativos que aseguren la adopción de la resolución más conveniente para los intereses generales, así como con los intereses legítimos de las empresas o contratistas que concurren a las licitaciones. En segundo lugar, la necesidad social de que la ejecución de la obra pública y la prestación del servicio público sean correctas, rápidas y eficaces, pues la eficacia en la gestión se encuentra directamente vinculada a toda la actividad administrativa y muy especialmente en el ámbito contractual.

El deseo de perfeccionar los sistemas de contratación pública ha sido, sin duda, una constante en los últimos tiempos, así como también lo ha sido la tendencia en el Derecho público hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de la preparación, selección y adjudicación de los contratos públicos[3]. En primer lugar, la

2 Téngase en cuenta que la contratación pública es uno de los campos más permeables al flagelo de la corrupción, que alcanza, al menos en Venezuela, tintes verdaderamente escandalosos. En efecto, según los índices de percepción de corrupción (IPC) elaborados para el año 2009 por Transparency International, siendo 10 el máximo puntaje y el 0 el indicador de los más altos niveles de corrupción, Venezuela ocupa el puesto 162º sobre 180 países incluidos en el estudio, con un puntaje de 1,9, apenas unos lugares por delante de Haití, que con un IPC de 1,8 se sitúa en el lugar 168º y es el peor del continente americano. Resulta impactante, asimismo, el estudio que revela los altísimos porcentajes de contrataciones públicas que en Venezuela se efectúan por contratación directa. *Cfr.*, Índice de Percepción de la Corrupción 2009 por Transparency International, y Transparencia Venezuela, Informe Nacional Venezuela, en www.transparency.org.

3 Téngase en cuenta que esta tendencia se manifiesta con fuerza en normas y acuerdos internacionales aprobadas en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública) y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo UNCITRAL de Contratación Pública de bienes, obras y servicios), cuyo principal objetivo consiste en asegurar el respeto de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en la contratación pública. También se

globalización y la eliminación de barreras comerciales para la contratación, así como la lucha contra la corrupción en este ámbito, han obligado a que los países hagan más transparentes sus procesos y reglas sobre los contratos públicos. En segundo lugar, existe una profunda preocupación por hacer que la contratación pública sea más eficiente, en la medida que logre reducir los costos y acortar los tiempos que toma el proceso contractual[4]. Finalmente, y en tercer lugar, la reformulación de los sistemas de contratación pública quiere acentuar su potencialidad como instrumento para fomentar el desarrollo, pues la contratación pública es una herramienta que, sin duda, puede promover la participación en la economía de empresas pequeñas y medianas, al tiempo que amplía sus niveles de competitividad y crecimiento, y direcciona los negocios hacia sectores económicos que merecen apoyo del gobierno para emerger y/o fortalecerse[5].

Creemos, entonces, que toda regulación sobre contratación pública no debe encauzar el asunto a una excesiva reglamentación de factores operativos o de procedimientos, sino al fortalecimiento de mecanismos e instrumentos de control de la actividad contractual y del reconocimiento y aplicación constante de los principios de la contratación pública. Esto implica, entre otros importantes aspectos, la obligación de hacer procesos de contratación públicos y eficientes, a través de los cuales se asegure un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten en un procedimiento administrativo previo de selección; fomentar la rectitud, la equidad y la confianza del público; promover al máximo la competencia entre proveedores; aumentar la transparencia y la objetividad; todos ellos, "*aspectos necesarios para fomentar la economía y la eficiencia de la contratación para evitar abusos*".[6]

Ahora bien, la LCP ha recogido, como no podía ser de otro modo, esos principios referibles a toda actividad administrativa y, por ende, a la contratación pública. Tales principios son el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación en la que, como expresa originalmente la exposición de motivos de dicha Ley, su objeto no es otro

---

podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública en el Derecho comunitario europeo y, por ende, en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión; y en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, los Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN). Asimismo, el resto de los esquemas de integración abiertos en el continente americano, como ALCA, el MERCOSUR, la CAN, el Mercado Común Centroamericano y CARICOM, contemplan actualmente la posible inclusión de disposiciones sobre compras del sector público en sus respectivos acuerdos.

4 A diferencia de los contratos de los particulares, los de la Administración púbica tienen que seguir procedimientos más complejos que agotan etapas a las que se asocian costos de transacción que no están presentes en los procesos de contratación común y que terminan encareciendo los bienes y servicios que debe adquirir para cumplir sus funciones públicas. Reducir esos costos de adquisición de los bienes y servicios, y lograr hacer más corto el tiempo para el aprovisionamiento, constituyen formas de hacer más eficiente el proceso de contratación.

5 Los objetivos señalados (transparencia, eficiencia y desarrollo económico) suelen estar en las agendas de todos los países que buscan la modernización de sus sistemas de compras y adquisiciones públicas, en las que también se han ido incorporándose gradualmente, como parte de esa estrategia de modernización, el uso de tecnologías de la información y comunicación a la gestión pública.

6 Preámbulo. Ley Modelo UNCITRAL de Contratación Pública de bienes, obras y servicios y Guía su incorporación eventual al derecho interno. (1994). Naciones Unidas. Nueva York. 1995.

que "*dar mayor agilidad a los procesos de contratación pública, preservando los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficacia, igualdad, participación y publicidad, incorporando en el instrumento mecanismos que promuevan el desarrollo de las actividades sociales prioritarias previstas en la planificación estratégica nacional, acorde a lo establecido en la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela*"[7]; principios a los cuales habrá de recurrirse desde luego para resolver los problemas concretos de interpretación que la práctica contractual origina.

Hay, pues, una exigencia de derecho de la contratación pública, pero también, y sobre todo, de ordenación constitucional de la Administración Pública; pues, en el marco del Estado social de Derecho que establece la Constitución de 1999, lo esencial para la Administración es el cumplimiento de unos fines que están constitucionalmente previstos y que la Ley y el Gobierno concretan. Nos referimos a los mandatos derivados del artículo 141 constitucional, en la medida que establece, en primer lugar, el principio de objetividad de la actuación administrativa de que "*la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos*", y se enumeran una serie de principios que deben fundamentar su relación con ellos. Y en segundo lugar, termina con la indicación expresa de que la autoridad administrativa siempre debe actuar "*con sometimiento pleno a la ley y al derecho*", es decir, conforme al principio de legalidad.

La función ordenadora básica de estos principios constitucionales ha de marcar, en definitiva, la regulación y el tratamiento de todas las fases de la contratación pública, tanto en los procedimientos de selección de contratistas como durante la celebración, ejecución y extinción de los contratos públicos. Siendo así, parece claro que tales principios son reglas o normas generales de comportamiento aplicables a todos los operadores jurídicos; pues, como apunta Hernández-Mendible, las autoridades públicas contratantes y los órganos jurisdiccionales, al momento de resolver algún asunto relacionado con la contratación pública, deberán invocar y aplicar no sólo los principios que cuentan con un reconocimiento expreso en distintos textos jurídicos, sino también los que resultan de aplicación principal, directa e inmediata a la contratación pública, en virtud del reconocimiento otorgado por la jurisprudencia del orden de la jurisdicción contencioso administrativa.[8]

---

7 El primer artículo de la LCP dispone, en concreto, que ésta "*tiene por objeto la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos a la presente Ley, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía*". También reconoce, desde su artículo 2º, que el fundamento de todas sus disposiciones es el respeto de los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y participación popular. Estos principios en los cuales se sustenta la LCP son los mismos previstos en el artículo 47 de la derogada Ley de Licitaciones, y como única novedad se añade a la lista en cuestión la planificación y la promoción de la participación popular a través de cualquier forma asociativa de producción.

8 *Cfr.*, Hernández-Mendible, V.R., (2009): "El régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación", *Ley de Contrataciones Públicas,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 66-67.

En este trabajo se pretende analizar el tema de las modalidades de selección de contratistas que regula la LCP[9] desde los principios que les rigen, cuyo alcance debe interpretarse en concordancia con las demás normativas que desarrollan tales principios y que son de aplicación supletoria al régimen de las contrataciones públicas en Venezuela. No trataremos en esta ocasión otros aspectos de la preparación de los contratos, ni los relativos a la ejecución y cumplimiento. Tampoco abordaremos en profundidad la cuestión previa del ámbito de aplicación de la normativa reguladora de la contratación administrativa, por más que deberemos hacer referencia forzosamente a dicha cuestión.

II. Algunas Precisiones Necesarias sobre las Modalidades de Selección de Contratistas y los Principios que les son Aplicables

Aunque importantes autores hayan postulado que, a falta de norma expresa que establezca lo contrario, el principio general que rige la contratación pública es el de la libertad de elección[10], parece claro que los órganos y entes del sector público, e incluso los particulares que reciban recursos públicos en los términos del artículo 3 de la LCP[11], no pueden celebrar contratos públicos como si fuesen un particular más. Esto se debe, entre otras causas, a la sujeción de tales órganos y entes públicos a los principios de legalidad presupuestaria o eficacia administrativa; así como también a que no tienen la opción de elegir libremente a la otra parte contratante, ya que su actuación debe estar presidida por la objetividad, imparcialidad, racionalidad y no discriminación, es decir, con sujeción

9 La LCP introdujo una novedad lingüística que se manifiesta en la sustitución parcial de la expresión "procedimiento de selección de contratistas", empleada en la derogada Ley de Licitaciones, por la expresión "modalidad de selección de contratistas". Si bien no resulta claro de la referida sustitución cuál fue su finalidad, teniendo en cuenta además que en dicha Ley se han desechado usos y costumbres inveterados en Venezuela, donde ha persistido una larga tradición normativa en el empleo del vocablo "licitación" para designar a los procedimientos competitivos de selección de contratistas, no existen dudas, sin embargo, sobre la verdadera naturaleza jurídica de las modalidades de selección de contratistas, las cuales no son otra cosa que procedimientos administrativos.

10 Así lo han entendido, en la doctrina extranjera, Jéze, G., (1950): *Principios generales del Derecho Administrativo*, T. IV, Buenos Aires, Ed. Depalma, p. 72; Marienhoff, M. S., (1966): *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 158; Sayagués Laso, E., (2005): *La Licitación Pública,* Montevideo, Ed. Bdef, p. 50. En la doctrina venezolana, *Cfr.*, Badell Madrid, R., (2001): *Régimen jurídico del contrato administrativo,* Caracas, Escritorio Badell-Grau, p. 70.

11 En efecto, el artículo 3 de la LCP, al precisar el ámbito de aplicación de la misma en lo que sería su ámbito subjetivo, dispone que será aplicable *"a los sujetos que a continuación se señalan: 1. Los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estadal, Municipal, Central y Descentralizado. 2. Las Universidades Públicas. 3. El Banco Central de Venezuela. 4. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas a que se contraen los numerales anteriores tengan participación, igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo. 5. Las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades a que se refiere el numeral anterior. 6. Las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas a que se refieren los numerales anteriores o aquellas en cuya administración éstas tengan participación mayoritaria. 7. Los Consejos Comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos"*.

estricta al principio de interdicción de la arbitrariedad[12]. Es por ello que, según enseña Brewer-Carías, "*las limitaciones a la libertad contractual se presentan principalmente en la escogencia del co-contratante de la Administración*".[13]

Partiendo de la premisa de que en la Constitución de 1999 no existe disposición expresa alguna que establezca el principio de libertad de elección de manera *general* para *todos* los contratos públicos, el legislador dispone de un amplio margen de apreciación de la actividad contractual que debe regular, tanto para establecer las categorías de contratos cuya celebración deberá realizarse una vez cumplido el procedimiento de selección de contratistas, como para señalar, además, que existen otros contratos que se encuentran excluidos de la tramitación de dicho procedimiento[14]. De modo que se debe considerar que sólo aquellos contratos regulados por la LCP, quedan exclusivamente sometidos a las modalidades de selección de contratistas formalmente establecidas, ya que mientras no exista una regulación que contemple procedimientos administrativos previos para cierta categoría de contratos o éstos se encuentren expresamente excluidos -en tal sentido- de la aplicación de dicha Ley, se entiende que la autoridad administrativa competente tiene libertad de elección para contratar[15]. En estos casos, sin embargo, la aplicación del principio de libertad de elección no es absoluta; pues, aun cuando no se lleve a cabo alguno de los procedimientos administrativos previos mencionados en el texto legal, la Administración debe actuar siempre con sujeción a la ley y al derecho, en el entendido de que sólo se desenvuelve en el ámbito de las competencias establecidas por el ordenamiento jurídico, a fin de garantizar la igualdad de trato y la libre concurrencia en la selección de contratistas.

---

12 La diferencia más notable entre las contrataciones públicas y las privadas está, precisamente, en que en estas últimas el ordenamiento jurídico no regula la forma cómo han de dirigirse las personas privadas a los vendedores o prestadores de servicios, ni el procedimiento de selección de contratista. Ello como consecuencia de la vigencia, en las contrataciones regidas por el derecho privado, del principio de autonomía de la voluntad, que sólo reconoce determinadas limitaciones impuestas en forma excepcional por el legislador por razones de orden público.

13 Brewer-Carías, A.R., (1992): *Contratos Administrativos,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, p. 101.

14 A pesar de su nombre y de algunos agregados normativos importantes sobre aspectos sustantivos de los contratos, la LCP es una ley de delimitado alcance, básicamente destinada a regular las modalidades o procedimientos de selección de contratistas respecto de ciertos contratos públicos que se van a pagar con financiación proveniente de los presupuestos generales del Estado, algo que ya fue puesto de manifiesto por la doctrina venezolana. En este sentido, destaca Brewer-Carías, A. R., (2009): "Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación", *Ley de Contrataciones Públicas*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 9-47, como la mencionada Ley, al definir su objeto de aplicación, lo reduce sólo con respecto de tres tipos de contratos públicos: los contratos de adquisición de bienes, los contratos de prestación de servicios y los contratos de ejecución de obras. En consecuencia, los otros tipos de contratos (v. gr. los contratos de concesión de servicios públicos, de concesión de obra pública, de empréstito público, de venta de bienes públicos, entre otros) no están sujetos a las disposiciones de dicha Ley. Pero incluso respecto de las tres mencionadas categorías de contratos que figuran en el objeto de la LCP, ésta excluye a algunos de ellos de la aplicación de la totalidad de sus normas o tan sólo de algunas de ellas (en particular, las relativas a las modalidades de selección de contratistas), con lo que el ámbito sustantivo de dicha Ley se encuentra aún más reducido.

15 Hernández-Mendible, *op. cit.*, pp. 68-69.

Cabe no obstante destacar que, según la LCP, la formación del consentimiento contractual en Venezuela viene generalmente sometida al cumplimiento de procedimientos administrativos previos para la selección de contratistas y reglas preestablecidas para tal fin, que constituyen el cauce jurídico necesario para garantía de los intereses de la Administración y, esencialmente, de los particulares[16]. Esta restricción a la libertad de contratación tiene, por tanto, una clara finalidad garantista. De una parte, los procedimientos de selección de contratistas se establecen para que los recursos públicos sean ejecutados con probidad y razonabilidad, tutelando de esta forma los dineros de los contribuyentes y elevando cortapisas ante los intereses privados de los funcionarios ejecutores; y de otra, para asegurar al contratista potencial la imparcialidad de la Administración en su selección y un tratamiento igualitario respecto de los demás competidores, en la medida que se obliga a ella a actuar con transparencia y a ceñirse a las reglas prefijadas para tal fin. Las dos finalidades apuntadas están presentes en todas las modalidades de selección de contratistas, aun cuando puedan variar, creemos que en una pequeña medida, las proporciones.

Ahora bien, las modalidades de selección de contratistas no son más que procedimientos administrativos especiales relativos a la contratación pública[17], cuyos actos están vinculados causalmente entre sí con la finalidad de individualizar a la persona, física o jurídica, que fungirá como contratista de la Administración, para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, con o sin la concurrencia competitiva de varios oferentes de acuerdo con las modalidades previstas en la LCP[18]. En otras palabras, los procedimientos de selección de contratistas "*son actos preparatorios o de trámite que preceden a una manifestación de voluntad de la administración que, en este caso, es la adjudi-*

16 Así lo ha entendido Butelo, E.N., (2009): "Desafíos actuales y futuros de la Licitación Pública", *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela,* T. II, Caracas, Ediciones Paredes, pp. 973 y 974, para quien los procedimientos previos de selección son una regla que deriva del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como también del derecho a la defensa de la competencia, derechos estos consagrados, en principio, en todas las constituciones nacionales y tratados internacionales.

17 *Cfr.*, Araujo Juárez, J., (1991): "El procedimiento administrativo y los contratos de la Administración", *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Caracas, Fundación de la Procuraduría General de la República, p. 29.

18 La LCP contempla varias modalidades de selección de contratistas: mantiene los antiguos procedimientos de licitación general y licitación selectiva, ahora denominados concurso abierto y concurso cerrado, respectivamente, reservados para contratos de mayor cuantía; e introduce el procedimiento de consulta de precios para los contratos de menor cuantía, y dispone el procedimiento de contratación directa para los supuestos específicos que la Ley prevé, sin importar la cuantía del contrato. Cabe advertir, sin embargo, que la selección de contratistas no se agota exclusivamente en las modalidades mencionadas en la LCP, pues debe tenerse en cuenta que existe otra modalidad establecida en el Decreto Ley sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el régimen de Concesiones, esto es, la licitación originada por particulares. Sobre las distintas modalidades de selección de contratistas previstas en el ordenamiento jurídico venezolano, *Cfr.*, Hernández-Mendible, *op. cit.*, p.71-76., y Mónaco, M., (2009): "Modalidades de Selección de Contratistas en la Ley de Contratación Pública", *Ley de Contrataciones Públicas,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 105-125.

cación de un contrato"[19]. Lo que constituye, sin duda, una materia de naturaleza especial, cuyo contenido aconseja una tramitación distinta de la general.[20]

La naturaleza administrativa de los procedimientos de selección de contratistas lleva de suyo la aplicación de los principios comunes a todo procedimiento administrativo, en correspondencia directa con la Constitución de 1999, que da cabida a un conjunto de principios generales de la actividad administrativa. Estos principios son, a un tiempo, garantías de una buena gestión de la Administración y protección de los derechos e intereses de los administrados, como respuesta a la ineludible preocupación de asegurar el equilibrio necesario entre los intereses públicos, colectivos o generales y el interés de los particulares.[21]

Una primera aproximación al estudio de los principios que rigen las modalidades de selección de contratistas nos sitúa ante un amplio listado que no tiene la consideración de *numerus clausus*, entre otras razones, porque deben tenerse en cuenta los principios generales del Derecho y los principios rectores de la actuación administrativa, previstos, fundamentalmente, en el antes citado artículo 141 de la Constitución de 1999, que declara que la Administración Pública "*…está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*". Aparte de estos principios generales de la actuación administrativa que, recogidos expresamente en distintos textos jurídicos, establecen el radio de acción permanente bajo el cual debe girar todo actuar público, debemos señalar algunos principios constitucionales que inciden y se proyectan directamente sobre la actividad contractual de la Administración, como el de la igualdad de oportunidades y de trato (Preámbulo y artículos 1, 2, 21), a la no discriminación (Preámbulo) y a la defensa de la competencia (artículo 113).

Pero incluso, dentro del texto de la LCP, se han enumerado algunos principios en su artículo 2º conforme a los cuales deben desarrollarse las disposiciones de dicha Ley, incluidas obviamente las relativas a los procedimientos de selección de contratistas. Tales principios son: economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y participación popular a través de cualquier forma asociativa

19 Badell Madrid, *op. cit.*, p. 72.

20 Según Laso Vallejo, G. (1967): *Procedimientos Administrativos Especiales,* T. I, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, p. 19, para que pueda hablarse de procedimiento administrativo especial es necesaria la simultánea concurrencia de dos requisitos: 1) un requisito formal, relativo a la tramitación diferente de la general regulada en la ley; y 2) un requisito objetivo o de fondo, referente a la peculiaridad de la materia a que se aplica. Ambos requisitos han de darse en forma simultánea y, en cierto modo, se condicionan recíprocamente, dado que no es concebible una tramitación diferente sino en razón a una peculiaridad de la materia, y será ésta, en definitiva, la que reclamará por su propia sustancia la especialidad de tramitación.

21 Teniendo en cuenta que, como dijimos ya, los procedimientos de selección de contratistas no son sólo garantía de los co-contratantes de la Administración, sino también del interés público, lógico es que resulten informados por principios que respondan perfectamente a una y otra perspectiva. *Cfr.*, González Pérez, J., (2000): *Procedimiento administrativo federal,* México, UNAM-Porrúa, p. 53.

de producción[22]. Cabe no obstante destacar, de una parte, que la enumeración de estos principios no debe entenderse taxativa, sino meramente enunciativa[23]; y de otra, que aunque estos principios de obligatorio cumplimiento son inherentes a las contrataciones públicas y, por consiguiente, de alcance especializado, sólo algunos de ellos tienen una aplicación concreta en la interpretación de las normas procedimentales de la referida Ley, que regulan las modalidades de selección de contratistas.[24]

Estos principios sirven de guía a los operadores jurídicos para la adecuada interpretación y aplicación de las normas procedimentales de la LCP, especialmente cuando el contenido de las mismas no ofrezca una solución clara sobre la manera en que deben ser resueltas las situaciones sometidas a su consideración. De lo anterior resulta, por tanto, que los principios que informan los procedimientos de selección de contratistas tienen como características fundamentales, pero no únicas, su prevalencia jerárquica frente a las normas vigentes y su adaptabilidad a cada caso en concreto; la de informar la normativa y constituir instrumento básico de interpretación; y la de integrar las lagunas que puedan surgir dentro del ordenamiento jurídico contractual.

Las consideraciones precedentes ponen sobre la pista de la existencia de distintas clases de principios, y de principios de distinta procedencia, que concurren en los procesos de contrataciones públicas. Por ello, con el propósito de describir la esencia de cada uno de esos principios, delinear sus alcances y resaltar su importancia, partiremos de su clasificación en principios generales y principios específicos de los procedimientos administrativos aplicables a las modalidades de selección de contratistas.

III. Principios Generales que Rigen las Modalidades de Selección de Contratistas

Las modalidades de selección de contratistas que regula la LCP son procedimientos administrativos preparatorios de la voluntad contractual, cuya finalidad es la selección del co-contratante del órgano o ente público en ejercicio de la función administrativa. Siendo esa su naturaleza jurídica, las modalidades de selección de contratistas se encuentran sujetas a los principios generales de los procedimientos administrativos. Estos principios generales son, fundamentalmente, los siguientes:

---

22 La derogada Ley de Licitaciones contenía en su artículo 47 una norma similar al artículo 2º de la LCP, con la salvedad de que esta última incluye en su enumeración no taxativa de principios, los relativos a la planificación y participación popular.

23 *Cfr.*, Delpiazzo, C., (2002): Normas y principios de la contratación administrativa, Montevideo, F.C.U., p. 29.

24 En este sentido, advierte Mónaco, *op. cit.*, p. 97, que los principios de planificación y de participación popular que figuran en el texto del artículo 2º de la LCP, no son aplicables a las modalidades de selección de contratistas, pues "*atañen de manera general a la forma cómo debe implementarse la contratación pública y a los fines que ésta deba perseguir, a juicio del legislador*".

1. Principio de legalidad

El *principio de legalidad* impone a todos los órganos del Poder Público el deber de sujetar su actuación a la Constitución y a las leyes, de modo que sólo podrán realizar los actos que le estén previa y formalmente permitidos. Tal principio ha sido recogido por el artículo 137 de la Constitución de 1999, en cuyo texto se establece: "*La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*", pues el sometimiento pleno de toda acción del Poder Público al bloque de la legalidad constituye la base que sustenta la validez de ese Poder. En consecuencia, cualquier actividad contraria a la legalidad estará sujeta al control tanto del orden de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción contencioso administrativa.

Este principio, así genéricamente enunciado, tiene su específica proyección sobre la Administración Pública en el artículo 141 constitucional y el artículo 10 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública (DLOAP)[25], que imponen a los órganos que la conforman su sometimiento pleno a la ley y al derecho. El *principio de legalidad* se concibe, por tanto, como la columna vertebral sobre la que descansa toda actuación administrativa para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la Administración Pública. De tal sujeción derivan, esencialmente, dos consecuencias que ya han sido recogidas por los artículos 4 del DLOAP y 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)[26], en el sentido de que los actos administrativos se producirán por el órgano competente y mediante el procedimiento en su caso establecido, pues de lo contrario procederá su nulidad.

Esta estrecha vinculación entre *principio de legalidad*, competencia y procedimiento administrativo se manifiesta igualmente en el ámbito de las contrataciones públicas, porque el *principio de legalidad* constituye el eje alrededor del cual se erigen, desde su inicio, las modalidades de selección de contratistas. En virtud de ello cabe señalar, en primer lugar, que las competencias que se confieren a las autoridades que intervienen en los procedimientos de selección de contratistas deben estar predeterminadas en la ley, pues para que sean válidos los actos producidos a lo largo de cada procedimiento, la autoridad administrativa que los dicte debe tener competencia para ello. De esta manera, la Administración no puede, bajo ninguna circunstancia, actuar arbitrariamente, desconociendo las normas del ordenamiento jurídico que determinan su marco de acción.

En segundo lugar, las modalidades de selección de contratistas deben estar reguladas mediante una ley que determine en forma expresa el alcance y limitaciones de cada

25 Decreto Ley nº 6.217 de 15 de julio de 2008, publicado en la Gaceta Oficial nº 5.890 Extraordinario, de 31 de julio de 2008.

26 Gaceta Oficial nº 2.818 Extraordinario, de 1 de julio de 1981.

procedimiento. Siendo una excepción al principio general de libre contratación, sólo el legislador debe definir a priori -en forma precisa, cierta y concreta- tales procedimientos administrativos, en cuanto cauce formal de la actuación administrativa contractual. Por consiguiente, los procedimientos de selección de contratistas deben desarrollarse con estricto apego a las formalidades y reglas establecidas en las normas jurídicas preexistentes aplicables a las contrataciones públicas[27], y de forma supletoria a las normas generales sobre procedimientos administrativos, en todo lo no regulado por la normativa relativa a las modalidades de selección de contratistas[28]. Esta ordenación del procedimiento garantizará la eficacia y acierto de la decisión administrativa sobre la escogencia del contratista más idóneo para satisfacer una necesidad de interés general, además de velar por la posición jurídica de los administrados, especialmente en lo referido a la tutela de sus derechos e intereses.

No otra cosa puede sostenerse al analizar los procedimientos administrativos que tienden a la adjudicación de un contrato público a quien haya presentado la oferta económica más conveniente para la Administración. Los trámites procedimentales establecidos deben servir para la satisfacción y el respeto de los intereses que confluyen. En efecto, es imprescindible destacar los intereses públicos en juego, presididos, en cada caso, por la correcta selección del contratista y la subsiguiente ejecución de la obra, adquisición del bien o prestación del servicio que se erige como objeto del contrato. Pero también es preciso considerar como dignos de protección, los intereses de operadores económicos interesados en contratar con la Administración, manteniendo los principios de competencia, igualdad, transparencia y publicidad, que deben inspirar el funcionamiento del llamado "mercado" de las contrataciones públicas[29].

En razón de lo anterior, podemos afirmar que el *principio de legalidad* es de vital importancia, verbigracia, en el pliego de condiciones que debe elaborar previamente el órgano o ente contratante, para la aplicación de cualquiera de las modalidades de selección de contratistas reguladas en la LCP[30]. En efecto, el pliego de condiciones es el instrumento por medio del cual la autoridad administrativa podrá disciplinar el procedimiento de selección de contratistas, con la finalidad de lograr articular éste a los fines y objetivos

27 De acuerdo con el artículo 130.1 de la LCP, los funcionarios públicos serán sancionados con multas previstas en esta norma, con independencia de la responsabilidad civil, penal o administrativa en que puedan incurrir, cuando "procedan a seleccionar por modalidad de Contratación Directa o Consulta de Precios, en violación de lo dispuesto en la presente ley y su Reglamento".

28 *Cfr.*, Hernández-Mendible, *op. cit.*, pp. 81-82.

29 *Cfr.* Mestre Delgado, J.F., (2003): "La contratación local", *Tratado de Derecho Municipal,* Tomo II, Madrid, Civitas, pp. 1612 y ss.

30 *Cfr.,* Subero Mujica, M., (2009): "El pliego de condiciones en la Ley de Contrataciones Públicas", *Ley de Contrataciones Públicas,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 214-221, quien concluye que, a la luz de la LCP, el pliego de condiciones es un instrumento indispensable en todas las modalidades de selección de contratistas, sin excepción, incluyendo a la modalidad competitiva de consulta de precios y a la modalidad no competitiva de contratación directa, cuyas condiciones de contratación deben constar en el documento respectivo.

que se persigue a través de la contratación pública; lo que explica, de acuerdo con la LCP, la necesidad de que la selección de contratistas se erija sobre criterios objetivos, de posible verificación y revisión, a los fines de garantizar la transparencia, honestidad, igualdad y competencia en la contratación pública.

De acuerdo con el numeral 6 del artículo 6º de la LCP, el pliego de condiciones es el documento en el cual *"se establecen las reglas básicas, requisitos o especificaciones que rigen para las modalidades de selección de contratistas"*. De manera que, en el ámbito de las contrataciones públicas, el pliego de condiciones encarna el marco jurídico al que han de acudir obligatoriamente las partes durante los procedimientos de selección de contratistas y la ejecución del contrato; pues, tanto la Administración como los particulares deben sujetar su actividad a las reglas básicas, requisitos y especificaciones del procedimiento y del contrato a suscribirse, contenidas en dicho documento. Es por ello que la doctrina ha afirmado con razón que "*los pliegos de condiciones constituyen la ley del contrato con fuerza vinculante para las partes*".[31]

Cabe precisar, sin embargo, que los pliegos de condiciones deben respetar la ordenación jerárquica de las normas que les son aplicables a las modalidades de selección de contratistas, en cuanto a que deben interpretarse atribuyéndoles el sentido que los hagan conformes al ordenamiento jurídico y descartando, por consiguiente, toda interpretación que los pongan en conflicto con reglas de derecho de superior eficacia normativa[32]. De esta manera, el *principio de legalidad*, siguiendo a Rivero Ramírez, determina, de una parte, que el pliego de condiciones deberá ajustarse a las previsiones establecidas en las normas de la contratación pública, y de otra, que estas normas prevalecen sobre el contenido de dicho pliego[33], de suerte que cualquier estipulación de éste que contradiga las previsiones del ordenamiento jurídico estará viciada de nulidad.

Un breve repaso por el contenido del artículo el artículo 44 de la LCP da una buena muestra de la trascendencia del pliego de condiciones, incluso haciéndolo sin ánimo exhaustivo. De acuerdo con dicha norma, este documento debe contener, al menos, determinación clara y precisa de los elementos allí establecidos[34]:

---

31 García de Enterría, E. y Fernández, T.R., (2008): *Curso de Derecho Administrativo,* Tomo I, Madrid, Tomson-Civitas, p. 718., y Moreno Molina, J.A., (2006): *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, Bomarzo, p. 41. En este mismo sentido se ha pronunciado, en la doctrina venezolana, Rivero Ramírez, G., (2007): "Los principios rectores de la Licitación", *Actualización en materia de Licitaciones,* Caracas, FUNEDA, p. 10.

32 *Cfr.* Cajarville Peluffo, J.P., (2003): "Sobre la determinación del objeto de la licitación", *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías,* Madrid, Civitas y Universidad Central de Venezuela, p. 1833.

33 *Cfr.* Rivero Ramírez, op.cit., p. 10.

34 Sin embargo, no debe descartarse que, de acuerdo con la complejidad y requerimientos de la contratación, el pliego de condiciones pueda contener elementos adicionales a los especificados en el artículo 44 de la LCP.

1) La documentación legal del participante, necesaria para la calificación y evaluación;
2) Los bienes a adquirir, los servicios a prestar o las obras a ejecutar, con listas de cantidades, servicios conexos y planos si fuere el caso;
3) Las especificaciones técnicas detalladas de los bienes a adquirir o a incorporar en la obra, y los servicios a prestar, según sea el caso y sin hacer referencia a determinada marca o nombre comercial;
4) Idioma de las manifestaciones de voluntad y ofertas, plazo y lugar para presentarlas, así como su tiempo mínimo de validez;
5) Monedas de las ofertas y tipos de conversión a una moneda común;
6) Lapso y lugar en que los participantes podrán solicitar aclaratorias del pliego de condiciones a la Comisión de Contrataciones;
7) Autoridad competente para responder aclaratorias, modificar el pliego de condiciones y modificar decisiones en el procedimiento;
8) Obligación en que el oferente indique en su oferta la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes;
9) Fecha, lugar y mecanismo para la recepción y apertura de las manifestaciones de voluntad y ofertas en las modalidades de selección de contratistas reguladas por la LCP;
10) La forma en que se corregirán los errores aritméticos o disparidades en montos en que se incurra en las ofertas;
11) Criterios de calificación su ponderación y la forma en que se cuantificarán dichos criterios;
12) Criterios de evaluación, su ponderación y la forma en que se cuantificarán el precio y los demás factores definidos como criterios;
13) Criterios que permitan la preferencia en calificación y evaluación a oferentes constituidos con iniciativa local en el área donde se va a ejecutar la actividad objeto de la contratación;
14) Establecimiento del compromiso de responsabilidad social[35];
15) Proyecto de contrato que se suscribirá con el beneficio de la adjudicación;
16) Normas, métodos y pruebas que se emplearán para determinar si los bienes, servicios u obras, una vez ejecutados, se ajustan a las especificaciones definidas;

35 El compromiso de responsabilidad social constituye una novedad introducida a los pliegos de condiciones por la nueva LCP, aún cuando ya venía aplicándose en Venezuela sin que existiera para ello un mandato legal expreso, no así reglamentario, en el ámbito de las industrias básicas, minería y petróleo, así como en normas destinadas a la promoción del desarrollo económico. *Cfr.* Rivero Ramírez, op.cit., p. 32.

17) Forma, plazo y condiciones de entrega de los bienes, ejecución de obras o prestación de servicios objeto de la contratación, así como los servicios conexos que el contratista debe prestar como parte del contrato;
18) Condiciones y requisitos de las garantías que se exigen con ocasión del contrato; y
19) Modelos de manifestación de voluntad, oferta y garantías.

Este grupo de prescripciones son de gran importancia, ya que despliegan su eficacia, esencialmente, dentro del propio procedimiento de selección de contratistas, que pueden servir de parámetro para medir la validez de alguno de los actos que la Administración debe dictar en el marco de tal procedimiento. Así, el pliego de condiciones constituirá la mejor garantía de toda modalidad de selección de contratistas, en la medida que en dicho documento se establezcan por anticipado todos y cada uno de los requisitos mínimos que deben contener, de acuerdo con el citado artículo 44 de la LCP; de modo que ha de considerarse excepcional cualquier información que pueda sobrevenir al pliego de condiciones, como sucede con las aclaratorias que expida la respectiva Comisión de Contrataciones[36]. En consecuencia, deberá procurarse mantener inalterado el contenido de los pliegos de condiciones al momento de la celebración del contrato[37], pues cuando éste se aparte o difiera de las condiciones establecidas en los pliegos y en las ofertas seleccionadas, el órgano o ente contratante deberá declarar su nulidad[38].

2. Principio de eficacia

El segundo de los principios generales que informan las actuaciones administrativas es el *principio de eficacia*, como principio de interpretación del procedimiento[39], respecto del cual el artículo 19 del DLOAP dispone: *"La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública perseguirá el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias establecidas por la Presidenta o Presidente de la República, la Comisión Central de Planificación, la Gobernadora o Gobernador, la Alcaldesa o Alcalde, según fuere el caso".* [40]

Así, el *principio de eficacia* es el mandato que busca adecuar y concretizar las políticas públicas, así como el cumplimiento de los objetivos y metas perseguidos con el procedi-

36 Artículos 47 y 48 de la LCP.
37 Artículo 96 de la LCP.
38 Artículo 98.3 de la LCP.
39 *Cfr.* Brewer-Carías, A.R., (2003): Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Bogotá, Legis, p. 43.
40 El principio de eficacia también se encuentra previsto en el artículo 10 del DLOAP, así como en los artículos 141 de la Constitución de 1999 y 30 de la LOPA.

miento administrativo de la forma más expedita posible y menos costosa. Comprende en una interpretación correcta la agilidad en la acción administrativa, porque la actuación morosa es por definición una actuación ineficaz. Pero estas premisas, que son generales en la entera actividad de la Administración, cobran particular importancia cuando dicha actuación incide sobre las modalidades de selección de contratistas.

Por ello, el *principio de eficacia* se encuentra incluido en la lista de principios que enuncia el artículo 2º de la LCP. Así, la vigencia de los principios específicos de la contratación pública (igualdad, competencia, transparencia, publicidad) requieren de la interpretación de las modalidades de selección de contratistas, no como un fin en sí mismos, sino como instrumentos o cauces para alcanzar la finalidad perseguida, esto es, la elección objetiva del operador económico más idóneo entre diversos aspirantes, lo que constituye sin duda una de las actuaciones claves para la adecuada ejecución del contrato. En estos procedimientos administrativos se privilegia el logro de su finalidad, que debe prevalecer sobre los formalismos cuya realización no incida en su validez ni disminuyan las garantías de los administrados en la contratación pública. Por tanto, conseguir la mejor oferta económica para satisfacer -en el menor tiempo y con el menor costo posible- una necesidad de interés general -sea con ocasión a la construcción de una obra, la adquisición de un bien o la prestación de un servicio-, es lo que siempre debe orientar el desarrollo y la movilidad de los procedimientos de selección de contratistas.

La aplicación de este principio a las contrataciones públicas supone, también, exigir que no se celebren otros contratos sino los que sean necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de los sujetos del sector público, reclamando que el contrato proyectado, su idoneidad y contenido, sean determinados con precisión antes de iniciar los procedimientos de selección de contratistas.

Ahora bien, el *principio de eficacia* tiene varias dimensiones desde las cuales debe ser abordado en el ámbito de la contratación pública. En este sentido, enseña Dromi que el principio de eficacia "*tiene como objeto inmediato hacer más eficiente la actuación administrativa y la participación de los administrados*", de modo que, como consecuencia de este principio, "*se imponen reglas de celeridad, sencillez y economía procesal*", para que los procedimientos administrativos se desarrollen a través de trámites simples, racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir[41]. Por consiguiente, derivan del *principio de eficacia* algunos principios –racionalidad, celeridad, economía procedimental, entre otros- que, en cuanto directrices procesales, sirven también a la consecución eficaz del objetivo de las modalidades de selección de contratistas. En la LCP podemos encontrar algunas manifestaciones del *principio de eficacia* y, por consiguiente, de los demás principios que conlleva.

41 *Cfr.* Dromi, R., (1999): *Licitación Pública*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, p. 85.

A. *Principios de racionalidad y de uniformidad*

En efecto, el *principio de eficacia* lleva implícito los *principios de uniformidad y de racionalidad administrativa*, de suerte que la Administración optará por procedimientos y medidas idóneas, racionalizando sus métodos y sistemas de trabajo y vigilando el cumplimiento de los mismos; regulando además, la uniformidad de los distintos documentos y trámites que integran cada una de las modalidades de selección de contratistas y que obedezcan a iguales características, de modo que se establezcan requisitos similares para trámites procedimentales similares[42].

La unidad del expediente de contratación es otra manifestación de tales principios, que afecta a todos los asuntos que van a tramitarse de acuerdo a la modalidad de selección de contratista de que se trate, así como en la decisión final del procedimiento. En este sentido, el artículo 14 de la LCP establece que todos los documentos, informes, opiniones y demás actos que se reciban, generen o consideren en cada modalidad de selección de contratistas, deben formar parte de un expediente por cada contratación; expediente que deberá ser archivado por la unidad administrativa financiera del órgano o ente contratante, manteniendo su integridad durante al menos tres (3) años después de ejecutada la contratación[43].

B. *Principios de economía procedimental y de informalismo*

Como consecuencia del *principio de eficacia*, el *principio de economía procedimental* pretende aminorar los costos de la contratación mediante la utilización de los trámites y recaudos mínimos o esenciales que dinamicen los procedimientos de selección de contratistas, con el fin de evitar demoras y formalismos inútiles que compliquen su fluido y normal desenvolvimiento, y que, aparte de su costo, también puedan incentivar prácticas corruptas.

Téngase en cuenta que las reglas y procedimientos en la contratación pública están al servicio de los intereses generales, por lo que es indispensable, en este sentido, que el órgano o ente contratante señale únicamente las diligencias y fases del procedimiento ineludibles para asegurar la selección objetiva del contratista entre diversos aspirantes; estipule plazos de estricta observancia y evite además la exigencia de trámites, formalismos o recaudos excesivos, arbitrarios o adicionales a los que sean suficientes para que el cumplimiento del fin propuesto se logre en la forma más rápida posible y con la menor cantidad de gastos por parte de quienes intervienen en las modalidades de selección de

42 Artículos 32 y 35 de la LOPA.

43 Sobre el procedimiento de selección de contratistas y el expediente de contratación, *Cfr.*, Hernández-Mendible, *op. cit.*, pp. 81-88.

contratistas. Lo que se busca es facilitar el acceso de la mayor cantidad de competidores que permitan a la Administración obtener la mejor oferta económica, eliminando posibles obstáculos que impidan la participación de contratistas potenciales en las modalidades de contratación correspondientes.

El *principio de economía procedimental* puede advertirse en la previsión normativa del artículo 90 de la LCP, que contempla la posibilidad de que la Administración realice o no un nuevo procedimiento de selección de contratistas, cuya modalidad será determinada para el caso que ello sea considerado conveniente, evitando demoras innecesarias en la contratación pública. En efecto, de acuerdo con la referida norma, los órganos o entes contratantes podrán acudir o no a otra modalidad de selección de contratista en aquellos asuntos en que habiendo sido desarrollado el concurso abierto, en atención a los supuestos previstos por la Ley[44], este procedimiento se haya declarado desierto[45] y no se haya estimado conveniente realizar una modalidad de selección de contratistas similar a la fallida.

En este sentido, y manteniendo las mismas condiciones establecidas en la modalidad declarada desierta, el órgano o ente contratante podrá proceder por concurso cerrado, aun cuando no se trate de contrataciones que incumben a los supuestos establecidos para esta modalidad de selección de contratistas, en función de la cuantía y las características del objeto contractual[46]. Si la modalidad declarada desierta fuese un concurso cerrado, se podrá proceder por consulta de precios. También podrá realizarse la contratación directa, de acuerdo con lo pautado en los artículos 76.12 de la LCP y 117 de su Reglamento, cuando se hubiesen agotado los procedimientos competitivos antes señalados y éstos hayan sido declarados desiertos, manteniéndose lo establecido en los pliegos de condiciones correspondientes a las modalidades fallidas[47].

Nótese, entonces, que el citado artículo 90 de la LCP flexibiliza la regla en cuanto a la procedencia de las modalidades de selección de contratistas, pues teniendo en cuenta que ya ha habido un procedimiento desierto y que el tiempo requerido para el desarrollo de un nuevo procedimiento de selección de contratistas puede resultar perjudicial o inconveniente para la ejecución del contrato, la Administración puede optar por realizar, en tanto la beneficie para lograr la mejor oferta económica a contratar, una modalidad

44 Debe procederse por Concurso Abierto en caso de contrataciones para la construcción de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios de mayor cuantía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la LCP.

45 La declaratoria de desierta de la contratación consiste en la terminación del procedimiento de selección de contratistas sin que se adjudique el contrato, por cuanto no se ha cumplido el fin perseguido a través del referido procedimiento, a saber, el obtener una oferta válida y conveniente a los intereses del órgano o ente contratante, la cual no cause perjuicios a este último. Sobre los motivos para declarar desierta una contratación, véase el artículo 89 de la LCP.

46 A diferencia del artículo 92 de la derogada Ley de Licitaciones, en el que el efecto fundamental de la declaratoria de desierta de una licitación era el deber de proceder a una nueva licitación, la LCP contempla, como opción, que el órgano o ente contratante pueda realizar una modalidad de selección de contratistas similar a la fallida, y no se exige ahora la consulta a la Comisión de Contrataciones para pasar a otro procedimiento.

47 Artículo 130 del Reglamento de la LCP.

similar a la fallida o bien acudir a la subsiguiente según el orden establecido por la norma; y más aún, como hemos señalado, podrá procederse incluso a la contratación directa, si así lo estima conveniente el órgano o ente contratante, pero mediante acto motivado. Esta nueva regulación, en nuestra opinión, le da más agilidad a las contrataciones públicas, que bajo la otrora Ley de Licitaciones, requerían del inicio de un nuevo proceso.

Otra manifestación del *principio de economía procedimental* deriva del artículo 56 de la LCP que prevé, como mecanismo del concurso abierto, la posibilidad de que se siga un acto único, de manera que la recepción y apertura de sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad de participar, documentos de calificación y ofertas, se cumplan en forma simultánea para evitar dilaciones[48]. También se prevé la subsanación de las omisiones de las formalidades previstas en la LCP y su Reglamento, que obviamente no ocasionen vicios de nulidad absoluta, siempre que la omisión sea observada antes del otorgamiento de la adjudicación, ordenándose la reposición del procedimiento de selección de contratistas únicamente cuando deban practicarse formalidades esenciales omitidas[49].

Por su parte, el *carácter informalista* de los procedimientos de selección de contratistas se encuentra íntimamente unido al *principio de eficacia*, en cuanto aquél supone en favor de los particulares interesados en la contratación pública la exclusión de la observancia de exigencias formales no esenciales, que puedan ser cumplidas posteriormente o subsanadas en el desarrollo del procedimiento[50]; como ocurre, por ejemplo, con la presentación de copias, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, o cualquier otro requisito que la ley no exija expresamente. De manera que los requisitos formales establecidos en el pliego de condiciones no podrían ser analizados restrictivamente, ya que cualquier omisión de esos requisitos por parte de los operadores económicos, con independencia de su magnitud, produciría la descalificación o el rechazo automático de las ofertas.[51]

Se requiere, precisamente, que el celo de la Administración se dirija a comprobar el cumplimiento de las exigencias sustanciales, y que puedan superarse, mediante interpretaciones más benignas del procedimiento, las omisiones de formalidades no esenciales o de elementos dignos de una aclaración, permitiendo en todo caso que cualquier deficiencia de la oferta presentada sea examinada conjuntamente con el resto de los docu-

48 Esto no significa que en el acto de apertura de sobres se anunciará de inmediato la descalificación o calificación de los concursantes y se evaluarán las ofertas. En dicho acto simplemente se debe señalar cuál es el contenido de cada sobre, dejando constancia de los documentos que se acompañan y el monto de las ofertas como manifestación del principio de transparencia, a los fines de garantizar que no existirán alteraciones sobrevenidas al contenido de dichos sobres, pero sin pronunciarse sobre las consecuencias que éstos generen.

49 Artículo 98 del Reglamento de la LCP.

50 *Cfr.* Dromi, *op. cit.*, p. 85.

51 *Cfr.* Badell Madrid, *op. cit.*, p. 79.

mentos que la acompañan[52]. Por tanto, el legislador, con un criterio funcional, ha optado por dotar a la regulación de los procedimientos de selección de contratistas de un claro carácter flexible que ha de ser considerado en todo caso como formalidad moderada, ya que el *principio de informalidad* debe ajustarse a los parámetros de la legalidad previstos en la norma procedimental, sin que en ningún caso pueda afectarse la preceptiva y necesaria seguridad jurídica de toda actuación administrativa.

Sobre la base de lo anterior tenemos las siguientes consecuencias: 1) la Administración no debe rechazar las ofertas cuando falten requisitos que no sean necesarios para comparar las ofertas; 2) la hermenéutica debe favorecer la conservación de los actos y actuaciones de las partes, pues los defectos insustanciales no descalifican la oferta, son subsanables; 3) debe prevalecer la sustancia sobre la forma de los procedimientos, salvo que se pruebe la mala fe del oferente en cuanto a eludir las condiciones fijadas por la Administración. Siendo ello así, tal y como afirma Badell Madrid, la exclusión de condiciones y formalidades intrascendentes garantiza la concurrencia de competidores, lo que allana el camino para lograr el objetivo de los procedimientos de selección de contratistas: elegir en el mercado la oferta económica más favorable a los intereses generales que protege la Administración[53]. Sin embargo, creemos que la aplicación del principio de informalismo debe ponderarse en atención a los demás principios que informan los procedimientos de selección de contratistas, en particular los principios de igualdad, competencia y transparencia, pues eximir la observancia de formalidades, incluso las no esenciales, no debe suponer dar ventaja a unos competidores con respecto a otros[54].

C. *Principios de oficialidad, de celeridad y de simplicidad*

Si en las contrataciones públicas la Administración es responsable del procedimiento, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares, es que debe ser desarrollado y movilizado observándose la objetividad en la atención del interés público, trámites sencillos y la mayor celeridad posible. En efecto, los órganos o entes contratantes tendrán, de acuerdo con el *principio de oficialidad*, el impulso de los procedimientos de

52 Téngase en cuenta, por ejemplo, que un determinado oferente, después de la apertura de sobres, presente documentos que vienen a acreditar un elemento histórico concretizado, eso sí, incluso antes de la fecha de la apertura dicha (v. gr. acreditación de experiencia). En este caso, el principio de informalidad exige una interpretación favorable a los interesados, de modo de asegurar, siempre que sea posible, lo sustantivo frente a dispositivos que deben obviamente cumplirse, pero que no dejan de ser formales; además, ante la omisión del oferente, la Administración está obligada a advertir a éste de la misma, para que no conlleve el rechazo de su oferta. Asimismo, en aplicación del artículo 24 del DLSTA, el órgano o ente contratante deberá evaluar la posibilidad de permitir la presentación de declaraciones juradas de los particulares o sus representantes legales, en sustitución de los documentos y requisitos cuya exigencia pueda suprimirse, de conformidad con la presunción de buena fe.

53 *Cfr.*, Badell Madrid, *op. cit.*, p. 79.

54 En este mismo sentido se pronuncia Rivero Ramírez, *op. cit.*, p. 16.

selección de contratistas para la realización de la secuencia de actos que deben concluir, en tiempo razonable, con la escogencia del contratista que haya presentado la propuesta más idónea para la Administración.

El *principio de celeridad* que informa también los procedimientos de selección de contratistas, se manifiesta en el cumplimiento de los plazos mínimos de carácter obligatorio tanto para la Administración como para los particulares[55], la no suspensión del procedimiento por razones injustificadas, la obligación de decidir rápidamente todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente de contratación, teniendo en cuenta la necesaria equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para los interesados y la Administración en el proceso de contratación pública. La LCP obliga a la rápida sustanciación de los procedimientos administrativos de tal manera que se ahorre tiempo y recursos en esta actividad. Como fácilmente puede apreciarse se trata de un principio estrechamente vinculado a los de *economía procedimental* y *eficacia*.

Dentro de la dificultad de concretar el concepto de celeridad, el criterio más sencillo y que redunda de manera muy beneficiosa en el *principio de legalidad*, es el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos o adelantarse a ellos. Plazos que –insistimos- vinculan tanto a la Administración como a los particulares. En efecto, la LCP establece, en su artículo 45, plazos mínimos para la preparación de la manifestación de voluntad de participar o de ofertar en cada modalidad de selección de contratistas, plazos más simplificados que los establecidos en la derogada Ley de Licitaciones. Sin embargo, no se prevé en la LCP la reducción de esos plazos[56], sino la posibilidad de su ampliación mediante acto motivado[57]. En este sentido, el artículo 86 del Reglamento de la LCP regula los supuestos que el órgano o ente contratante deberá considerar en caso de requerirse la ampliación de los plazos legales establecidos en las diferentes modalidades de selección de contratistas[58].

---

55 Artículo 41 de la LOPA.

56 La otrora Ley de Licitaciones establecía, a favor de los particulares interesados, plazos mínimos de doce días hábiles y ocho días hábiles para la preparación de ofertas en las licitaciones generales y licitaciones selectivas, respectivamente; y se contemplaba, además, la posibilidad de reducir tales plazos a un mínimo de ocho y cinco días hábiles, también respectivamente, en aquellos casos en que la máxima autoridad del ente contratante lo estimase necesario, en atención a la complejidad de la contratación y previa opinión favorable de la entonces Comisión de Licitaciones. Véanse los artículos 49 y 76 de la Ley de Licitaciones derogada.

57 Artículo 50 de la LCP.

58 El artículo 86 del Reglamento de la LCP dispone lo siguiente: "En caso de requerir ampliar los lapsos establecidos en la Ley de Contrataciones Públicas en las diferentes modalidades de selección de contratistas, el órgano o ente contratante debe considerar: 1. La complejidad del suministro de los bienes, prestación de servicios o ejecución de obras que serán objeto de la contratación, de acuerdo a lo que señalen las especificaciones técnicas. 2. La ubicación geográfica dónde se suministrará el bien, prestará el servicio o ejecutará la obra. 3. Cuando se encuentren en desarrollo simultáneo una cantidad de procesos de selección de contratistas que no permitan cumplir con las actividades de calificación, análisis, evaluación, y preparación de informes de recomendación dentro de los lapsos establecidos. 4. Por razones de índole administrativas operacionales o estratégicas que recomienden la modificación de los lapsos".

Teniendo en cuenta que los plazos en general pueden prorrogarse, el órgano o ente contratante podrá otorgar prórrogas para la presentación de la manifestación de voluntad de participar o de ofertar, como expresión del *principio de celeridad*, cuando se introduzcan modificaciones al pliego de condiciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCP.

La LCP permite, por otra parte, la adjudicación de la totalidad de una actividad determinada dentro de un mismo ejercicio fiscal. En este caso, el contrato se otorga por el componente con disponibilidad presupuestaria, quedando el resto condicionado a la obtención de recursos para la culminación del resto de la actividad adjudicada. Es por ello que, de acuerdo con el artículo 52 de dicha Ley, los procedimientos de contratación podrán ser iniciados seis meses antes del ejercicio presupuestario del año fiscal siguiente. De esta manera la norma permite que el ente contratante anticipe los procedimientos de selección de contratistas hasta la fase de adjudicación del contrato, adjudicación que no podrá ser otorgada hasta tanto cuente con la disponibilidad presupuestaria correspondiente.

En cuanto al *principio de simplicidad*, se observa que si bien éste no figura en el contenido del artículo 2º de la LCP, sí informa las modalidades de selección de contratistas al ser un principio rector de la actividad de la Administración que desarrolla el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (DLSTA)[59]. Se trata, por tanto, de un principio que debe ser considerado por el órgano o ente contratante tanto en la elaboración del pliego de condiciones, como en el desarrollo del procedimiento administrativo; pues propende a la claridad, sencillez, agilidad, racionalidad, pertinencia, utilidad y fácil entendimiento en el diseño de los trámites administrativos, eliminando toda complejidad innecesaria, a fin de mejorar las relaciones de los particulares con la Administración, haciendo más eficaz y eficiente su actividad. En este sentido, la *simplicidad* exige que los recaudos y requisitos establecidos en el pliego de condiciones deban ser objetivos, de posible verificación y revisión, según lo establece el artículo 43 de la LCP, ya que ello precisamente garantiza la imparcialidad de la actuación de la Comisión de Contrataciones, así como la *transparencia* de todo el procedimiento.

De igual manera en el pliego de condiciones sólo deben exigirse los documentos y certificaciones necesarias para determinar el cumplimiento de los criterios de calificación o evaluación establecidos, según el caso, de acuerdo con el artículo 44 de la LCP. De modo que el órgano o ente contratante, en atención al *principio de simplicidad*, no podrá exigir a los participantes en el proceso de contratación pública la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que la Administración tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder, así como tampoco la observancia de requisitos adicionales no contemplados en dicha regulación.[60]

59 Decreto Ley nº 6.265 de 22 de julio de 2008, publicado en la Gaceta Oficial nº 5.891 Extraordinario, de 31 de julio de 2008.

60 Artículos 10, 11, 17 y 18 del DLSTA.

El artículo 36 de la LCP dispone, asimismo, que para efectuar la calificación legal y financiera en las modalidades de selección de contratistas, la Administración no podrá solicitar a los participantes la presentación de documentos o de la información suministrada cuando formalizaron su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, pero sí podrá verificar la validez de la información y aplicar las sanciones correspondientes a quienes violen la confianza dispensada por la Administración en caso de que la información resulte falsa. No obstante, en aplicación del artículo 24 del DLSTA, el órgano o ente contratante deberá evaluar la posibilidad de permitir la presentación de declaraciones juradas de los particulares o sus representantes legales, en sustitución de los documentos y requisitos cuya exigencia pueda suprimirse en aplicación de la presunción de buena fe; presunción relativa que alude a que la Administración, en todas sus actuaciones, debe tener como cierta la declaración del administrado. Así lo autoriza, por ejemplo, el Reglamento de la LCP, en su artículo 38, en relación con la especificación de compromiso de responsabilidad social que el participante debe presentar junto con su oferta.

3. Principio de eficiencia

La contratación pública es una técnica de ejecución del gasto público, pues se destinan fondos, mediante el pago del precio del contrato por la Administración, para la satisfacción de necesidades de interés general a través de la ejecución por el contratista de la prestación que constituye el objeto del contrato. En este sentido, el *principio de eficiencia* que informa los procedimientos de selección de contratistas invita a un manejo eficiente de los fondos destinados a la construcción de obras, adquisición de bienes y prestaciones de servicios, ya que, en virtud de su naturaleza pública, aquéllos no se pueden dilapidar.

Por ello, el *principio de eficiencia* alude a la asignación y la utilización óptima de los bienes y recursos en atención a las necesidades de interés general que deban satisfacerse, y dar cumplimiento a fines y objetivos previstos previamente en los planes, estrategias y políticas de la Administración Pública. De donde se sigue, obviamente, que los fondos públicos ya asignados deben utilizarse de suerte que sólo el tiempo y los recursos estrictamente necesarios produzcan los resultados programados normativamente y satisfagan las necesidades de interés general que persigue la autoridad administrativa a través de la contratación.

Para asegurar una eficiente asignación y utilización de los bienes y recursos, la actividad administrativa es sometida a un conjunto de controles que propenden a garantizar la buena gestión financiera en las contrataciones públicas. Lo que implica la sujeción de la actividad administrativa contractual a la legalidad presupuestaria, que persigue la suficiencia económica de los compromisos adquiridos por la Administración, la garantía del cumplimiento de las actividades presupuestadas y, en última instancia, la satisfacción

de los intereses generales que la correspondiente instancia representativa ha considerado prioritarios. En consecuencia, la administración eficiente de los fondos públicos en las contrataciones, guarda una relación directa con el presupuesto público y la planificación.

Así, atendiendo a la disponibilidad presupuestaria y a los objetivos previstos en los lineamientos estratégicos, políticas y planes, la Administración impulsa procedimientos de selección de contratistas que, en el menor tiempo posible, permitan a los órganos o entes contratantes elegir las mejores entre varias ofertas del mercado, con el propósito de hacerse con la más ventajosa en términos de calidad y costo. De allí que sea necesario establecer reglas claras de participación, y parámetros de selección y evaluación serios, objetivos y concretos, de modo de seguir un proceso ordenado y documentado que afirme el éxito de la contratación.

Para obtener la mayor eficiencia en el proceso de contratación pública es necesario, pues, que se lleven a cabo correctamente las modalidades de selección de contratistas y se respeten los principios en que se sustentan. En este sentido, estimamos que el *principio de eficiencia*, como principio general de la actividad administrativa, se manifiesta en los procedimientos de selección de contratistas en la medida en que las previsiones de la LCP determinan que el pliego de condiciones establezca criterios de contratación y especificaciones de capacidad técnica, económica y financiera, que garanticen una comparación objetiva entre las ofertas a fin de seleccionar la propuesta más conveniente para el órgano o ente contratante, que es, en definitiva, el objetivo del proceso de contratación pública[61]. En este sentido, los numerales 2, 3, 11 y 12 del artículo 44 de la LCP establecen que el pliego de condiciones deberá determinar de forma clara y precisa el objeto de la contratación, sus especificaciones técnicas y los criterios de calificación y evaluación.

4. Principios de Planificación y de Economía

El *principio de planificación* ha sido incluido en la LCP como uno más de los principios que informan las contrataciones públicas. En este ámbito, la planificación alude a la ordenación de la actividad económica tanto del sector público como del sector privado, hacia la consecución de fines y objetivos concretos diseñados en función de los lineamientos estratégicos, políticas y planes de desarrollo económico y social previstos de antemano por la Administración Pública, mediante la evaluación y aplicación racional de

61 La determinación de la oferta más provechosa para los órganos o entes contratantes, se deberá realizar teniendo en cuenta no sólo la adecuación de la oferta a los requerimientos legales, técnicos y económicos establecidos en el pliego de condiciones, sino también su precio, y distintos criterios que pueden variar –y de hecho deben variar- en función del contrato, de modo de procurar una administración eficiente de los recursos públicos para la consecución de los fines de interés general. De allí que los contratos públicos se puedan considerar como simples medios o instrumentos para la obtención de aquellos fines, por lo que seleccionar el operador económico idóneo constituye una de las actuaciones claves para la adecuada ejecución del contrato.

los recursos (personales, materiales y económicos) disponibles en un período de tiempo determinado. De manera que, según la nueva legislación, la contratación pública está marcada, al igual que el resto de las actividades de la Administración, por el protagonismo de la planificación, convirtiéndose en una de las más importantes herramientas de la panoplia administrativa[62].

Así, la actividad de los órganos o entes contratantes se supeditará a lo dispuesto en los lineamientos estratégicos, políticas y planes, con lo cual se pretende encauzar o someter a un diseño previo de la actividad económica y de sus objetivos, el proceso de contratación pública desde la fase precontractual (durante el procedimiento de selección de contratistas) hasta la propia ejecución del contrato. La planificación prioriza los objetivos de la actividad contractual y fija un horizonte temporal de consecución, vinculando al sector público; no obstante, si bien bajo el sistema de economía social de mercado que propugna la Constitución de 1999, la planificación es indicativa para el sector privado, los planes "*siempre tienen elementos de imperatividad*"[63] que podrían incidir, en mayor o menor medida, sobre la libertad de empresa de los operadores económicos interesados en contratar con la Administración, condicionando así el curso de la actividad económica en función de aquello que se considera necesario o beneficioso para el conjunto del país[64].

La planificación en la LCP se refleja, por ejemplo, en el artículo 7 que prevé la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional, en atención a los planes de desarrollo económico y social, dicte medidas temporales para que las contrataciones de los órganos y entes a que se refiere la Ley, compensen condiciones adversas o desfavorables que afecten a la pequeña y mediana industria, cooperativas y cualquier otra forma de asociación comunitaria[65]; lo que, a su vez, constituye una medida de promoción de desarrollo económico. Asimismo, en el artículo 73 de la LCP, se establece que la modalidad de consulta de precios procederá, con independencia de la cuantía, en caso de contrataciones de obras, servicios o adquisiciones de bienes que, por razones de interés general, deben ser ejecutadas en un plazo perentorio que se determinará de acuerdo a la naturaleza del plan excepcional aprobado por el Ejecutivo Nacional. Y dentro de los supuestos de procedencia excepcio-

62 Artículo 5.5 del Decreto nº 5.384, con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación publicado en la Gaceta Oficial nº 5.841 Extraordinario, de 22 de junio de 2007.

63 Brewer-Carías, A. R., (1983): "La planificación del desarrollo económico y social en Venezuela", *Estudios de Derecho Económico,* Tomo IV, México, Universidad Autónoma de México, pp. 7 y ss.

64 Sobre los riesgos de una planificación vinculante para el sector privado, particularmente bajo un modelo económico socialista, *Cfr.*, Hernández García, J. I., (2008): "Planificación y modelo económico socialista", *Anuario de Derecho Público*, Año 1, Caracas, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, pp. 343-350.

65 De acuerdo con el artículo 7 de la LCP, esas medidas de promoción de desarrollo económico "*incluyen, entre otras, el establecimiento de márgenes de preferencia, categorías o montos de contratos reservados, la utilización de esquemas de contratación que impliquen la incorporación de bienes con valor agregado nacional, transferencia de tecnología, incorporación de recursos humanos, programación de entregas, las cuales servirán de instrumento de promoción y desarrollo de las pequeñas y medianas industrias, así como el estímulo y la inclusión de las personas y cualquier otra forma asociativa comunitaria para el trabajo*".

nal de la contratación directa con motivación, previstos en el artículo 76.8 *eiusdem*, se menciona "*la adquisición de bienes producidos por empresas con las que el órgano o ente contratante suscriba convenios comerciales de fabricación, ensamblaje o aprovisionamiento, siempre que tales convenios hayan sido suscritos para desarrollar la industria nacional sobre los referidos bienes, en cumplimiento de planes dictados por el Ejecutivo Nacional*".

Cabe señalar, por otra parte, que la asignación de recursos a la contratación pública también se ajustará estrictamente a los requerimientos de los planes y las previsiones presupuestarias correspondientes, que vienen a reflejar las prioridades de la actividad administrativa para el cumplimiento eficaz de las metas y objetivos, a través de la construcción de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios de impacto social y económico. La contratación pública debe disponer desde luego de los medios (personales, materiales y económicos) suficientes para cumplir los fines asignados. En otro caso no se estaría infringiendo el principio de servicio al interés general con eficacia, es decir, produciendo los resultados queridos, sino entrando en contradicción con el *principio de economía*, ya que estaría manteniendo un contrato -con el coste correspondiente- sin alcanzar los objetivos pretendidos.

La suficiencia de los medios no basta, debiendo ir acompañada de la adecuación, pues tanto la cantidad como el tipo de recursos deben estar correctamente relacionados y calculados en función de las tareas a cumplir. Confirmada, entonces, la suficiencia y la adecuación de los medios, éstos deberán de ser utilizados con prudencia, toda vez que el *principio de economía* en el ámbito de la contratación pública invita, como dijimos ya, a la necesaria asignación de recursos en términos tales que su empleo sea el más eficiente, incluso aminorando costos, teniendo en cuenta las necesidades de interés general que deban satisfacerse en función del cumplimento de los lineamientos estratégicos, políticas y planes trazados de antemano por la Administración.

5. Principios de honestidad y de responsabilidad

Dentro de los principios generales de toda actividad administrativa y, en especial de los procedimientos de selección de contratistas, encontramos a los *principios de honestidad y de responsabilidad*.

El *principio de honestidad* debe regir tanto para el particular como para la Administración, lo que exige un comportamiento leal en las distintas fases de la contratación pública y en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas que el contrato conlleva en el futuro. Este principio fundamental se proyecta en diversas direcciones: primero, la honestidad supone que los interesados en la contratación actúen con lealtad y probidad de manera de exponer, conforme a la verdad, hechos y documentos que interesen a la contratación pública; segundo, que la Administración en todas sus actuaciones tenga

como cierta la declaración del ciudadano, en virtud de la presunción relativa de buena fe, y disponga además de mecanismos prácticos que hagan efectiva su aplicación frente a actuaciones comprobadas de mala fe; y tercero, que los servidores públicos, tanto autoridades como personal, como integrantes físicos y titulares, en su caso, de los órganos y entes encargados de forjar la actuación contractual, no pretendan en sus actuaciones otro beneficio que no sea el de la propia Administración Pública.

Así, en los procedimientos de selección de contratistas y, en general, todo lo concerniente a la contratación pública, se considera como un principio moral básico que la Administración y los operadores económicos que aspiran ser contratistas actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro. De allí que el *principio de honestidad* se vincula desde luego al de la transparencia en los procedimientos de selección de contratistas, donde se enfatiza que son los servidores públicos, y también, debemos añadir, los particulares interesados en la contratación, los que desde las primeras etapas del proceso hasta su conclusión deben actuar con estricto apego a los principios éticos básicos, siendo evidente que detrás de cada procedimiento están de por medio fondos o recursos públicos.

De lo anterior deriva también que los servidores públicos asumen una posición de privilegio y una responsabilidad propia, en el cumplimiento de los condicionantes y exigencias derivadas del *principio de legalidad* que rige los procedimientos de selección de contratistas y demás aspectos de la contratación. Debiendo observarse, además, que en la práctica totalidad de los casos será ese personal la primera línea de la Administración en cuanto a la ejecución de actuaciones, desarrollo de funciones (tramitación del procedimiento administrativo) y trato al ciudadano. Desde otra perspectiva, el establecimiento de un sistema de responsabilidad redunda de forma igualmente beneficiosa en la ordenación interna de la propia organización administrativa, corrigiendo aquellos comportamientos contrarios a ella y que en la medida que suponen una disfuncionalidad en la organización pueden llegar a ascender y menoscabar su finalidad última, esto es, la genérica satisfacción del interés general[66].

En lo referente a los procedimientos administrativos, en especial los que regula la LCP, las disposiciones contenidas en los artículos 3 y 53 de la LOPA suponen una firme garantía a la legalidad y acierto en la sustanciación de los trámites del procedimiento administrativo en la que, de forma prácticamente omnicomprensiva, puede encontrar acomodo cualquier exigencia de responsabilidad por una incorrecta tramitación del procedimiento o menoscabo de los derechos de los interesados; pues el procedimiento ad-

66 Artículos 8, 13 y 14 del DLOAP.

ministrativo es principalmente un asunto de la Administración y, en consecuencia, el principio básico que lo rige es el principio inquisitivo[67].

Sobre el *principio de responsabilidad*, primicial y genéricamente enunciado en los artículos citados, encontramos manifestaciones, prácticamente, en cada una de las modalidades de selección de contratistas que regula la LCP, en las cuales aparece una llamada a la responsabilidad en que incurre el funcionario público al que sea imputable su incumplimiento. Podemos mencionar, a título de ejemplo, el artículo 78 de la LCP relativo a las decisiones de contratación fundamentadas en emergencia comprobada[68], así como el artículo 130 *eiusdem*, que establece como infracciones de los funcionarios al servicio de la Administración Pública que darán lugar a las sanciones pecuniarias correspondientes, con independencia de la responsabilidad civil, penal o administrativa, las siguientes conductas: 1) cuando procedan a seleccionar por la modalidad de Contratación Directa o Consulta de Precios en violación de lo dispuesto en la LCP y su Reglamento; 2) cuando acuerden o nieguen de manera injustificada la inscripción y actualización en el Registro Nacional de Contratistas, o incumplan los plazos establecidos para ellos; 3) cuando nieguen injustificadamente a los participantes, el acceso al expediente de contratación o parte de su contenido; 4) cuando incumplan el deber de suministrar al Servicio Nacional de Contrataciones, la información requerida de conformidad con la LCP y su Reglamento; y 5) cuando la máxima autoridad administrativa del órgano o ente contratante se abstenga injustificadamente a declarar la nulidad del acto o del contrato.

En definitiva, el *principio de responsabilidad* implica, entre otros deberes de los servidores públicos y de la Administración, procurar el cumplimiento de los fines de la contratación pública, la correcta ejecución del contrato y proteger los derechos del órgano o ente contratante, del interesado en contratar con la Administración, del contratista y de los que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; responder por toda acción y omisión que sea contraria a la ley y hacerse cargo de los daños que causen por ello; responder por iniciar procedimientos de selección de contratistas sin elaborar pliegos de condiciones, o sin realizar los diseños, estudios y evaluaciones necesarios, así como también cuando lo hacen de manera incompleta o confusa; y responder por la administración de bienes ajenos y actuar ajustados a la ética y la justicia.

Los operadores económicos que intervienen en la contratación también serán responsables, en especial por presentar propuestas con condiciones artificiales con el pro-

67 *Cfr.* Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento…, op. cit.*, pp. 21 y 125.

68 El artículo 78 de la LCP dispone, en su segundo párrafo, que: *"Los órganos o entes contratantes deberán preparar y remitir mensualmente al órgano de control interno una relación detallada de las decisiones de contratación fundamentadas en emergencia comprobada, anexando los actos motivados, con la finalidad de que determine si la emergencia fue declarada justificadamente o si fue causada o agravada por la negligencia, imprudencia, impericia, imprevisión o inobservancia de normas por parte del funcionario o funcionaria del órgano o ente contratante, en cuyo caso procederá a instruir el procedimiento para determinar las responsabilidades administrativas a que haya lugar"*.

pósito de que se le adjudique el contrato; ejercer recursos manifiestamente temerarios contra actos o procedimientos legalmente previstos, ocultar inhabilidades o incompatibilidades o prohibiciones; y suministrar información falsa y realizar actos de corrupción[69].

IV. Principios Específicos que Rigen las Modalidades de Selección de Contratistas

Junto a los objetivos generales de todo procedimiento administrativo en el orden de asegurar la legalidad en la actuación de la Administración, las modalidades de selección de contratistas se rigen por los conocidos principios de igualdad, publicidad, transparencia y competencia, que vienen a garantizar, fundamentalmente, el derecho de los operadores económicos a la adjudicación del contrato y el interés del órgano o ente contratante en seleccionar la mejor oferta.

1. Principios de igualdad y de no discriminación

Entre los principios específicos de la contratación pública sobresale por encima de todos los demás el *principio de igualdad*, cuya naturaleza y régimen jurídico guardan una íntima conexión con el *principio de no discriminación*, siendo éste una manifestación específica de aquél. El *principio de igualdad* se fundamenta en las previsiones del artículo 21.1 de la Constitución de 1999, que consagra la igualdad de todas las personas ante la ley y, en consecuencia, la proscripción de tratamientos desiguales respecto de quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, con independencia de que el motivo discriminante sea la raza, el sexo, el credo, la condición social o cualquier factor arbitrario que pudiera anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades de toda persona en condiciones de igualdad[70].

69 Artículo 131 de la LCP.

70 La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha expuesto, en diversas ocasiones, cuál es el contenido y alcance de ese derecho fundamental. Así, en reciente sentencia de 28 de febrero de 2008 (caso: *Asociación Civil Unión Afirmativa de Venezuela*), la Sala reitera los criterios de interpretación contenidos en la decisión de 8 de junio de 2000 (caso: *Michelle Brionne*), en la cual se estableció que el principio de igualdad ante la ley impone el otorgamiento de trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad, y trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad. Asimismo, se ratifica la decisión de 17 de octubre de 2000 (caso: *Luis Alberto Peña*), en la cual se dispuso que "*…el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación*", y aclaró también que "*no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas*".

En las contrataciones públicas, este principio se contrae a asegurar un tratamiento equitativo de los órganos y entes contratantes a los operadores económicos que concurren a los procedimientos de selección de contratistas. Esto significa que todos los interesados están en capacidad de acceder o participar en un proceso de contratación pública en igualdad de condiciones, con las mismas posibilidades, derechos, obligaciones, oportunidades y facultades.

Por ello, las modalidades de selección de contratistas han de estar orientadas, tanto en la normativa de contratación como en las actuaciones del órgano o ente contratante, para garantizar la *igualdad de trato* a todos los que siendo capaces y no estando incursos en causas de prohibición, aspiren ser co-contratantes de la Administración. En este sentido, estos procedimientos han de suscitar la libre concurrencia de todos los operadores económicos interesados, basada en el presupuesto de la publicidad de la contratación pública a efectuar, lo que constituye la máxima garantía de los intereses públicos. De allí la necesidad de que en los procedimientos de selección de contratistas no exista ningún motivo de preferencia, fuera de las ventajas que se le dan a la Administración; de modo que no son dables aquellas disposiciones que coloquen a un participante u oferente en ventaja o desventaja respecto de otro u otros[71].

Por tanto, el *principio de igualdad* que informa las modalidades de selección de contratistas tiene una doble finalidad. De una parte, y en relación con el *principio de la no discriminación*, garantizar a los operadores económicos la protección de sus intereses y derechos como participantes, oferentes o contratistas, que no concurran situaciones de restricción genérica al acceso a la contratación; y de otra, aumentar la posibilidad de una mejor elección del contratista por parte del órgano o ente contratante. Nótese, entonces, que la condición de igualdad opera únicamente entre los participantes en los procedimientos de selección de contratistas que compiten en paridad de condiciones, más no significa que todos los particulares detenten igualdad de derechos de contratar con la Administración, algo que ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina[72].

En efecto, la Administración puede establecer disposiciones especiales que precisen las condiciones que deben reunir los participantes en el procedimiento de selección de contratistas, con el objeto de restringir el ámbito de participación en función del contrato a suscribirse. De manera que la exclusión de un participante u oferente -sea por rechazo[73] o descalificación[74]- que no reúna los requisitos previamente exigidos en el pliego de condiciones, no constituye violación al *principio de igualdad*, pues la Administración debe

71 En este sentido, enseña Dromi, *op. cit.*, p. 101, que "*toda ventaja concedida por el licitante a favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuada en beneficio de los demás oferentes, lesiona y restringe el principio de igualdad, viciando de nulidad los actos del procedimiento y aun el contrato que luego se formalice.*"

72 *Cfr.* Badell Madrid, *op. cit.*, p. 75.

73 Artículos 71 de la LCP y 102 de su Reglamento.

74 Artículo 106 del Reglamento de la LCP.

seleccionar la oferta más ventajosa para los intereses públicos, vale decir buscar al *primus inter pares*[75]. Sin embargo, será necesario analizar cada caso concreto, sin olvidar que el *principio de igualdad* no es en modo alguno un principio absoluto, sino que tiene carácter relativo en cuanto es posible encontrar determinadas preferencias a favor de ciertas categorías de operadores económicos, establecidas en las normas o en los pliegos de condiciones[76]. En este sentido, son paradigmáticas las disposiciones de la LCP y su Reglamento que establecen la posibilidad de que se determinen medidas de promoción de desarrollo económico y social, que se traducen en preferencias a favor de las pequeñas y medianas industrias y cooperativas, así como de la oferta y producción nacional[77]. El *principio de igualdad* sí que obliga, por el contrario, a que la normativa contractual y el correspondiente poder adjudicador exijan los mismos requisitos mínimos de capacidad técnica, económica y financiera, así como el cumplimiento de las mismas cláusulas contractuales y el seguimiento de los mismos trámites procedimentales, a todos los que concurren a las modalidades de selección de contratistas.

La concreción del *principio de igualdad* se plasma, por tanto, en la necesidad de que todos los operadores económicos tengan el mismo plazo de presentación de proposiciones, deban cumplir iguales requisitos y someterse a las mismas prescripciones establecidas en el pliego de condiciones; así como también, en la necesidad de que adjudicación se decida con arreglo a criterios objetivos, que obligan a la Administración a fundamentar cuál es la mejor oferta presentada. Por ello, algunas manifestaciones de este principio fundamental podemos derivar de la LCP, que se traducen en una serie de derechos a favor de los participantes u oferentes.

En cuanto al contenido del pliego de condiciones, el cumplimiento del *principio de igualdad* exige que los términos de las modalidades de selección de contratistas deban ser

75 Téngase en cuenta que no todos los operadores económicos que concurren a los procedimientos de selección de contratistas son iguales, con lo que defender una aplicación subjetiva del principio de igualdad iría en contra del propio sentido de tales procedimientos administrativos, pues mal podría este principio comportar un amplio alcance que obligue a la Administración a permitir la participación indiscriminada de todos los operadores económicos sin la comprobación de los requisitos previos que determinen la idoneidad de los potenciales contratistas.

76 Así lo explica Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 105, para quien el "principio de igualdad de los licitantes no es absoluto y ha de entenderse que es posible por motivos justificados, establecer una cierta preferencia a favor de determinados licitantes, o, más bien, de determinadas categorías de licitantes. Cuando existiendo motivos que realmente lo justifican, se establecen preferencias de forma impersonal para todos los que se encuentren en las condiciones indicadas, y así se hace constar con antelación, sea en el pliego de condiciones, sea en las leyes y reglamentos que regulan el procedimiento, nada puede argüirse en su contra, ni sostenerse su ilegalidad.

77 Artículos 7, 8, 9 y 63 de la LCP, y 9, 10, 112 y 118 de su Reglamento. Cabe observar, al respecto, que lo que subyace tras las modalidades de selección de contratistas son medidas proteccionistas de la Administración, que encuentran su explicación en razones estratégicas, en el estímulo del dinamismo productivo, en ayudar a la reconversión en ciertos sectores. Sin embargo, tales medidas no están limitadas en sus actividades relativas a la producción de bienes y prestación de servicios, por lo que, en nuestra opinión, deben ponderarse en atención a los principios que informan los procedimientos de selección de contratistas, pues la finalidad de la contratación pública es, en definitiva, obtener la oferta económica más apropiada para la satisfacción del interés general.

objetivamente definidos en el referido pliego[78], que posibilite a todos los participantes preparar sus ofertas en igualdad de condiciones. La facultad de la Administración para elaborar unilateralmente el pliego de condiciones debe estar inspirada por el cumplimiento de la finalidad de interés general perseguida con el contrato, lo que impide al órgano o ente contratante no pueda introducir en la bases de la contratación reglas que contraríen el *principio de igualdad* para beneficiar a determinadas categorías de operadores económicos u oferentes. Por ello, el pliego de condiciones debe establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el *principio de igualdad*, lo que excluye que se establezcan ciertas preferencias a favor de determinadas categorías de oferentes, de modo que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de condiciones con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas.

Por otra parte, el contenido del pliego de condiciones debe ser conocido en igualdad de condiciones por todos los participantes[79], por lo que las modificaciones que el órgano o ente contratante realice a dicho pliego deberán notificarse a todos los que lo hayan adquirido o hayan sido invitados[80]. También deberán ser recibidas por todos los participantes, las respuestas de las aclaratorias del pliego de condiciones que hayan sido formuladas a la Comisión de Contrataciones, garantizándose la confidencialidad del origen de las aclaratorias, las cuales, una vez notificadas, pasarán a formar parte integrante del pliego de condiciones[81]. Cabe también observar que en las especificaciones técnicas del pliego de condiciones no pueden establecerse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marca o nombre comercial preferencial, de modo de permitir la competencia y evitar la discriminación injustificada de determinados bienes o servicios[82].

Por último, de acuerdo con el principio de cumplimiento del pliego de condiciones que encuentra su fundamento en los *principios de igualdad y de legalidad*, el órgano o ente contratante no puede desconocer las previsiones contenidas en el pliego de condiciones que resultan de obligatoria observancia tanto para estos como para los participantes[83]. En

78 Artículos 44 de la LCP y 95 de su Reglamento, relativos al contenido del pliego de condiciones y a la exigencia de que éste se elabore en forma clara y precisa.

79 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la LCP, el pliego de condiciones debe estar disponible a los interesados, en la modalidad de concurso abierto, desde la fecha que se indique en el llamado a participar, hasta el día hábil anterior a la fecha fijada para el acto de apertura de los sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad y ofertas; mientras que en los procedimientos de selección de contratistas de concurso cerrado y de consulta de precios, el pliego de condiciones será remitido a los participantes conjuntamente con la invitación.

80 En este sentido, el artículo 46 de la LCP establece: *"El órgano o ente contratante sólo podrá introducir modificaciones al pliego de condiciones hasta dos días hábiles antes de la fecha límite para la presentación de las manifestaciones de voluntad u ofertas, según el caso, notificando las modificaciones a todos los participantes que hayan adquirido el pliego de condiciones o hayan sido invitados".*

81 Artículo 47 de la LCP.

82 Artículo 44. 3 de la LCP. Téngase en cuenta, en este sentido, que la selección de contratistas debe hacerse a partir de parámetros objetivos, sin permitir espacio a una evaluación con base en intereses individuales del funcionario y del órgano o ente contratante.

83 El artículo 66 de la LCP contempla la obligación del órgano o ente contratante de sujetarse a las condiciones de la contratación, según la definición, ponderación y procedimiento establecido en el pliego de condiciones,

este sentido, destaca Sayagués Laso el carácter fundamental del cumplimiento estricto del pliego de condiciones, pues, tal y como afirma este autor, las normas del pliego son de interés general y su cumplimiento interesa tanto a la Administración como a los participantes en el proceso selectivo[84]. De modo que sería contrario al *principio de igualdad* que el órgano o ente contratante pudiese modificar unilateralmente los datos y los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, requisitos considerados inalterables, sin volver a iniciar el procedimiento de selección de contratistas en su totalidad, lo que permitiría que todos los participantes, incluidos los operadores económicos potenciales, se beneficiasen de dicha modificación.

En cuanto al desarrollo del proceso de contratación, tanto la Administración como los participantes deben cumplir las normas positivas que rigen los procedimientos de selección de contratistas. En este sentido, la Administración deberá garantizar a todos los participantes u oferentes el respeto de los plazos establecidos para la tramitación del procedimiento, de modo que si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los particulares[85]. También se observa que antes del acto público de apertura de ofertas, sus términos deben ser mantenidos en confidencialidad, de suerte que tanto el órgano o ente contratante como los oferentes las conozcan en el mismo momento. Asimismo, se prohíbe dar información acerca de la calificación, el examen y evaluación de ofertas desde la apertura de los sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad de participar u ofertas, según el caso, hasta la notificación de los resultados[86].

Por otra parte, la LCP dispone que en los casos en que el órgano o ente contratante decida proceder por Concurso Cerrado o por Consulta de Precios, una vez declarada desierta la modalidad de Concurso Abierto o de Concurso Cerrado, respectivamente, deberá invitar a participar en el nuevo procedimiento a todos los oferentes calificados, manteniéndose las condiciones establecidas en la modalidad de selección de contratistas declarada desierta[87].

En atención a las reglas anteriores, podemos concluir que el *principio de igualdad* y el de competencia están especialmente vinculados entre sí. Lo que implica que ambos principios tienen su aplicación tanto en el momento en que se inician los trámites en virtud de los cuales el órgano o ente contratante comienza a confeccionar su necesidad contractual, y que alcanza su máximo relieve con la publicidad a través del llamado o las

en la calificación, examen y evaluación de la decisión. Por su parte, el artículo 70 *eiusdem,* establece la obligación de aplicar los criterios y mecanismos previstos en el pliego de condiciones para la evaluación de las ofertas, por lo que queda prohibido modificar o dejar de utilizar los establecidos en él.

84 *Cfr.* Sayagués Laso, *op. cit.*, pp. 41-42, 74 y 94.

85 Artículos 50 de la LCP y 86 de su Reglamento.

86 Artículo 67 de la LCP.

87 Artículo 90 de la LCP.

invitaciones a participar, como durante la tramitación del procedimiento de selección de contratistas.

2. Principio de publicidad

Con el doble objetivo de garantizar, por un lado, el respeto del *principio de igualdad* y, por otro, el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de las contrataciones públicas, las modalidades de selección de contratistas han de ser objeto de una *publicidad* por parte de los órganos o entes contratantes[88]. La vigencia de este principio en los procedimientos de selección de contratistas no sólo favorece una mayor afluencia de interesados, sino que asegura igualmente una mayor *transparencia* en la gestión estatal; además, de acuerdo con la "transversalidad" de los principios rectores de la contratación pública[89], el *principio de transparencia* conlleva igualmente el de *publicidad*. De allí que el *principio de publicidad* se estime consustancial al sistema de contrataciones públicas y desde luego ha de hacerse en forma suficiente y adecuada para los distintos trámites y actos, en función de cada una de las modalidades de selección de contratistas.

En efecto, como mecanismo de fiscalización de la Administración, la *publicidad* constituye una magnífica ayuda para la adecuación de la actuación administrativa a las condiciones normativas de la contratación y una oportunidad de control a disposición de los administrados, teniendo en cuenta que la actividad de la Administración es visible a través del acceso al expediente de contratación; pero la *publicidad* es, asimismo, un excelente medio de promoción de la concurrencia entre los operadores económicos implicados[90].

Una *publicidad* adecuada de los llamados a participar en los procedimientos de selección de contratistas ofrece a todos los operadores económicos interesados la posibilidad de ser informados sobre tales procedimientos y, en su caso, de participar en ellos. Así, la *publicidad* de estas convocatorias se traduce en proporcionar una información suficiente de los bienes y servicios objeto de la contratación y de las condiciones a que están sujetos, para que los operadores económicos puedan valorar si les puede o no interesar el acceder a los procedimientos de selección de contratistas propuestos. Lo que significa la posibi-

88 Al respecto, *Cfr.*, Bermejo Vera, J., (1986): "La publicidad en el procedimiento de contrataciones", *Noticias CEE* 21, p. 37, y en la doctrina venezolana, *Cfr.,* Badell Madrid, *op. cit.*, p.76.

89 *Cfr*. Moreno Molina, J.A., (2008): "Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley Estatal de Contratos del Sector Público", *Revista Jurídica de Navarra* 45, p. 47.

90 Podemos también afirmar que el principio de publicidad surte un efecto jurídico de seguridad, una vez que se concreta el llamado a participar: la imposibilidad para la Administración de variar arbitrariamente las cláusulas del pliego de condiciones; ya que después que se hace la publicación del llamado a participar, acompañado de un resumen del pliego de condiciones, tal documento pasa a ser ley entre las partes, y sólo es viable modificarlo según los parámetros legales.

lidad de que mayor número de interesados tome conocimiento de las demandas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia en los procedimientos de selección de contratistas. Por ello, la omisión de la *publicación* supone el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la LCP, ya que los requisitos de *publicidad* no admiten interpretaciones flexibles, sino que deben ser siempre interpretados en el sentido más favorable a la *publicidad* contractual.

De acuerdo con la previsiones de los artículos 57, 58 y 60 de la LCP, el llamado a participar en un Concurso Abierto, incluso en aquellos anunciados internacionalmente, debe ser publicado en la página web oficial de los órganos o entes contratantes hasta un día antes de la recepción de sobres, indicando, por lo menos, el objeto de la participación; la identificación del órgano o ente contratante; los datos necesarios para la obtención de los pliegos de condiciones; los datos del acto público o plazo de recepción de manifestaciones de voluntad y documentos de calificación; y el mecanismo de calificación a utilizar en el procedimiento administrativo. Además, este llamado a participar debe remitirse al Servicio Nacional de Contrataciones para que sea publicado en la página web de ese órgano durante el mismo lapso.

Por otra parte, los llamados a Concurso Abierto pueden publicarse en medios de comunicación con variados alcances a nivel geográfico, según los casos, sólo en circunstancias excepcionales y previa aprobación de la máxima autoridad de la Comisión Central de Planificación[91].

El *principio de publicidad* en el resto de las modalidades de selección de contratistas se cumple, en cambio, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 63 de la LCP, con la selección de un mínimo de participantes a quienes se envían invitaciones -físicas o electrónicas- para ofertar, las cuales deberán ir acompañadas del pliego de condiciones, según los casos[92].

---

91 En la práctica, sin embargo, es posible encontrar publicaciones adicionales de las convocatorias. A modo de ejemplo, podemos mencionar las publicaciones en las respectivas Gacetas Oficiales, el uso de carteleras públicas de libre acceso a los ciudadanos interesados para difundir llamados a participar, o la elaboración de publicaciones oficiales o privadas que se distribuyen gratuitamente en los círculos empresariales. Pero, sin duda, la publicidad a través de la introducción de medios electrónicos en los procedimientos de selección de contratistas supone para la Administración un incremento de la transparencia y eficiencia del procedimiento, y facilita en gran medida el acceso a la información.

92 Sin embargo, cabe advertir que la única interpretación admisible y consecuente con los *principios de igualdad* y *transparencia* que deben presidir la aplicación de estas normas de la Ley, es que el pliego de condiciones contentivo de todas las condiciones generales y específicas de la contratación, debe ser elaborado sin excepción alguna antes de que se envíen las respectivas invitaciones a los participantes, y dichos pliegos, incluyendo el modelo del contrato a suscribirse, deberán constar en el respectivo expediente de contratación, sin perjuicio de que en los casos que la Ley lo permite, se decida enviar, conjuntamente con la invitación, la relación de las condiciones técnicas requeridas para la preparación de las ofertas con aspectos generales de la contratación. Esto se justifica en el hecho de que el pliego de condiciones, en su integralidad, debe constar en el expediente de contratación correspondiente, a los fines de la puesta en marcha de los medios de control interno, así como para el control posterior de las actuaciones de la Administración.

Es claro, no obstante, que la *publicidad* no se agota con el llamado, ya que implica además que la tramitación de la contratación no tenga reservas indebidas, favoreciéndose así un amplio acceso a las actuaciones, aunque en las etapas fijadas a tal efecto para no dilatar el trámite y atentar de lo contrario con otro de los principios comunes como es el de celeridad y sencillez del procedimiento.

La concreción del *principio de publicidad* se manifiesta también en relación con las reglas y condiciones de las modalidades de selección de contratistas. De manera que establecer parámetros de selección que todos los proponentes puedan conocer, favorece no solamente que sean tratados equitativamente, sino que con la *publicidad* tienen el conocimiento de las condiciones necesarias para contratar con el órgano o ente contratante y tienen la certeza de la correcta valoración de su ofrecimiento. De allí la importancia del carácter público de las reglas del procedimiento y de la contratación previstas en el pliego de condiciones, según los términos de los artículos 43 y 44 de la LCP. Asimismo, como dijimos previamente en relación con el *principio de legalidad*, las modificaciones al pliego de condiciones y las aclaratorias deben ser notificadas a todos los participantes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCP.

Cabe destacar también que, ante la ausencia de previsión normativa expresa respecto de la *publicidad* del pliego de condiciones para aquellas personas que no lo hubiesen adquirido, tal y como ya lo ha sugerido la doctrina[93] con apoyo en los *principios de publicidad y transparencia*, debe permitirse a los interesados tener acceso al pliego de condiciones en los Concursos Abiertos, pues, según lo previsto en el artículo 43 de la LCP, el "*hecho de que una persona no adquiera el pliego de condiciones para esta modalidad, no le impedirá la presentación de la manifestación de voluntad y oferta*".

Otra manifestación del *principio de publicidad* podemos encontrarla en el artículo 39 de la LCP, el cual dispone que cuando en el pliego de condiciones se establezca el empleo del presupuesto base como criterio para el rechazo de ofertas, el valor definido en el presupuesto base se divulgará, mediante su lectura, al inicio del acto de apertura de los sobres contentivos de las ofertas.

La *publicidad* se concreta, asimismo, durante el desarrollo de los procedimientos de selección de contratistas y en relación con el acceso a los expedientes de contratación. En efecto, la *publicidad* implica que las modalidades de selección de contratistas deben efectuarse en forma pública; de modo que, durante el desarrollo del procedimiento, tanto los actos como el expediente de la contratación serán públicos. No obstante, este principio se reconoce parcialmente en la LCP.

Por un lado, los actos de recepción y de apertura de manifestaciones de voluntad y ofertas tienen carácter público, según lo dispuesto en el artículo 68 de la LCP, de suerte

93 *Cfr.* Rivero Ramírez, *op. cit.*, p. 25.

que, además de los participantes u oferentes, los miembros de la Comisión de Contratistas y los observadores de los órganos de control, cualquier persona interesada podrá presenciar dichos actos. Por otro, sin embargo, el acceso al expediente de contratación está limitado a pesar del carácter público que se le atribuye, pues, de acuerdo con el artículo 15 de la LCP, sólo los oferentes podrán consultar el expediente de contratación una vez culminada la selección de contratistas y requerir copia certificada de cualquier documento en él contenido, salvo aquellos declarados reservados o confidenciales. De manera que los demás participantes en el procedimiento de selección de contratistas o cualquier otra persona interesada, no podrán tener acceso al expediente de contratación a lo largo del procedimiento, sin perjuicio de las facultades de los órganos de control[94]. Lo que, en nuestra opinión, constituye una previsión que no garantiza la irrestricta *transparencia* y *publicidad* de las modalidades de selección de contratistas, ya que restringe durante la tramitación del procedimiento el conocimiento del expediente de contratación y, en consecuencia, de los documentos presentados y las actuaciones administrativas que no están protegidos por la confidencialidad o el secreto, cuando tal restricción debería sólo limitarse a la etapa de evaluación de las ofertas[95].

3. Principio de transparencia

El *principio de transparencia* se erige en un referente en la lucha contra la corrupción, la malversación de fondos públicos y las posibles desviaciones de poder que pudieran cometer los servidores públicos en la adjudicación de los contratos[96]. Por ello, resulta insoslayable para garantizar los fines que el *principio de transparencia* persigue, la existencia de procedimientos de selección de contratistas claros e iguales para todos "*que reflejen el manejo pulcro e íntegro de las finanzas públicas*"[97], la ausencia de ambigüedades en las condiciones o cláusulas contractuales, y el establecimiento de rigurosos mecanismos de control respecto de la contratación pública. Esto implica, como apunta M. Mónaco, que la Administración debe realizar los trámites propios de las distintas modalidades de selección de contratistas de manera abierta, de modo que no pueda obviar las reglas predefinidas

94 Artículo 11 de la LCP.

95 Así lo destaca Rivero Ramírez, siguiendo la postura del catedrático argentino de Derecho Administrativo J. R. Comadira, en defensa de un acceso amplio al expediente de contratación y la restricción de éste sólo durante la evaluación de las ofertas, lo que constituye una exclusión provisoria que no afecta el derecho al debido proceso que a los administrados les asiste, ya que concluida la fase de evaluación de las ofertas, la participación de los oferentes se reanuda con entera amplitud. *Cfr.*, Rivero Ramírez, *op. cit.*, p. 27.

96 *Cfr.*, Rezzoagli, B.A., (2005): Corrupción y Contrato Administrativo. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas, Salamanca, Ratio Legis, in totum.

97 Badell Madrid, *op. cit.*, p. 77.

en la norma jurídica que determina el marco de acción, *"permitiendo que los participantes o concursantes puedan advertir fácilmente la intención y objeto de cada uno de sus actos"*.[98]

En el ámbito de las contrataciones públicas, este principio reside en el reconocimiento de los medios procedimentales suficientes para asegurar la participación y la concurrencia en los procedimientos de selección de contratistas, en los que destaca la *publicidad* como mecanismo imprescindible para alcanzar la máxima garantía en el procedimiento. Así, la obligación de *transparencia* que incumbe al órgano o ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todos aquellos posibles interesados, un nivel adecuado de publicidad que consiga asegurar la información necesaria y se suscite la concurrencia de todos cuantos reúnen los requisitos de capacidad y solvencia exigidos, además de controlar la imparcialidad y cumplimiento estricto de las modalidades de selección de contratistas, que no pueden ignorarse.

Sin perjuicio de las previsiones normativas concretas en las que podemos apreciar reflejado este principio, no puede olvidarse tampoco la importancia de la motivación como uno de los elementos conformadores del *principio de transparencia*. Motivación entendida como la exigencia formal de dictar las razones que sirven de fundamento a las decisiones administrativas, constituyendo una garantía para los administrados que podrán así impugnar, en su caso, tales actos con posibilidad de criticar las bases en que se fundan, facilitando además el control jurisdiccional de la Administración Pública.

Resulta de lo anterior que la contratación pública debe respetar, en todas sus fases, especialmente en los procedimientos de selección de contratistas, tanto la *igualdad de trato* de los posibles participantes u oferentes como el *principio de transparencia*, para que todos los interesados dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas. Pero el *principio de transparencia* comporta, además, que los órganos o entes contratantes anuncien en los correspondientes diarios o boletines oficiales los procedimientos de selección y las adjudicaciones de contratos; que comuniquen a los operadores económicos no adjudicatarios que lo soliciten, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada; y también, a nuestro juicio, que los participantes puedan acceder al expediente de contratación, a conocer el estado de la tramitación del procedimiento en el que tenga la condición de interesado, a obtener copias de los documentos contenidos en él, aspectos que refuerzan desde luego la transparencia de la actuación objetiva con la que deben desarrollar sus actuaciones los órganos o entes contratantes.

El *principio de transparencia* permite, en definitiva, que todos los participantes interesados en la contratación puedan conocer y comprender los mecanismos por medio de los cuales los contratos van a ser adjudicados y administrados, y la manera cómo se han

98 Mónaco, *op. cit.*, p. 98.

aplicado en desarrollo de un proceso cualquiera. Esto involucra, esencialmente, que existan procedimientos y regulaciones claras, definidas y expuestas a la evaluación pública; pliegos de condiciones claros y estandarizados elaborados por la Administración; documentos que contengan toda la información necesaria sobre el proceso de contratación; informes de calificación y evaluación, y actos de adjudicación motivados.

Por otra parte, la *transparencia* de la Administración Pública es una nueva forma de ver la actuación administrativa[99]. La funcionalidad y la operatividad que para este supuesto pueden aportar las nuevas tecnologías son sumamente importantes, de modo de facilitar la *transparencia* y el conocimiento de la actuación administrativa[100]. La LCP apuesta por la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de selección de contratistas, al establecer, en su artículo 79, la posibilidad de sustanciar las modalidades de selección de contratistas por vía electrónica; lo que podría suponer para la Administración un notable incremento de la transparencia y de la eficacia de estos procedimientos administrativos.

Precisado lo anterior, podemos mencionar a continuación algunos ejemplos en los cuales se concreta el *principio de transparencia*. En primer lugar, la *transparencia* en los procedimientos de selección de contratistas se manifiesta a lo largo de sus fases y trámites. De este modo, tal y como lo disponen los artículos 43 y 66 de la LCP, las reglas, condiciones, criterios de calificación y criterios de evaluación, así como su ponderación deben estar establecidas en el pliego de condiciones y su determinación debe ser clara, precisa, objetiva, de posible verificación y revisión. Las aclaratorias del contenido del pliego de condiciones tienen carácter público, por lo que deben ser resueltas por escrito y notificadas a todos los participantes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 de la LCP.

En segundo lugar, los pliegos de condiciones pueden incluir previsiones normativas relativas a una serie de prohibiciones para contratar con la Administración, que si bien parecen afectar a los principios de no discriminación y libre concurrencia, resultan justificadas en cuanto se trata de defender intereses económicos públicos y garantías de transparencia en los procesos. Téngase en cuenta, en este sentido, que la LCP impone condiciones estrictas de participación en los contratos públicos. Se pretende así verificar las aptitudes de los operadores económicos para participar en un contrato sobre la base de criterios objetivos relativos a la capacidad económica y financiera, así como a los conoci-

99 *Cfr*., Koninckx Frasquet, A., (2009): Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública. En especial en la Administración Local, Madrid, La Ley, pp. 35 y ss.

100 Señala Piñar Mañas, sobre este punto, que *"la transparencia hace referencia a tres elementos: el que el proceso de elaboración de las decisiones por los entes públicos ha de ser abierto y participado, las decisiones tienen que ser motivadas y razonables; la información que sirve de base a las decisiones debe ser, en la medida de lo posible, accesible al público"*. *Cfr*., Piñar Mañas, J.L., (2007): "Revolución Tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública: notas provisionales para una reflexión", *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy: actas del I Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo*, Pamplona, Aranzadi, pp. 66 y 67.

mientos o capacidades de carácter profesional y técnico. Por ello, dentro de los criterios de selección, el artículo 36 de la LCP hace referencia a la suficiencia de la acreditación, que el órgano o ente contratante no podrá solicitar para efectuar la calificación legal y financiera, pero sí verificar la validez de la información, y de resultar falsa procederá a aplicar las sanciones señaladas en la Ley, además de denunciar el hecho ante las autoridades competentes encargadas de determinar la responsabilidad civil y penal.

En tercer lugar, la LCP determina los supuestos de procedencia de las modalidades de selección de contratistas, establecidos en atención a la cuantía y las características del objeto contractual. En particular, la normativa regula los supuestos de urgencia en los que excepcionalmente puede proceder la Contratación Directa, con o sin motivación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 76, 77 y 78 de la LCP.

En cuarto lugar, el *principio de transparencia* impone que el informe de la Comisión de Contrataciones contenga, de conformidad con el artículo 70 de la LCP, el detalle de sus motivaciones en la calificación y evaluación legal, técnica y económica. Asimismo, la calificación y la evaluación de las ofertas deben ser realizadas con base en lo establecido en el pliego de condiciones, sin que esté permitido a la Comisión de Contrataciones dejar de aplicar tales criterios. En este mismo orden de ideas, el artículo 72 de la LCP establece que deberá otorgarse la adjudicación del contrato a la oferta que resulte con la primera opción según esos criterios de evaluación establecidos en el pliego de condiciones, indicándose además la existencia de ofertas que merezcan la segunda y tercera opción.

Por último, y en quinto lugar, la *transparencia* se refleja en la posibilidad que tienen los órganos de control de designar funcionarios para actuar como observadores en los procedimientos de selección de contratistas, según lo establecido en el artículo 11 de la LCP.

4. Principio de competencia o libre concurrencia

La *competencia* -o *libre concurrencia*, como también se suele llamar- es uno de los principios tradicionales de la contratación pública y persigue una doble finalidad. De una parte, el *principio de competencia* procura proteger los intereses económicos de los órganos y entes contratantes, suscitando en cada caso la máxima competencia posible; y de otra, garantizar la igualdad de acceso a la contratación con ellos. Así pues, los procedimientos de selección de contratistas han de estar diseñados de modo que puedan generar el mayor nivel de competencia entre aquellos que están interesados y calificados para ser contratistas de la Administración.

La contratación debe estar abierta al mercado y a la participación de cualquier operador económico en igualdad de condiciones, pues se aspira promover la competencia en la contratación pública y obtener una oferta adecuada al mercado y óptima para satisfacer las necesidades y fines que el interés público demanda. Esto explica que, en general, se tienda a modalidades abiertas de selección de contratistas y que en ellas sean descritos

minuciosamente los pasos para ofertar y contratar, la preparación de los llamados e invitaciones a participar, la publicidad del proceso, la apertura de ofertas, los criterios que serán aplicados por la Administración para calificar y evaluar las ofertas y la manera en que se adjudicará y concluirá el contrato. Igualmente, deben señalarse los casos en los que no se usarán modalidades de selección de contratistas competitivas y describirse los métodos que serán utilizados para reemplazarlos, lo que determina el carácter relativo del *principio de competencia*.

Los procedimientos de selección de contratistas capaces de suscitar la *libre concurrencia*, presupuesta la *publicidad*, constituyen una máxima garantía para los intereses públicos, pues mediante tales prescripciones todos cuantos reúnan los requisitos de capacidad y solvencia pueden acudir al procedimiento y competir entre sí en términos de precio, calidad y adecuación a los requerimientos del órgano o ente contratante, y éste, siguiendo criterios de objetividad, deberá adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa que el mercado puede proveerle. Así, en el ámbito de la contratación pública, la *competencia* entre operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses de la Administración promoviendo la máxima concurrencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla. Estas normas de la *competencia*, por tanto, se aplican también a la Administración, no sólo cuando actúa como oferente de obras, bienes y servicios, sino igualmente cuando actúa como demandante de obras, bienes y servicios.

El *principio de la competencia* afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en una futura contratación pública, e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso a los procedimientos de selección de contratistas[101]. Sobre esta base, el *principio de competencia* o de *libre concurrencia* se concreta en la existencia de una serie de modalidades destinadas a seleccionar al contratista de entre todos los posibles aspirantes. Sin embargo, como ya advertimos, el principio admite excepciones, tanto respecto de las personas que pueden aspirar a convertirse en contratistas, como respecto del procedimiento para seleccionar a quien vaya a serlo en un caso concreto, excepciones todas ellas justificables y que no alcanzan a desvirtuar la esencia del mismo.

En efecto, tal y como sucede con el *principio de igualdad*, el alcance del *principio de competencia* no es absoluto, pues la normativa de contrataciones públicas impone ciertas limitaciones a los operadores económicos, que derivan del control de la capacidad eco-

101 El principio de competencia obliga a los órganos o entes contratantes a no poner trabas ni directa ni indirectamente a los potenciales participantes u oferentes interesados en la contratación, ni a través de una publicidad deficitaria, o falta de la misma, ni con cláusulas en los pliegos de condiciones que rijan la contratación que obstaculicen la igualdad entre los concurrentes, ni utilizando la modalidad de Contratación Directa cuando no concurra alguna de las causas que habilitan instar este procedimiento, ni cuando no tramita a procedimientos de selección de contratistas una necesidad contractual estando obligado a ello atendiendo a las correspondientes normas reguladoras de la contratación pública.

nómica, financiera y técnica de los concurrentes. Por lo pronto, es habitual el hecho que la Administración solicite el cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones como mecanismos de control de la capacidad técnica, económica y financiera de las personas que concurren al procedimiento (v. gr. inscripción en el Registro Nacional de Contratistas[102], constitución de garantías, presentación de determinados recaudos de capacidad técnica, económico y financiera, etc.), el cual se justifica en atención a la obligación que tiene la Administración de velar por la correcta inversión de las finanzas públicas para la consecución de una sana y efectiva contratación.[103]

Desde el punto de vista del procedimiento de selección de contratistas, en el caso del Concurso Abierto, la *competencia* se manifiesta más amplia en cuanto que podrán participar en este procedimiento todas las personas -naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras- que cumplan con los criterios establecidos en la Ley, su Reglamento y las condiciones particulares inherentes al pliego de condiciones. La participación se encuentra restringida, por el contrario, en el caso del Concurso Cerrado y de la Consulta de Precios, modalidades de selección de contratistas en las que la competencia tendrá lugar sólo entre aquellas personas que expresamente hayan sido invitadas al procedimiento por el órgano o ente contratante, atendiendo a su capacidad técnica, financiera y legal, y entre aquellas personas a las que se les haya solicitado una cotización de ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, respectivamente.

No obstante, el *principio de competencia* puede ceder en casos excepcionales en los que expresamente la Ley permite acudir a la Contratación Directa, en el que se elude la competencia por la naturaleza de la obra, del bien o del servicio a contratar, de modo que el contrato se adjudique al operador económico justificadamente elegido por la Administración, sin concurrencia u oposición. En efecto, la Contratación Directa se permite en los supuestos contemplados en los artículos 76 y 77 de la LCP respecto de obras, bienes o servicios cuyas condiciones técnicas excluyen toda posibilidad de competencia; en los casos en los que una modalidad de selección de contratistas pudiera comprometer secretos o estrategias comerciales del órgano o ente contratante, cuyo conocimiento ofrecería ventaja a sus competidores; en casos de estados de excepción; de desabastecimiento por no producción o producción insuficiente; para el restablecimiento inmediato o continuidad de los servicios públicos o actividades de interés general que hayan sido objeto

102 De acuerdo con el artículo 29 de la LCP, para presentar ofertas en todas las modalidades de selección de contratistas, cuyo monto estimado sea superior a cuatro mil Unidades Tributarias (4.000 U.T.) para bienes y servicios, y cinco mil Unidades Tributarias (5.000 U.T.) para ejecución de obras, los interesados deben estar inscritos en el Registro Nacional de Contratistas. Esta inscripción no se exigirá a aquellos interesados en participar en la modalidad de Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente; a los que presten servicios altamente especializados de uso esporádico; y a los pequeños productores de alimentos o productos básicos declarados como de primera necesidad.

103 *Cfr.,* Diez, M.M., (1979): *Derecho Administrativo,* Tomo II, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, p. 87.

de interrupción o fallas, independientemente de su recurrencia, entre otros supuestos[104]. En todos los casos la existencia de las circunstancias determinantes de la excepción al *principio de competencia*, que en cuanto tal hay que interpretar restrictivamente, debe ser justificada caso por caso en el expediente de contratación. De allí que, en atención al *principio de transparencia*, se exija al órgano o ente contratante indicar en un acto motivado toda la información que justifique la excepción[105].

El *principio de competencia* también se manifiesta en el artículo 71, numerales 4 y 5, de la LCP que establece como causales de rechazo de ofertas, por una parte, que ofertas diversas provengan de un mismo proponente y, por otra, que ofertas diversas sean presentadas por personas distintas, si se comprueba la participación de cualquiera de ellas o de sus socios, directivos o gerentes en la integración o dirección de otro oferente en la licitación. Estas causales de rechazo de ofertas tienen por objeto salvaguardar tanto la *transparencia* y la *igualdad* en los procedimientos de selección de contratistas, como procurar condiciones de competencia, ya que de permitirse una situación similar se generaría una ventaja indebida de un oferente frente a otro u otros.

Asimismo, la LCP contiene en su artículo 44 una prohibición expresa destinada a evitar *a priori* la restricción injustificada de la participación de determinados bienes o servicios en la contratación, al disponer que en el pliego de condiciones las especificaciones técnicas detalladas de la prestación objeto del contrato no podrán hacer referencia a determinada marca o nombre comercial, y en caso de que se trate de la adquisición de repuestos o servicios a ser aplicados a activos del órgano o ente contratantes, podrá hacerse mención a éstos, siempre que se señale que pueden cotizarse otras marcas con características similares certificadas por el fabricante. Con esta prohibición se intenta eliminar obstáculos de acceso a los procedimientos de selección de contratistas que menoscaben los *principios de igualdad* y de *competencia*.

V. La Consecución de Objetivos Sociales en la Contratación Pública

En Venezuela, siguiendo una tendencia mundial[106], se comenzó a integrar objetivos sociales a la contratación pública mediante regulaciones específicas sobre los pliegos de condiciones en los procedimientos de selección de contratistas, contenidas en varios

104 La LCP, en comparación con la otrora Ley de Licitaciones, amplía las excepciones para las modalidades de selección de contratistas que autorizan proceder por Contratación Directa, lo que sin duda podría significar un incremento de los riesgos de corrupción en materia de compras y adquisiciones de obras y servicios en los órganos y entes públicos.

105 Artículo 114 del Reglamento de la LCP.

106 *Cfr.*, Pacto Mundial de la ONU (2000) y Libro Verde de la UE (2001) sobre responsabilidad social de las empresas, la Declaración tripartita de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (1997-2000) o las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (2000).

actos jurídicos de rango sublegal[107]. Posteriormente, la LCP viene a llenar el vacío legal existente en esta materia, cuando contempla un amplio número de obligaciones que han de asumir todos los participantes en cualquiera de las modalidades de selección de contratistas para atender las demandas sociales, y son comunes a todos los contratos públicos sometidos a su ámbito de aplicación. Estas obligaciones se han denominado compromiso de responsabilidad social y, de acuerdo con la definición legal contenida en el artículo 6.19 de la LCP, consisten en *"todos aquellos acuerdos que los oferentes establecen en su oferta, para la atención de por lo menos una de las demandas sociales relacionadas con: 1. La ejecución de proyectos de desarrollo socio comunitario. 2. La creación de nuevos empleos permanentes. 3. Formación socio productiva de integrantes de la comunidad. 4. Venta de bienes a precios solidarios o al costo, 5. Aportes en dinero especies a programas sociales determinados por el Estado o a instituciones sin fines de lucro* y *6. Cualquier otro que satisfaga las necesidades prioritarias del entorno social del órgano o ente contratante"*.

Sobre la naturaleza jurídica del compromiso de responsabilidad social en la contratación pública, debemos señalar que las obligaciones que asume un contratista en el marco de los contratos públicos, constituyen, como apunta Hernández-Mendible, *"auténticas obligaciones de naturaleza contractual"* que, en principio, son extrañas a la esencia del contrato de adquisición de bienes, prestación de servicios o construcción de obras que se formaliza, de modo que *"podrían no estar presentes en dicho contrato o no afectarían su verdadera naturaleza"*.[108] Sin embargo, los compromisos de responsabilidad social se concretan y especifican en los acuerdos que se incluyen en las ofertas y, por tanto, se trata también de acuerdos que forman parte de cada contrato, para satisfacer a terceros ajenos a la relación contractual en función de las necesidades sociales de la respectiva comunidad; además, tales obligaciones son exigidas por el contratante tanto para efectuar la selección del contratista, como para la formalización del contrato y ejecución del mismo.

---

107 Es el caso del Decreto no. 3.895 de 12 de septiembre de 2005, publicado en la Gaceta Oficial nº 38.271 de 13 de septiembre de 2005, mediante el cual se garantiza el suministro de materias primas y productos semielaborados, provenientes de las industrias básicas, que permitan desarrollar la solución a los problemas que en él se mencionan; de la Resolución nº 256-2006 de 15 de junio, publicada en la Gaceta Oficial nº 38.462, de 20 de junio de 2006, en la cual se establece el "Instrumento Normativo Interno sobre la Promoción, Funcionamiento y Fiscalización de las Empresas de Producción Social (EPS) y aquellas sociedades mercantiles comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo, en el Ministerio de Industrias Básicas y Minería y sus entes adscritos, el cual se anexa marcado con la letra "A", así como también la Matriz Compromiso-Incentivo la cual se anexa marcada con la letra "B" y que forman parte de la presente Resolución"; el Manual de Contratación, de enero de 2005, que establece, entre otros aspectos, las políticas y lineamientos generales que regulan el proceso de contratación de Petróleos de Venezuela, S.A. y sus empresas filiales, de obligatoria observancia; y el Decreto nº 4.998 de 17 de noviembre de 2006, publicado en la Gaceta Oficial nº 38.567 de 20 de noviembre de 2006, mediante el cual se dictan las medidas temporales para la promoción y desarrollo de las pequeñas y medianas industrias, cooperativas y otras formas asociativas, productoras de bienes, prestadoras de servicios y ejecutoras de obras, ubicadas en el país.

108 Hernández-Mendible, V.R., (2009): "La Responsabilidad Social en la Ley de Contrataciones Públicas", *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela,* T. II, Caracas, Ediciones Paredes, p. 1249.

Respecto del compromiso de responsabilidad social en los procedimientos de selección de contratistas, la LCP extiende la obligación de presentar este compromiso a todos los participantes en cualquiera de las modalidades de contratación pública, incluyendo a la consulta de precios y a la contratación directa, salvo que en estos procedimientos el monto de la contratación sea inferior al legalmente establecido[109]. En este sentido, el Reglamento de la LCP recoge, en sus artículos 34 y 35, los supuestos y las cuantías en que será requerido el compromiso de responsabilidad social, de modo que tendrá carácter obligatorio para los contratos públicos sometidos al ámbito de aplicación de la referida Ley, a partir de un determinado importe en relación con el monto del contrato suscrito[110].

Por otra parte, las particularidades del compromiso de responsabilidad social serán fijadas por el órgano o entidad contratante en el pliego de condiciones[111]. Además, las ofertas realizadas por los participantes en las modalidades de de selección de contratistas deben estar acompañadas de una declaración jurada en la que se especifique el compromiso de responsabilidad social que se ofrece[112] conforme a alguna de las modalidades mencionadas en la LCP[113]; y su omisión será motivo de rechazo de la oferta presentada, al menos, en los procedimientos de selección de contratistas de concurso abierto y de concurso cerrado.[114]

En atención a lo antes señalado, debemos observar que aun cuando la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, según lo dispuesto en el artículo 1º de la LCP, también lo está, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales. Sin embargo, estimamos que la obli-

---

109 Con una muy dudosa base legal, los artículos 34 y 38 del Reglamento de la LCP extienden la exigencia del compromiso de responsabilidad social a los contratos cuyos contratistas son seleccionados por procedimientos administrativos excluidos de la aplicación de la Ley, dejándose a salvo, únicamente, la contratación de servicios laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del también Reglamento de la LCP.

110 Se establece que los compromisos de responsabilidad social serán exigibles, únicamente, en el marco de contratos cuyo monto total, incluidos los tributos, superen las dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.). También se dispone que los valores mínimos y máximos de los compromisos de responsabilidad social no serán menores del uno por ciento (1%) ni mayores del cinco por ciento (5%) del monto del contrato. Sin embargo, corresponderá a cada ente contratante fijar los porcentajes aplicables a cada condición del compromiso de responsabilidad social, así como establecer categorías o escalas proporcionales con base en los montos contractuales.

111 De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.14 de la LCP y 37 de su Reglamento, entre los requisitos que debe exigir el pliego de condiciones se encuentra la indicación –clara y precisa- de la exigencia de establecimiento del compromiso de responsabilidad social, para lo cual el contratante deberá recabar la información relativa a las necesidades existentes en el entorno social o de las comunidades organizadas, que se encuentran dentro de su jurisdicción o área de influencia.

112 Artículo 38 del Reglamento de la LCP.

113 Artículo 6.19 de la LCP.

114 Artículo 71.8 de la LCP. Al respecto, apunta Hernández-Mendible, V.R., (2009): "La Responsabilidad Social en la Ley de Contrataciones Públicas…, *op. cit.*, p. 1252, que *"la oferta de compromiso de responsabilidad social constituye un requisito insoslayable en los procedimientos de selección de contratistas de concurso abierto y concurso cerrado, más no así en los procedimientos de selección de contratistas calificados como consulta de precios o contratación directa, en cuyo caso la ausencia de oferta de compromiso no impide la calificación cuando proceda y eventual formalización del contrato, en el cual se deberá establecer la obligación de responsabilidad social con la comunidad"*.

gación o compromiso de responsabilidad social plantea una cierta complejidad en relación con la posible incompatibilidad entre la aplicación de criterios sociales y los criterios generales para la selección y adjudicación de los contratos. No queda claro en la LCP, a nuestro juicio, si el compromiso de responsabilidad social afecta la fase de selección de contratistas exigiendo una determinada capacidad técnica, y si la adjudicación del contrato, y en particular el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, podría hacerse considerando aspectos sociales en aquellos casos en que suponga una ventaja para el órgano o ente contratante que pueda atribuirse a las obras, bienes o servicios que serán objeto del contrato.

En principio, la adjudicación ha de atender a criterios objetivos de capacidad económica, financiera y técnica, y es en la fase de ejecución del contrato, precisamente, que el compromiso de responsabilidad social puede constituir para el órgano o ente contratante un medio para fomentar la prosecución de objetivos sociales. En este sentido, el compromiso de responsabilidad social viene a ser una cláusula contractual que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este último. Basta que los participantes interesados en contratar con la Administración se comprometan, en el momento de presentar su oferta, a cumplir ese requisito en el supuesto que el contrato le sea adjudicado. Siendo así, la oferta que no acepte tal obligación, no se ajusta al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada; de lo contrario se estaría violando el *principio de igualdad* de trato de los oferentes.

Nótese, por tanto, que no puede exigirse a los participantes interesados que cumplan esa condición a efectos de la presentación de las ofertas, pues la obligación de compromiso de responsabilidad social no ha de aplicarse como criterio valorable para la adjudicación de los concursos[115], sino como causa de selección y exclusión de los operadores económicos que no la cumplan, es decir, se tendría como requisito de habilitación para participar en el proceso. De cualquier forma, los criterios sociales podrían ser tenidos en cuenta sólo cuando sean compatibles o contribuyan a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa a tenor de las normativas de la contratación pública.

VI. Consideraciones Finales

Ha sido nuestro objetivo dar cuenta de los aspectos más resaltantes sobre el alcance de los grandes principios que informan la contratación pública, recogidos positivamente por la Ley que rige esta materia, y que habrán de respetarse siempre a lo largo de los procedimientos de selección de contratistas. Su importancia constituye, entonces, un hecho notorio que no requiere mayores sustentaciones, por cuanto los principios de le-

115 El artículo 46 del Reglamento de la LCP prohíbe que se consideren las condiciones ofrecidas para el cumplimiento del compromiso de responsabilidad social, para efectuar la evaluación comparativa de las ofertas recibidas, de modo de no afectar el objeto principal del contrato.

galidad, igualdad y no discriminación, competencia, transparencia, publicidad, eficacia, honestidad, responsabilidad, entre otros, juegan un papel decisivo en todos y cada uno de los procedimientos administrativos que se llevan a cabo dentro del régimen previsto en la LCP.

Principios que, ciertamente, no son meros propósitos de la Administración Pública, sino que se erigen en axiomas y máximas de los cometidos estatales y en criterios de interpretación para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento –e incluso en la ejecución de los contratos públicos-, sin perjuicio de la vigencia y observancia de otros principios de Derecho Administrativo que permiten suplir los vacíos que pueda presentar la regulación de las contrataciones públicas. Además, tales principios otorgan menos rigidez y mayor economía al sistema normativo, como garantía de ejecución y cumplimiento de los procesos contractuales. Por tanto, los procedimientos de selección de contratistas tienen, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, una razón de ser y finalidad: el respeto de los principios generales y específicos que les informan. La garantía de estos principios, que se presenta como objeto y finalidad de la LCP, prevalece hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de dicha normativa.

Madrid, diciembre de 2009.

Parcerias Público-Privadas: O Objeto da Concessão Administrativa

Dinorá Adelaide Musetti Grotti[*]

1. Contextualizando as parcerias público-privadas 2. O objeto da concessão administrativa. 2.1 Serviços passíveis de concessão administrativa 2.2 Complexidade do objeto 2.3 Vedações legais 3 A natureza da concessão administrativa. 4 Observações Finais. 4.1 Causas dos avanços e retrocessos das PPPs brasileiras. 4.2 Balanço das Parcerias Público-Privadas nos âmbitos federal, estadual e municipal.

1 Contextualizando as parcerias público-privadas

As parcerias público-privadas se inserem num processo de evolução que se iniciou com as privatizações, prosseguiu com a outorga de concessões de serviço público e de serviço público precedida da execução de obra pública (chamadas concessões comuns pela Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 – Lei das PPPs), disciplinadas pelo Estatuto Geral das Concessões (Lei n. 8.987, de 13.02.1995) e por diplomas legislativos pertinentes a setores específicos para desenvolvimento de projetos de infra-estrutura e culmina com um marco legal aplicável às parcerias público-privadas, tendo entre seus objetivos fundamentais o de superar os sérios problemas de infra-estrutura no Brasil num contexto de aperto fiscal e de baixa disponibilidade de recursos. Nessa trilha caminham Estados e Municípios.[1]

* *Doutora e Mestre pela PUC/SP*
Professora de Direito Administrativo da PUC/SP
Ex-Procuradora do Município de São Paulo

1 Assim,Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Sergipe, Ceará, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Amapá, Piauí, Rio Grande do Norte, Maranhão, Rio de Janeiro, - Alagoas e Paraíba, Pará, Amazonas, e Espírito Santo já aprovaram suas leis, respectivamente de nºs 14.868, de 16-12-2003, 11.688, de 19-05-2004 (alterada pela Lei 1079, de 17/12/08), 12.930, de 04-02-2004, 3.418, de 04-08-2004, 14.910,de 11-08-2004, 9290, de 27-12-2004, 5.507, de 28-12-2004, 13.557, de 30-12-2004, 12.234, de 13-01-2005, 12.765, de 17-01-2005 (alterada pela lei 13.282, de 23/08/07), 921, de 18-08-2005, 5.494, de 19 de setembro de 2005, Lei Complementar 307, de 11 de outubro de 2005, Leis nº 8.437, de 26-07-2006, 5.068, de 10/07/2007, 6.972, de 07-08-2008, 8.684, de 07-11-2008, 8.684, de 08-11-2008, 3.363, de 30-12-2008, e Lei Complementar 492, de 11-08-2009. Outros Estados, como Mato Grosso do Sul e Tocantins já possuem projetos em curso.
Os Municípios de Vitória, Pelotas, Porto Alegre, Gravataí, Novo Hamburgo/RS, Curitiba, São Paulo e Mauá editaram, respectivamente, as Leis de nºs 6.261, de 23-12-2004, 5.115, de 04-05-2005, 9.875, de 08-12-2005, 2.467, de 18-01-2006, 1.408, de 31-05-2006, 11.929, de 03-10-2006, 14.517, de 16 de outubro de 2007, alterada pela lei 14.583, de 16/10/2007 e 4.280, de 19-12-2007.

A Lei n. 11.079/ 2004**,** alterada pela Lei n. 12.024/2009**,** institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública direta, estendendo sua aplicação aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelo parágrafo único do artigo 1º.

A ementa da Lei refere-se a "contratação de parceria público-privada", mas no art. 2º, caput, qualifica a parceria como contrato administrativo de concessão.

As PPPS foram instituídas como espécies do gênero contrato administrativo, um tipo de avença entre as partes pública e privada. Portanto, as leis estaduais que disciplinam formas de parceria, promulgadas antes da Lei federal n. 11.079/2004, só poderão aplicar-se no que não contrariarem as "normas gerais" contidas na legislação federal, já que a competência da União se limita ao estabelecimento de normas gerais em matéria de contratos da Administração Pública, consoante art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal.

A competência da União para editar normas gerais não impede que os demais entes da federação editem uma legislação suplementar, com fulcro nos arts. 24, § 2º, e 30, II, da Constituição.

Além das normas gerais, aplicáveis a todos os entes federativos, o diploma legal de regência da matéria fixou algumas normas específicas aplicáveis exclusivamente à União, nos artigos 14 a 22. Tais dispositivos cuidam especificamente do órgão gestor das parcerias público-privadas, do Fundo Garantidor de PPPs (FGP), das garantias a serem prestadas pelo parceiro público e dos limites para a contratação de PPPs. Estados, Distrito Federal e Municípios podem expedir sua própria legislação no campo de incidência de semelhantes normas.

O conceito aplicável às concessões disciplinadas na Lei nº 8.987/95 viu-se ampliado com a edição da Lei das PPPs que, sem revogar ou derrogar a referida Lei de concessões, previu, no art. 2º, *caput,* as modalidades de concessão patrocinada e administrativa, com contornos um pouco diferentes das concessões comuns, em especial no que tange às regras da licitação, com a exigência de submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, a previsão de inversão de fases na licitação, a possibilidade de previsão no edital de saneamento das falhas, de complementação de insuficiências ou ainda, de correções de caráter formal no curso do procedimento; ao processo de contratação, com limites do prazo contratual não inferior a cinco anos e não superior a trinta e cinco anos, possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública em caso de inadimplemento contratual, imposição de limite de despesa com contratos de parcerias público-privadas, às formas de remuneração da concessionária, possibilidade de utilização de arbitragem entre a Administração Pública e o parceiro privado, previsão do direito dos financiadores de assumirem o controle de concessionária em situação econômico-financeira difícil,

saneá-la financeiramente e proceder à alienação do controle para terceiro (o mecanismo conhecido como step-in-rights); compartilhamento dos riscos entre os parceiros público e privado no caso de ocorrência de áleas extraordinárias, ou seja, os oriundos do fato do príncipe, os compreendidos no âmbito da teoria da imprevisão e das chamadas sujeições imprevistas (art.4º, VI, e art.5º, III),[2] e de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX) e garantias de cumprimento de suas obrigações pecuniárias a serem oferecidas pelo Poder Público, permitindo a contratação de seguro de pagamento com órgãos multilaterais ou com seguradoras domésticas ou internacionais, bem como a criação do Fundo Garantidor de PPP (FGP).

Posteriormente, alterações relevantes foram efetuadas na Lei n.8.987/95, pelos artigos 119 e 120 da Lei n.11.196, de 21-11-2005, para introduzirem determinados mecanismos expressamente previstos na Lei das PPPs, com o objetivo de propiciar maior segurança aos investimentos realizados pelas concessionárias e aos financiadores dos projetos. Assim, a previsão de inversão de fases na licitação,[3] a possibilidade de utilização de arbitragem entre a Administração Pública e o parceiro privado,[4] a previsão do direito dos financiadores de assumirem o controle de concessionária em situação econômico-finan-

---

2 A alocação de riscos é matéria contratual (art.5º,III da Lei das PPPs). Não existe, segundo a Lei, uma divisão natural de riscos. Registra Celso Antônio Bandeira de Mello: "Não nos parece possível onerar o parceiro privado com o encargo de repartir riscos oriundos do fato do príncipe, pois, conforme aplausível comento da eminente Profª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio constitucional da responsabilidade do Estado impediria tal solução. (*Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 156). O Poder Público é que teria que assumir as conseqüências de seu ato.

Já, os provenientes das situações caracterizáveis como imprevisão podem ser divididos entre os parceiros, se é esta a determinação legal. O mesmo, entretanto, nem sempre valeria, ao nosso ver, no caso das "sujeições imprevistas" [...]. Se o parceiro privado atuou sobre informações técnicas que hajam sido oferecidas e afiançadas como bastantes pelo Poder Público, o surgimento de situação imprevista resultará de responsabilidade de quem as forneceu. Não havendo tal circunstância, aí, sim, caberá repartição dos prejuízos.

Cumpre ter cuidado com o que pode ser caracterizado como *fortuito*. Nesta tipologia não se poderia incluir o insucesso na estimativa quanto ao afluxo de usuários do serviço ou seu superveniente declínio, sob a argüição de que sobrevieram causas fortuitas para determinar tal resultado. Os prejuízos que disto decorram terão que ser inteiramente suportados pelo parceiro privado, sem divisão alguma com o parceiro público, pois fazem parte da álea normal do empreendimento" (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 776-777).

3 A Lei nº 11.196, de 21-11-2005, acresceu o art. 18-A à Lei n.8987/95 para facultar a previsão no edital da inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento na licitação para as concessões, com o objetivo de imprimir-se maior celeridade ao procedimento licitatório e agilizar as contratações. Cabe avaliar em cada caso se a inversão é conveniente, pois, nas concessões, a qualificação técnica, e especialmente a econômica e financeira, são vitais. Um licitante sem qualificação pode ser ousado na sua proposta e, depois, não se habilitar, comprometendo o julgamento anteriormente realizado e obrigando à revogação da licitação.

4 Pela Lei n.11.196, de 21 de novembro de 2005, foi introduzido o art. 23-A à Lei 8.987/95, estabelecendo a possibilidade de previsão no contrato de concessão do "emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996".

ceira difícil, saneá-la financeiramente e proceder à alienação do controle para terceiro (o mecanismo conhecido como step-in-rights)[5] foram estendidos às concessões comuns.

O propósito do Governo brasileiro quando começou a discutir aquilo que a Lei 11.079/2004 veio a chamar de parceria público-privada era dar maior flexibilidade para a estruturação de projetos de infra-estrutura pública por meio de investimento privado. Para tanto, era preciso aprimorar a legislação e contornar eventuais limitações orçamentárias.

Do ponto de vista legal havia dois objetivos principais. Em primeiro lugar, viabilizar aqueles serviços e/ou obras públicas cuja exploração pelo contratado ou não é suficiente para remunerá-lo (ex: ampliação e administração de rodovias ou ferrovias de baixo movimento) ou sequer envolve contraprestação por seus usuários (ex: construção e gerenciamento de presídios ou hospitais públicos). Ademais, afora tratar-se de casos em que se requerem investimentos e/ou especialidades além das possibilidades do Estado, as PPPs têm um componente a mais, representado pela incapacidade de o empreendimento, por si, pagar o investidor privado. Esta contrapartida do parceiro público ao privado é o que distingue substancialmente as PPPs das concessões comuns, regidas pela Lei n.8.987/95 (§ 3º do art.2º), pois, enquanto nesta a remuneração do concessionário decorre da exploração do serviço, via de regra e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço (embora possa haver previsão de subsídio pelo poder público, conforme disposto no artigo 17 da Lei n.8.987/95), nas PPPs cabe ao parceiro público remunerar parcial ou integralmente o particular contratado.[6] Em segundo, pretendia-se viabilizar a amortização de investimentos realizados para prestar serviços diretamente ao Poder Público em prazo maior que cinco anos, que é o limite fixado para as contratações tradicionais de serviços e obras pela Administração pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.8.666/93).[7]

---

5 A Lei nº 11.196, de 21-11-2005, modificou a redação do art. 27 da Lei 8.987/95 para consagrar uma hipótese específica de transferência do controle societário da concessionária, visando conferir maior segurança aos financiadores do projeto. Passou-se a admitir que o contrato de concessão estabeleça a possibilidade de assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, sempre com a necessidade de autorização do poder concedente. (§ 2º).

6 Há exemplos clássicos de contratações dessa ordem no estrangeiro. "Assim, houve hipótese em que um particular foi contratado para edificar prédios e anexos, destinados à instalação de uma escola. Incumbia ao particular também o fornecimento dos equipamentos necessários à operação do estabelecimento. Mais ainda, o particular devia promover a operação do estabelecimento, ressalvados os aspectos propriamente educacionais — que ficavam a cargo do Estado. O particular tinha direito a uma remuneração oriunda dos cofres públicos, mas também lhe era facultado explorar as quadras esportivas, auditórios e outras áreas. O produto da locação desses espaços compunha a sua remuneração". (Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 786-787).
Para outros detalhes relativamente ao tema, confira-se o estudo de Philippe Cossalter, A "private finance initiative" (trad. Marçal Justen Filho). *Revista de Direito Público da Economia* – RDE, Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p. 127-180, abr./jun. 2005.

7 Mauricio Portugal Ribeiro; Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP- Parceria Público Privada:* fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 31-32.

A definição das PPPs como espécies de concessão foi ditada por conveniências de natureza econômica e jurídica.[8] Como registra Carlos Ari Sundfeld: "o que se quis foi empregar em novos objetos a estrutura contratual e a lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de Concessões".[9]

A modalidade patrocinada é a própria concessão de serviço ou de obra que consta da Lei 8.987/95 quando, "adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários", envolver contraprestação pecuniária do contratante público ao contratante privado, ambos ali denominados "parceiros" (§ 1° do art. 2°). A ela aplica-se subsidiariamente o disposto na Lei n. 8.987/95, e nas leis que lhe são correlatas (art.3º, §1º).[10]

A modalidade administrativa, nos termos do § 2º do art. 2º, "é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens". A redação do dispositivo peca pela nebulosidade, pela falta de consistência.

O art. 3º[11] preceitua que à concessão administrativa se aplica adicionalmente o disposto nos artigos. 21, 23, 25, 27 a 39 da Lei 8.987/95 e no art. 31 da Lei n. 9.074/95. Tais dispositivos são concernentes ao ressarcimento da Administração, por parte do vencedor da licitação, pelos gastos que hajam sido feitos com os estudos, levantamentos ou projetos vinculados à concessão e postos à disposição dos licitantes; às cláusulas essenciais do contrato de concessão, entre elas a de reversão de bens, ao final, se previsto no contrato (art. 3°, *caput,* da Lei das PPPs, c/c os arts. 18, X, e 23, X, da Lei das Concessões), à responsabilidade da concessionária pelos prejuízos que cause ao concedente, usuários ou terceiros; à transferência de concessão e garantias de financiamento; aos poderes do

8 Mauricio Portugal Ribeiro; Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP-Parceria Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73. Observam, outrossim, os autores que "a idéia é originalmente do professor Carlos Ari Sundfeld, e foi adotada *in totum* no desenho da nova lei". (op. cit. p. 73, nota de rodapé n. 9).

9 Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 33.

10 Anota Alexandre Santos de Aragão:"A aplicação da Lei nº 8.987/95 às PPPs, em qualquer das suas modalidades, deve, no entanto, ainda quando haja previsão expressa da sua aplicação, se dar apenas no que couber, ou seja, no que não contrariar a própria natureza das PPPs, nas quais há uma dependência financeira do poder concedente bastante significativa, ao passo que nas concessões comuns a dependência se dá preponderantemente em relação à clientela pagante das tarifas. Assim, não nos parece, por exemplo, que seja aplicável às PPPs o parágrafo único do art. 39 da Lei nº 8.987/95, que prevê que, mesmo na inadimplência do poder concedente, o concessionário não pode suspender a prestação dos serviços antes de obtida a rescisão judicial transitada em julgado do contrato (vedação da exceção do contrato não cumprido). Parece-nos que, na hipótese, o art. 78, XV, da Lei n° 8.666/93, que versa sobre contratos em que também há uma contraprestação financeira da Administração Pública, se coaduna melhor com o arcabouço financeiro das PPPs"(*Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 681).

11 O Decreto n. 5977, de 1º de dezembro de 2006, regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei n.11.079/04, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal, e dá outras providências.

concedente, bem como à possibilidade dos autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo de participarem da licitação ou da execução de obras e serviços. Embora a lei não o diga, não fica descartada de forma absoluta a aplicação às concessões administrativas de outros dispositivos da Lei n° 8.987/95 e nas leis que lhe são correlatas, pois estes continuam integrando o ordenamento jurídico como elemento hermenêutico e de analogia. [12]

As "concessões administrativas" são contratos em que a cobrança de tarifas é inviável econômica ou socialmente, juridicamente vedada, como a cobrança pela saúde ou ensino públicos (arts. 196 e 206, IV, CF), ou ainda porque é o próprio Estado o único usuário do serviço a ser prestado. Aqui se fala da inexistência de tarifas devidas pelos eventuais usuários dos serviços, pois, a contraprestação ao concessionário se dará exclusivamente com recursos do Estado, por qualquer uma das modalidades enumeradas no art. 6°: contribuições pecuniárias (por meio de "ordem bancária" ou "cessão de crédito não-tributário") e contraprestações não-pecuniárias (direitos sobre bens públicos dominicais e outros direitos em face da Administração).

Não existe impedimento a que o concessionário receba recurso de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados, até porque o inciso V do artigo 6°, ao mencionar "outros meios admitidos em lei", deixa evidente que a indicação dos meios de contraprestação não é taxativa.

Ao definir "concessão administrativa", o art. 2º, § 2º, deixou implícito que a remuneração do concessionário estará a cargo da Administração, por ser ela a usuária direta ou indireta dos serviços. Mas, diversamente do que fez quanto à concessão patrocinada (art. 2º, § 1º), a lei não exige que na concessão administrativa a contraprestação do concedente seja em pecúnia. Poderá sê-lo pelas outras modalidades do art. 6º. A única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa é o recebimento pelo concessionário de tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços.[13-14]

---

12 Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 767. Segundo Alexandre Santos de Aragão, "o que, em caso algum, é admissível, é que a aplicação subsidiária da Lei n° 8.987/95 ou da Lei n° 8.666/93 acabe desvirtuando a natureza e o espírito de divisão de riscos que inspiram as duas espécies de parcerias público-privadas da Lei n° 11.079/04". (*Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 681, nota n. 34).

13 Diante da dúvida sobre a categorização de um contrato em que, "embora a contraprestação seja inteiramente suportada pela Administração, sua natureza não seja pecuniária", responde Carlos Ari Sundfeld "que, se o contrato envolver a prestação de serviços públicos aos administrados, ele será uma concessão comum, cuja remuneração se faz exclusivamente com receitas alternativas (Lei de Concessões, art. 11). Se o contrato for de prestação de serviços à Administração, estando preenchidos os demais requisitos do art. 2º, § 4º (especialmente o investimento privado de ao menos R$ 20 milhões e o prazo mínimo de prestação de cinco anos), deverá ser havido como uma concessão administrativa. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32-33.

14 Benedicto Porto Neto, em trabalho pioneiro sobre a matéria no direito brasileiro, afirmava que "A Administração Pública pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regime juridico da concessão sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço (*Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95:* conceito e princípios. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 76). Em parecer exarado sobre

Sem pretensão de analisar todos os aspectos das parcerias público privadas, o presente texto coloca para reflexão alguns questionamentos surgidos acerca do objeto da concessão administrativa.

2. O objeto da concessão administrativa

2.1. Serviços passíveis de concessão administrativa

O conceito legal de concessão administrativa é ambíguo e causa certa perplexidade.

Desde logo refere-se à prestação de serviço sem qualquer especificação quanto à sua natureza. Ademais, reporta-se a serviços que se destinam à Administração Pública como usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

---

serviços municipais de coleta de lixo, destaca que, na concessão, a responsabilidade direta pela prestação dos serviços pelo concessionário não decorre necessariamente da sua forma de remuneração, sendo suficiente a assunção dessa responsabilidade perante os usuários e terceiros. Ou seja, para sua existência basta que ele desempenhe a atividade no seu próprio nome, como pessoa distinta do Estado titular do serviço, investido em prerrogativas públicas atribuídas pelo poder concedente, mantendo relação jurídica direta com os usuários. A distinção entre concessão e contrato de prestação de serviço funda-se na existência de vínculo direto entre a concessionária, que passa a prestar os serviços em seu próprio nome, e os usuários. (Concessão dos serviços municipais de coleta de lixo. Remuneração da concessionária diretamente pelo concedente. *RIASP,* n. 5, p. 237-238, jan./jun. 2000, 241, 244). Acredita haver equívoco na afirmação de que o Texto Constitucional inviabiliza a remuneração da concessionária diretamente pelo Poder Público. Por isso o diploma legal de regência da matéria pode admiti-la, sem desnaturar o instituto da concessão. Além disso não existe incompatibilidade entre essa forma de remuneração e a Lei Geral das Concessões(op. cit.).

Floriano de Azevedo Marques Neto também sustenta que dentre as fontes alternativas "pode estar o pagamento pelo Estado de um valor (inclusive com natureza tarifária) definido em lei, no edital ou no contrato por unidade de serviço utilizado. A título de exemplo, é essa a configuração determinada pelo Tribunal de Contas da União para a outorga à iniciativa privada dos serviços de telecomunicações (utilização de redes digitais) a serem universalizados com recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST (cf. Acórdão nº 1107-31/2003 ao TC 005.302/2003-9, Consulta, Plenário, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, julgado em 13-08-2003, DOU 25-08-2003).

Em resposta à Consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca da melhor configuração jurídica para utilização dos recursos do FUST, com vistas a universalizar os serviços de acesso às redes digitais de informação, o TCU esclareceu que este serviço "implica outorga de concessões pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, de uma nova modalidade de serviço de telecomunicações a ser prestado em regime público [...]" e que "é possível a utilização dos recursos do FUST para fazer face à totalidade dos custos de provimento dos serviços em estabelecimento de ensino e bibliotecas, vez que a legislação prevê a redução das contas dos serviços com o objetivo de ampliar o acesso por parte da população carente [...]".

Ou seja, o TCU decidiu no sentido da plena possibilidade (e, no caso, mais ainda, da obrigatoriedade) e que os serviços públicos de acesso às redes digitais de informação (serviços e telecomunicações e de provimento de acesso à Internet) sejam objeto de concessão outorgada à iniciativa privada e que a remuneração dos particulares (concessionários) dê-se não por tarifa paga pelos usuários do serviço (população carente) e sim pelos recursos públicos depositados no FUST. Ou seja, a Corte de Contas consagrou exatamente a possibilidade de concessão sem cobrança de tarifa dos usuários" (Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior. *Direito público:* estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 349-350).

Divergências existem acerca da abrangência do objeto da concessão administrativa. Há os que sustentam que o objeto do contrato está adstrito à prestação de serviços públicos em sentido estrito. Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello recusa terminantemente a possibilidade de celebração de parcerias público-privadas tendo por objeto qualquer outra atividade que não seja serviço público, ou seja, prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados (ainda que para isto necessite englobar outras atividades), sob pena de nulidade do contrato, tendo em conta que a lei pretende que as parcerias público-privadas (PPPs) sejam consideradas modalidades de concessão de serviço público.[15]

Por sua vez, há doutrinadores que descartam a possibilidade de empregar as concessões administrativas para a prestação de serviços públicos, tendo em conta que o conceito legal de concessão administrativa não faz alusão à delegação de serviço público. Assim, Letícia Queiroz de Andrade afirma que serviços públicos não podem ser objeto da denominada "concessão administrativa", figura destinada à contratação de serviços ordinários, com relação aos quais não há delegação pública.[16]

Pontuam Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado que a dúvida é pertinente, em face do que dispõe o art. 10, § 3º, da Lei 11.079/2004, que "cria uma incoerência, do ponto de vista econômico, ao exigir autorização legislativa para a implementação de concessões patrocinadas em que mais de 70% das receitas venham do Poder Público e não requerer autorização semelhante para as concessões administrativas (que, por definição, requerem 100% de contraprestação pública)".[17] Mas, concluem esses Autores pela possibilidade de uso da concessão administrativa para exploração de serviços públicos, "pois a estrutura legal que incide sobre a concessão administrativa não é essencialmente diferente da aplicável às concessões comuns de serviço público". Parece-lhes perfeitamente viável, por exemplo, a contratação, sob a forma de concessão administrativa,

> do provimento de infra-estrutura rodoviária cujos pagamentos ao parceiro privado sejam baseados, por exemplo, em pedágio-sombra (shadow toll), nos moldes do utilizado nas SCUT (Sem Cobrança ao Utilizador) portuguesas – ou seja, a Administração Pública obriga-se a pagar contraprestação em valor variável de acordo com a quantidade e tipo dos veículos que efetivamente utilizarem a rodovia.[18]

---

15 *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 768.

16 A experiência brasileira nas concessões de rodovias. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 271.

17 Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado. Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70, nota 7.

18 *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70-71. Registram que "a estrutura de pedágio-sombra tem sido utilizada muitas vezes na experiência internacional, sobretudo em casos em que *(a)* existe já no momento da desestatização tráfego relevante, *(b)* existe

Diante desses diferentes posicionamentos, perfilha-se a corrente que a interpretação sistemática da Lei permite destacar a existência de dois tipos de concessão administrativa: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado, correspondentes às hipóteses definidas na Lei como contratos de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária indireta ou direta, respectivamente.

Disso deflui que o objeto das concessões administrativas é amplo, compreendendo atividades administrativas que podem ou não configurar serviço público.[19]

A concessão administrativa de serviços públicos tem por objeto os serviços públicos prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação paga pela Administração Pública, que será considerada como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas.

A concessão administrativa de serviços ao Estado é a que tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei n.8.666, de 21/06/1993, isto é, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será tida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração. As concessões administrativas destinam-se a tornar viável a aplicação da estrutura econômica das concessões tradicionais a contratos de prestação de serviços que já podiam ser celebrados sob a regência da Lei 8.666/1993.

Aproxima-se quanto a esses aspectos do contrato administrativo de serviços regido pela Lei de Licitações. Todavia, existem elementos importantes que aproximam a concessão administrativa de serviços ao Estado da tradicional concessão de serviços públicos. A concessão administrativa escapa à regra de limitação de prazo que consta da Lei n.8.666/93 (art. 57), pois essa limitação impede a viabilização de contratos que exijam do parceiro privado investimentos de grande monta em uma infra-estrutura para a prestação de serviços. Enquanto o contrato de serviços sujeita-se à Lei n.8.666/93, na concessão administrativa há submissão às normas da Lei n.11.079/04, da Lei n.8.987/95 e da Lei n.9.074/95. Enquanto vigente a concessão administrativa de serviços ao Estado, não estando amortizado o investimento, essa infra-estrutura constituirá patrimônio do concessionário, podendo reverter ao concedente ao final, se previsto no contrato (art. 3º, caput, da Lei das PPPs, c/c os arts. 18, X, e 23,X, da Lei de Concessões). Dessa forma,

urna cultura de aversão à cobrança de pedágio, em alguns casos associada à visão de que a cobrança de pedágio viola o direito de ir e vir dos utentes, e *(c)* não existe via alternativa à que será concedida. Inglaterra e Portugal talvez sejam os países que mais fartamente utilizaram pedágio-sombra (op. cit., p. 71, nota 8).

19 No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 29-30. Alexandre Aragão. *Direito dos serviços públicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 675; Benjamin Zymler *Direito administrativo e controle.* Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 164; Floriano de Azevedo Marques Neto. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 291.

a estrutura contratual e a lógica econômica da concessão administrativa de serviços ao Estado e da tradicional concessão de serviços públicos são idênticas.[20]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que o art. 4º, III só exclui dos objetos das parcerias público-privadas as atividades exclusivas do Estado, o que significa que, dentre as não exclusivas, algumas somente poderão ser objeto de concessão patrocinada (que permite cobrança de tarifa dos usuários), e que as outras só poderão ser objeto de concessão administrativa (quando não haja possibilidade de cobrar tarifa dos usuários). Menciona, ainda, a Lei mineira n.14.868, de 16/12/03, cujo § 1º do art. 5º prevê a possibilidade de parceria público-privada em várias áreas, não necessariamente todas elas serviços públicos.[21]

Marçal Justen Filho também alerta que a concessão administrativa comporta contratações não pertinentes à prestação de serviços públicos.

> Mas uma das maiores dificuldades da definição legislativa consiste na alusão a serviços prestados *indiretamente à* Administração Pública. Essa fórmula conduz à possibilidade de o particular desempenhar atividades em proveito imediato de terceiros, em que a Administração Pública seria beneficiária indireta. Em tais hipóteses, a concessão administrativa poderá envolver serviços públicos. Um exemplo típico seria o contrato em que o particular assumisse o dever de promover a coleta de lixo e dar destinação apropriada aos dejetos sólidos. Nesse caso, as atividades objeto da concessão administrativa configurariam serviço público (ainda que apenas em parte).
> *No entanto, a hipótese não configura delegação do serviço público. Ao contrário das outras modalidades de concessão (comum e patrocinada), o particular não*

20 Sundfeld, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 29-31. Complementa Carlos Ari Sundfeld que a concessão administrativa de serviços públicos é uma espécie da concessão de serviços públicos, juntamente com a concessão comum e a concessão patrocinada. A distinção entre as três espécies corre por conta da forma de remuneração do concessionário e a concessão administrativa de serviços ao Estado é uma espécie do gênero contrato administrativo de serviços ao Estado, cujo objeto inclui a realização de investimento privado para criar, ampliar ou recuperar infra-estrutura pública (op. cit, p. 30-31).

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública.* 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 153-154. E acrescenta a Autora:"Isto permite concluir que a concessão.administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros-está sujeito a algumas normas da Lei 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário)." Observa, ainda, que, se o objeto do contrato for a prestação de serviço público, "haverá terceirização de atividade-meio (serviços administrativos) e atividade-fim (serviços sociais do Estado)". Sob certo aspecto, haverá o mesmo tipo de terceirização de atividade-fim que ocorre com as organizações sociais, porém com regime jurídico diverso. Nos dois casos, a idéia é a de delegar a entidade privada a execução de serviço público; só que, no caso das organizações sociais, a entidade tem que ser associação ou fundação sem fins lucrativos e, no caso da concessão administrativa, essa exigência não existe, podendo a concessionária atuar com objetivo de lucro. Nos dois casos, haverá a delegação de serviço público não exclusivo do Estado, prestado por entidade privada, mediante remuneração garantida pelo poder público" (op. cit., p. 153-154).

> *assumirá o dever de desempenhar as atividades em nome próprio. Atuará sempre em prol da Administração Pública. Em outras palavras, seus atos serão atribuídos à Administração.*[22]

Alexandre Aragão elenca extenso rol de atividades administrativas (não necessariamente de serviços públicos) que imagina possam vir a ser objeto da concessão administrativa:

> (1) serviços públicos econômicos em relação aos quais o Estado decida não cobrar tarifa alguma dos usuários (ex., rodovia em uma região muito pobre); (2) serviços públicos sociais, como a educação, a saúde, a cultura e o lazer em geral, que também podem ser prestados livremente pela iniciativa privada.Lembremo-nos, por exemplo, de algumas experiências já vividas em algumas entidades da federação, de 'terceirização' da administração de hospitais públicos; (3) atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, que, em si, é indelegável à iniciativa privada, nos termos estabelecidos no art. 4°, III, da Lei n° 11.079/04. Seriam os casos da hotelaria em presídios, da colocação de pardais eletrônicos em vias públicas, prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente etc.; (4) atividades internas da Administração Pública, em que o próprio Estado, aí incluindo os seus servidores, é o único beneficiário do serviço (ex., construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para os servidores públicos, construção e operação de um centro de estudos sobre a gestão administrativa para elaboração de projetos para a maior eficiência do Estado etc.).
>
> Especialmente em relação aos serviços públicos sociais e culturais, as concessões administrativas revelam um grande espaço para a cooperação entre o Poder Público e entidades privadas, inclusive sem fins lucrativos.[23]

2.2. Complexidade do objeto.

Não há consenso quanto à exigência da complexidade como característica indispensável do objeto do contrato de concessão administrativa.

Segundo alguns doutrinadores, a complexidade do objeto não poderá ser tida a conta de elemento essencial do conceito de concessão administrativa. Assim, Luis Tarcísio Teixeira Ferreira afirma que a norma prevê apenas uma complexidade possível, nos casos

22 *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 785-786.

23 Alexandre Aragão. *Direito dos serviços públicos*.Rio de Janeiro: Forense.2007, p. 675-676.

em que a prestação de serviços deva ser conjugada como realização de obra ou infra-estrutura, e/ou o fornecimento de bens; mas não já necessária, ao menos na prestação de certos serviços públicos que não demandem a execução de obras ou o fornecimento e a instalação de equipamentos. [24] Maria Sylvia Zanella Di Pietro [25] e José dos Santos Carvalho Filho[26] também prelecionam que essa doutrina afina-se melhor com o texto legal.

Outros advogam o entendimento de que o objeto da concessão administrativa é complexo, abrangendo necessariamente a prestação de um serviço e a execução de uma obra (ou uma concessão de uso). Na lição de Carlos Ari Sundfeld tal característica foi imposta para evitar confusão com quaisquer dos contratos regidos pela Lei de Licitações- desorganizando, assim, o sistema legal. E enfatiza:

> A concessão administrativa não é um simples contrato de prestação de serviços- ao contrário do que pode parecer da leitura isolada do art. 2º, § 2º –, pois sempre incluirá a realização de investimentos pelo concessionário para criação, ampliação ou recuperação de infra-estrutura, a serem amortizados no prazo do contrato (art. 5º, I), em montante de ao menos R$ 20 milhões. A concessão administrativa também não poderá restringir-se à execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III), que é característica do contrato de obras da Lei de Licitações. È certo que a concessão administrativa poderá incluir a obra (art. 2º, § 2º), mas dois outros requisitos deverão estar presentes: o concessionário deverá fazer investimento de ao menos R$ 20 milhões e, pronta a infra-estrutura, ela deverá ser usada para a prestação de serviços por um período de ao menos cinco anos (art. 2º, § 4º, II). Esses requisitos não existem nos meros contratos de obras. As exigências de prestação de serviços por um tempo mínimo e de que a remuneração esteja sempre vinculada a essa prestação (art. 7º) - não, portanto, à execução de parcelas de obras- impede que a concessão administrativa se transforme em simples contrato de obras com financiamento do empreiteiro.
>
> Ademais, a concessão administrativa, conquanto possa incluir o fornecimento de bens para criação da infraestrutura (art. 2º, § 2º), não poderá limitar-se a isso (art. 2º, § 4º, III). A lei quis impedir o uso da concessão como simples alternativa ao contrato de compra da Lei de Licitações, bem como para a aquisição financiada de bens. São indispensáveis o investimen-

24 Luis Tarcísio Teixeira Ferreira. *Parcerias público-privadas:* aspectos constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 70. Exemplifica que o serviço de limpeza urbana poderia, a teor da locução da lei, ser contratado como concessão administrativa, sem que necessitasse conjugação com obras e/ou fornecimento e instalação de equipamentos, respeitadas as demais exigências legais quanto ao vulto e aos prazos mínimo e máximo. (op. cit., p. 70).

25 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na Administração Pública.* 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 153-154.

26 José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 408.

> to mínimo de R$ 20 milhões bem como a prestação de serviços vinculados a esses bens, por ao menos cinco anos.
> Por fim, quando se fala de serviços como objeto da concessão administrativa, está-se referindo à execução autônoma de prestações, para alcançar resultados predeterminados. A Lei das PPPs não considera como tal o mero fornecimento de força de trabalho humano (isto é, de "mão-de-obra") para atuar sob a direção da Administração (art. 2º, § 4º, III).[27]

Alexandre Aragão,[28] Gustavo Binenbojm,[29] Paulo Modesto,[30] Marçal Justen Filho [31] também destacam a exigência dessa mencionada complexidade do objeto – combinação de obras, fornecimento de bens ou equipamentos e prestação de serviços – como sendo decorrência mesmo do art. 2º, § 2º da Lei n 11.079/04.

A segunda posição doutrinária parece mais consentânea com a normação legal estabelecida para impedir a banalização da Parceria Público-Privada ou a utilização do regime jurídico para contratos destinados a se submeterem à Lei n. 8.666/93.

2.3. Vedações legais

Para melhor delimitar o campo de aplicação de contratos de PPPs, o § 4.º do art. 2.º estatui hipóteses em que é vedada a celebração destes contratos ,quais sejam: I - valor do contrato inferior a R$ 20 milhões de reais; II – prazo inferior a 5 (cinco) anos; III –

---

27 Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31-32.

28 Alexandre Santos de Aragão. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 677-680. Para o Autor as concessões administrativas se encontram no meio caminho entre a delegação e a terceirização. São, de fato, delegações de atividades administrativas (não necessariamente de serviços públicos), não meras terceirizações, pois pressupõem a construção, expansão, reforma ou manutenção de infra-estruturas através das quais também prestará serviços, sendo vedada a sua utilização se tiver "como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública" (art. 2°, § 4°, III, Lei n° 11.079/04), com que teríamos, aí sim, uma mera terceirização ou empreitada de obra pública, regidas pela Lei n° 8.666/93.(op. cit., p. 677-678).

29 Gustavo Binenbojm. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005, p. 5, 8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2009.

30 Paulo Modesto anota que "de ordinário, [...] a concessão administrativa deve ser qualificada como contrato administrativo misto, híbrido, envolvendo um contrato de prestação de serviços e uma concessão de uso ou de obra pública nomeadamente quando envolver a utilização de instalações privativas do Poder Público ou a execução de obra ou o fornecimento de bens". Todavia, o próprio Autor reconhece que nem sempre haverá concessão de obra ou de uso de bem público, ficando tal definição na dependência da escolha feita na modelagem do edital. (Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de "serviço público", "serviços de relevância pública" e "serviços de exploração econômica" para as parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros,2005, p. 483).

31 *Curso de direito administrativo*. 5 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 785.

objeto único e exclusivo o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.Também está proibida a parceria público--privada quando seu objeto envolver a delegação de funções de regulação, jurisdicional, o exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado, nos termos do art.4º. III da Lei.[32]

A questão pertinente às vedações à celebração de PPP é bastante relevante, pois, se, de um lado, a criação das concessões administrativas permite uma série de projetos que antes não era possível implementar nos limites da Lei 8.666/1993, de outro, pode gerar fraude, e conceder indevidamente a prestador de serviço as garantias que a Lei de PPP permite dar ao parceiro privado.

Revela-se, assim, oportuno o estabelecimento de

> balizas para definição dos casos em que é conveniente a adoção da forma de PPP, e especialmente de concessão administrativa em detrimento da prestação de serviços comuns. Entretanto, o faz de maneira genérica, como sói a ato normativo fazê-lo. Requer, por isso, interpretação e aplicação atenta para que, nos casos concretos, seja verificada a conveniência de aplicação do regime de PPP.[33]

O **valor mínimo** do contrato justifica-se em face dos altos custos de transação (são os custos envolvidos na preparação para o fechamento de um contrato) e agência (são os custos envolvidos no gerenciamento de contratos celebrados) que a celebração de PPP envolve.[34]

A aplicação desse valor a todos os entes federativos tem propiciado forte controvérsia. Defendem alguns a sua não configuração como norma geral sobre contratação pública em virtude da autonomia local inerente à Federação e à impossibilidade de fixar

---

32 Sustenta Diógenes Gasparini que, "com exceção dessas últimas, as demais não são obrigatórias aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, pois seus dispositivos não podem ser caracterizados como normas gerais". (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 418). Registra Carlos Ari Sundfeld que, tendo em conta a falta de precisão quanto ao sentido da expressão "poder de polícia", "a melhor tendência é a de interpretá-la como sinônimo de "exercício do poder de autoridade", isto é, de coação (exemplo: o de apreender veículos irregulares nas estradas). Ademais, a indelegabilidade também ficou vinculada a um conceito em branco ("outras atividades exclusivas do Estado"), cujo preenchimento depende de categorias - de resto, bastante polêmicas- que não se encontram na Lei das PPPs. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

33 Mauricio Portugal Ribeiro; Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP – Parceira Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75. Parei aqui

34 Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75.

regra restritiva da utilização de instrumentos contratuais em face de seu valor ou prazo de duração mínima. Essa é a lição de Gustavo Binenbojm[35] e Egon Bockmann Moreira.[36]

Entendem outros, como Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira,[37] que se trata de norma geral de direito financeiro, e não de norma de caráter geral de contratação.

Fernando Vernalha Guimarães assevera, com propriedade, que a norma do inciso I do § 4º do art. 2º é norma geral de direito administrativo, uma vez que:

a) a exigência de valor-piso é peça constitutiva de aspectos essenciais do tipo legal da PPP. Como a Constituição outorgou competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de modalidade de contrato administrativo, a veiculação de elemento central ou essencial da configuração do tipo legal é, fora de dúvida, matéria afeta à norma geral;
b) a exigência de valor-piso recobre um interesse nacional, que lhe exige a unificação de tratamento jurídico em todo o território nacional. O interesse transcendente se demonstra:
   b.1) na própria configuração normativa de modalidade de contato administrativo em seus traços formativos, como é o valor-piso. A subtração ou relativização do valor-piso poderá produzir a desfiguração do modelo, desequilibrando a relação de correspondência que há entre ele e certos comandos de regime jurídico da PPP;
   b.2) na função organizacional do sistema jurídico do contrato administrativo, prestando-se o valor-piso a melhor delimitar o uso do modelo da PPP relativamente a outros regimes – o que ganha relevância na autonomização da PPP, vista sob o figurino da concessão administrativa, em contraste com o contrato administrativo geral (Lei n. 8.666/93);
   b.3) por recobrir a prescrição do valor-piso aplicação dos princípios da economicidade e da eficiência, ao prestigiar a concentração de recursos em grandes investimentos em infraestrutura e evitar a sua perda de escala, e, ainda, ao promover (em todos os casos) altíssimos custos de projetos, insensíveis à grandeza do contrato, o que exige, para evitar seu uso antieconômico, que o contrato possua expressiva dimensão econômico-financeira.[38]

---

35 Gustavo Binenbojm,. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, p 10,11.

36 Breves notas sobre a parte geral da Lei das parcerias público privadas. In Estudos sobre parcerias público privadas. José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm.São Paulo:Thomson,2006,p.49 e 50.

37 Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira. Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais. Belo Horizonte: Fórum.2006, p. 36.

38 Fernando Vernalha Guimarães. O conceito de norma geral e a regra do valor mínimoàs parcerias público-privadas (inciso I do § 4º do art. 2º da Lei 11.079/2004. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*

Indaga-se ainda se o valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) se refere aos valores dos investimentos do parceiro privado ou aos valores do desembolso do parceiro público.

Carlos Ari Sundfeld ressalta que a interpretação do art. 2º,§ 4º, da Lei das PPPs

> que veda a celebração de contrato de PPP de "valor inferior" a R$ 20 milhões - como se estivesse referindo a soma das parcelas do preço a ser pago ao contratado durante toda a vigência do contrato, e não o investimento a ser por ele feito [...] não faz qualquer sentido, mesmo porque contraria a razão de ser do instituto, bem expressa no art. 5º, I: a obtenção de investimentos privados na criação de infra-estrutura pública. Ademais, seria ridículo que a Lei estivesse simplesmente pretendendo tornar mais caros os contratos administrativos, ao prever um "valor mínimo" de R$ 20 milhões. É óbvio, portanto, que o que o art. 2º, § 4º, I, proíbe é celebração de contrato de PPP em que não se preveja a realização pelo parceiro privado, de investimentos de ao menos R$ 20 milhões.[39]

Por sua vez, Floriano De Azevedo Marques Neto sustenta e o oposto:

> Pois o art. 2º, § 4º da lei veda parcerias cujo valor seja inferior a R$ 20 milhões. Presume-se que este valor total da parceria seja correspondente ao montante a ser pago ao parceiro privado ao longo do prazo da PPP.[40]

Com Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado sufraga-se o posicionamento de que as Parcerias Público-Privadas não podem ser contratadas quando o valor total do investimento for inferior a vinte milhões de reais.:

> É bem verdade que a lei se refere a um valor mínimo de contrato. Ela estaria, contudo, melhor se a referência fosse a um valor mínimo de *investimento*. "Valor de contrato" é uma expressão vaga e que abre espaço para algumas manipulações. Por exemplo, é possível aumentar-se artificialmente e sem justificativa o valor do contrato pelo mero aumento de prazo do contrato. Já o valor do investimento não padece dessa fragilidade. De qualquer

Econômico (REDAE) , Salvador, n.48, maio/jul.2009. Disponível em: http://www.direitodo estado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FERNANDO-VERNALHA.pdf. Acesso: 08 fev. 2010.

39 Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.26.

40 As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: Carlos Ari Sundfeld (Coord). *Parcerias público--privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 304.

> modo, a menção legal a um valor mínimo de contrato dá espaço para sua interpretação como valor mínimo de investimento, que nos parece a interpretação mais correta.[41]

O **prazo mínimo** de cinco anos de prestação do serviço, previsto no inciso II do § 4º do art. 2º justifica-se também pela necessidade de permitir a amortização de investimentos do concessionário, sendo um modo de diluir a pressão financeira no tempo. [42]

A seu turno, o inciso III do § 4º do art. 2º da Lei de PPP

> traduz opção política do legislador de não utilizar a Lei de PPP para modificar os marcos legais aplicáveis à (i) realização de obra pública pura, (ii) compra e instalação de equipamentos ou (iii) contratação de mão-de-obra. [...].
>
> Doutra sorte, o dispositivo comentado deixa claro que os contratos de PPP são sempre contratos de prestação de serviços, ao usuário ou à Administração Pública. Isso não significa que os contratos de PPP, para a prestação adequada do serviço, não possam exigir que o parceiro privado realize investimento em obras, na contratação de pessoal e em compra de equipamentos.
>
> Do modo como está redigido o dispositivo, está proibida a realização de PPPs em que o fornecimento de equipamentos e as obras não estejam vinculados diretamente à prestação do serviço.
>
> A contratação de pessoal pura também está proibida. Não é permitida contratação de PPP meramente para suprir necessidade de pessoal. Dessa perspectiva, a contratação de PPP só é viável quando envolver capacidade operacional empresarial, que se traduz na organização de conjunto de bens, direitos e pessoal apto à eficiente prestação de dado tipo de serviço. Não cabe, por exemplo, PPP para contratação de serviço de limpeza de um edifício, ou para mera assistência a usuários de software de rede.[43] [44]

Anote-se que a lei, em seu art. 4º, inciso III, indicou algumas **atividades que não estão compreendidas no âmbito das PPPs**: atividade jurisdicional, atividade regulatória, poder de polícia e atividades exclusivas do Estado.

---

41 *Comentários à Lei de PPP Parceira Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p.78.

42 Carlos Ari Sundfeld Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros,2005, p.35; Mauricio Portugal Ribeiro; Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79-81.

43 Mauricio Portugal Ribeiro; Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP Parceira Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

44 Alexandre Santos de Aragão. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 678, nota 26

Pela doutrina clássica, inspirado no Direito Administrativo Francês, o poder de polícia, enquanto atividade revestida de potestade estatal, só pode ser desempenhado por pessoas jurídicas de direito público.[45] A propósito, acentua Carlos Ari Sundfeld, que, tendo em conta a falta de precisão quanto ao sentido da expressão "poder de polícia", a melhor tendência é a de interpretá-la como sinônimo de "exercício do poder de autoridade", isto é, de coação (exemplo: o de apreender veículos irregulares nas estradas). Ademais, a indelegabilidade também ficou vinculada a um conceito em branco ("outras atividades exclusivas do Estado"), cujo preenchimento depende de categorias - de resto, bastante polêmicas- que não se encontram na Lei das PPPs. [46]

3. A natureza da concessão administrativa

As características da concessão administrativa levam ao questionar a sua natureza da concessão.

Celso Antônio Bandeira de Mello a considera "a falsa concessão", porque o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação de serviço seria uma remuneração contratual como qualquer outra, e não uma tarifa – o que descaracteriza a parceria como uma concessão. E acrescenta "que o que a lei visa, na verdade, por meios transversos, não confessados, *é a realizar um simples contrato de prestação de serviços* – e não uma concessão –, segundo um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral dos contratos".[47]

Nessa mesma esteira caminha Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira,[48] segundo quem a concessão administrativa é inconstitucional por que: a) a denominação "concessão" não é "*conceito vazio*", que defere ao legislador ordinário liberdade ilimitada de conformação; b) só poderiam ser objeto da concessão serviços de titularidade da Administração e sobre o qual haveria a possibilidade de transferência; c) a relação jurídica da concessão é sempre tripartite (concedente – concessionário – usuários), o que não ocorre na concessão administrativa (parceiro público – parceiro privado); d) a concessão de serviços exige, minimamente, a possibilidade de a remuneração básica ser feita por meio de tarifa, e aqui há contraprestação pecuniária; e) esta subtração da liberdade de conformação própria de uma política tarifária caracteriza ofensa ao princípio federativo e à autonomia administrativa dos entes federados.

---

45 Alexandre Santos de Aragão. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 676, nota 23

46 Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.78.

47 *Curso de Direito Administrativo* 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 771.

48 *Parcerias Público-privadas:* aspectos constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2006,p.169-.170.

Importa desde logo salientar que a concessão administrativa configura uma contratação em que o termo "concessão" tem um sentido diverso do tradicionalmente utilizado no nosso sistema jurídico.

Como demonstram Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado,quando o legislador emprega essa expressão, usa-a numa acepção ampla:

> que está mais próximo de uma caracterização econômica subjacente à idéia de *concession* dos sistemas de matriz anglo-saxônica que da idéia jurídica de "concessão" desenvolvida nos sistemas de direito administrativo de influência francesa (...), ao contrário da teoria do serviço público, a das *public utilities* não translada para o Estado a titularidade da prestação de serviços. Permite essencialmente a regulação estatal da atividade de prestação dos serviços.
> Portanto, ao usar a expressão 'concessão administrativa', a Lei de PPP refere-se ao sentido econômico de "concessão" (como contrato que exige investimento do parceiro privado em uma infra-estrutura, a ser amortizado ao longo da prestação do serviço), ínsito ao termo *concession,* e não ao sentido jurídico cunhado sob a égide da teoria do serviço público.[49]

A expressão concessão indica um gênero, que contempla várias espécies. Esclarece Floriano Azevedo Marques Neto[50] que existem e podem existir regimes de concessão diversos que não a concessão de serviço típica da Lei n. 8.987/95, remunerada basicamente pela tarifa cobrada aos usuários (v.g., concessão de direito real de uso, a concessão de uso de bem público, a concessão de uso de espaço aéreo, a concessão de serviços de radiodifusão). Por outras palavras, o fato de se atribuir às espécies de contratos de parceria público-privada criadas pela Lei n. 11.079/04 o nome de concessão não é suficiente para condená-la. Assim entendem, entre outros, Gustavo Binenbojm, Alexandre Aragão e Benedito Porto Neto, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado.

4. Observações Finais

4.1 Causas dos avanços e retrocessos das PPPs brasileiras

Diante da crescente experiência internacional na criação de novas formas de parceria com a iniciativa privada na gestão dos negócios do Estado, a carência de recursos pú-

49 Mauricio Portugal Ribeiro; Lucas Navarro Prado. *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada*: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p.67-70.

50 As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: Carlos Ari Sundfeld (Coord). *Parcerias público-privadas.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 291 e ss.

blicos para projetos de alto custo, o objetivo de atrair o capital privado para investimento com segurança e lucratividade, o déficit de projetos estruturantes em áreas de segurança pública, saneamento básico, até as de infra-estrutura viária ou elétrica, foi editada a Lei das PPPs.

No entanto, observa-se que esse modelo não avançou na esfera federal. Em dezembro de 2003 - um ano antes da aprovação da Lei das PPPs –, o Governo Federal dispunha de uma lista de 23 projetos prioritários a serem desenvolvidos sob esse novo modelo, sobretudo na área de infraestrutura logística, para mostrar o potencial dessa modalidade de parceria.

Mas, a relação foi sendo reduzida à medida em que foram sendo realizados estudos de viabilidade e detectadas inadequações às regras das PPPs, tendo a maior parte dos projetos se transformado em uma concessão comum. Em contrapartida, esse modelo tem sido utilizado com êxito por alguns Estados e Municípios nas áreas de infra-estrutura e prestação de serviços.

Razões jurídicas, políticas e judiciais acabaram travando o otimismo inicial, onde se anunciava uma expansão de crescimento por meio de PPP.

As justificativas invocadas para o atraso dos primeiros projetos referiam-se à complexidade dos contratos, que devem estabelecer regras claras e duradouras, visto que as concessões têm prazo de até 35 anos, e assegurar a viabilidade do projeto e a prestação contínua dos serviços de acordo com as especificações – exige a montagem de um esquema financeiro adequado. Além disso, precisavam tomar todo o cuidado para que o primeiro projeto fosse o mais perfeito possível, pois serviria de modelo para os demais.

A demora na regulamentação total da lei também não é motivo suficiente para os reduzidos avanços no plano federal, pois já se passaram mais de três anos desde que foi editada a Portaria nº 614, de 21-08-2006, do Secretário do Tesouro Nacional, que estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei nº 11.079/2004.

A verdade é que o governo não conseguiu romper a barreira burocrática – um projeto de PPP precisa passar por pelo menos quatro Ministérios, é submetido a consulta pública – nem elaborar projetos que não enfrentassem dificuldades no TCU. A excessiva morosidade dos processos em âmbito federal não se justifica mesmo que contabilizadas todas as divergências de interesses entre setores público e privado.

Os contratos de PPPs têm um escopo de regulação mais complexo do que os contratos de concessão comum, que requer um processo de elaboração e maturação. De conformidade com o art. 5º da Lei n.11.079/2004, a par das cláusulas essenciais estipuladas no art. 23 da Lei n.8.987/95, os contratos deverão prever aspectos bastante peculiares, inviabilizando, dessa forma, a utilização de minutas padronizadas de contratos, pois cada caso conterá aspectos próprios que requererão cuidado especial dos agentes envolvidos na preparação da licitação e na elaboração do contrato de uma PPP.

A análise sobre a escolha de PPP ou concessão comum para obras e serviços públicos, é feita caso a caso. A PPP é, na verdade, uma alternativa que o governo tem em relação à concessão tradicional.

4.2. Balanço das Parcerias Público-Privadas nos âmbitos federal, estadual e municipal

O presente tópico tem por objeto apenas fazer um levantamento das PPPs no âmbito dos diversos entes federativos, destacando-se suas especificidades mais relevantes e seu estágio atual.

Em andamento no âmbito federal encontram-se:

a) Projeto Datacenter, concessão administrativa que tem por objeto a construção do centro de processamento de dados que vai prestar serviços ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal. Sua licitação já foi levada a termo, tendo em 16/11/2009 sido sagrado vencedores o Consórcio Termoeste S.A. – Construções e Instalações, BVA Investimento Ltda e GCA S.A
b) o Projeto Pontal , concessão patrocinada que objetiva a contratação de empresa para realização de serviço de irrigação no perímetro Pontal, em Petrolina (PE), para, dessa forma, desenvolver área do semi-árido pernambucano com agricultura irrigada intensiva.

O edital para a licitação do empreendimento foi publicado em 22/12/2009, tendo sido marcada para 29/03/2010 a sessão pública de recebimento, abertura e julgamento das garantias da proposta, e para 31/03/2009, a sessão pública de abertura e julgamento das propostas.

Além do Pontal, o governo espera lançar em 2010 a licitação para outros três projetos: um de irrigação, o de Baixio do Irecê, na Bahia, que contempla uma área irrigável de 50 mil hectares; o de construção da rede de transmissão da TV pública digital e o do satélite geoestacionário brasileiro, que será utilizado para comunicações, controle aéreo e informações meteorológicas.

Na esfera federal, ainda na área de irrigação, está em análise o Projeto Salitre, localizado no polo fruticultor de Petrolina/Juazeiro

Exemplos de PPPs nos Estados são os projetos levados a termo na Bahia, São Paulo, Minas Gerais e Pernambuco. [51]

51 Embora muitos Estados pretendam executar projetos utilizando-se de parcerias público-privadas, na realidade, apenas quatro Estados da Federação conseguiram viabilizar, ao todo, menos de uma dezena de projetos – Bahia, São Paulo, Minas Gerais e Pernambuco, em sua maioria, PPPs na modalidade de concessão administrativa.

Nesse sentido, na Bahia, além do contrato de concessão administrativa para a construção, operação e manutenção do Sistema de Disposição Oceânica do Jaguaribe (incluindo emissário submarino), que vai ampliar em até 90% a cobertura de saneamento básico em Salvador, que já foi assinado, estando as obras estão em andamento de acordo com o cronograma previsto, há o projeto da Plataforma Logística de Juazeiro, no sertão baiano, que está na fase de contratação de consultorias para a modelagem.

Em São Paulo, já foram firmados os contratos de PPP da Linha 4 do Metrô e da Estação de Tratamento de Água Taiaçupeba. No caso da linha 4 do Metrô paulistano, a parceria se traduz por uma concessão patrocinada com vistas à manutenção e operação de um trecho de 12,8 quilômetros da linha amarela do metrô, entre Luz e Taboão da Serra, a qual se encontra em estágio adiantado de execução.

O Projeto do Alto Tietê (Estação de Tratamento de Água Taiaçupeba) foi constituído parceria público-privada na modalidade concessão administrativa, que tem por objeto ampliação e o melhoramento do Sistema Produtor do Alto Tiete, com vistas a aumentar a oferta e produzir melhorias no sistema de abastecimento de água tratada na região metropolitana de São Paulo. Em 11/02/2009 foram iniciadas as atividades de ampliação do Sistema e espera-se que em 21/09/2010 seja inaugurada a primeira obra de abastecimento de água da Sabesp fruto da Parceria Público-Privada (PPP). A conclusão das obras está prevista para 2023.

Por sua vez, encontram-se com licitação em andamento as PPPs CPTM – Trens Dedicados a Linha 8 Diamante e Sistema de Arrecadação Centralizada do Bilhete Integrado – SBI.

A primeira, parte integrante do Plano de Expansão do Transporte Metropolitano, a ser desenvolvida na modalidade concessão administrativa, tem por objeto a reforma de 12 trens da frota atual, a aquisição de 24 novos trens de 8 carros, a atualização tecnológica e a melhoria dos equipamentos. Em 27 de maio de 2009 a CPTM publicou o edital da licitação internacional para renovação da frota da Linha 8-Diamante. Em 27 de novembro de 2009 ocorreu a sessão pública de abertura de propostas.

Ainda na modalidade de concessão administrativa, a PPP do Sistema de Arrecadação Centralizada do Bilhete Integrado – SBI visa a instalação de sistema único de arrecadação tarifária do sistema de transporte metropolitano da Região Metropolitana de São Paulo, abrangendo os serviços de transporte metropolitano (ônibus, trem e metrô) do Estado e Município de São Paulo.

O Estado de São Paulo possui, também, projeto relativo à ampliação e modernização de aeroportos com modelagem já aprovada. Consiste em Projeto de Parceria Público-Privada na modalidade concessão patrocinada, que tem por objetivo ampliar e modernizar a infra-estrutura de 30 aeroportos divididos em 5 lotes (Jundiaí, São José do Rio Preto, Bauru-Arealva, Ribeirão Preto e Presidente Prudente).

Finalmente, há propostas preliminares aprovadas para as PPPs que têm por objeto o Lote 1 da 3ª Etapa de Concessões Rodoviárias do Litoral Norte (concessão patrocinada); cinco Projetos de PPP da SABESP, todos na modalidade de concessão administrativa e o Sistema Integrado Metropolitano da Baixada Santista – VLT (concessão patrocinada).

Em Minas Gerais já foram firmados contratos de PPP tanto no setor de rodovias, quanto no prisional. Com relação ao primeiro, a concessão patrocinada da Rodovia MG-050, envolvendo obras de recuperação, manutenção e ampliação, teve seu contrato celebrado em 21/05/2007.

Na sequência, em julho de 2009, foi assinado o primeiro contrato de concessão administrativa para a construção e gestão do primeiro complexo penal do país a ser construído por meio de PPP. Este projeto tem por objeto a criação de 3.040 vagas prisionais, incluindo serviços de construção e operação, sendo os serviços prestados focados na ressocialização dos sentenciados. O Estado monitorará as atividades do parceiro privado, mantendo o seu papel constitucional na área de segurança.

Outros quatro projetos de PPP estão sendo desenvolvidos pelo Estado. Um deles diz respeito à concessão de sete mil quilômetros de rodovias divididos em 16 lotes – PPP Lotes Rodoviários, que se encontra em fase de estudos. Estima-se que alguns trechos poderão ser objeto de concessão pura e outros poderão ter concessão patrocinada, por meio da Parceria Público Privada (PPP), nos mesmos moldes da MG-050.

Outro refere-se à concessão administrativa para construção e operação do novo campus da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG.

As Unidades de Atendimento Integrado – UAI, com vistas a melhorar o padrão de atendimento ao cidadão, funcionando como um shopping de serviços públicos, também são objeto de concessão administrativa por parte do governo mineiro. A licitação para seleção da proposta mais vantajosa para concessão administrativa, teve seu Edital publicado em 16/03/2009.

Por fim, em novembro de 2008, foi divulgado Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para estruturação do projeto de concessão comum ou patrocinada (PPP) para a exploração do Aeroporto Regional da Zona da Mata (AZRM) do Estado de Minas Gerais situado nos municípios de Rio Novo e Goianá.

Outro Estado que conseguiu levar a bom termo seu projeto de Parceria Público-Privada é o de Pernambuco. Até o momento, dois são os projetos já aprovados e contratados, embora cada um se encontre em estágio bem diferente de execução.

O primeiro deles diz respeito ao Complexo Viário da Praia do Paiva, cujo contrato assinado em dezembro de 2006, teve suas obras iniciadas em 2007. Tem por objeto a exploração, mediante concessão patrocinada, da ponte de acesso e sistema viário do destino de turismo e lazer Praia do Paiva.

A segunda PPP de Pernambuco, levada a termo na modalidade concessão administrativa, é a do Centro Integrado de Ressocialização de Itaquitinga, que, apesar de ter a sua licitação homologada e adjudicada em 28/11/2008, teve o seu o contrato assinado com o Banco do Nordeste – entidade financiadora do empreendimento– em 09/10/2009.

O objeto dessa PPP é o financiamento da construção, administração, operação e manutenção do Centro Integrado de Ressocialização de Itaquitinga, com capacidade para receber 3.126 internos.

Outra iniciativa de Pernambuco no que tange às PPPs foi a publicação do aviso de licitação para a exploração mediante concessão administrativa da Arena Multiuso da Copa 2014, em 18/12/2009.

Vários outros Estados possuem Projetos de PPP em diferentes estágios de desenvolvimento: alguns em fase de estudo de viabilidade, outros com licitações já previstas. Dentre eles podemos arrolar o Rio Grande do Sul, Ceará, Rio de Janeiro e o Distrito Federal

Resta, ainda, assinalar que a Copa do Mundo de 2014, que acontecerá no Brasil, é uma oportunidade para as Parcerias Público-Privadas avançarem no país. Nesse sentido, vários Estados já têm estudos adiantados para atrair investidores privados, principalmente na construção de estádios de futebol.

A par dos Estados, também os Municípios vêm se interessando em adotar a licitação na modalidade de Parceria Público-Privada.

A maioria dos projetos de PPPs municipais tem como foco o setor de saneamento básico e o de limpeza urbana, e são estruturados na modalidade de concessão administrativa.

No setor de saneamento, já há contrato de PPP firmado nos Municípios paulistas de Rio Claro, Guaratinguetá, Mirassol e Palestina; no Município paranaense de Paranaguá; no Município de Rio das Ostras (RJ). O objeto de tais contratos, de uma forma geral, é a execução de obras de ampliação do sistema de esgotamento sanitário do Município. As obras estão em estágios distintos de execução, destacando-se as de Rio das Ostras que já se encontram concluídas.

Para o problema da coleta do lixo e do destino dos resíduos sólidos urbanos da cidade, muitos Municípios tem procurado resolver o problema através da contratação de parcerias público-privadas, na modalidade de concessão administrativa. Dentre eles, podemos citar os Municípios paulistas de Cotia, Sorocaba, Piracicaba, São Carlos e Osasco,[52] o Município baiano de Salvador e o Município mineiro de Belo Horizonte. Tais contratos têm como objeto a execução de serviços de limpeza urbana, incluindo obras de construção de aterros sanitários, no limite territorial do Município.

Outros setores também são alvo de parcerias público-PPPs. Na área da educação citem-se os Municípios de São Paulo e Paulínea. O primeiro pretende suprir a deficiência

52 O Município de Osasco, em São Paulo, que já tem contrato firmado desde 2008.

de vagas nas creches municipais com a criação de 40 mil novas vagas, correspondentes a cerca de 200 creches. Essa PPP teve seu edital suspenso pelo TCM e seu prosseguimento acha-se pendente de decisão dessa Egrégia Corte. O segundo tem por objeto a disponibilização, operação dos serviços educacionais, manutenção, segurança patrimonial e conservação das creches. Esse projeto encontra-se em fase de licitação

No segmento de transportes há notícias de projeto de PPP do Município de São Paulo visando a criação 31 garagens verticais automatizadas, construídas e operadas pela iniciativa privada e da construção de terminal rodoviário no Município de Itu. Este último encontra-se em fase de finalização dos estudos de viabilidade.

No que tange ao meio ambiente, há proposta de implantação de Usina de Lixo com objetivo de eliminação de resíduos e geração de energia elétrica em Taboão da Serra.

Feito o levantamento, importa, por fim, assinalar que múltiplos são os fatores críticos para o sucesso das PPPs levadas a termo por todo e qualquer ente federativo.

É preciso, impedir a banalização da Parceria Público-Privada ou desvio no uso da concessão administrativa, com a utilização do regime jurídico para contratos destinados a se submeterem à Lei n. 8.666/93, bem como o comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros com contratos dessa espécie, seja pela assunção de compromissos impagáveis, seja pela escolha de projetos não prioritários.[53]

Não nutramos, porém, ilusões quanto a ser a PPP verdadeira panacéia, a legitimar, por sua só existência, a solução para todos os problemas nacionais.

---

53 Importa, porém, ter presente, a lição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado: "A concessão administrativa deve ser utilizada apenas quando presentes as razões econômicas — quais sejam, a nosso ver, especialmente *(i)* a necessidade de contratos de longo prazo para permitir a amortização e a remuneração do investimento, *(ii)* a possibilidade e conveniência no caso concreto de se adotar especificações de resultado objetivas e estáveis com o fim de aferir o cumprimento das obrigações contratuais e (iii) a probabilidade de se obter ganhos de eficiência na atribuição da responsabilidade de diversas atividades a uma mesma pessoa, por exemplo, o detalhamento do projeto de engenharia, o financiamento da obra de infra-estrutura, sua construção, operação e manutenção ao longo de um considerável período de tempo.
O limite mínimo de R$ 20 milhões do valor do contrato toca justamente duas dessas razões, a primeira e a terceira, pois, (i) se não há investimento relevante, também não é necessário prazo longo para sua amortização e remuneração, e *(ii)* a possibilidade de ganhos de eficiência fica tanto mais reduzida quando menor for o valor do investimento. Portanto, para se justificar a PPP é preciso que a adequada prestação do serviço requeira investimentos de relevo (mais de R$ 20 milhões, segundo a fronteira estabelecida pela lei) do parceiro privado em urna infra-estrutura". *Comentários à Lei de PPP Parceria Público-Privada:* fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007, p.78

La Construcción de Infraestructuras Viarias en España: Carreteras, Autopistas y sus Planes

*José Mª Aristóteles Magán Perales**

I. Introducción. La influencia del medio físico en la construcción de las infraestructuras por carretera en el Estado español; II. Una breve evolución histórica. De la radialidad borbónica del S. XVIII al Plan de carreteras de Primo de Rivera; III. La red viaria durante el franquismo; A. De "los desastres de la guerra" al Plan de carreteras de 1962-1977; B. La Ley de carreteras 51/1974, de 19 de diciembre; C. La Política de infraestructuras por carretera del tardofranquismo: el Plan REDIA y el Plan de Autopistas Nacionales de Peaje (PANE); D. El correlato jurídico del Plan de Autopistas: La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión; IV. La aprobación de la Constitución de 1978 y el "reparto" competencial en materia de carreteras: los artículos 148.1.15º y 149.1.24º CE; V. La solución de los Gobiernos socialistas: la socialización de la carretera y el "invento" de la autovía; A. El Plan General de Carreteras 1984-1991; B. La Ley de Carreteras y Caminos 25/1988, de 29 de julio; C. Los resultados del I Plan general de Carreteras; D. El epílogo del Plan general de carreteras. El "Plan puente" 1991-1993; VI. La política de carreteras de los Gobiernos "populares". La recuperación del sistema de conceción de autopistas de peaje; A. El "resurgir" del peaje y la prolongación en el tiempo de las concesiones a golpe de Leyes de Acompañamiento; B. El aluvión legislativo, a golpe de Leyes de Acompañamiento, en materia de autopistas del período 1997-2002; C. La reforma de la legislación en materia de contratación pública. La nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas y su inclusión en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; D. El descartado rescate de las concesiones, valorado en 10.000 millones de euros; E. La condena llega desde Luxemburgo: la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2001, Comisión contra Reino de España (asunto C-38/99). La desacreditación jurídica de la rebaja del peaje; F. El Plan de Infraestructuras de Transporte (PIT) 2000-2007; a. El caso de los accesos a Madrid mediante radiales de Peaje; b. Un necesario "aggiornamento" del viario estatal: el cambio de nomenclatura operado por el Real Decreto 1231/03, de 26 de septiembre, por el que se modifica la nomenclatura y el catálogo de las Autopistas y Autovías de la Red de Carreteras del Estado; Bibliografía.

* *Profesor Titular de Universidad. Universidad de Castilla-La Mancha. Facultad de Derecho de Albacete.*

I. Introducción. La influencia del medio físico en la construcción de las infraestructuras por carretera en el Estado español

En nuestra época cualquier actividad, y fundamentalmente la más decisiva de todas ellas, la actividad económica, requiere inevitablemente el concurso de las comunicaciones y del transporte para poder desarrollarse. La actividad de transporte, tanto de personas como de mercancías es una de las de origen más antiguo, y sobre la que se ha basado siempre gran parte de la economía. Los Estados han regulado siempre dicha actividad de forma más o menos intensa, a fin de garantizar su correcto funcionamiento. Uno de los mejores exponentes de cuanto estamos diciendo lo demuestran las importantes cuantías destinadas al desarrollo de infraestructuras como instrumento que contribuye al desarrollo económico general[1]. Sin embargo, el desarrollo de las infraestructuras en materia de transportes ha sido en el España extraordinariamente bajo, a pesar de los intentos de modernización del sector, porque como veremos se arrastró largamente una situación de atraso.

Actualmente nadie pone en duda la influencia de las infraestructuras en el desarrollo de un Estado. Son una condición necesaria, aunque no suficiente, para alcanzarlo. Las infraestructuras de transporte constituyen un elemento clave para alcanzar la cohesión económica y social (objetivo, por otra parte, del Tratado de la Comunidad Europea). Por ello, los distintos niveles de gobierno, estatal y autonómicos han coincidido en señalar las infraestructuras de transporte como uno de los instrumentos esenciales para superar situaciones de atraso económico y desigualdad en el desarrollo regional, por su capacidad para estructurar y, utilizando una palabra de moda, "vertebrar"[2] y mejorar los procesos productivos, al permitir una mayor circulación de bienes y una mayor movilidad de personas. Ello explica la constante solicitud de recursos por parte de las Comunidades Autónomas al Estado, y éste a la Unión Europea para resolver el problema del atraso endémico de las infraestructuras de transporte españolas.

La red de transportes terrestres por carretera está muy condicionada por el medio físico, que en el Estado español se caracteriza por un espacio muy compartimentado por las cadenas montañosas y un relieve escarpado. En la Península Ibérica existen elevadas cadenas montañosas que superan los 3.000 metros de altura (Pirineos, Cordilleras Béticas); montañas interiores y circundantes con altitudes superiores a los 2.000 metros (Sistema Central, Macizo Galaico, Cordillera Cantábrica y Sistema Ibérico) y montañas con altitudes medias de entre 1.500 y 2.000 metros (Montes de Toledo, Montañas vascas

1 BERMEJO VERA, José: *Derecho Administrativo. Parte especial*; Ed. Civitas; 5ª edición, 2001; pág. 1139.

2 Según el Diccionario de la Real Academia Española, "vertebrar" es "*dar consistencia y estructura internas, dar organización y cohesión*". El uso de este término referido al territorio lo tenemos en el famoso libro de ortega y Gasset, "La España invertebrada".

y Cordilleras Catalanas). Por otra parte, el macizo central ibérico, que ocupa una tercera parte de la superficie peninsular, presenta una altitud media de 600 metros. De ello se deriva que nuestro país, y sobre todo por efecto de la gran unidad central, presenta una elevada altitud media (660 m.) que lo convierte en el segundo país europeo por su altitud después de Suiza (1.340 m.). Así, más de la mitad del territorio español se halla por encima de los 600 metros de altitud, la tercera parte tiene alturas superiores a los 800 metros y tan solo una décima parte se halla por debajo de los 200 metros. Por el contrario, en Europa, donde existen cadenas montañosas más robustas que las españolas (Mont Blanc, 4.810 m.), las dos terceras partes del continente se encuentran por debajo de los 200 metros.

Por su parte el mapa Nacional de carreteras registra 254 puertos de montaña que en muchos casos se ven afectados por las inclemencias climáticas y cuyas altitudes oscilan entre los 700 y los 1.500 metros. Ello hace también que las obras de infraestructuras en materia de transportes sean también más costosas que en el resto de Estados europeos[3].

En relación con la densidad de carreteras por Km^2, la situación del Estado español ha sido siempre inferior a la de los países europeos más industrializados (Alemania y Gran Bretaña, sobre todo). El transporte interurbano estuvo dominado por el ferrocarril hasta los años cincuenta. Desde 1956 hasta hoy la carretera es claramente la que mayor volumen transporta. En 1983 se realizó por carretera el 90% delo transporte interior de viajeros y el 70 por 100 del de mercancías. Una década después la situación seguía prácticamente igual (92% de viajeros y 70% de las mercancías). Ello se debe en parte a las malas condiciones técnicas de la red de ferrocarriles, que le restan competitividad. De hecho, el transporte por carretera ha adquirido una importancia indiscutible, tanto absoluta como relativa, dentro del conjunto del transporte español. Su evolución ha sido inversa a la del ferrocarril, al que como hemos dicho superó en 1956 en el tráfico de mercancías y desde 1959 en el transporte de viajeros[4]. De hecho, y aunque no sea el tema objeto de nuestro estudio, reorientar parte de este volumen, muy descompensado a favor de la carretera, hacia el ferrocarril es tarea actual de las Administraciones, tanto la comunitaria como la estatal. El ferrocarril sigue siendo, en las gráficas palabras de la profesora GARRIDO CUENCA, la "cenicienta dormida" del sistema de transportes.

---

3 Vid. SERRANO MARTÍNEZ, José María: Accesibilidad territorial en España: autopista y autovías", en Revista *Papeles de geografía*, Nº 33, 2001, Págs. 133-158.

4 Por ilustrar el "declive" del ferrocarril, de los 340 millones de viajeros transportados en 1974 se descendió hasta 280 en 1983. En el mismo período, de los 40 millones de Toneladas de mercancías transportados por el ferrocarril en 1974, se descendió hasta 34 millones de Toneladas.

II. Una breve evolución histórica. De la radialidad borbónica del S. XVIII al Plan de carreteras de Primo de Rivera.

No es propósito de este trabajo el realizar un estudio jurídico-histórico de las carreteras, que otros autores antes que nosotros han realizado en profundidad[5]. La construcción de caminos conecta claramente con los principios económicos fisiocráticos de la Ilustración. Los Borbones inauguraron una etapa de modernización, y dieron un impulso decisivo a la red de carreteras radial, a través del **Reglamento de 1720**, aprobado en el reinado de Felipe V, y la **Real Cédula de 1747**, por la que el Estado asumió la construcción de los caminos con cargo al erario público. Bajo este marco en tiempo de Fernando VI se construyó la carretera de Reinosa a Santander, con el fin de exportar las lanas de Castilla, y algunos tramos de la carretera del Guadarrama, incluido el paso por el puerto, lo que facilitó el acceso del trigo desde el norte de la meseta hasta Madrid. A mediados del siglo XVIII las carreteras construidas sumaban 2.000 Km. Este impuso siguió en el reinado de Carlos III mediante el **Real Decreto de 10 de junio de 1761**, por el cual se ordenó la apertura de cuatro carreteras radiales para enlazar Madrid con Valencia, Cataluña, Galicia y Andalucía. Esta norma es considerada propiamente como el primer plan y programa de carreteras de España, ya que establecía unas líneas generales de actuación para varios años, determinaba qué obras debían ejecutarse en período más corto y señalaba el sistema de financiación para acometerlas[6]. Sólo entre 1780 y 1788 bajo el mandato de Floridablanca se construyeron mil kilómetros de carreteras y 325 puentes, además de numerosos puertos de montaña. Es en este momento cuando, por primera vez en la historia, y en un proceso imparable que llega hasta la actualidad, las regiones del litoral superan a las del interior (la Castilla mesetaria y el viejo Aragón) en población, recursos y nivel de vida.

A finales del siglo XVIII, el asturiano Melchor Gaspar de Jovellanos denunció en su Informe de 1793 a la Ley Agraria la falta de caminos como uno de los principales obstáculos para el desarrollo del país. A nivel organizativo, la Real orden de 12 de junio de 1799 crea la Inspección General de Caminos, "*para conseguir que se planteen bien los proyectos relativos al trazado y alineación de Caminos y Canales, y las obras de mampostería, puentes y demás (...) de los caminos de sitios Reales é Imperiales, de un facultativo en calidad de celador*

5 Resulta obligada la cita a una de las expertas en la materia, MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción: *Carreteras. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990.
-Redes arteriales. Travesías, tramos urbanos y circunvalaciones, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991.
-"La prohibición de publicidad en las carreteras", en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, Vol. III; Ed. Civitas, Madrid, 1993.
-Legislación sobre carreteras. Estudio sobre la evolución histórica de la normativa viaria; Ed. Mc Graw Hill; Madrid, 2000; 1211 págs.

6 MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción: *Legislación sobre carreteras. Estudio sobre la evolución histórica de la normativa viaria*; Ed. Mc Graw Hill; Madrid, 2000; pág. 18.

para cada diez leguas de las comprendidas en las seis carreteras principales del Reino, y de un Peón caminero en cada legua (...)" (art. 9º).

Como señala DELGADO PIQUERAS[7], el siglo XIX es pródigo en leyes para las vías públicas: A nivel local, la Ley de travesías de 11 de abril 1849 delimita las zonas a las que se aplica la servidumbre de travesía, y su Reglamento, firmado por Bravo Murillo, es del mismo año. A esta siguió la Ley de caminos vecinales de 28 de abril de 1849. En 1850 se aprobó el Plan General de carreteras, que fue una relación de las carreteras construidas y por construir. Siguieron las Leyes Generales de carreteras de 1851 (Ley Arteta), y la Ley de 22 de julio de 1857 (esta última conocida como Ley Moyano). Por su parte, como curiosidad podemos citar la Circular de la Dirección General que dispuso la construcción de casillas de peones camineros y haciendo advertencias con este objeto, de 26 de febrero de 1852, por la que se regula la construcción, ubicación y diseño de las casillas de los peones camineros, muchas de las cuales se mantienen en la actualidad totalmente abandonadas. Las Instrucciones para la reparación de carreteras de 24 de abril de 1856[8] "*para mantener en buen estado de viabilidad unas 1.400 leguas de carreteras generales ó transversales, que están á cargo del Gobierno*" suponen una muy completa instrucción técnica que clasifica las obras a ejecutar en las carreteras, da indicaciones a seguir en la redacción de proyectos, fija espesores de firme, establece unas preferencias entre distintos tipos de materiales a emplear, también toca multitud de otros aspectos: consolidación del firme, dirección de las obras, etc. El Plan General de Carreteras fue aprobado por Real decreto de 7 de septiembre de 1860, teniendo en cuenta el sistema de ferrocarriles y las necesidades de las provincias, y fue modificado por Real Decreto de 6 de septiembre de 1864. Asimismo, a nivel local podemos citar la Instrucción de Caminos de 12 de noviembre 1875, que ordenaba, entre otras cosas, la participación de todos los vecinos en el arreglo y mantenimiento de los caminos reales, y la posibilidad de dirigirse a la superioridad para solicitar mejoras en materia viaria[9]. La que sí sigue vigente, fruto de las primeras Cortes de Alfonso XII, es la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, vigente por increíble que nos pueda parecer, en la que se señala que, entre otras cosas, que "*son de cargo del Estado: 1.º Las carreteras que estén incluidas en el plan general de las que han de costearse con fondos generales (...)*" (art. 4) y se atribuye al Ministerio de Fomento "*Lo*

7 DELGADO PIQUERAS, Francisco: "Infraestructuras del transporte y las comunicaciones", en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Director): *Los Bienes Públicos (régimen jurídico)*; Ed. Tecnos; 1ª edición; Madrid, 1997; pág. 209.

8 En la cual se reconoce de una manera casi clarividente que "*si en todos los países el entretenimiento de las comunicaciones es una atención preferente, porque, facilitando el movimiento interior, ejerce una poderosa influencia en el desarrollo de la riqueza pública; y si todos los Gobiernos procuran aplicar los medios necesarios para satisfacer tan importante objeto, en España es proporcionalmente mayor esta necesidad, porque, además de las causas generales de deterioro, concurren circunstancias físicas especiales, que son, en realidad, otros tantos agentes poderosos é inevitables de construcción*".

9 "*Si hubiese necesidad para el reparo de los Caminos de hacer obra mayor de costo, ó Puentes hará la Justicia, y Ayuntamiento información de su necesidad, ó utilidad, y que se regule el costo por peritos, y remitirá el Expediente al Corregidor del Partido, y este al Caballero Intendente para que delibere lo conveniente*" (art. 5).

que se refiere á los proyectos, construcción, conservación, reparación y policía de las carreteras que son de cargo del Estado". La legislación decimonónica se cierra con la Ley General de Carreteras de 4 de mayo de 1877 y su Reglamento, del mismo año, la cual estuvo vigente casi un siglo, hasta su derogación en 1974, y a la que puede considerarse propiamente la primera ley sobre carreteras.

Al igual que los ferrocarriles, las carreteras pertenecientes a la red nacional seguían un sistema radial, centralizado, de inspiración y creación borbónica, a imagen y semejanza del implantado en Francia (por copiar, se copiaron hasta los colores utilizados en el país vecino para la jerarquización de las carreteras), en el cual se tomaba Madrid como centro y del cual partían los seis ejes radiales, cuyo "*kilómetro cero, origen de las carreteras radiales*", como es bien sabido está en la Puerta del Sol. La red radial supuso en su momento un avance respecto al modelo lineal de las calzadas romanas, algunas de las cuales surcaron la Península Ibérica, conectando ésta con Roma[10]. El sistema radial, que permite conectar la capital con los puntos más alejados del Estado es, sin embargo, una disposición contraria a la acumulación de la población y de los núcleos de actividad económica en la periferia, pues ello hace que los transportes resulten poco rentables al tener que atravesar inmensos espacios vacíos.

El primer cuarto del siglo XX fue decisivo por el nacimiento y expansión del automóvil y el camión, que demandaron nuevos tipos de firmes. La incipiente motorización hace que el siglo se abra con el Reglamento para el servicio de coches automóviles por las carreteras del Estado, de 17 de septiembre de 1900[11], así como una Instrucción para redactar los proyectos de carreteras, de 30 de marzo de 1903, en la que se fijan normas técnicas sobre el ancho de las diferentes carreteras según su orden y el espesor de los firmes. Posteriormente, el Real Decreto de 17 de abril de 1903 (reformado en 1905) reorganiza la gestión de la conservación de las carreteras. Prosigue la Instrucción para el cumplimiento del Reglamento para el servicio de coches automóviles por las carreteras, donde se prevén las primeras matriculaciones y el sistema de códigos provinciales vigente durante casi un siglo, hasta 1999. Prosigue el Reglamento de Policía y conservación de caminos de 3 de diciembre de 1907, que sustituye al de 1867.

---

10 Los romanos llegaron a construir en la Península hasta 700 millas de calzadas romanas, siendo Hispania uan de las provincias más favorecidas en lo que a construcción de vías romanas se refiere. Resulta singular señalar el caso de la Vía Hercúlea, posteriormente llamada Vía Augusta, calzada romana que sorteando los obstáculos naturales unía Europa (desde la Via Aureliana) con el estrecho de Gibraltar y el interior de la Península Ibérica. O la vía de la Plata, que unía Asturica Augusta con Extremadura y el suroeste de Andalucía.

11 Donde también de una manera casi visionaria se reconoce que "*Se trata, por una parte, del tránsito por vías de uso general utilizadas por vehículos que constituyen una industria naciente y digna de estímulo, de la que es lícito esperar en el porvenir un gran desarrollo como resultado de la rapidez y baratura de los transportes, que influirá en el fomento de la riqueza pública; pero al propio tiempo, la introducción de un factor nuevo, que si no se dirige hábilmente, puede ocasionar riesgos y dificultades para el tránsito general y deterioros graves el firme y obras de fábrica para las carreteras, reclama el examen detenido por la Administración de las condiciones de marcha de los automóviles*".

En lo que se refiere a planificación de infraestructuras propiamente dicha, podemos citar el Plan general de construcción de carreteras aprobado por Real Decreto de 5 de agosto de 1914. La labor de la Dictadura de Primo de Rivera en el sector de carreteras, así como en el ferroviario, aseguró el buen estado de las carreteras españolas durante un largo período. Así, a través del Real Decreto-Ley de 9 de febrero de 1926, se acometió el Plan "Circuito de Firmes especiales", que se desarrolló entre 1926 y 1930, corrigió curvas pendientes en la red principal de carreteras para acomodarlas a la circulación del automóvil, de forma que éste pudiera alcanzar velocidades de hasta 60 kilómetros por hora, y los autobuses y camiones de 30 a 40 kilómetros por hora. Las obras mejoraron 7.000 kilómetros de carretera y añadieron dos tramos transversales al primitivo sistema radial: el cantábrico y el mediterráneo, con lo que se inició una tímida descentralización de la red. Por Decreto de 25 de septiembre de 1934, ya durante la IIª República, fue aprobado el Código de la Circulación, vigente aún hoy día aunque en una parte muy pequeña de su articulado original.

III. La red viaria durante el franquismo:

A. De "los desastres de la guerra" al Plan de carreteras de 1962-1977

La guerra civil española supuso una gran destrucción de las infraestructuras por carretera construidas hasta entonces; se estima que el 50% de las infraestructuras quedaron seriamente dañadas, entre las cuales cabe citar la destrucción de 1.561 puentes. El Estado tuvo que hacer frente a esta situación desde la más absoluta autarquía, a diferencia de otros países europeos, que recibieron la ayuda del Plan Marshall. Por ello, la escasez de asfalto hizo imposible la mejora de los firmes y su conservación. Una de las primeras medidas del "Nuevo Estado" fue la promulgación de la Ley de 11 de abril de 1939, que aprobó el Plan de Obras Públicas sobre carreteras, pocos días después de finalizada la contienda, a la que siguió la Instrucción de carreteras aprobada por Orden Ministerial de 11 de agosto de 1939. Con el fin de racionalizar y jerarquizar el viario, se creó el sistema clásico de denominación de las carreteras españolas, el de la N- seguida por uno o varios números sobre fondo rojo, para las carreteras nacionales; verde, para las comarcales y amarillo, para las locales. Su autor fue Alfonso Peña Boeuf, el primer ministro de Obras Públicas nombrado poco antes de terminar la Guerra Civil. En 1939, este ingeniero desarrolló el plan de reconstrucción de carreteras. A principios de los años cuarenta, la red de carreteras sumaba un total de 115.000 Km. En 1940, por parte del Ingeniero de Caminos Victoria Muñoz Oms dio da nueva nomenclatura a la red, jerarquizándose las

carreteras en los ya mencionados seis ejes radiales existentes, a los cuales se les dieron números romanos[12]:

Eje	**Itinerario**
Carretera Nacional I (N-I)	Madrid-Irún/ frontera francesa
Carretera Nacional II (N-II)	Madrid-Zaragoza-Barcelona-frontera francesa
Carretera Nacional III (N-III)	Madrid-Valencia
Carretera Nacional IV (N-IV)	Madrid-Cádiz
Carretera Nacional V (N-V)	Madrid-Badajoz/ frontera portuguesa
Carretera Nacional VI (N-VI)	Madrid-La Coruña

Como vemos, todos los ejes, así como el kilometraje partían de un punto central, el "kilómetro cero" situado en la Puerta del Sol (Madrid). Para el resto de carreteras, la nomenclatura creada por Muñoz Oms en 1940 (y vigente hasta septiembre de 2003) es un conjunto de letras y números que informa sobre el tipo de vía, origen, distancia a Madrid y trayectoria. Tomando como base las seis carreteras radiales, dividió la Península Ibérica en seis sectores (más otros dos para Canarias y Baleares), como porciones de un pastel, y cinco anillos concéntricos de 100 kilómetros de radio desde Madrid. Con este criterio, la letra de la carretera nos indicaba la categoría de la misma (N, nacional, L, local, etc.), y de los tres dígitos sucesivos, el primero indicaba el sector de arranque, o porción de pastel donde comienza la carretera; así, el 1 era el situado entre la N-I y la N-II, el segundo dígito la corona o anillo concéntrico del cual arrancaba la carretera (así, el 3, indicaba una distancia de entre 300 a 400 kilómetros de Madrid), y el último dígito indicaba la trayectoria: si el número final es par, la carretera transcurre transversalmente; si es impar, lo hace de forma radial. A esta normativa siguió la Ley de 18 de abril de 1941, que aprobó el Plan de Obras Públicas, complementario del que se compendía en la Ley de 11 de abril de 1939.

En la década de los cincuenta, el Plan de Modernización de la Red de Carreteras Españolas ("Plan Fernández Ladreda"), aprobado por la Ley de 18 de diciembre de 1950, adecuó el firme a los vehículos automóviles, más potentes y veloces. Sin embargo, el Plan de 1950 no tuvo el éxito pretendido, ni siquiera en el primer lustro de su vigencia, en que se intentó la modernización de los itinerarios de más circulación. Por ello, mediante la Ley de 22 de diciembre de 1955 se prorrogó la vigencia de este Plan para el quinquenio 1956-1960[13].

12 Hemos mantenido la nomenclatura anterior al Real Decreto 1231/03, de 26 de septiembre, por el que se modifica la nomenclatura y el catálogo de las Autopistas y Autovías de la Red de Carreteras del Estado.

13 MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción: *Legislación sobre carreteras. Estudio sobre la evolución histórica de la normativa viaria*; Ed. Mc Graw Hill; Madrid, 2000; pág. 27.

La Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de junio de 1961 derogó la Instrucción de 1939, argumentando que: "*La evolución producida en estos veintidós años en todo lo que a la carretera concierne, como consecuencia del aumento del Parque Nacional de vehículos, en número, dimensiones y peso, las modificaciones introducidas en la señalización por acuerdos internacionales y la mejora de los medios disponibles para planear, proyectar, construir y conservar las carreteras, hace indispensable la puesta al día de aquellas normas, sobre todo si se tiene en cuenta la importancia que en un futuro próximo han de adquirir las inversiones de nuestra red de caminos como consecuencia del Plan General de Carreteras*".

En la década 1960 se incrementaron las inversiones en carreteras, autopistas y redes arteriales, que suponían ya 76.884 Km., y que ya superaban al ferrocarril en viajeros y mercancías. En consonancia con los tres Planes de Desarrollo Económico Social, la Ley de 22 de diciembre de 1955 aprobó las Bases Generales y encomendó al Ministerio de Obras Públicas (en lo sucesivo, MOP) la confección y desarrollo de un Plan General de Carreteras que fue aprobado por la Ley 90/1961, de 23 de diciembre, referido al período comprendido entre el 1 de enero de 1962 y el 31 de diciembre de 1977, que fue incluido en el I Plan de Desarrollo (1964-1967). Dicho Plan de Carreteras fue aprobado por la Ley 1/1962, de 23 de enero, en plena era desarrollista. Se redactó según las directrices del Banco Mundial y apostó por la concentración de inversiones en las rutas de mayor tráfico, abandonando las zonas menos desarrolladas y dejando en un segundo plano el ferrocarril. Dentro de este plan tienen cabida las dos principales decisiones tomadas: el posterior Plan Redia y el Programa de Autopistas. El Plan de Carreteras de 1962 tuvo 16 años de vigencia y mejoró especialmente los itinerarios más turísticos. En 1963, la construcción del túnel de Guadarrama, en la carretera Madrid-La Coruña, inició el sistema de carreteras de peaje.

Partamos de una definición que puede parecer de Perogrullo, pero que es necesario aclarar desde este momento: jurídicamente, el concepto de "carretera" a secas lo engloba todo. Carreteras son[14] "*las vías de dominio público proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles*". Quedan fuera de este concepto los caminos de servicio, los caminos privados, las vías pecuarias[15] y los caminos rurales. Por ello, dentro del concepto global de carretera, cabe distinguir varios tipos[16]:

14 La definición la tomamos de la Ley de Carreteras y caminos 25/1988.

15 De hecho, las vías pecuarias han tenido siempre una regulación específica. A nivel estatal podemos citar la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, derogatoria de la anterior Ley 22/1974 de 27 de junio. Las diferentes Comunidades Autónomas han procedido también a la regulación de sus vías pecuarias. En el caso de CASTILLA-LA MANCHA esta regulación está compuesta por la reciente Ley 9/2003, de 20 de marzo, de vías pecuarias de Castilla-La Mancha.

16 Esta cuatripartición de los distintos tipos de carreteras se encuentra en el art. 2 de la actual Ley de Carreteras 25/1988.

a) La carretera convencional[17]
b) Las autopistas
c) Las autovías
d) Las vías para automóviles o *vías rápidas*.[18]

Para no tener que estar refiriéndonos continuamente a "carreteras convencionales", hablaremos únicamente de carreteras (en el sentido no jurídico, lo cual puede resultar paradójico en un estudio que pretende ser jurídico), por contraposición a las autopistas y autovías.

B. La Ley de carreteras 51/1974, de 19 de diciembre

Hasta la entrada en vigor de la actual Ley de Carreteras de 1988 estuvo vigente la Ley de Carreteras 51/1974, de 19 de diciembre, que supuso el desarrollo de éstas a cargo del Ministerio de Obras Públicas y urbanismo (en lo sucesivo, MOPU). La Ley de Carreteras de 1974 contenía el mandato de elaborar un Plan de Carreteras, pero la situación política y económica que se vivió en los años siguientes (principalmente la fuerte recesión económica y la transición a la democracia) hicieron que las tareas de planificación a medio-largo plazo se fueran posponiendo a favor de asuntos de mayor prioridad.

Era objetivo de la Ley de 1974 regular todos los aspectos que se refieren a las diferentes clases de carreteras. A tal fin, la Ley comprende la planificación, proyección, construcción, conservación, financiación y explotación de las carreteras, así como la definición de los conceptos de carretera, autopista y autovía, clasificándolas según su titularidad y los planes en que se incluyen y se refiere a los caminos de servicio desde el punto de vista de su misión complementaria de las redes de carreteras y de su posible integración en las mismas cuando las circunstancias lo requieran. Igualmente se lleva a cabo la ordenación de las competencias de los distintos órganos de la Administración del Estado y de las Entidades y Corporaciones públicas de acuerdo con los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

La adaptación de la Ley de Carreteras a Álava y Navarra –las únicas dos provincias que conservaron el régimen foral durante el franquismo- se produjo a través de los Decretos 2875/75, de 31 de octubre**,** para Navarra y el Decreto 3140/1975, de 7 de noviembre,

17 La definición legal de este concepto se hace por exclusión en el Reglamento General de Circulación de 2003 (Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre): "*Es toda carretera que no reúne las características propias de las autopistas, autovías y vías para automóviles*".

18 Se trata de una categoría introducida como novedad en 1988 y suprimida en el Reglamento General de Circulación de 2003 (Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre), que "resucita" el concepto de vías para automóviles. En realidad son carreteras convencionales con un "plus" consistente en que no están atravesadas por otras carreteras ni tienen tampoco acceso las propiedades colindantes.

para Álava, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la disposición final 4ª de la Ley de Carreteras de 1974, según la cual «*por Decreto se regulará la adaptación de la misma a las provincias de Álava y Navarra de conformidad con sus regímenes peculiares, con audiencia de las respectivas Diputaciones Forales y dictamen del Consejo de Estado*».

El Reglamento de la Ley de Carreteras de 1974 sería aprobado ya durante el primer Gobierno de la Monarquía, a través del Real Decreto 1073/1977, de 8 de febrero.

La Ley de 1974 derogó a su vez una serie de leyes que desde 1849 hasta 1961 habían regulado la materia de forma bastante asistemática. La Ley de 1974 hubo, sin embargo, de coexistir con las leyes que aprobaron los Planes generales o sectoriales, que no fueron derogadas formalmente hasta 1988. Esta norma estableció un criterio de clasificación de las mismas, por el cual se otorgaba la competencia para planificar, ejecutar y conservar las carreteras provinciales y municipales a las Diputaciones y a los Ayuntamientos.

C. La Política de infraestructuras por carretera del tardofranquismo: el Plan REDIA y el Plan de Autopistas Nacionales de Peaje (PANE)

A principios de los años 70 del siglo XX la situación de las carreteras españolas sólo podía ser calificada de muy deficiente. Las cifras destinadas a la inversión en carreteras eran, en proporción al parque de vehículos, de las más bajas de Europa. Comparando las mismas cifras de inversión en proporción al número de kilómetros, también se obtenía el índice más bajo de Europa: 250 en el Estado español frente a 537 en Italia.

Dos características destacaban de la red de carreteras españolas en estos años. La primera era la menor densidad de carreteras comparada con el resto de Estados de la Europa occidental; aproximadamente la mitad. La segunda era el deficiente trazado, condicionado por la radialidad heredada, y el mal estado del firme[19], ambos inadecuados para un parque móvil que había crecido exponencialmente[20]. Así, de los 143.000 Km. que te-

19 Los firmes de las carreteras españolas poseían un espesor de entre 14 y 22 cm, mientras que el tráfico al que eran sometidas exigía firmes de entere 45 y 60 cm. El 60 % de la longitud de las carreteras del estado no cumplía con las condiciones mínimas de servicio que correspondían a su tráfico por insuficiencia en su estado, tipo de pavimento y condiciones de trazado, mientras que en la red dependiente de las Diputaciones provinciales, el 54 % de su longitud se encontraba en mal estado, y el 40% en regular estado.

20 El parque automovilístico, desde que en 1900 se matricularan los tres primeros vehículos, muestra un crecimiento espectacular, con pequeñas inflexiones provocadas por las crisis económicas derivadas del precio del crudo (1973 y 1983). Así, en 1975, circulaban en España, décima potencia mundial, 4.806.833 turismos, 1.158.789 motocicletas, 1.001.074 camiones y 39.028 autobuses, esto es, más de siete millones de vehículos. (FUENTE: Dirección General de Tráfico, *Anuario Económico y Social de España 1977*; Ed. Planeta; Madrid, 1977; pág. 315). La cifra aumentaría en 1985 a 8 millones y medio de turismos y un millón y medio de camiones, permaneciendo prácticamente igual el número de motocicletas. El protagonista absoluto de la motorización en España ha sido el vehículo privado. De hecho, se pasó de un turismo por cada 1.000 habitantes en 1960 a 351 turismos por cada 1.000 habitantes en 1994, proporción aún inferior a la media comunitaria (423 turismos por cada 1.000 habitantes en 1994), pero ya comparable con muchos países de la Comunidad.

nía en total la red de carreteras españolas, tan solo los 19.000 kilómetros que componían las llamadas "carreteras nacionales" soportaban el 80% del tráfico.

En plena euforia desarrollista se promulgó el Plan REDIA (Red de Itinerarios Asfálticos 1967-1972), aprobado durante 1967 a través de una simple Orden del Ministerio de Obras Públicas, y a ejecutar hasta el año 1972. El objetivo del Plan REDIA fue la mejora de los firmes y la señalización 5.000 kilómetros de carreteras con elevado volumen de tráfico, utilizándose el criterio de la mayor densidad media diaria. El Plan afectó a la mejora de las carreteras sobre las que gravitaba el 80% del tráfico. Para ello se previó una inversión 20.000 millones de pesetas a lo largo de seis años. Ello permitió perfeccionar considerablemente la red vial peninsular gracias a la ampliación del ancho disponible, con la construcción de arcenes y la realización de firmes asfálticos y señalización de un nivel aceptable. A pesar del esfuerzo realizado, la participación de los transportes en el conjunto de la renta nacional española era en 1972 de un 7,1%, una de las más bajas del mundo. Con todo, el Plan REDIA resultó insuficiente debido a su falta de conexión con una política de transporte inexistente y a su deficiente coordinación con el ferrocarril.

En lo que se refiere a las autopistas, l punto de arranque de la construcción de carreteras de alta velocidad con peajes o estaciones de pago coincide en nuestro país con el despegue económico de los años 60. Un informe elaborado a principios de los años sesenta por el Banco Mundial sobre la economía española y su desarrollo recomendaba la construcción de una autopista en la costa de Levante, priorizando el tramo de Barcelona con la frontera. Por su parte, la flota de automóviles -hasta entonces anecdótica- se multiplicó de forma geométrica gracias a la bonanza económica y el boom de las costas peninsulares como destino turístico, todo lo cual motivó que el MOPU organizase la Comisión Promotora de Autopistas mediante la Orden de 20 de noviembre de 1965, que otorgó licencias de construcción y explotación de autopistas a entidades privadas, pero siempre bajo el régimen de concesión administrativa. Así la primera concesión para realizar una autopista se firmó entre el estado español y la empresa ACESA en 1967, para la construcción y explotación, hasta el año 2004 de la autopista Barcelona-Mataró. En 1968 se le otorgó de nuevo a ACESA la autopista Barcelona-Tarragona, hasta el año 2005. En junio de 1969 se inauguró la primera autopista de peaje en España, que unió Barcelona con Mataró, curiosamente el mismo trayecto con el que comenzó el tren en el Estado español. Le siguió en 1971 la autopista Bilbao-Behobia, que vertebra en 105 kilómetros el País Vasco desde Vizcaya hasta la frontera con Francia, en la que la concesión de esta autopista se otorgó a Europistas por 35 años a partir del 6 de junio de 1968 (que terminó, por tanto, en 2.003)[21].

En términos absolutos, el parque automovilístico español se ha multiplicado por doce desde 1960, en lógica consonancia con el auge del transporte por carretera.

21 Vid. GRACIA, Juan Antonio: "Aproximación al estudio de la autopista Bilbao-Behovia (1971-1979)", en Revista *Letras de Deusto*, Vol. 13, Nº 27, 1983, Págs. 187-194.

En la crónica de la muerte (no anunciada) del desarrollismo fue presentado al Gobierno y a las Cortes en junio de 1972 el avance del Programa de Autopistas Nacionales de España (PANE). Su elaboración fue encomendada a la Dirección General de Carreteras. El PANE definió una retícula de vías radiales y periféricas que unían los centros geoeconómicos del país y enlazaban con las fronteras de Francia y Portugal. Basándose en un estudio exhaustivo de prognosis del tráfico se determinaron los "itinerarios" y prioridades de demanda, llegándose a diseñar una red de casi 7.000 Km. Se optó por el sistema de peaje dada la necesidad de incrementar los medios de financiación, ante la insuficiencia de los presupuestos del Estado para acometer tan vasto proyecto. El peaje suponía repercutir el gasto de la construcción de la autopista en el usuario en lugar del contribuyente. La Administración era quien planificaba la red y establecía la preferencia de los itinerarios, definía el trazado, redactaba el anteproyecto, establecía las condiciones de al concesión, elegía al concesionario, inspeccionaba la construcción, la explotación y la conservación, aprobaba y revisaba las tarifas de los peajes, asumía el dominio de los terrenos y era el sujeto de la reversión de la totalidad de la obra. Además, el Estado otorgaba al concesionario exenciones fiscales, los beneficios del procedimiento expropiatorio por la vía de urgencia, avalaba la mayor parte de los créditos exteriores –que podían llegar hasta el 50% de la inversión-, autorizaba las obligaciones interiores y su adquisición por las instituciones de ahorro y, finalmente, otorgaba al concesionario el importe del peaje.

De los casi 7.000 kilómetros iniciales, finalmente se planteó construir menos de la mitad, aunque los más rentables; concretamente el PANE previó la construcción de 3.160 kilómetros de autopistas hasta 1980, también con una estructura radial a partir de Madrid, en un plazo de doce años. Concretamente, el PANE previó la construcción de las siguientes autopistas axiales y las correspondientes autopistas de enlace con los itinerarios axiales (la nomenclatura no se corresponde fielmente con la finalmente adoptada):

Nomenclatura y denominación	Carácter	Recorrido previsto	Situación en 1984
A-1, Autopista del Norte	axial	Madrid-San Sebastián	Construido únicamente el tramo Burgos-Miranda de Ebro
A-2 Autopista de Aragón	axial	Madrid-Zaragoza	NO CONSTRUIDA
A-3 Autopista de Levante	axial	Madrid-Valencia	NO CONSTRUIDA
A-3 enlace 1	de enlace	Motilla del Palancar-Alicante	NO CONSTRUIDA
A-4 Autopista de Andalucía	axial	Madrid- Cádiz- Algeciras	Construido el tramo Sevilla (Dos Hermanas)-Cádiz
A4-enlace 1	de enlace	Córdoba-Málaga	NO CONSTRUIDA
A4-enlace 2	de enlace	Sevilla-frontera portuguesa	Construido únicamente el tramo Sevilla-Huelva (como Autopista libre de peaje)
A-5 Autopista de Extremadura	axial	Madrid-Badajoz	NO CONSTRUIDA

A-6 Autopista del Noroeste	axial	Madrid-Santiago de Compostela	Construido el tramo Villalba-Adanero (túnel de Guadarrama)
A6-enlace 1	de enlace	Benavente-Gijón	Construido el tramo León-Campomanes
A-7 Autopista del Mediterráneo	axial	Frontera francesa-Algeciras	Construido el tramo frontera francesa-Alicante
A7-enlace 1	enlace	Barcelona- Montgat	Construida en su totalidad
A7-enlace 2	enlace	Murcia-Cartagena	NO CONSTRUIDA
A-8 Autopista del Ebro	axial	Bilbao- Zaragoza- El Vendrell (Tarragona)	Construida íntegramente
A-8 enlace 1	enlace	Tudela-San Sebastián	Construido el tramo Tudela-Pamplona
A-9 Autopista del Cantábrico	axial	La Coruña- frontera francesa	Construido el tramo Bilbao-Behobia, y la "Y" asturiana Avilés-Gijón-Oviedo
A-10 Autopista del Atlántico	axial	El Ferrol *del Caudillo*-frontera portuguesa	Construidos únicamente los tramos La Coruña-Santiago y Vigo-Pontevedra

Con ello comenzó a construirse la red de autopistas españolas por una serie de empresas concesionarias que deberían explotarlas durante 25 ó 35 años (toda una generación de peajes), revirtiendo después al Estado. Las carencias del Plan REDIA, sobre todo en lo que a construcción de autopistas gratuitas se refiere, fomentó la construcción de autopistas de Peaje.

Para dar nomenclatura a estas nuevas autopistas se promulgó el Decreto 1105/1971, de 29 de abril, según el cual "*La interdependencia entre autopistas y carreteras aconseja establecer una nomenclaturas de las primeras en forma similar a la establecida para las carreteras nacionales por la Ley de once de abril de mil novecientos treinta y nueve*". Para la denominación simbólica de las autopistas interurbanas se utilizará la primera A, inicial de la palabra autopista, seguida del número de identificación correspondiente, de acuerdo con las reglas siguientes:

a) A las autopistas que enlacen Madrid con la periferia del país se les asignará la misma numeración que tengan actualmente las carreteras radiales a las que hayan de sustituir, total o parcialmente, en la función de conducir el tráfico a larga distancia, sustituyendo a la numeración romana (de las carreteras nacionales) por cifras arábigas, más fáciles de reconocer moviéndose a velocidad elevada (A-1, A-2., A-3, etc.).
b) Las restantes autopistas nacionales se designarán por un numero de dos cifras. La primera cifra corresponderá al sector comprendido entre cada dos autopistas radiales, numerados correlativamente en sentido dextrorsum (el de las agujas del reloj), a partir de la A-uno, en que tenga su origen la autopista. Para la

determinación de la segunda cifra se supondrá dividido idealmente el territorio por circunferencias concéntricas de cien, doscientos, trescientos o cuatrocientos kilómetros de radio, a partir de Madrid, y se establecerá par el punto origen de la autopista la siguiente correspondencia:

Distancia de origen a Madrid (Km.)	0-100	100-200	200-300	300-400	400
Cifras correspondientes:					
Autopistas en dirección radial	1	3	5	7	9
Autopistas en dirección paralela a las costas y fronteras	0	2	4	6	8

En consecuencia, las autopistas que tengan dirección radial quedaran designadas por números impares, y las concéntricas, por números pares.

Por Decreto 2355/75, de 11 de septiembre se dictan normas sobre el funcionamiento y la organización de la delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias, introduciéndose la figura del "delegado del Gobierno", figura que nada tiene que ver con el hombre homónimo contenido en la CE de 1978, a la que más tarde nos referiremos de nuevo, cuyo objetivo es el ejercicio de las funciones señaladas por el artículo 36 de la Ley de Autopistas de 1972.

Cuando los restantes países europeos ya habían culminado sus redes de autopistas en la década de los sesenta[22], la construcción no comenzó en el Estado español hasta finales de los años sesenta; y no se contó con un Plan de autopistas hasta 1972, justo en vísperas de la crisis mundial del petróleo. Como se puede ver en el cuadro anterior, muchas de las autopistas propuestas no llegaron nunca a construirse, y las que se construyeron no llegaron nunca a formar una red homogénea. Al finalizar 1975 tan solo había en servicio 618,9 Km. de autopista (ni siquiera la cuarta parte de lo previsto) y 1.330 se encontraban en construcción[23], evidentemente en las zonas más ricas del país. Ni uno solo de estos kilómetros se encontraba en servicio o en construcción en ninguna de las actuales provincias de Castilla-La Mancha. El sistema se intuía insostenible a muy corto plazo[24]. Podemos citar dos hechos que supusieron la "muerte" no declarada del PANE: La salida

22 Así, por ejemplo, en Francia, el estatuto jurídico de las autopistas se regula por la Ley nº 435, de 18 de abril de 1955 y el Decreto nº 1425, de 27 de diciembre de 1956. RODIÈRE, René y MERCADAL, Barthélémy: *Droit des transports terrestres et aériens* Ed. Dalloz; 5ª edición; París, 1989; pág. 85.

23 FUENTE: Ministerio de Obras Públicas. Anuario Económico y Social de España 1977; Ed. Planeta; Madrid, 1977; págs. 314-315.

24 Para muestra, consideramos suficientemente ilustrativo este texto de 1977: "*En lo relacionado con el Plan Nacional de Autopistas hay que señalar que estamos ante el límite de las contradicciones morales y mentales de los españolitos conductores de automóviles. Por un lado los automóviles, valen cada vez más caros, han casi doblado su precio en tres años, los impuestos de circulación se han multiplicado por cuatro y los ciudadanos se niegan a pagarlos, la gasolina sube de precio cada cinco meses. Además de eso tienen limitaciones y dificultades crecientes para aparcar y circular por las ciudades. Los automóviles se han convertido en el símbolo de la frustración del español desarrollista. Evidentemente, esto se refiere a las clases medias (...)*

a concurso hasta tres veces de la construcción y explotación, en régimen de concesión, de las Autopistas Madrid-Guadalajara y Madrid-Toledo en 1977, ya en plena crisis económica, sin que ninguna empresa se presentase al concurso, quedando el mismo desierto y la suspensión temporal de construcción de la Autopista del Atlántico, que afectó a los tramos Fene-Guísamo, Santiago Norte-Pontevedra Sur y Rande-Frontera Portuguesa[25].

El proyecto, como vemos, no llegó a cumplirse plenamente, ni en los plazos ni en las inversiones desembolsadas, aunque supuso la culminación de algunos ejes importantes localizados en determinadas zonas. Sin embargo, las comunicaciones por carretera seguían siendo notoriamente insuficientes. Como actuaciones más notorias del PANE podemos citar el eje de la autopista del Mediterráneo, entre la frontera francesa y Alicante y el tramo ininterrumpido de autopista Bilbao-Pamplona-Zaragoza-Barcelona, a lo largo del valle del Ebro.

PRINCIPALES REALIZACIONES DEL PANE	
Nomenclatura hasta 2003	**Trayecto**
A-1 (Autopista del Norte)	Burgos-Miranda de Ebro (conexión con A-68)
A-15 (Autopista de Navarra)	Pamplona-Tudela (conexión con la A-68)
A-18 (actual C-58)	Barcelona-Manresa
A-19 (actuales C-31 y C-32)	Barcelona-Mataró
A-2 (Autopista del Ebro)	Logroño-Zaragoza-Lleida-El Vendrell
A-4 (Autopista del Sur)	Sevilla-Cádiz
A-6 (Autopista del Noroeste)	Villalba-Adanero (Túnel de Guadarrama)
A-66 (Autopista de la Plata)	León-Campomanes-Asturias
A-68 (Autopista vasco-aragonesa)	Bilbao-Zaragoza
A-7 (Autopista del Mediterráneo)	Frontera francesa-Barcelona-Valencia-Alicante
A-8 (Autopista del Cantábrico)	Bilbao-Behobia (frontera francesa)
A-9 (Autopista del Atlántico)	La Coruña-Santiago y Vigo-Pontevedra

Mientras tanto, los que quieren circular por carreteras se encuentran con que para utilizar las autopistas deben pagar un peaje cada vez más caro y la velocidad limitada a 100. Como paradoja, ello nos lleva a un rechazo popular de utilización de las autopistas de peaje, de las que como media se puede estimar que están funcionando al 7% de su capacidad real, lo que significa un gigantesco despilfarro de la economía nacional.

El Ministerio de Obras Públicas, es decir, todos los españoles, deberá ir pagando las diferencias de ingresos generales entre los coches que se esperaba que pasasen y pagasen peaje y los que han pasado, para garantizar así la rentabilidad de las compañías concesionarias. No sería muy sorprendente que en los próximos años hubiera una nacionalización del descalabro de las compañías concesionarias de autopistas, que siguen revisando y aumentando los precios de peaje". "Sobre autopistas y otras vías", en *Anuario Económico y Social de España 1977*; Ed. Planeta; Madrid, 1977; págs. 106-107.

25 Vid. ALONSO LOGROÑO, Mª Pilar y PAZOS OTÓN, Miguel: "La funcionalidad de la Autopista del Atlántico (A-9) en la vertebración y desarrollo económico de Galicia", en *Ordenación del territorio, política regional, medio ambiente y urbanismo: Gijón (Asturias), 3 a 6 de julio de 2001*, Págs. 605-610.

Salvo en el caso de la A-7, que transcurre por todo el arco mediterráneo, y el eje del Valle del Ebro, en el resto de casos se trata de actuaciones puntuales, que no suponen la realización de un trayecto completo, sino de meras obras puntuales cuyo objetivo es salvar un puerto o paso de montaña muy localizado (Puerto de La Brújula, en el caso de la A-1; Puerto de Guadarrama, en el caso de la A-6; Puerto de Pajares, en el caso de la A-66) o de autopistas que cubren itinerarios cortos de acceso a las grandes ciudades, como fue el caso de los accesos a Madrid, en los que se transformaron en doble calzada los tramos Madrid-San Agustín de Guadalix (N-I); Madrid-Alcalá de Henares (N-II); los 15 primeros kilómetros de la N-III, a los que incluso se les dio la nomenclatura de una autopista inexistente (A-3); Madrid-Ocaña (N-IV); Madrid-Móstoles (N-V) y Madrid-Villalba (N-VI).

Como tramos libres de peaje se construyeron únicamente la autopista en forma de "Y" (A-8 y A-66), que une entre sí las tres ciudades principales de Asturias: Oviedo, Gijón y Avilés. También podemos citar la A-49 (Autopista del Quinto Centenario), construida entre Sevilla y Huelva o el tramo de la A-7 entre Alicante y Murcia.

El resto de España quedó, sin embargo, aislado del acceso a infraestructuras modernas y de alta capacidad. De esta manera, en 1974, el Estado presentaba la siguiente situación en el ámbito de infraestructuras:

TOTAL de Km. de carreteras en 1974 en el Estado español, de las cuales:	**142.581 Km.**
Red Nacional (pertenecientes al Estado)	79.249 Km.
Autopistas de peaje	737 Km.
Autopistas o autovías libres de peaje	341 Km.

Si comparamos la longitud de nuestras Autopistas con las de los Estados europeos que nos son más próximos, la situación en 1975 era la siguiente:

Longitud de las autopistas construidas en 1975[26]	
País	Km.
Alemania (RFA)	6.207
Alemania (RDA)	1.561
Italia	5.177
Francia	3.119
Reino Unido	2.024
Holanda	1.423
Bélgica	1.051
España	800

26 FUENTE: ONU, Comisión Económica para Europa. Tomado de ABEJÓN, Manuel: *El transporte en la sociedad actual;* Ed. Salvat; Col. Aula Abierta; Barcelona, julio de 1984; pág. 37.

El resultado es que a mediados de los años setenta había en el Estado español 25 kilómetros de carretera por cada 100 Km² de superficie, y cuatro kilómetros de carretera por cada 1.000 habitantes, muy por debajo, por ejemplo, de Francia (135 Km. de carretera por cada 100 Km²; y 17 Km. por cada 1.000 habitantes, siendo las medias europeas de 55 y 9, respectivamente).

D. El correlato jurídico del Plan de Autopistas: La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

Iniciado el Plan de Autopistas, fue preciso arbitrar con carácter urgente una regulación jurídica de las concesiones, mediante la promulgación de Decretos-leyes específicos para cada uno de los concursos que al efecto se convocaron, con la consiguiente dispersión y casuística de las normas sobre concesión de autopistas de peaje, lo que aconsejó la elaboración de una legislación que, recogiendo toda la experiencia propia y ajena en este tipo de gestión del servicio público, constituyen, por otra parte, un sistema normativo general aplicable a todas las autopistas. Para ello se promulgó la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (o para abreviar, de autopistas de peaje)[27].

Según el art. 1.2 de la Ley de Autopistas de 1972, las autopistas son aquellas carreteras que están especialmente proyectadas, construidas y señalizadas para la exclusiva circulación de automóviles y que reúnen las siguientes características:

a) No tienen acceso a las mismas las propiedades colindantes.
b) No cruzan ni son cruzadas a nivel por ninguna otra senda, vía, línea de ferrocarril, tranvía o vía de comunicación, ni por servidumbre de paso alguna.
c) Constan de diferentes calzadas para cada sentido de la circulación, separadas entre sí, salvo en puntos singulares o con carácter temporal, por una franja de terreno (la mediana) no destinada a la circulación o, en casos excepcionales, por otros medios.

La financiación, esto es, la construcción y el posterior mantenimiento y la conservación, de la Red de Carreteras del Estado corre normalmente a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, caben otras formas de financiación, que pueden provenir de otras Administraciones y organismos, tanto nacionales como supranacionales y

27 Un estudio jurídico de esta norma hecho al poco tiempo de su promulgación puede verse en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. "En torno a la Ley de Autopistas de peaje", en *Revista de Administración Pública,* nº 68, 1972.

ocasionalmente, de los particulares. Esto se materializa jurídicamente a través de varias formas: el pago de un peaje, que se consagra jurídicamente en el art. 14; establecimiento de contribuciones especiales a cargo de las personas que se benefician de modo directo de la carretera, accesos y vías de servicio, y especialmente a los titulares de las fincas y establecimientos colindantes y a las urbanizaciones cuya comunicación resulte mejorada. La financiación mediante contribuciones especiales ya se preveía en la Ley de 1974, pero en 1988 se amplió considerablemente el número de supuestos de hecho que pueden dar lugar a su exigibilidad (art. 14 de la actual Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio).

La explotación, que comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, corresponde al Estado, que como regla general, explotará directamente las carreteras a su cargo, siendo la regla general la de la utilización gratuita para el usuario (art. 16 Ley 25/88). La excepción es precisamente el sistema de peaje, cuyas tarifas en todo caso son aprobadas por el Gobierno. Las carreteras también pueden ser explotadas por cualquiera de los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos establecida en la legislación de contratos (por ejemplo, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta), arts. 18 y 19.2 de la Ley de Carreteras de 1988. La concesión de autopistas de peaje se encuentra expresamente prevista y sigue hoy regulada en la Ley 8/1972. En este caso concreto la financiación se extrae de los recursos propios de las Sociedades concesionarias, los ajenos que éstas movilicen y las subvenciones que pudieran otorgárseles, según dispone el art. 13 de la Ley de Carreteras 25/1988.

La concesión supone que el Estado otorga una actividad propia de su ámbito a una empresa privada (denominada por ello sociedad concesionaria), que se encarga de gestionar esa actividad bajo tutela administrativa, lo cual implica la inspección y vigilancia por parte de la Administración concedente. Según la ley 8/1972, el entonces Ministerio de Obras Públicas (actual Fomento), era el competente para realizar las siguientes actuaciones de conformidad con lo dispuesto en la Ley 8/1972 y sus normas de desarrollo, como la selección de anteproyectos, proyectos y estudios de construcción y explotación de las autopistas de peaje que puedan ser objeto de concesión y que hayan sido elaborados por técnicos o por entidades consultoras nacionales, prioritariamente. También podían aportar sus iniciativas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

Las actuaciones preparatorias corresponden al Ministerio mediante la realización de los estudios, anteproyectos y proyectos, la aprobación de los pliegos de cláusulas de explotación y la tramitación del expediente de contratación. El otorgamiento de la concesión tiene lugar mediante Decreto del Consejo de Ministros, previo concurso público entre aquellas empresas cuyo objeto social y capital cumplan las condiciones exigidas por la ley, formalizándose posteriormente mediante escritura pública.

Los derechos y obligaciones del concesionario, tanto en la fase de construcción como en la explotación, se determinan expresamente en la Ley de 1972. En la fase de

construcción de la autopista (art. 26) el concesionario podrá realizar directamente la obra o contratarla con terceros; deberá efectuar las obras a su riesgo; tendrá derecho a prorrogar cuando el retraso sea debido a fuerza mayor o imputable a la propia Administración; terminadas las obras, la puesta en servicio de la autopista requerirá, como en cualquier otro contrato público, la conformidad de la Administración (art. 22). Durante la fase de explotación (art. 27), el concesionario deberá conservar la vía, sus accesos, señalización y servicios reglamentarios en perfectas condiciones de utilización y asegurar la continuidad en la prestación del servicio. La gestión de los servicios complementarios en las áreas de servicio se podrá contratar en la forma prevista en los pliegos de concesión[28].

Existe un Delegado del Gobierno en cada una de las Sociedades concesionarias para el cumplimiento de las funciones enumeradas en el art. 36 de la ley de 1972[29], esto es, vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario, informar a la Administración de las incidencias que surjan en el desarrollo del contrato y cumplir las funciones que se expresen en el pliego de cláusulas o en el correspondiente Decreto de adjudicación. Cuando el Estado sea accionista en la Sociedad concesionaria, las facultades del delegado del Gobierno se amplían en los términos señalados por el art. 36.3 de la ley de 1972. La figura del Delegado del Gobierno en las concesionarias tiene una regulación especificada dada por el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento de la delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje.

De acuerdo con la disposición final 3ª de la ley 8/1972, el extenso Decreto 215/1973, de 25 de enero, de más de cien artículos, aprobó el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

La Ley 8/1972, hija de su tiempo, no habría, sin embargo, de dar los resultados esperados. Los fines previstos en la Ley de Autopistas no se correspondieron con los resultados, en parte por la fuerte crisis económica de mediados de los años setenta, y en parte por la falta de eficiencia de las empresas concesionarias en muchos de los tramos construidos, a pesar de haber contado con las generosas aportaciones del Estado y haber impuesto altos precios en los peajes. Discrepamos en este sentido de BERMEJO VERA, para quien una de las causas de la falta de beneficios por parte de las concesionarias fue la brevedad de algunas de las concesiones[30]. Los resultados de la aplicación de la Ley de Autopistas de 1972 fueron muy discutibles, por varias razones:

28 BERMEJO VERA, José: *Derecho Administrativo. Parte especial*; Ed. Civitas; 5ª edición, 2001; pág. 509.

29 A pesar de la identidad en el nombre, es obvio que no nos estamos refiriendo a la figura del Delegado del Gobierno prevista en el art. 154 de la Constitución (que habla de "Delegado nombrado por el Gobierno") y regulada en los arts. 22 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Al art. 36 de la Ley 8/1972 se le dio nueva redacción por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

30 BERMEJO VERA, José: *Derecho Administrativo. Parte especial*; Ed. Civitas; 5ª edición, 2001; pág. 508.

1º) En primer lugar, el seguro de cambio previsto en el artículo 13, obligaba al Estado a facilitar al concesionario "*las divisas o monedas extranjeras precisas para el pago de los principales e intereses de los préstamos y obligaciones que éste concierte con el exterior, al mismo tipo de cambio de compra vigente el día en que se constituya el depósito o se efectúe la venta al Instituto Español de Monedas Extranjeras de las divisas a que se refiere el préstamo*". Todo ello hizo necesario aprobar, una década después, la Ley 35/1985, de 6 de noviembre, para saldar los anticipos realizados por el Banco de España al Tesoro (ley esta posteriormente derogada por la Ley de Carreteras 25/1988).

2º) La Ley contempla un régimen muy favorable para la concesión de beneficios fiscales y el acceso al crédito oficial por los concesionarios de autopistas. Estas ventajas también fueron parcialmente derogadas por la ley de Carreteras de 1988.

El resultado de esta situación fue la constitución de la Empresa Nacional de Autopistas (Grupo ENA Infraestructuras, S.A.)[31] a cargo de ese "hospital de empresas" del Estado que era el INI, para ocuparse de las autopistas deficitarias, lo cual tuvo lugar ya en el primer Gobierno socialista mediante el Real Decreto 302/1984, de 25 de enero.

IV. La aprobación de la Constitución de 1978 y el "reparto" competencial en materia de carreteras: los artículos 148.1.15º y 149.1.24º CE

Evidentemente no vamos a hacer a estas alturas un análisis constitucional sobre el reparto competencial en materia de carreteras, que además ha sido magníficamente tratado por otros autores antes que nosotros[32]. Tan solo constataremos que la aprobación de la Constitución de 1978 incidió también en materia de carreteras, materia genuinamente apropiada para ser transferida a los nacientes entes autonómicos. Así, el artículo 148.1.5ª CE dispone la competencia de las Comunidades Autónomas partiendo de un concepto territorial, sobre "*(...) las carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente por el territorio de una Comunidad autónoma (...)*". Las carreteras son bienes de dominio público, el "Do-

31 En la actualidad el Grupo ENA agrupa las siguientes autopistas:
AP-15, Autopista de Navarra
AG-55, Autopista A Coruña-Carballo
AG-57, Autopista del Val Miñor
AP-66 Autopista Astur-Leonesa
AP-9, Autopista del Atlántico

32 Vid. en este sentido, PEMÁN GAVÍN, J.: "Sobre la regulación de las carreteras en el Derecho español: una visión de conjunto", en *Revista de Administración Pública*; nº 129; 1992.

minio Público Viario" en expresión de DELGADO PIQUERAS[33], y como tales, tienen todos los privilegios que a este tipo de bienes reconoce la ley. Sin embargo, a diferencia de otros bienes como las costas (que son un bien estatal en todo caso), o las aguas terrestres (que lo son en su gran mayoría), y pese al abigarrado y confuso tenor de los arts. 148.1.10º y 149.1.22 de la propia CE, las carreteras pueden ser del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Entes locales[34]. Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva, entendiendo como tal el poder de dictar leyes, aprobar normas reglamentarias, y la ejecución y control de todas las actuaciones públicas en la materia. Por su parte, el art. 149.1.24º introduce un nuevo criterio delimitador de competencias cuando atribuye como competencia exclusiva del Estado las "*obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma*".

La mayoría de los Estatutos de Autonomía han recogido en su integridad los preceptos constitucionales, atribuyendo a las Comunidades Autónomas competencias en materia de carreteras y caminos cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma. Evidentemente, el criterio territorial no se aplica estrictamente; con independencia del territorio por el que discurra una carretera, será su calificación o no como de interés general y la posible afección a varias Comunidades autónomas lo que determine la titularidad estatal o autonómica de la carretera[35].

Por ello, y con la excepción de la Comunidad Foral de Navarra y la Diputación Foral de Álava, que siempre tuvieron competencias plenas sobre sus respectivas carreteras, el proceso de transferencia de titularidad de carreteras del Estado hacia las Comunidades Autónomas no se culminó hasta 1984, tras haber transferido el Estado a las Comunidades Autónomas las tres cuartas partes de las carreteras de las que hasta entonces era titular[36]. Fue precisamente 1984 el año en el que se puso en marcha el Plan General de Carreteras 1984-1991; pero esto ya merece otro apartado. Las Comunidades Autónomas iniciaron también el ejercicio de sus competencias en materia

33 DELGADO PIQUERAS, Francisco: "Infraestructuras del transporte y las comunicaciones", en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Director): *Los Bienes Públicos (régimen jurídico)*; Ed. Tecnos; 1ª edición; Madrid, 1997; pág. 208.

34 PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, Antonio Y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *Manual de Derecho Administrativo. 3ª edición corregida y puesta al día*; Ed. Ariel derecho; Barcelona, 1994; pág. 567.

35 BERMEJO VERA, José: *Derecho Administrativo. Parte especial*; Ed. Civitas; 5ª edición, 2001; pág. 500.

36 Completadas en 1984 la casi totalidad de las transferencias a las Comunidades autónomas en materia de carreteras, la Red estatal se redujo de 80.000 Km. a poco más de 20.000 Km., que constituyeron el ámbito de aplicación del Plan General de Carreteras 1984-1991. Estos 20.000 Km. absorbían algo más del 50% del tráfico que discurría por la antigua red estatal, enlazan las principales áreas de concentración demográfica y económica del Estado, y canalizan las comunicaciones viarias internacionales. Los criterios para la definición de la Red Estatal actual son:
-Inclusión de los itinerarios de tráfico internacional.
-Inclusión de itinerarios nacionales que soporten tráficos importantes de largo recorrido, una intensidad considerable de vehículos pesados, o una carga apreciable de mercancías peligrosas.
-Inclusión de los tramos de acceso a pasos fronterizos y puertos y aeropuertos de interés general.
-Constitución de una malla cerrada y homogénea que se reparta de manera equilibrada entre las Comunidades Autónomas, sin vacíos importantes, incluso donde el tráfico es menos intenso.

de carreteras, muchas veces mediante la aprobación de "Planes" que imitaron al del Estado, y que sólo podemos reseñar sucintamente[37].

-Transformación de la estructura marcadamente radial, estableciendo ejes Norte/ Sur y Este/ Oeste, que puedan ser en parte alternativos a los ejes que soportan la mayor intensidad de tráfico, y que permitan diversificar los accesos a distintas áreas del territorio nacional.

El Plan General de Carreteras. Realizaciones; Ed. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Madrid, 1993; pág. 4.

37 Las Redes a cargo de las Comunidades Autónomas están integradas por carreteras cuya función en el sistema de transporte afecta a una sola Comunidad y cuya titularidad y gestión administrativa depende de la respectiva Comunidad Autónoma. Comprenden unos 70.837 kilómetros.

En el caso de Cataluña, y siendo siempre tema de actualidad el lacerante asunto de los peajes, el Gobierno de Pujol se decidió a acometer las obras del denominado Eje Transversal de Cataluña, única obra reseñable en materia viaria asumida por la Generalitat de Catalunya durante más de veinte años de Gobierno. Para contrarrestar este evidente fracaso y acentuar si cabe el prurito nacionalista, Cataluña procedió a cambiar en febrero 2001 el nombre (o codificación de todas las carreteras autonómicas) bajo su titularidad, incluidas autopistas y autovías, salvo, por imperativo constitucional, "*las que transcurren por más de una comunidad autónoma*". Según la Generalitat, la nueva denominación "abandona un planteamiento que existía hasta ahora, basado en un único punto de referencia situado en la Puerta del Sol, y fija un sistema más moderno, sencillo, y sobre todo, útil para el ciudadano. Con el eufemismo de que la nomenclatura "N-" seguida del número de la carretera no identificaba la titularidad de la misma, el Gobierno de Cataluña se sacudió de encima el calificativo de todas aquellas carreteras "nacionales" que le habían sido transferidas, adjetivo este cuando es utilizado, se refiere únicamente a entidades "nacionales" de Cataluña, a saber: Teatre Nacional de Catalunya, Biblioteca Nacional de Catalunya, Bien de Interés cultural Nacional, etc. Etc. Evidentemente la "N" de nacional fue sustituida por la "C-" de Catalunya, indicando los dos dígitos siguientes el origen y la orientación de la carretera. Se trata de una nomenclatura que no hace distinción entre autopistas y carreteras convencionales. Tomando como base la geografía catalana y la red prevista en el Plan de Carreteras (de Cataluña, obviamente), se procedió a una nueva codificación tratando a la red viaria de manera integrada, al margen de quien sea el titular de la vía, pretendiendo ofrecer información sobre el titular de la vía, la situación del territorio, la orientación principal y la funcionalidad: si la carretera es básica, comarcal o local. De esta manera, el primer dígito de la nueva nomenclatura catalana clasifica las carreteras en cuatro tipos según la dirección dominante. El 1 corresponde a las carreteras de trazado vertical; el 2 a las de trazado horizontal; el 3 a las de sentido diagonal creciente; y el 4, el 5 y el 6 al sentido diagonal decreciente. El segundo dígito, que va del 1 al 9 representa el número de orden sobre el territorio. Se computa ordenadamente según el sentido de las direcciones establecidas y se reservan códigos vacantes para futuras vías.

En lo que a autopistas se refiere, esta pasa a ser la equivalencia de la nueva nomenclatura de las autopistas catalanas. Para no perdernos en este cambio de apellidos "a la catalana", no seguido por ahora por ninguna otra Comunidad autónoma, ofrecemos este cuadro-resumen:

Denominación estatal anterior	**Denominación autonómica catalana**
A-16 (Sant Boi-El Vendrell, "Autopista Pau Casals")	C-32
A-17 (Barcelona-Montmeló)	C-33
A-18 "Autopista de Montserrat" (Barcelona-Manresa)	C-16
A-19 "Autopista del Maresme"	C-31 (Tramo Barcelona-Montgat) y C-32 (tramo Montgat-Palafolls)
Autovía autonómica de nueva creación	C-17 "Eix Transversal de Catalunya"

Mantienen la denominación estatal la AP-2 y la AP-7, por constituir itinerarios pertenecientes al Estado que rebasan el territorio de la Comunidad autónoma catalana, así como las carreteras nacionales que atraviesan otras comunidades autónomas además de la catalana o que conectan Cataluña con Francia o Andorra.

A las redes autonómicas hay que sumar también las Redes de las Diputaciones provinciales o Cabildos Insulares, integradas por carreteras de tipo local y cuya titularidad y gestión administrativa corresponde a las Diputaciones provinciales o Cabildos insulares. Totalizan unos 68.515 kilómetros.

Otras Redes municipales, integradas por el conjunto de calles y carreteras urbanas y gestionadas por los Ayuntamientos, totalizan unos 489.698 kilómetros (año 1999).

En el caso de Castilla-La Mancha, se elaboró un primer Plan Regional de Carreteras, aprobado en mayo de 1988. Este Plan se apoyó fuertemente en las realizaciones hechas por el Plan estatal, con la finalidad de vertebrar el espacio regional. Puede sonar ya a tópico, pero sigue siendo mucho más fácil ir desde cualquier capital de provincia de Castilla-La Mancha a Madrid que hacerlo entre las propias ciudades de la región. La red autonómica de carreteras transferida a Castilla-La Mancha tiene una longitud total de 18.024 Km. Sin embargo, la calidad de la red transferida era bastante deficiente, tanto en el trazado como en el pavimento. El Primer Plan Regional de carreteras (1988-1995) se planteó realizar las actuaciones necesarias para acondicionar 5.735 Km. De la red autonómica, con una modesta inversión de 118.672 millones de pesetas. Este Plan pretendió consolidar los ejes que se consideraron más importantes para la vertebración del territorio y las comunicaciones interregionales: Toledo-Hellín por Alcázar de San Juan; Ciudad Real- Elche de la Sierra por Valdepeñas y Riópar; y Carrascosa del Campo-Calatayud por Molina[38]. El II Plan Regional de Carreteras (1998-2008) contempla una inversión de 1352,28 millones de euros, y plantea por primera vez la construcción de autovías autonómicas, siendo el emblema de esta actuación la Autovía que unirá Albacete con Toledo por Tomelloso, bautizada, algo *kitch*, con el nombre de "Autovía de los Viñedos", o la autovía Guadalajara-Tarancón, llamada a ser una especie de "M-60" que evitará el paso por Madrid.

V. La solución de los Gobiernos socialistas: la socialización de la carretera y el "invento" de la autovía.

A. El Plan General de Carreteras 1984-1991

Una vez transferidas las carreteras Autonómicas, la Red estatal quedó de la siguiente manera:

Red de Carreteras del Estado en 1984, de los cuales:	**20.108 Km.**
Carreteras de calzada única	17.805 Km.
Carreteras de doble calzada (Autopistas y autovías), de las cuales:	2.303 Km.
-Autopistas (de peaje y libres)	1.820 Km.
-Resto de vías de gran capacidad	483 Km.

38 ÁLVAREZ HERRANZ, Agustín: "Las infraestructuras y el desarrollo", en *Castilla-La Mancha. Anuario Económico 2000*; Ed. Universidad de Castilla-la Mancha-Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha; Madrid, 2000; pág. 164. Vid. También DELGADO RODRÍGUEZ, María Jesús y RUIZ CÉSPEDES, Tomás: "Infraestructuras y vertebración del territorio en Castilla-la Mancha", en *Serie Estudios Regionales. Castilla-La Mancha*; Ed. Banco Bilbao-Vizcaya; Bilbao, 1996; págs. 135 a 142.

Una vez realizadas las transferencias se dieron las condiciones para acometer la planificación de la red viaria de interés general del Estado, tarea inaplazable, pues la deficiencia de las carreteras era manifiesta. La falta de inversiones había hecho que la red presentase problemas de capacidad y de trazado, con abundancia de travesías conflictivas y "puntos negros".

Como se puede comprobar, la longitud de autopistas, autovías y carreteras de doble calzada era tan solo de 2.303 Km. (el 11,28% del total de la Red); las autopistas de peaje y libres totalizaban 1.820 Km., mientras que el resto de vías de gran capacidad (483 Km.) se encontraban en general en el entorno de zonas urbanas, donde se daban las mayores intensidades de tráfico. Los restantes 17.805 Km. de la red estatal estaban constituidos por carreteras convencionales de dos carriles, de las cuales aproximadamente 5.000 Km. estaban situados en los itinerarios más transitados, acondicionados con características de trazados similares a los itinerarios europeos, y contaban con una anchura mayor o igual a 9 metros de calzada. Otros 3.300 Km. tenían una anchura mayor o igual a 9 metros, pero su trazado era inadecuado. Y el nada despreciable resto de 9.500 Km. tenía anchuras de entre 4 y 7 metros, arcenes deficientes, curvas con radios inferiores a los 50 metros, puentes obsoletos con limitaciones de peso o gálibo y pasos a nivel de ferrocarril.

Desde mediados de los años sesenta hasta 1976 la inversión en carreteras había seguido una trayectoria expansiva. En 1976 la tendencia se alteró sustancialmente, ralentizándose la inversión y descendiendo bruscamente hasta la mitad en 1980, permaneciendo la inversión estancada hasta 1984. El mandato contenido en la Ley de Carreteras de 1974 para elaborar y ejecutar un nuevo Plan a medio y largo plazo fue, sin embargo, postergado por los cambios políticos y la crisis económica, interrumpiéndose de manera significativa una línea de inversiones ya de por sí históricamente insuficientes. Lo cierto es que a mediados de los años ochenta la red viaria española se hallaba al borde del colapso y presentaba unas deficiencias bastante notables[39]. Ello sumado a la falta de inversiones en carreteras durante la década de los setenta hizo que en 1985, a las puertas de la adhesión del Estado español a la Comunidad Europea, la red de carreteras fuese un auténtico desastre. La ejecución sólo parcial del Plan de Autopistas mejoró sólo la accesibilidad de ciertas zonas del Estado, marginando al resto. Las zonas de mayor accesibilidad, por las infraestructuras ya construidas, eran las de la costa catalana y su prolongación hacia el Valle del Ebro y el arco mediterráneo; Madrid y sus alrededores; el Sureste (el eje Albacete-Almansa-Alicante), Benavente y Logroño. Por el contrario, las zonas de menor

39 Como señala DELGADO PIQUERAS, a mediados de los ochenta, las carreteras españolas presentaban en conjunto un notable retraso en comparación con los países de nuestro entorno, y se mostraban incapaces de absorber el crecimiento del tráfico de viajeros y mercancías propiciado por la recuperación económica. DELGADO PIQUERAS, Francisco: "Infraestructuras del transporte y las comunicaciones", en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Director): *Los Bienes Públicos (régimen jurídico)*; Ed. Tecnos; 1ª edición; Madrid, 1997; pág. 209.

accesibilidad se encontraban en Extremadura, Andalucía, Galicia[40], Asturias y Teruel. El grado de accesibilidad de las carreteras respondía a la actividad económica del Estado español, localizada en Madrid, Barcelona, País Vasco y Valencia.

Al inicio del Plan, y con relación a otros medios de transporte, la carretera absorbía en viajeros el 86% del tráfico interior y el 67% del internacional; y en lo relativo a mercancías, el 71% del tráfico interior y el 9% del exterior. Pero considerando sólo el transporte terrestre, el dominio de la carretera era absoluto: en viajeros, el 90% del tráfico interior y el 93% del internacional; y en mercancías, el 87% del tráfico interior y el 84% del exterior[41]. La insuficiencia acumulada de inversiones ante el aumento, exponencial como ya se dijo, del tráfico por carretera se tradujo en un deterioro del nivel del servicio de la infraestructura viaria y, en consecuencia, problemas de articulación del mercado interior español. Por otra parte, el abismo en materia de calidad viaria respecto de los Estados de la Comunidad por entonces todavía Económica Europea (CEE)[42] planteaba un grave problema de competitividad para la economía española ante la llegada del Mercado Único, prevista para el 1 de enero de 1993, agravada por la situación de Estado periférico respecto al núcleo central de la misma. En este sentido es preciso mencionar que la aportación de recursos por parte de los fondos estructurales de la Comunidad Europea permitió la realización de buena parte del plan de autovías, muchos de cuyos itinerarios nacían ya deficitarios. De hecho, de los 2,8 billones de pesetas del coste total del Plan 1984-1991 el 12% se financió con fondos FEDER.

Desde el punto de vista formal, y haciendo caso omiso a la Ley de Carreteras de 1974, que todavía se encontraba vigente, el Plan General de Carreteras 1984-1991 fue aprobado en 1985 por el Gobierno, y ratificado por el Congreso de los Diputados el 20 de marzo de 1986 como tal Plan, no como instrumento normativo[43].

El Plan General de Carreteras fue el primer plan integrador de un conjunto de actuaciones en la red estatal de carreteras que estableció actuaciones tendentes a modernizar las infraestructuras de transporte de nuestro país, superando los anteriores planes, fragmentarios e inconexos, y estableciendo las bases de los siguientes. El Plan tuvo como objetivo modernizar la red de interés general del Estado, adecuando sus características a la demanda de transporte a corto y medio plazo. La modernización se llevó a cabo con ac-

40 El caso de Galicia resultaba extremo no ya en cuanto a la accesibilidad desde la meseta, sino dentro de la propia Galicia. Así, en el año 1975 eran necesarias casi dos horas para recorrer los 62 Km. que separan A Coruña de Santiago. Hoy la Autopista del Atlántico permite cubrir la misma distancia en algo más de 30 minutos. Hace unos años un vehículo podía tardar más de una hora en ir de Pontevedra a Vigo (33 Km.). En la actualidad, gracias también a la Autopista del Atlántico, se tarda la mitad de tiempo.

41 Los datos les tomamos de *El Plan General de Carreteras. Realizaciones*; Ed. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Madrid, 1993; pág. 3.

42 En la primera mitad de los ochenta, la inversión en infraestructuras de transporte terrestre en el estado español representó únicamente el 0,85% del PIB, frente al 1,05% de los nueve Estados de la CEE.

43 DELGADO PIQUERAS, Francisco: "Infraestructuras del transporte y las comunicaciones", en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Director): *Los Bienes Públicos (régimen jurídico)*; Ed. Tecnos; 1ª edición; Madrid, 1997; pág. 210.

tuaciones coherentes y coordinadas entre la Administración central y las Comunidades Autónomas. Además, se buscó la complementariedad y concurrencia entre los distintos medios de transporte, con actuaciones en materia de política territorial, económica y social, de manera que se promoviera una adecuada localización de actividades y se tendiera a un equilibrio territorial.

Una vez establecidos los objetivos del Plan, se elaboraron actuaciones que fueron agrupadas en cuatro programas para todo el Estado:

1º) El primer Programa fue el Programa de Autovías. Las actuaciones incluidas en este Programa tenían como objetivo acortar los desequilibrios regionales en las dotaciones de grandes infraestructuras viarias, completar una red estatal de alta capacidad a partir de las autopistas ya existentes, disminuir los tiempos de recorrido, aumentar la seguridad vial y aprovechar los trazados de las carreteras existentes para reducir los costes por expropiación "duplicando" la calzada. Estas son las autovías llamadas "de primera generación", en las cuales se pretendía que, a diferencia de las autopistas de peaje, "uniesen ciudades sin separar pueblos". Pero sobre todo, para el usuario se planteaba una ventaja desconocida hasta entonces: las autovías serían gratuitas, siguiendo el modelo de otros Estados europeos[44]. El Programa de Autovías pretendió actuar sobre itinerarios completos (con un total de 3.250 km.), aprovechando al máximo las infraestructuras existentes para disminuir costes, y paralelamente mejorar la rentabilidad de las infraestructuras en servicio.

2º) Las actuaciones del Programa de Acondicionamientos perseguían la modernización de los principales itinerarios de larga distancia no incluidos en el Programa de Autovías y dotar de condiciones uniformes de nivel de servicios, trazados, secciones, firmes y velocidad.

3º) El tercer Programa fue el de Reposición y Conservación. Con él se aspiraba a que la red estatal alcanzara y mantuviese unas adecuadas condiciones en su capacidad estructural y de acabado geométrico (velocidad, trazado, sección, firme) de su plataforma y pavimento, así como de señalización y otros elementos auxiliares, que permitieran una circulación con unos niveles de servicio y de seguridad adecuados a la demanda.

---

44 Viajar por autopista es gratuito en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Holanda y el Reino Unido. Por el contrario, las autopistas de peaje se encuentran en España, Francia (los 588 kilómetros entre Burdeos y París cuestan 42,80 euros), Portugal (entre Lisboa y Oporto hay 305 kilómetros de autopista que salen a 15,09 euros) y en Italia.
En otros países el derecho a circular por autopista lo otorga una pegatina que se adquiere para todo el año. En Suiza la pegatina tiene una validez de 1 año y el precio aproximado es de 59,28 euros. En Austria se puede elegir la duración de la tarjeta: la de una semana vale 5,08 euros, la de 2 meses 10,90 euros y la anual 40,33 euros. También en la Republica Checa se funciona así, donde la tarjeta anual se adquiere en función de las carreteras que se elijan y su precio varía entre 11,67 euros y 29,17 euros.

4º) Por último, las intervenciones del programa de Actuaciones en medio urbano se dirigían a garantizar la continuidad de los itinerarios estatales a su paso pro las principales poblaciones, así como el acceso a las mismas y a los puertos y aeropuertos de interés general del Estado.

Estos programas se dividieron en dos fases cuatrienales, cubriendo en conjunto el período 1984-1991. En la programación de la primera fase (1984-1987) se incluyeron los tramos con mayor prioridad. El Plan General de Carreteras contó para el período 1984-1991 con una inversión prevista de 800.000 millones de pesetas, y afectó a 4.000 kilómetros de la red.

Por su parte, a nivel comunitario, el objetivo del mercado interior exigía también una política en materia de transporte, tal y como se recoge expresamente en los arts. 70 a 80 del TCE (anteriores artículos 74 a 84), que engloban el Título V ("Transportes") y que no han sido modificados con posterioridad[45], Pero mucho más importante al objeto de nuestro estudio son las disposiciones relativas a Redes Transeuropeas[46] (arts. 154 a 156 del TCE; antiguos arts. 129 B, 129 C y 129 D)[47], lo que supone la contribución por parte de la Unión europea al establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transporte. Para ello se prevé la actuación de la comunidad desde tres puntos de vista:

1º) Elaboración de un conjunto de orientaciones relativas a los objetivos, prioridades y grandes líneas de las acciones previstas en el ámbito de las redes transeuropeas; estas orientaciones identificarán proyectos de interés común.
2º) La Comunidad realizará acciones que puedan resultar necesarias para garantizar la interoperabilidad de las redes, especialmente en el ámbito de la armonización de normas técnicas; y
3º) La Comunidad podrá aportar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros, especialmente mediante estudios de viabilidad, de garantías de crédito o de bonificaciones de interés. La Comunidad podrá aportar también una contribución financiera por medio del Fondo de Cohesión a proyectos específicos en los Estados miembros en el ámbito de las infraestructuras de transporte.

45 El contenido de estos artículos se recogió en los arts. III-133 a III-143 del Proyecto de Constitución Europea adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003. Finalmente, tras el abandono del Proyecto de Constitución, estos artículos han sido objeto de nueva redacción por el tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

46 Sobre este tema, vid. especialmente GARRIDO CUENCA, Nuria María: *Redes europeas, transporte y ferrocarril. Marco jurídico comunitario y aplicaciones al caso español*; Col. European Public Law Series; Vol. XXV; Ed. Esperia Publications; Londres, 2003

47 Recogidos igualmente en los arts. III-144 y III-145 del Proyecto de Constitución Europea. Finalmente, tras el abandono del Proyecto de Constitución, estos artículos han sido objeto de nueva redacción por el tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

El Plan General de Carreteras 1984-1991 debía culminar en dicho año, aunque en la práctica su ejecución se retrasó hasta 1993, y dio lugar a un "Plan Puente" hasta 1995. Con ello se culminaban una serie de planes que, desde los años cincuenta, habían pretendido la modernización de la red española.

B. La Ley de Carreteras y Caminos 25/1988, de 29 de julio

En 1988 se aprobó la actual Ley de Carreteras y Caminos 25/1988, de 29 de julio. Como advierte DELGADO PIQUERAS[48], esta Ley surge en el marco del Plan General de Carreteras 1984-1991 –y no al revés, como era tradicional-, con el fin fundamental de aumentar las exigencias de seguridad y calidad de las carreteras proyectadas y las futuras. En esta Ley figuran aquellas carreteras de las que se hará cargo el Estado (Red de carreteras del Estado), que soportan el 51% del tráfico y suponen hoy 21.500 Km. de los 328.000 Km. del total de la red de carreteras. Según el art. 4.1 de la Ley de Carreteras, son carreteras estatales las integradas en un itinerario de interés general o cuya función en el sistema de transporte afecte a más de una Comunidad autónoma. Estas carreteras constituyen la "Red de Carreteras del Estado", cuya relación viene recogida en la propia Ley como un anexo, titulado Catálogo de Carreteras de Interés General del Estado.

La delimitación competencial fijada en la Constitución es recogida por la Ley 25/88 en su art. 4.1, según el cual constituyen la red de carreteras del Estado "*las integradas en un itinerario de interés general o cuya función en el sistema de transporte afecte a más de una Comunidad Autónoma*". Los criterios para considerar un itinerario como de interés general son los siguientes:

1º) Formar parte de los principales itinerarios de tráfico internacional
2º) Constituir acceso a un puerto o aeropuerto de interés general;
3º) Servir de acceso a los principales pasos fronterizos; y
4º) En lazar las Comunidades Autónomas, conectando los principales núcleos de población del territorio del Estado, de manera que formen una red continua que soporte regularmente un tráfico de largo recorrido.

La competencia para designar qué carreteras son de interés general corresponde al Estado, tal y como señaló la STC 65/1998, de 18 de marzo.

La planificación resulta inherente a cualquier estudio jurídico sobre las carreteras. Por ello el art. 5 de la Ley 25/88 previó la coordinación de los planes de carreteras del Estado con los de Las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales para garantizar "*la*

48 DELGADO PIQUERAS, Francisco: "Infraestructuras del transporte y las comunicaciones", en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Director): *Los Bienes Públicos (régimen jurídico)*; Ed. Tecnos; 1ª edición; Madrid, 1997; pág. 210.

unidad del sistema de comunicaciones y armonizar los intereses públicos afectados". Sin embargo, la Ley estatal elude expresamente cualquier referencia al término "plan" o "programa", hablando únicamente de la figura del "proyecto de carretera estatal", para cuya elaboración resulta precisa la realización de diversos estudios de acuerdo con el art. 7 de la Ley. La aprobación de un proyecto de carreteras estatales implica la declaración de utilidad pública[49] y necesidad de expropiación forzosa, ocupación temporal e imposición de servidumbres.

La Ley 25/1988 fue desarrollada por el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprobó el reglamento General de Carreteras (modificado sucesivamente por los Reales Decretos 1911/1997, de 19 de diciembre y 597/1999, de 16 de abril).

C. Los resultados del I Plan general de Carreteras

En 2000, y culminados con creces los objetivos del primer Plan General de Carreteras, la evolución del viario español había sido espectacular:

AÑO	**1985**	**1990**	**1995**	**2000**
Autopistas de Peaje (Km.)	1.798	1.887	2.023	2.202
Autovías y autopistas libres de peaje (Km.)	582	2.714	4.939	6.845
Carreteras de doble calzada (Km.)	684	830	1.171	1.392

Como podemos advertir, la "gran estrella" de la transformación sufrida por las carreteras españolas en el período 1985-2000 han sido precisamente las autovías[50]. Mientras los kilómetros de autopistas de peaje se han mantenido, los de autovías se han multipli-

49 La Ley de Autopistas contenía la misma disposición en el art. 16.1, fue derogada expresamente tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública.

50 De hecho, de los préstamos firmados por España en 1999, el grueso correspondía a préstamos individuales destinados a infraestructuras por carretera, entre los que podemos destacar:

Concepto	Prestatario	Cuantía (en millones de euros)
Modernización de veintidós tramos de la red viaria nacional.	Reino de España	400,0
Construcción de tres túneles por carretera en la aglomeración urbana de Bilbao	Túneles de Artxanda, Concesionaria de la Diputación Foral de Bizkaia, S.A.	40,0
Adecuación de las infraestructuras viarias regionales	Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha	58,5
Primera fase de la construcción de una autovía de doble calzada con dos carriles por calzada entre León y Burgos	Comunidad Autónoma de Castilla y León	36,1
Adecuación de la red viaria en la región madrileña	Comunidad de Madrid	30,0

FUENTE: 42º Informe Anual del Banco Europeo de Inversiones; Ed. Banco Europeo de Inversiones; París, 2000; Pág. 107.

cado por doce, pasando de 243 Km. en 1984 a 6.845 en 2000. El I Plan general de Carreteras 1984-1991 invirtió un total de 1,2 billones de pesetas. De ellos, 690.466 millones fueron destinados a transformar en autovía 3.104 kilómetros de antiguas carreteras nacionales, fundamentalmente los grandes ejes de comunicación radiales: la N-I desde Madrid a Burgos; la N-II, de Madrid a Zaragoza; la N-III, de Madrid a Valencia, la N-IV de Madrid a Sevilla, la N-V de Madrid a Badajoz, y la N-VI entre Adanero y Benavente[51] (no se llegó a Galicia), y los enlaces de las mismas: Burgos-medina del Campo, Huelva-Sevilla (Autopista del Quinto centenario), Alicante-Murcia-Adra. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía financió la autovía interior A-92 (Sevilla-Baza). Además, se suprimieron 400 travesías urbanas, algunas de ellas recordadas aún por los conductores durante las operaciones retorno (La Roda, Requena...).

Finalizados los objetivos del I Plan General de Carreteras, el "Plan Puente" (1992-93) invirtió otros 1.000 millones de pesetas y construyó 1.741 Km. de autovía. El II Plan General de Carreteras (1994-2000) supuso la inversión de 1,4 billones de pesetas, de los que 1 billón fue para autovías, uniendo por fin –culminación de la A-6- por Autovía Madrid con A Coruña (salvando el puerto de Piedrafita[52]) y A Coruña con Vigo, y ciudades como Bailén y Málaga por Motril, Zaragoza y Huesca (parte del eje Sagunto-Túnel de Somport), Oviedo y Santander (continuación de la A-8, Autovía del Cantábrico[53]), Albacete y Murcia (A-31, Autovía de Murcia), Tordesillas y Salamanca.

Fue también en 1986 cuando se introdujo en las carreteras españolas la nomenclatura europea, una denominación que comienza por "E-" seguida de un número sobre fondo verde. Se trata de 180 itinerarios internacionales de los cuales trece pasan por el Estado español, y que se dividen en principales, intermedios y de enlace ó bifurcación. Las principales, que recorren Europa de Oeste a Este terminan en cero y su primer dígito aumenta en dirección sur, mientras que las que discurren de norte a sur terminan en cinco, y su primera cifra aumenta con la cercanía al este. La nomenclatura de los itinerarios europeos intermedios, también de dos cifras, termina en par o impar dependiendo de la ruta principal que le sirve de referencia. Las de enlace o bifurcación tienen tres dígitos: el primero, indica el itinerario europeo más cercano por el norte; el segundo el itinerario europeo más cercano por el Oeste, y el tercero es el número de serie del itinerario europeo.

Con motivo de la conclusión del I plan General de Carreteras, mediante el Real Decreto 1.052/1995, de 23 de junio, se modificó la Red de Carreteras del Estado, que quedó

51 Hemos mantenido la nomenclatura anterior al Real Decreto 1231/03, de 26 de septiembre, por el que se modifica la nomenclatura y el catálogo de las Autopistas y Autovías de la Red de Carreteras del Estado.

52 Vid. "Los puentes de Piedrafita de la autovía del Noroeste (A-6), vencedores de la VIII edición del premio Puente de Alcántara", en: *Rutas: Revista de la Asociación Técnica de Carreteras*, Nº. 97, 2003, Pág. 79.

53 Vid. BLANCO BLANCO, José Ángel: "La autovía del Cantábrico: historia y presente de una vía de comunicación", en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Nº. 3438, 2003, Págs. 49-54.

definida físicamente a 31 de diciembre de 1994 en los términos resultantes del inventario que se incluyó como anexo del citado Real Decreto, pero sin modificar los itinerarios, ni su origen o destino.

La estela negativa del I Plan General de Carreteras ha sido la posterior falta de mantenimiento (o el mantenimiento inadecuado, si se quiere), de las infraestructuras construidas. En el siguiente cuadro[54] podemos apreciar el coste del mantenimiento dependiendo de la vía que se trate:

Costes medios anuales de conservación por kilómetro y año. (Miles de Euros)	
Tipo de carretera	**Miles € / Km. y año**
Media autovías y autopistas libres	19,83
Autovías urbanas (Madrid, Barcelona y Valencia)	39,6
Autovías con elevado tráfico	18,63
Carreteras convencionales	7,21

Cuando la infraestructura se construye en régimen de concesión, la concesión implica también el mantenimiento. Pero en el caso de las autovías, el mantenimiento de la Red de Carreteras del Estado ha estado muy por debajo de la media de la Unión europea. De hecho, a principios de los noventa, el entonces ministro Josep Borrel sugirió la idea de lanzar un "canon" por circular por las autovías libres de peaje, que finalmente no fue adoptado dada su impopularidad[55]. El Gobierno tiene previsto ampliar el gasto asignado en mantenimiento de carreteras, que deberá seguir aumentando en el futuro cuando se construyan todas las autovías libres de peaje previstas. El otro punto negativo ha sido el descuido, mucho mayor, de otras carreteras secundarias pertenecientes a la red estatal.

D. El epílogo del Plan general de carreteras. El "Plan puente" 1991-1993

Terminado el período de vigencia del Plan 1984-1991, la firma de convenios con Ayuntamientos y la aprobación del Real Decreto-ley 3/1988 y el Plan de Transporte de acceso a grandes ciudades de 1990 ampliaron considerablemente la formulación inicial del Plan General de Carreteras. Frente a los 800.000 millones de pesetas previstos en 1983, el Real Decreto-Ley 3/1988 elevó la inversión del Plan a 1,48 billones de pesetas

54 FUENTE: Página web del Ministerio de Fomento: www.mfom.es

55 Técnicamente no era posible cobrar un peaje propiamente dicho por circular por las Autovías por dos razones: en primer lugar, por la enorme cantidad de accesos a las mismas y en segundo lugar por la inexistencia de rutas alternativas para las Autovías "de primera generación", que fueron meras duplicaciones de calzada de las carreteras existentes. El sistema hubiera sido el pago de una tasa, obteniendo una pegatina o similar a colocar en el parabrisas del vehículo y que daría derecho a la utilización ilimitada de todas las autovías de la red estatal (sistema suizo).

de ese año. Ello supuso la inclusión de nuevos tramos de autovías y la mejora de sus estándares de diseño. Entre estos nuevos tramos debemos citar el de Puerto Lumbreras a Adra (para conectar la red estatal con la A-92) y el de Mataró a Malgrat (que finalmente se hizo como autopista de peaje), pero lo más relevante fue la aplicación de criterios de diseño más exigentes por motivos de seguridad y por la conveniencia de equipar la infraestructura viaria española con la de los principales Estados de la Comunidad europea, construyendo las autovías con características técnicas de autopista. Así, mientras que las autovías contempladas en el Primer Plan consistieron en meras duplicaciones de calzada, sin control total de accesos, manteniendo algunas travesías cuando existía espacio para la duplicación, e incluso giros a la izquierda en la mediana, a partir de 1988 se pasó a calzadas de nuevo trazado, con radios mínimos de 450 metros y pendientes máximas del 5%. Por otro lado, se suprimieron todas las travesías por las poblaciones y se resolvieron todos los cruces y giros a la izquierda con intersecciones a distinto nivel. A su vez, y con el fin de asegurar una adecuada accesibilidad de la población y las actividades económicas ribereñas a las nuevas autovías, evitando los problemas de falta de permeabilidad y accesibilidad que se atribuyan a las autopistas, se establecieron enlaces con casi todas las carreteras atravesadas, se restablecieron los caminos de uso agrícola, y se proyectaron vías de servicio en zonas con fuerte presencia de actividad económica colindante a la carretera, para separar el tráfico local y controlar su acceso a las vías centrales utilizadas por el tráfico de paso. Para cumplir esta función de vía de servicio se utilizó a menudo el trazado de la antigua carretera.

El mismo Real Decreto-ley extendió la programación de las actuaciones urbanas hasta 1993 y elevó considerablemente los recursos asignados a dicho programa, recogiendo los compromisos adquiridos por los convenios ya firmados (Madrid, Barcelona, Sevilla, Málaga, etc.).

El Plan de Transporte de Acceso a Grandes Ciudades 1990-1993 programó inversiones en infraestructura viaria y ferroviaria (incluyendo el material móvil) en la ciudades de más de medio millón de habitantes con red Estatal de carreteras, y en otras ciudades de menor tamaño. Este Plan recogió una inversión de 1,63 billones de pesetas en infraestructuras de transporte y material móvil, a financiar por la Administración central (1,2 billones), las Administraciones Territoriales (0,39 billones) y privados (40.000 millones de pesetas)[56].

El Plan de Desarrollo Regional 1991-1993 o "Plan puente" representa un elemento de transición entre el Plan General 1984-1991 y el siguiente Plan Director de Infraestructuras. Este Plan Regional fue presentado por el Gobierno español a la Comunidad Europea en 1989, y recoge las inversiones previstas en las regiones españolas con me-

56 *El Plan General de Carreteras. Realizaciones*; Ed. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Madrid, 1993; págs. 59 y 61.

nor grado de desarrollo económico (las incluidas en el objetivo 1). Al estar prevista la finalización del Plan General de Carreteras en 1991 fue necesario avanzar en la planificación de nuevas actuaciones de gran capacidad que pudieran ser iniciadas en el bienio 1992-1993. Para ello, la redacción del Plan de Desarrollo Regional supuso un buen ejercicio de planificación continua, en tanto en cuanto se trataba de definir unas actuaciones que de hecho, en su práctica totalidad habían de formar parte de un posterior Plan General de Carreteras. En materia de autovías, la selección de los tramos prioritarios se realizó sobre la base de tres bloques de criterios: económicos, de la propia infraestructura, socioeconómicos y territoriales. Los tramos seleccionados suponían la creación de otros nuevos 1.000 Km. de autovía, y podemos resumirlos en el siguiente cuadro:

Autovías proyectadas durante el "Plan puente" 1991-1993	Longitud
Corredor Madrid-Asturias-Galicia: -Benavente- Villafranca del Bierzo -Lugo- A Coruña -Ourense- Porriño	 140 Km. 97 Km. 86 Km.
Corredor Irún- Fuentes de Oñoro (Tordesillas- Salamanca)	85 Km.
Ruta de la Plata (Mérida- Zafra)	63 Km.
Corredor Madrid-Andalucía: -Bailén-Jaén -Huelva-Ayamonte (frontera portuguesa)	 37 Km. 63 Km.
Corredor Mediterráneo (Málaga-Motril)	92 Km.
Corredor Madrid-Levante: -Honrubia- Utiel -Tarancón-Cuenca	 103 Km. 83 Km.
Cornisa Cantábrica (Torrelavega- Llovio)	97 Km.
Autovía Levante-Aragón (Zaragoza-Huesca)	71 Km.
Corredor Madrid-Cataluña (Cervera- Igualada)	37 Km.

Posteriormente, y en el marco de acuerdos con algunas Comunidades Autónomas (Galicia, Asturias y Andalucía) se añadieron más tramos de autovías que completaban itinerarios incluidos en el Plan Puente. Así, se completaron con características de autovía las carreteras de acceso a la meseta en Galicia (la Autovía del Noroeste y de las Rías Baixas), el tramo Llovio- zona central de Asturias, la prolongación de la autovía desde Jaén hasta Granada; a cambio, la Junta de Andalucía asumió la responsabilidad de prolongar la A-92 desde Baza hasta el límite regional.

VI. La política de carreteras de los Gobiernos "populares". La recuperación del sistema de conceción de autopistas de peaje.

En el Estado español había en 1999 2.100 kilómetros en servicio de autopistas de peaje, divididos en 25 tramos objeto de concesiones administrativas. Por otro lado, la herencia de los gobiernos socialistas fueron 4.476 kilómetros de autopistas y autovías libres de peaje. La diferencia entre una autopista y una autovía (genuino invento español) está en la Ley de Carreteras. En la práctica la diferencia reside en el control de accesos (que en la autopista es total), y el número de enlaces, menor en las autopistas debido al coste de la explotación. Las diferencias, no obstante, se han ido corrigiendo. Las autovías del Plan General de Carreteras 1984-1991 eran prácticamente una duplicación de las calzadas existentes sin control total de accesos, mientras que las autovías que se construyen desde mediados de los años noventa (llamadas "de tercera generación") cumplen criterios tan similares a las autopistas que de hecho llevaron al Ministerio de Fomento, como veremos más adelante, a la recalificación de las mismas, dándoles nueva nomenclatura.

El peaje sigue siendo el elemento diferencial entre ambas infraestructuras[57]. Por este concepto, en 1997 las autopistas recaudaron 154.632 millones de pesetas[58]. En el cuadro siguiente señalamos los principales itinerarios de peaje existentes en el Estado:[59]

Autopista[59]	**Empresa concesionaria**	**Administración que otorga la concesión**	**Recorrido**	**Longitud tramo en concesión**
AP-1 "Autopista del Norte"	EUROPISTAS Concesionaria Española, S.A.	Estado español	Burgos-Armiñón	84 Km.

57 Por esta razón el Parlamento de Cataluña, para evitar la confusión de términos, cuando redactó la Ley autonómica 7/1993 de Carreteras distinguió únicamente entre vías segregadas, que pueden ser autopistas o vías preferentes y carreteras convencionales y, para evitar la asociación de conceptos autopista-pago, autovía-gratuita, suprimió la palabra "autovía" en base al hecho que cualquier carretera puede ser de pago y cualquier autopista, gratuita.

58 El coste medio del peaje En el Estado español es de 0,09 €/Km., pero los precios van desde los 0,31 €/Km. del Túnel del Cadí, los 0,12 de las autopistas vascas, 0,05 las autopistas catalanas y las sevillanas a los 0,06 de la concesionaria AUMAR (que resultan aún más reducidos si se tienen en cuenta los descuentos aplicados por la concesionaria). Solamente ACESA, la mayor concesionaria de las autopistas españolas, tuvo un beneficio en 2001 de 164.762.000 euros.
"La autopista valenciana la más barata de España para los usuarios habituales", en Revista *Consumer*, 15 de julio de 2002.

59 Las denominaciones de las autovías las hacemos de acuerdo a la nueva nomenclatura de Autovías, adoptada por el Real Decreto 1231/03, de 26 de septiembre, por el que se modifica la nomenclatura y el catálogo de las Autopistas y Autovías de la Red de Carreteras del Estado.
Con la puesta en servicio de este tramo de autopista, Málaga y Algeciras han quedado conectadas por una vía rápida, autopista desde Málaga hasta Guadiaro y autovía desde esta población hasta Algeciras.

AP-15, "Autopista de Navarra"	AUDENASA[60] (Autopistas de Navarra, S.A.)	Diputación Foral de Navarra	Tudela-Irurzun	112,6 Km.
C-33 (ex A-17)	ACESA-Abertis[61]	Generalitat de Catalunya	Barcelona-Montmeló	14,0 Km.
C-32 (ex A-19), "Autopista del Maresme"	ACESA-Abertis	Generalitat de Catalunya	Montgat-Mataró-Palafolls	49,0 Km.
C-16 (ex A-18), "Autopista de Montserrat"	AUTEMA, C.G.C.	Generalitat de Catalunya	Sant Cugat-Tarrasa-Manresa	43,1 Km.
AP-37 Autopista Alicante-Cartagena	AUSUR-Autopistas del Sureste	Estado español	Crevillente-San Pedro del Pinatar	38,6 Km.
AP-2 "Autopista del Ebro"	ACESA-Abertis	Estado español	Zaragoza-Mediterráneo	215,5
AP-4 "Autopista del Sur"	AUMAR	Estado español	Sevilla-Cádiz	93,8 Km.
AP-51 Conexión Ávila[62]	Castellana de Autopistas	Estado español	AP-6 (Villacastín)-Ávila	24,4 Km.
AP-53	ACEGA, Autopista Central Gallega, Concesionaria Española, S.A.	Estado español	Santiago-Alto de Santo Domingo (Ourense)	56,8 Km.
AP-55/ AG-55	Autostradas de Galicia, C.X.G.S.A. (Grupo ENA)[63]	Xunta de Galicia	A Coruña-Carballo	32,6 Km.

60 Esta empresa se constituyó en Pamplona el 28 de Julio de 1973 y es concesionaria de la Excma. Diputación Foral de Navarra para la construcción y explotación de la autopista de peaje que une las localidades de Tudela e Irurzun, enlazando la autopista del Ebro en el Sur con las autovías hacia San Sebastián y Vitoria en el Norte. El capital social asciende a 166.607.621,34 -Euros y pertenece al 50% al Gobierno de Navarra y a ENA Infraestructuras, S.A., propiedad de un consorcio liderado por Sacyr S.A. La autopista revertirá a la Diputación Foral de Navarra el 8 de Junio del año 2029.

61 "Autopistas" es la filial 100% de Acesa Infraestructuras, cabecera de la actividad de autopistas y de la mayor parte de las participaciones en este sector. Se constituyó el 31 de mayo de 2002 y un mes después, el 29 de junio del mismo año, la Junta General de Accionistas aprobó aportar la rama de actividad de la antes denominada Autopistas C.E.S.A, así como la mayor parte de participaciones en este sector, a esta nueva sociedad que conserva el nombre de Autopistas (Autopistas, Concesionaria Española S.A.). Autopistas gestiona directamente más de 600 kilómetros de vías y, a través de sus participaciones, se acumulan un total de 5000 kilómetros, está presente en 4 países y 11 sociedades.

62 Vid. OLABARRÍA RUIZ, Francisco Javier De y MARÍN GONZÁLEZ, Eduardo: "Autopista A-51, Ávila-Villacastín", en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos,* Nº. 3427, 2002, Págs. 75-82.

63 Autoestradas de Galicia, A.G., C.X.G., S.A., es una empresa fundada en marzo del año 1.995, integrada en el Grupo ENA INFRAESTRUCTURAS. S.A., cuyo objeto social es la construcción, mantenimiento y explotación de las autopistas de peaje A Coruña-Carballo (AG-55) y Puxeiros-Val Miñor (AG-57), ambas de titularidad de la Xunta de Galicia. En el año 1.994, la Xunta de Galicia, consciente de la situación del tráfico en la co-

AP-57/ AG-57 Autopista del Val Miñor	Autostradas de Galicia, C.X.G.S.A. (Grupo ENA)	Xunta de Galicia	Puxeiros-Val Miñor	25 Km.
AP-6, "Autopista del Noroeste"	IBERPISTAS-Abertis (Ibérica de Autopistas, S.A.)[64]	Estado español	Villalba-Adanero	69 Km.
AP-61 Conexión Segovia[65]	Castellana de Autopistas	Estado español	AP-6 (San Rafael)- Segovia	27,8 Km.
AP-66, "Autopista de la Plata"	AUCALSA[66] (Autopista concesionaria Astur-Leonesa), Grupo ENA	Estado español	León-Campomanes	87 Km.

marca de Bergantiños (A Coruña) y del Val Miñor (Pontevedra), decidió acometer la construcción de dos vías de alta capacidad que dieran solución a las altas densidades de tráfico existentes en el resto de carreteras convencionales de los corredores afectados; por una parte en la AC-552 (A Coruña-Finisterre) en la comarca de Carballo y por otro lado, en las PO-325 y PO-552 (Vigo-Baiona) en la comarca de Baiona. Con el fin de cumplir dicho objetivo, en agosto de 1.994 se convocó un concurso público para la construcción, conservación y explotación de sendas autopistas de peaje, del cual resultó adjudicataria la lo oferta presentada por la Empresa Nacional de Autopistas, S.A. En marzo de 1.995, fue constituida la compañía AUTOESTRADAS DE GALICIA, AUTOPISTAS DE GALICIA, CONCESIONARIA DE LA XUNTA DE GALICIA, S.A., en cumplimiento del articulado del pliego de condiciones del concurso público anteriormente. citado. En poco menos de dos años y medio fueron construidas las autopistas, A Coruña-Carballo (AG-55) y Puxeiros-Val Miñor (AG-57).

64 IBERPISTAS fue constituida en Madrid en 1967, siendo la decana en cuanto a empresas concesionarias de peaje. El objeto de la sociedad es la construcción, conservación y explotación del tramo de peaje Villalba-Adanero, iniciado por su antecesora la empresa Canales y Túneles, S.A. en 1960.

65 Vid. MARTÍN MORA, Pepa: "De Segovia a San Rafael en Autopista", en *Revista del Ministerio de Fomento,* Nº 518, 2003, Págs. 34-38.

66 AUTOPISTA CONCESIONARIA ASTUR-LEONESA, S.A. *(AUCALSA)*, se constituyó como Sociedad Anónima el 15 de diciembre de 1975. El B.O.E. del día 17 de octubre de 1975 había publicado el Decreto de la Adjudicación de la concesión. Tiene por objeto el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la gestión de la concesión administrativa, en los aspectos de construcción, conservación y explotación, de la autopista de peaje Campomanes-León, así como cualesquiera otras concesiones de carreteras que en el futuro pudieran otorgársele en España.
Además forman parte de su objeto social las actividades dirigidas a la explotación de las áreas de servicio de la autopista cuya concesión ostente, las actividades que sean complementarias con la construcción, conservación y explotación de las autopistas, así como las siguientes actividades: estaciones de servicio, centros integrados de transporte y aparcamientos, siempre que todos ellos se encuentren dentro del área de influencia de dichas autopistas. También podrá la Sociedad, por sí o a través de empresas filiales o participadas, realizar las actividades que en relación a infraestructuras de transporte y de comunicaciones le sean autorizadas en España y en cualquier Estado extranjero. Bajo el mismo régimen la Sociedad podrá desarrollar y realizar actividades o concurrir a procedimientos relativos a la conservación de carreteras. La totalidad del capital social es propiedad de la Empresa Nacional de Autopistas. S.A. *(ENAUSA)*.
La autopista fue abierta al tráfico el 11 de agosto de 1983. Se publica el Real Decreto 79/1989, de 20 de enero, que contempla el total desdoblamiento de la autopista, con la ejecución de 6 nuevos túneles, dentro de un programa de inversiones que se inició en 1989, para finalizar en el año 2000 con la apertura al tráfico del segundo túnel de El Negrón.

AP-68 "Autopista Vasco-aragonesa"	Autopista Vasco-Aragonesa S.A.[67]	Estado español	Bilbao-Zaragoza	294,4 Km.
AP-7 Autopista del Mediterráneo"	ACESA-Abertis (tramos La Junquera-Barcelona y Barcelona-Tarragona)	Estado español	Frontera francesa-(Salou) Tarragona	259,2 Km.
AP-7 "Autopista del Mediterráneo"	AUMAR[68]	Estado español	Tarragona-Valencia-Alicante	373,8 Km.
AP-7 "Autopista del Sol"	AUSOL I[69]	Estado español	Málaga-Estepona	82 Km.
AP-7 "Autopista del Sol"	AUSOL II	Estado español	Estepona-Guadairo	23 Km.
AP-71 Autopista León-Astorga[70]	AULESA (Autopistas de León, S.A.)[71]	Estado español	León-Astorga	37,7 Km.
AP-8, "Autopista del Cantábrico"	Autopistas de Vizcaya, S.A.	Estado español	Bilbao-Behobia (frontera francesa)	105,6 Km.
AP-9, "Autopista del Atlántico"[72]	AUDASA, Autopistas del Atlántico, concesionaria española (Grupo ENA)	Estado español	Ferrol-frontera portuguesa	206 Km.

67 Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, S.A., se constituyó el 19 de diciembre de 1973, con el objeto de administrar la concesión administrativa, para llevar a cabo la construcción, conservación y explotación del itinerario Bilbao-Zaragoza de la Autopista del Ebro, hoy denominado Autopista AP-68.

68 Aumar es la segunda mayor concesionaria de autopistas de peaje en España, con una red en explotación de 467 Km., un 22,5% de la red total nacional.

69 La empresa Autopista del Sol, Concesionaria Española S.A. se constituyó en el mes de abril de 1996, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 436/1996, de 1 de marzo, que adjudicó la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje de la Costa del Sol, tramo Málaga-Estepona. Su objeto inicial fue la construcción, conservación y explotación de aquel tramo de autopista, que se abrió al tráfico en el mes de junio de 1999. En ese mismo año, autopista del Sol concurrió al concurso convocado por el Ministerio de Fomento, para la adjudicación del tramo Estepona-Guadiaro de la Autopista Costa del Sol, que es continuación del tramo Málaga-Estepona de la misma autopista, y que se abrió al tráfico en 2002.
Vid. MARTÍN MORA, Pepa: Por autovía y por autopista: Un nuevo tramo de la autopista del sol y la nueva autovía del mediterráneo (N-340) facilitan la comunicación entre Málaga y el Campo de Gibraltar, En: *Revista del Ministerio de Fomento,* Nº 511, 2002, Págs. 13-18. También "La Autovía del Mediterráneo a su paso por Málaga", en: *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas,* Nº 355, 2003, Pág. 52.

70 Vid. MARTÍN MORA, Pepa: "Carreteras: Nuevas conexiones para el Noroeste: Abiertos los tramos de autopista Santiago-Silleda y León-Astorga", en *Revista del Ministerio de Fomento,* Nº 515, 2003, Págs. 44-48.

71 AUTOPISTAS DE LEÓN, S.A. Concesionaria del Estado, AULESA, se constituyó el 14 de abril de 2000. La Sociedad resultó adjudicataria por Real Decreto 309/2000, de 25 de febrero, de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje León - Astorga. La actividad de la Sociedad se centra principalmente en la explotación y conservación de la autopista AP-71 (León - Astorga), habiendo sido otorgada la concesión por un período de 55 años. La autopista entró en servicio el 24 de diciembre de 2002.

72 Esta autopista de peaje, que comunica el norte con el sur de Galicia, Esta autopista de peaje, que comunica el norte con el sur de Galicia, ha permitido a sus usuarios gozar de importantes ventajas en cuanto a seguridad,

Radiales de acceso a Madrid				
R-2	HENARSA, Autopista del Henares, S.A.C.	Estado Español	Madrid-Guadalajara	62,5 Km.
R-3	Accesos de Madrid, Concesionaria Española, S.A.	Estado Español	Madrid-Arganda del Rey	33,9 Km.
R-4	Autopista Madrid Sur	Estado Español	M-50- Ocaña	
R-5	Accesos de Madrid, Concesionaria Española, S.A.	Estado Español	Madrid-Navalcarnero	28,3 Km.
Túneles de Peaje				
C-16/ E-9	TABASA (Túnels i Accessos de Barcelona, Societat Anònima Concessionària)	Generalitat de Catalunya	Túneles de Vallvidrera	16,7 Km.
C-711	Túnel de Sóller, S.A.	Comunidad Autónoma de les Illes Balears	Buñola-Sóller	3 Km.
C-17 (ex C-1411) Túnel del Cadí	Túnel del Cadí S.A.C.	Generalitat de Catalunya	Bagà-Alp	29,7 Km.
Túnel de Artxanda/ Artxanko Tunelak (Bilbao)	Túnel de Artxanda, S.A.	Diputación Foral de Vizcaya/ Bizkaiko Foru Aldundia	N-637 y acceso a aeropuerto de Sondika con Bilbao	3 Km.
Accesos de peaje a determinados lugares				
M-12 Eje aeropuerto[73]	Autopista Eje Aeropuerto C.E.S.A.	Estado español	Acceso alternativo al aeropuerto de Madrid-Barajas	10 Km

comodidad y rapidez frente a las carreteras tradicionales. Su construcción, conservación y explotación -que fue concedida por el Estado en el año 1973 a Autopistas del Atlántico, C.E.S.A. (AUDASA), hoy perteneciente al grupo Sacyr-Vallehermoso, que la adquirió de ENA en 2005- ha supuesto una inversión en torno a los 1.428 millones de euros. En la actualidad la autopista tiene en servicio 219 kilómetros entre Ferrol y la frontera portuguesa, donde enlaza con la autopista portuguesa A-3 con destino a Lisboa.

73 Son objetivos de la Autopista Eje Aeropuerto:
-Constituirse como principal acceso directo a la Nueva Área Terminal del Aeropuerto de Barajas, la T-4.
-Servir como alternativa a la actual N-I de entrada o salida a la capital.
-Atender a la futura ciudad aeroportuaria y las nuevas áreas residenciales de la zona (Sanchinarro o Las Tablas).
-Conectar las actuales terminales del Aeropuerto de Barajas con la Nueva Área Terminal (N.A.T.) del Aeropuerto de Barajas.

La política propiciada por el primer Gobierno popular y algunas Comunidades Autónomas fue la ampliación de la concesión a AUMAR, AUDENASA, AUTEMA y ACESA a cambio de la reducción de los peajes entre el 10 y el 50%. La AP-8 volvió a manos públicas en 2003, pasando a ser de las Diputaciones Forales vascas, que volvieron a sacar a concurso la concesión, descartando la gratuidad. Tras la prórroga de las concesiones, ningún otro tramo volverá a manos públicas antes de 2024 (caso de la AP-68, Bilbao-Zaragoza).

A. El "resurgir" del peaje y la prolongación en el tiempo de las concesiones a golpe de Leyes de Acompañamiento

El resucitado Plan de Autopistas de Peaje del gobierno popular estableció la construcción de 441 kilómetros de nuevas autopistas, con un coste de 256.000 millones de pesetas, de los cuales los primeros tramos en construirse fueron Santiago-Alto de Santo Domingo (tramo de la futura autopista Santiago-Ourense); la AP-71, León-Astorga, abierta al tráfico en diciembre de 2002, y los ramales de la AP-6 hacia Ávila (actual AP-51) y Segovia (actual AP-61), respectivamente, la prolongación de la AP-7 (Alicante-Cartagena), y las radiales de acceso a Madrid: R-2 (Madrid-Guadalajara, futura Madrid-

---

El presupuesto de ejecución total asciende a 328 millones de Euros, de los cuales 110 corresponden a las denominadas actuaciones complementarias que suponen un trazado de más de 37 kilómetros libres de peaje. La duración de la concesión es de 25 años. La autopista entró en servicio el 1 de noviembre de 2004.
La empresa Autopista Eje Aeropuerto Concesionaria Española S.A. se constituyó el 10 de diciembre de 2002. Los accionistas de la compañía son la empresa constructora, de concesiones y servicios Obrascón Huarte Lain, S.A. (con su filial OHL Concesiones) y la Empresa Nacional de Autopistas, S.A., Resultó adjudicataria de la Concesión Administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Eje Aeropuerto, desde la carretera M-110 hasta la A-10; de la autopista de peaje Eje Aeropuerto, desde la A-10 hasta la M-40; y construcción de la prolongación y mejoras del acceso sur a Barajas; de la ampliación a tres carriles de la autovía A-10; entre la conexión con el Eje Aeropuerto y el nudo de Hortaleza y de la conexión aeropuerto – variante N-II y vías de servicio sur Barajas, por Real Decreto 1197/2002 de 8 de noviembre. El Eje Aeropuerto es una autopista de peaje con una longitud total de 8,7 kilómetros (que comprende el Eje Norte-Sur y el Túnel), en régimen de concesión administrativa, sujeta a construcción, conservación y explotación (salvo el Eje Transversal, que es libre de peaje). El resto de actuaciones están sujetas solo a construcción, por lo que son libres de peaje.
Comprende las siguientes actuaciones:
-Autopista de peaje entre la M-110 y la A-10 (Eje Norte-Sur), que incluye la construcción de una autopista libre de peaje, que es el Eje Transversal Este-Oeste
-Autopista de peaje entre la A-10 y la M-40 (tramo en túnel)
-Mejoras del acceso Sur a Barajas (sin peaje).
-Ampliación a 3 carriles de la A-10 entre la conexión del Eje Aeropuerto y el nudo de Hortaleza (sin peaje).
-Conexión del Aeropuerto con la variante de la N-II y vías de servicio Sur de Barajas (sin peaje).
Vid. BAEZA OCHOA DE OCARIZ, Rodrigo: "Autopista eje aeropuerto", en: Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, Nº. 3436, 2003, Págs. 75-81.

Tudela), R-3 (M-40-Arganda), R-4 (M-40-Ocaña) y R-5 (M-40-Navalcarnero), paralelas a las actuales A-2, A-3, A-4 y A-5, respectivamente[74].

La llegada al gobierno del Partido Popular, a mediados de la década de los noventa coincidió con el fin de algunas concesiones de autopistas. Concretamente los primeros tramos que se inauguraron: el túnel de Guadarrama, el tramo Barcelona-Mataró y el tramo Bilbao-Behobia. Pese a las esperanzas de muchos usuarios de ver la gratuidad de los tramos revertidos, ésta pronto se frustró. El peaje no solo iba a seguir siendo la nota cotidiana en las autopistas de ídem, sino que además se prorrogaron las concesiones que estaban a punto de caducar a cambio de bajar el precio del peaje (el conocido como "peaje blando"), lo cual le valió al Estado español una condena por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque sobre ello volveremos más tarde.

Los años finales de la década de los noventa estuvieron caracterizados por serias restricciones presupuestarias con el objetivo declarado de contener el déficit público y permitir al Estado español el ansiado ingreso en la moneda única. El incremento de recursos para mejorar y ampliar las infraestructuras de transporte fue recogido en el Programa de Convergencia elaborado por el Gobierno popular. Consiste en el mantenimiento de la inversión pública (global) en el 5% del PIB y en la elaboración por parte del Ministerio de Fomento del Plan Director de Infraestructuras 2000-2007, que había sido promovido por el ministro Borrell, documento básico de planificación de todas las infraestructuras de competencia estatal. La intención era por tanto, mantener un ritmo de inversión en infraestructuras para que el Estado español alcanzase el nivel de los Estados más avanzados de Europa[75]. Sin embargo, la inversión se vio ralentizada respecto a los años anteriores. De hecho, en 1995 la inversión en carreteras supuso sólo el 0,78 % del PIB, cuando en 1990 llegó a ser del 1,20%[76]. Según el entonces Ministro de Fomento, Arias Salgado, la inversión en ingeniería civil había tocado fondo. La construcción de nuevas infraestructuras y el mantenimiento de las ya existentes no podía detenerse, y el dinero obtenido de las privatizaciones no bastaba para acometer las infraestructuras sin que el Estado se sobreendeudase. Por ello, como el Cid después de muerto, el peaje se volvió a plantear como fórmula mágica de ese mal endémico que es el déficit público, con las vistas puestas en el cumplimiento de los criterios de convergencia. Así, una vez cómodamente instalado en el poder el nuevo Gobierno, a través de una ley-escoba, o ley de acompañamiento para 1997, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del or-

74 Las denominaciones de estas Autopistas las hacemos de acuerdo a la nueva nomenclatura de Autovías, adoptada por el Real Decreto 1231/2003, de 26 de septiembre, por el que se modifica la nomenclatura y el catálogo de las Autopistas y Autovías de la Red de Carreteras del Estado.

75 ÁLVAREZ HERRANZ, Agustín: "Las infraestructuras y el desarrollo", en *Castilla-La Mancha. Anuario Económico 2000*; Ed. Universidad de Castilla-la Mancha-Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha; Madrid, 2000; pág. 159.

76 FUENTE: "Obras públicas, dinero privado", en Diario *Expansión*; jueves, 10 de abril de 1997.

den social, introdujo considerables modificaciones en el régimen jurídico de las autopistas. Esta reforma resucita la idea tan neoliberal y tan utópica de incluir a la iniciativa privada en las autopistas, modificando para ello prácticamente la mitad de los artículos de la ley franquista 8/1972 que, lejos de resultar desfasada tras 25 años de vigencia, supone una magnífica plataforma para los intereses del nuevo Gobierno popular. El objeto de esta reforma era aumentar la rentabilidad de la obra pública, entendida (¡cómo no!) como un negocio (arts. 157 y Disposición Transitoria 10ª de la Ley 8/1972). Respecto a las novedades introducidas en el *parche* legislativo de 1996 podemos destacar las siguientes:

1ª) Se permite que las empresas adjudicatarias y concesionarias de autopistas amplíen su objeto social a la explotación de las áreas de servicios, centros de transporte, aparcamientos, etc. que se encuentren en su zona de influencia.

2ª) Se les permite que extiendan sus actividades en el extranjero (la "colonización" mercantil de Portugal –donde gran parte de la red de autopistas está aún por construir- por parte de empresas españolas es ya un hecho[77], y la Ley le da únicamente carta de naturaleza). Las concesionarias españolas se encuentran también presentes en Sudamérica y Australia.

3ª) Que a través de un convenio que mantenga el equilibrio económico-financiero de la concesión, se puede encargar la ampliación o prolongación de una autopista a la empresa explotadora; supuesto este que, sin nombrarlo, estaba pensando en la adjudicación de los dos ramales de la AP-6, hacia Ávila y Segovia, respectivamente, como efectivamente se hizo.

4ª) Que se pueda ampliar el plazo de las concesiones existentes hasta los 75 años (límite máximo contenido en el art. 30 de la Ley de 1972[78]). Evidentemente. Para ello se introdujo un artículo 25 bis relativo a la garantía del equilibrio económico-financiero de la concesión, que es el barómetro perfecto de la mala técnica legislativa: dos redacciones sucesivas en menos de un año para acabar siendo derogado en 2003.

1º) a compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación o ampliación previstos en los artículos 24 y 25 de esta Ley, ya se produzcan a iniciativa de la Administración o de la sociedad concesionaria, podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión, en cuyo caso se podrán mantener

77 Al hilo de la realización de este trabajo podemos mencionar que la empresa española CINTRA, filial de Ferrovial, posee las concesiones de los tramos de las autostradas portuguesas Scut Algarve, de 127 Km. y Scut Norte Litoral, de 113 Km. "Ferrovial saca a bolsa su filial de autopistas tras romper con su socio australiano, MIG", en *El País*, sábado 5 de junio de 2004; pág. 66.

78 Este artículo se encuentra en la actualidad derogado tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública.

los beneficios otorgados al concesionario por toda la extensión del plazo ampliado y, en todo caso, con el límite máximo establecido en el art. 30.1 (Apartado redactado de conformidad con la Ley 66/1997).

2º) En las ampliaciones de plazo de la concesión deberá mantenerse el equilibrio económico-financiero de la concesión. Los planes económico-financieros actuales de las Sociedades Concesionarias, elaborados de acuerdo con la legislación aplicable y reconocidos por la Delegación del Gobierno, seguirán manteniendo su vigencia en cuanto no sean objeto de modificación. (Artículo añadido por la Ley 13/1996).

Este último punto es en el que podríamos centrar todas nuestras críticas e iras. Cuando algunas concesiones estaban a punto de revertir, el Estado (mejor dicho, el Gobierno del Partido Popular) decidió ampliar la concesión y retrasar la reversión de las concesiones próximas a finalizar, y su correspondiente apertura al libre tránsito, frustrando las esperanzas y generando no poca polémica, que se materializó en la constitución de diversas asambleas y plataformas populares contra los peajes. La prórroga del peaje no obedece al interés público ni a una alternativa por racionalizarlo, sino que busca aumentar los pingües beneficios de ciertas empresas. Ahora bien, la autopista no puede ser un simple negocio, ya que se realizó a través de expropiaciones, lo que la convierte en una infraestructura de servicio público. Esta expropiación fue realizada sobre la base de que el bien público debe prevalecer sobre los intereses especulativos. En nuestra opinión, que no puede ser más negativa, la opción de la prórroga de las concesiones supone imponer los intereses financieros sobre el bien común.

De esta manera, por ejemplo, la primera autopista inaugurada en el Estado español, la A-18 entre Barcelona y Mataró, cuya concesión había de revertir en 2003, fue prolongada a cambio de construir el tramo de autopista de Mataró a Palafolls (en el que, por supuesto, se cobrará otro peaje), prolongándosele a esta empresa todas las concesiones once años y dos meses. El súmmum se produjo en 1998 cuando, a cambio de un convenio para abaratar los peajes de Mollet, en la B-30, etc., se le prolongó la concesión cinco años más, hasta el 2021.

La concesión de la AP-8, que según el B.O.E. terminaría "*el día que se cumplan el número de años por el que se hubiere otorgado el servicio. Expirado el plazo de concesión, la autopista revertirá al dominio público*". Esto había de producirse, en 2003. Sin embargo, el paso a manos públicas no significó el fin de los peajes, pues las concesiones fueron sacadas a concurso nuevamente por parte de las Diputaciones Forales. La concesión de la AP-7 (Autopista del Mediterráneo tramo Tarragona-Valencia- Alicante) fue extendida en 13 años, hasta el 31 de diciembre del año 2019, en virtud del Real Decreto 1674/1997 del 30 de octubre, a cambio de rebajar sus peajes en un 30% a los vehículos ligeros y

en 40% a los pesados. Respecto a la AP-66 (Autopista de La Plata) Se publicó el Real Decreto 392/2000, de 18 de marzo, por el que se modifican determinados términos de la concesión de la autopista León-Campomanes prorrogando la fecha final de la concesión hasta el día 17 de octubre del año 2050. Por su parte el período de concesión de la AP-9 (Autopista del Atlántico) fue ampliado hasta el año 2048, pasando a ser la autopista que más tiempo estará en manos privadas y en régimen de peaje.

Posteriormente según Real Decreto 272/2001 del 9 de marzo, se rebajan los peajes de nuevo para usuarios frecuentes con rebajas de hasta un 30% para ligeros y hasta un 20% para pesados.

Sin intentar hacer ningún tipo de demagogia, esta medida jurídica supuso un "premio" para las concesionarias y el consiguiente "castigo" para toda una generación de conductores, que pensó siempre que sus hijos circularían por una autopista gratuita y que ahora deberá esperar a que sean sus nietos quienes lo hagan.

5ª) Para terminar de completar este país de las maravillas, el Gobierno se comprometió a la reducción del precio de los peajes de un el 7,7%. La fórmula mágica del Gabinete Aznar no era otra que la reducción del IVA, que bajaría del 16 al 7% (como efectivamente bajó), así como mediante la compensación a las Sociedades concesionarias por medio de subvenciones (es decir, con *pólvora del rey*). Estas decisiones políticas se catalogan bajo el eufemismo de "*medidas tendentes a asegurar la viabilidad económica de la concesión*". Veamos la disposición Adicional 20ª de la Ley 13/1996: "*Antes del 1 de septiembre de 1997 el Gobierno utilizará los medios necesarios para que el precio final para el usuario de autopistas se reduzca en torno al 7,7 por 100. A tal efecto, el Gobierno promoverá la adopción de alguna de las siguientes medidas:*

a) La aplicación del tipo reducido del IVA del 7 por 100 correspondiente a los transportes de viajeros y sus equipajes, al peaje de autopistas, si ello fuera posible, de acuerdo con la normativa comunitaria.
b) La compensación a las sociedades concesionarias de autopistas del desequilibrio financiero que les pudiera suponer la reducción del peaje, mediante el otorgamiento de subvenciones a abonar por ejercicios vencidos".

No contaba sin embargo, el Gobierno –craso error- que el IVA es un impuesto regulado comunitariamente. Por ello, el Reino de España fue denunciado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por esta bajada del IVA. La desautorización llegaría cinco años después, en 2001, a través de Sentencia del TJCE, pero con tiempo

todavía de sorprender a los autores de la mágica medida en el poder, como veremos a continuación.

6ª) Otra novedad de la Ley 13/1996 fue la posibilidad de que la construcción y/ o explotación de las carreteras estatales fuese encomendada a entes instrumentales con forma de sociedades estatales del art. 6.1.a) de la Ley General Presupuestaria, y cuyas relaciones con la Administración General del Estado se regirán por convenios.

Sea como sea, lo cierto es que la salida a concurso de los nuevos tramos de peaje ha puesto de manifiesto la competitividad de las diferentes empresas a la hora de construirlos y explotarlos.

Una de las nuevas fórmulas de financiación ideada para facilitar el acceso de capital privado fue el sistema de proyectos de "llave en mano" o "modelo alemán", en el que el Estado paga la construcción de la obra pública una vez finalizada y en un período fraccionado de diez años. El sistema, como puede verse, está diseñado para que la Comisión Europea no los contabilizase a efectos de déficit público[79].

B. El aluvión legislativo, a golpe de Leyes de Acompañamiento, en materia de autopistas del período 1997-2002

Evidentemente, el *savoir faire* del Gobierno popular hizo que no fuera esta la última reforma legislativa. Sin llegar al delirio de producción legislativa del último trimestre de 2003, la Ley 67/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en sus disposiciones adicionales, introdujo nuevas modificaciones (algunas de ellas, "modificaciones a las modificaciones del año anterior", como la "ampliación de la ampliación" del objeto social de la concesión[80]).

79 Vid. MARTÍN RETORTILLO, L.: "Público y privado en la construcción y gestión de grandes infraestructuras", en *XI Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*; Barcelona-Girona; 26, 27 y 28 de septiembre de 1996. Construcción y gestión de grandes infraestructuras públicas; Ed. Cedecs; Barcelona, 1998; págs. 83 a 111.

80 Según la última redacción del art. 8 de la Ley de Autopistas de 1972, "(...) *Se entenderá que forman parte del objeto social de la sociedad concesionaria, además de las actividades enumeradas en el párrafo anterior, la construcción de aquellas obras de infraestructuras viarias, distintas a las de la concesión pero con incidencia en la misma y que se lleven a cabo dentro del área de influencia de la autopista, o que sean necesarias para la ordenación del tráfico, cuyo proyecto y ejecución o sólo ejecución se impongan al concesionario como contraprestación, las actividades dirigidas a la explotación de las áreas de servicio de las autopistas cuya concesión ostente, las actividades que sean complementarias con la construcción, conservación y explotación de las autopistas, así como las siguientes actividades: estaciones de servicio, centros integrados de transportes y aparcamientos, siempre que todos ellos se encuentren dentro del área de influencia de dichas autopistas, cuya extensión se determinará reglamentariamente (...)".*

Seriamos ingenuos si pensáramos que el parcheo legislativo acabó aquí. Las reformas legislativas se sucedeieron inexorablemente. Así, el Real Decreto 1911/1997, de 19 de diciembre, modificó parcialmente el Reglamento General de Carreteras de 1994, introduciendo medidas liberalizadoras en la concesión de áreas de servicio. Un mes después, el Real decreto 114/1998, de 30 de enero, introdujo más "medidas liberalizadoras" esta vez sobre la localización de las áreas de servicio. Asimismo y en un nuevo paquete de "medidas liberalizadoras" se promulga un año después el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e incremento de la competencia, cuyo art. 8, en materia de autopistas de peaje dispone que "*A partir de la entrada en vigor de este Real decreto-ley se iniciarán los trámites de revisión de los contratos de concesión de autopistas para rebajar las tarifas de peaje satisfechas por los usuarios en un siete por ciento de su importe. La Administración General del Estado, una vez cerrado cada ejercicio, liquidará a las sociedades concesionarias de su ámbito competencial por la pérdida de ingresos que les suponga la bajada de tarifas (...)*". Como vemos, no existe liberalización alguna, porque el coste de la rebaja en los peajes lo asume el Estado. En la misma fecha se produjo otra modificación parcial de la Ley 8/1972 mediante el Real Decreto 597/1999, de 16 de abril, que definió el área de influencia de la autopista añadiendo a la Ley de 1972 una Disposición adicional 10ª[81] y desarrolló la modificación del art. 5 de la Ley de Carreteras de 1988 –que había sido efectuada mediante la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social- distinguiendo entre el Plan de Carreteras del Estado (instrumento de planificación de la totalidad de la Red de Carreteras) y el Programa (instrumento de actuaciones en un ámbito especial y localizado o para un tipo determinado de carreteras)[82]. Suma y sigue en las modificaciones parciales: La Ley 55/1999, de 29 de diciembre (obviamente) de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social da nueva redacción al art. 1.1 de la Ley de Autopistas de 1972, pasando a ser el objeto de la Ley "*la regulación de las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas y de las concesiones administrativas para la conservación y explotación de tramos de autopistas ya construidos. Estas últimas concesiones podrán otorgarse de manera anticipada a la finalización del plazo concesional de las autopistas cuya construcción, conservación y explotación haya sido objeto de concesión previa*". *Esta misma ley añadió el art. 27 bis, relativo a la realización de infraestructuras viarias distintas a la concesión.*

No sería la última modificación: la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social modificó puntualmente el art. 24.2 de la Ley de Autopistas, modificación puntual pero importante, dado que afecta al equilibrio

81 "*Se entiende por área de influencia de las autopistas, a efectos de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, la franja de terreno comprendida entre dos líneas paralelas a la traza de la autopista, situadas a ambos lados de la misma, a una distancia de 20 kilómetros medida desde la arista exterior de la calzada respectiva*".

82 BERMEJO VERA, José: *Derecho Administrativo. Parte especial*; Ed. Civitas; 5ª edición, 2001; pág. 503.

económico-financiero de la concesión, estableciendo establece un nuevo sistema de revisión de tarifas y peajes de las autopistas en régimen de concesión de titularidad estatal que viene a actualizar y completar el cabal significado y funcionamiento de este tipo de concesiones, al conciliar el interés público en general, representado por la Administración concedente, con los propios del concesionario y de los usuarios cuya representación debe ostentar también la Administración.

Fiel a la cita con la Ley de Acompañamiento, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió un párrafo al artículo 29 de la Ley de 1972 relativo al pago mediante peaje dinámico o telepeaje, modalidad de reciente implantación que permite el pago mediante un dispositivo electrónico dentro del vehículo y sin necesidad de detener totalmente el mismo.

Seis meses más tarde, el Real Decreto-ley 11/2001, de 22 de junio, modificó parcialmente la Ley de Carreteras estableciendo una serie de medidas presupuestarias.

En desarrollo de la redacción dada al art. 8.2 de la Ley de Autopistas se dictó el Real Decreto 163/2002, de 8 de febrero, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento para la obtención, por las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje, de las autorizaciones para la realización de actividades en materia de infraestructuras de transporte y de comunicaciones.

C. La reforma de la legislación en materia de contratación pública. La nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas y su inclusión en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

El último acto –y quizá el más afortunado- de esta interminable serie de reformas legislativas lo constituyó la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, cuyo preámbulo confiesa que "*El protagonismo de las distintas Administraciones Públicas no debe ni puede excluir (...) al empresario privado, colaborador obligado y tradicional de la Administración a través de las distintas fórmulas recogidas en nuestra legislación. (...) Por cuanto antecede, en el umbral del siglo XXI, parece razonable, ni no obligado, recuperar los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas –contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribución del esfuerzo empresarial- (...)*". Esta Ley añadió un nuevo título al Texto Refundido de la LCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En la actualidad y tras la entrada en vigor de la nueva ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector Púnblico (LCSP), la normativa sobre el contrato de concesión de obra pública hay que buscarla en los arts. 7 y 112 y ss. de esta nueva ley.

Como consecuencia de esta ley, la financiación y concesión de obras públicas queda instrumentada a través de alguna de las modalidades siguientes:

1ª) Construcción mediante un contrato administrativo de obras tradicional.
2ª) Construcción bajo un contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio ("modelo alemán"), es decir, con financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración, remitiéndose expresamente la Ley a lo ya establecido en el art. 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
3ª) Construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión, confiriendo el protagonismo principal, bajo la tutela y control de la Administración, a la iniciativa y capital privados, opción esta en la que queda incluida la variedad del contrato de concesión que incorpora la obligación adicional para el concesionario de construir una obra u obras diferenciadas de la que es objeto de concesión, pero vinculadas a ella. En este caso el contratista financia la construcción, percibiendo a cambio una retribución consistente en la explotación de la propia obra construida, en tal derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en el mencionado Título V.
4ª) Abono al contratista mediante el otorgamiento de una concesión de dominio público, que sólo es posible en obras que no sean susceptibles de explotación económica.

Como afirma GARCÍA-TREVIJANO GARNICA[83], las modificaciones introducidas en la legislación sobre contratación administrativa han tenido como principal objetivo facilitar la financiación (pública o privada) de las obras. Tanto la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero –que dio nueva redacción al art. 100 de la LCAP- como la Ley 13/2003, han tenido como finalidad común introducir mecanismos que permitan la construcción, conservación y, en su caso, explotación de obras públicas sin necesidad de que la Administración contratante desembolse fondos públicos, al menos inicialmente. La ley diseña un marco legal más flexible que facilita a la Administración contratar la construcción, conservación o explotación de las obras públicas sin necesidad de desembolsar, al menos inicialmente, importe alguno, o bien abonar el importe en especie, concretamente mediante el otorgamiento de una concesión de dominio público.

83 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: "Notas sobre la financiación de la obra pública mediante el otorgamiento de concesiones de dominio público", en *Revista de Administración Pública*; nº 162, septiembre-diciembre de 2003; Pág. 237. El autor se centra precisamente en la modalidad del pago por parte de la Administración del otorgamiento de una concesión demanial.

Junto a la modalidad introducida en 1996 de abono total del precio al concluir la obra (el llamado "modelo alemán"), se regula ahora una manera más pormenorizada del contrato de concesión de obras públicas, que permite que el concesionario sea retribuido mediante el reconocimiento del derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, y eventualmente en la percepción de un precio.

La Ley 13/2003 no habla expresamente de autopistas, pero supone una nueva modificación de la Ley de Autopistas 8/1972, pues deroga expresamente varios de sus artículos, remitiendo todas las concesiones del art. 1 de la Ley de 1972 a la Ley 13/2003 y designando a la LCAP como legislación supletoria. También da nueva redacción al art. 23 de la Ley de Autopistas, definiendo la posibilidad de imponer penalidades –que sustituyen a las anteriores multas coercitivas- por parte de la Administración tanto en la fase de construcción como en la de explotación. También es penalizable el incumplimiento de plazos, la negligencia en la conservación de los elementos integrantes de la autopista, las deficiencias en su señalización y balizamiento, la interrupción injustificada total o parcial del tráfico o el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas.

Existe una posibilidad por la cual el Gobierno podría obligar a las sociedades concesionarias de autopistas a rebajar el peaje que cobran a los usuarios si los beneficios o el tráfico que registran superan en una determinada proporción sobre las previsiones que se realizaron en el momento de suscribir el contrato de concesión. Así lo establecía el último Anteproyecto de la Ley de Concesiones de Obras Públicas redactado por el Ministerio de Fomento. En virtud del llamado "principio de equilibrio financiero" (que ya existía anteriormente, pero siempre cuando la empresa resultaba perjudicada), las empresas que explotan autopistas en régimen concesional podrán también exigir compensaciones a la Administración en caso de que no obtengan ni el beneficio ni los volúmenes de tráfico inicialmente esperados. Dichas compensaciones se podrían articular tanto a través de una subida del precio del peaje, como mediante ampliaciones en el plazo de explotación de las autopistas y subvenciones directas de la Administración. La Ley de Autopistas 1972, sólo otorgaba a las concesionarias la garantía de que la Administración se compromete a mantener en todo momento el equilibrio económico-financiero de la empresa. No obstante, la legislación no contemplaba el supuesto contrario, o sea, que el principio de equilibrio financiero de la concesión juegue a favor del Estado y pueda ser repercutido en el usuario.

Este nuevo "principio de equilibrio financiero *boomerang*" podrá aplicarse a todas las infraestructuras de transporte que el Gobierno decida contratar y explotar en régimen de concesión, ya que el principal objetivo de este nuevo texto legal es precisamente extender el sistema concesional a todo tipo de obras públicas. Sin embargo, la fórmula finalmente elegida, es algo más alambicada que una simple rebaja del precio del peaje a los usuarios.

D. El descartado rescate de las concesiones, valorado en 10.000 millones de euros.

Aunque el rescate de las concesiones es una posibilidad legal prevista en la propia Ley de Autopistas de 1972, lo cierto es que nunca, ni siquiera en el período de "socialización" de las vías de alta capacidad se ha planteado esta posibilidad. La última vez que el Ministerio de Fomento se ha pronunciado sobre este tema fue en 2003, y en sentido negativo[84]. El Ministerio de Fomento descartó "liberar" los 2.445 kilómetros de autopista de peaje actualmente en servicio en el Estado español, por considerar "inasumible" el coste de 10.000 millones de euros que supondría convertir en gratuitas estas vías. Como ya dijimos anteriormente, por parte del Ejecutivo se considera que el peaje constituye un "instrumento fundamental" para la financiación de este tipo de infraestructuras. En respuesta a una pregunta parlamentaria escrita, Fomento estima que el cobro por uso de infraestructuras permite atraer el capital privado para la financiación de obras públicas. Asimismo, el Ministerio argumenta que la imposición de peajes para financiar la construcción de infraestructuras permite repartir el "elevado" coste de su construcción de forma más equitativa entre las distintas generaciones. Según Fomento, los 10.000 millones que supondría liberar el peaje de las autopistas es el resultado de sumar las indemnizaciones por daños y perjuicios, y por la asunción de la deuda en que incurren las concesionarias para construir estas vías. El Ministerio considera "inasumible" este coste y descarta por ello "liberar" tramo de peaje alguno, al entender que levantar las tasas por uso de un determinado tramo de autopista "*conllevaría una acción política sobre todo el sector*".

La aspiración de liberar los peajes ha sido una reivindicación constante en Cataluña, hasta el punto de hacerse una referencia en la Disposición Adicional 3ª del Nuevo Estatuto de 2006, referido a las inversiones en infraestructuras:

> "1. La inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equiparará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un período de siete años. Dichas inversiones podrán también utilizarse para la liberación de peajes o construcción de autovías alternativas.
> 2. Con esta finalidad se constituirá una comisión, integrada por las Administraciones estatal, autonómica y local".

84 "Fomento descarta "liberar" los casi 2.500 kilómetros de autopista de peaje que hay en España", en Revista *Consumer*, 10 de noviembre de 2003.

E. La condena llega desde Luxemburgo: la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2001, Comisión contra Reino de España (asunto C-38/99). La desacreditación jurídica de la rebaja del peaje[85]

El problema que se plantea en esta Sentencia es el incumplimiento por parte del Estado español de la Sexta Directiva sobre el IVA, al aplicar un tipo de IVA reducido en los peajes de las Autopistas, en lugar de aplicar el tipo normal, recogido en el art. 12.3ª de la Sexta Directiva. El TJCE consideró que la utilización de una autopista a cambio de un peaje supone una prestación de servicios a título oneroso y, por lo tanto, sujeta a IVA, siempre que el servicio sea prestado por operadores de Derecho privado, ya que en el caso de que se tratase de operadores de Derecho público no se aplicaría ningún tipo de IVA (art. 2.1 y 5.5 de la Sexta Directiva). En el Estado español, las autopistas de peaje han sido siempre servicios prestados por empresas privadas, sociedades anónimas en régimen de concesión y, por tanto, por organismos de Derecho privado sujetos a IVA en los términos de la Sexta Directiva.

El Gobierno español trataba de ampararse en el anexo H de la Sexta Directiva para defender la aplicación del tipo reducido de IVA, por considerar que en el caso en que operadores privados permitan el uso de una autopista ello puede ser concebido como una actividad de transporte de viajeros y de sus equipajes, recogida por el citado anexo, pudiéndose así beneficiarse de un IVA reducido. Dicha interpretación se justificaba también por la necesidad del pago de un peaje en las autopistas españolas que no tenía lugar en la mayoría de los Estados miembros.

Por su parte, la Comisión consideraba que lo recogido en el Anexo H de la Sexta Directiva constituía una excepción más a la aplicación del tipo normal de IVA, y como tal excepción debía interpretarse de manera restrictiva. Teniendo en cuenta este carácter excepcional, el tipo reducido de IVA sólo resulta aplicable a las categorías de bienes recogidas de manera expresa en el Anexo H. Por ello, la Comisión consideraba que el transporte de viajeros y sus equipajes no era aplicable a la actividad de utilización de una autopista de peaje. Y ello porque obviamente, permitir el uso de una autopista a cambio del pago de un peaje no consiste en entregar un medio de transporte, sino en facilitar el transporte a personas que ya disponen de dicho medio de transporte.

El Gobierno español alegaba también el vaporoso Principio de confianza legítima, teniendo en cuenta los procedimientos iniciados por la Comisión por la utilización de autopistas no sujetas a IVA, con lo cual no existiría una necesidad obligatoria de aplicar el tipo normal. Pero como la Comisión recordó, los Estados miembros están sujetos a

85 La referencia jurídica a esta sentencia la tenemos en el aparatado de Derecho Comunitario de la Revista *Justicia Administrativa*; nº 13, octubre de 2001; pág. 49.

obligaciones impuestas por los Tratados. Con respecto al principio de confianza legítima, sólo puede ser invocado por un particular cuando se produzca una situación de dicha confianza creada por los poderes públicos, con lo cual el Estado español no puede invocar este principio para oponerse a una declaración de incumplimiento de su obligación de aplicar el tipo normal de IVA a la prestación de servicios, lo cual permite la utilización de una autopista a cambio de un peaje, obligaciones que habían sido incumplidas por el Estado español al aplicar el tipo reducido de IVA.

El Gobierno francés, que también intervino en este procedimiento, habló de la exención prevista en el artículo 4.5 de la Sexta Directiva. Esta exención se aplica a la prestación del servicio de utilización de una autopista a cambio de un peaje. Esta exención se refiere a que los organismos públicos no se considerarán sujetos pasivos en el ejercicio de sus funciones. A esta afirmación responde el TJCE que para tener lugar esta exención se debe tratar de organismos públicos en el ejercicio de sus funciones de autoridad pública. Por el TJCE considera que no es la misma actividad la desarrollada por un organismo público que la realizada por un organismo privado en este caso concreto. A pesar de que Francia intentó demostrar que dicha actividad sí entraba en la excepción del artículo 4.5 de la Sexta Directiva, el Tribunal no estuvo de acuerdo.

El TJCE, por lo tanto, no está de acuerdo con la postura de la Comisión, que se refiere a un organismo público que actúa respecto de las actividades que realice en concepto de autoridad pública, pero en la que no entra la utilización de una autopista a cambio de un peaje, aunque esta tesis no se llega tampoco a demostrar suficientemente por parte del Tribunal. El Tribunal al respecto dice que no ha recibido suficiente información para demostrar que hay infracción; también dice que un particular que ejerza una actividad estará siempre sujeto al IVA.

La consecuencia del cumplimiento de la sentencia del TJCE fue que los peajes de autopistas subieron una medida del 3,81% durante 2001, en lo que supone el incremento más alto que esta tasa registra desde 1997. Además, las tasas de peajes de autopista experimentaron también desde el 1 de enero de 2002 un incremento del tipo del IVA desde el reducido del 7% hasta el normal del 16%, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo.

F. El Plan de Infraestructuras de Transporte (PIT) 2000-2007

En la actualidad las carreteras del Estado español forman una red con más de 160.000 kilómetros, excluidas las vías urbanas, los caminos rurales y los forestales. Dentro de esta red existen otras "subredes", entre las cuales, la Red de Carreteras del Estado es la más importante, tanto por sus características técnicas, como por el tráfico que soporta. Esta red es gestionada por la Dirección General de Carreteras y su longitud total alcanza

los 24.105 kilómetros, que supone tan sólo el 14,7% de la red nacional. Sin embargo, es ésta la parte más cualificada de la red general, tanto por el tráfico que soporta, como por las características técnicas de las vías que la integran. En efecto, en la Red de Carreteras del Estado se concentra el 73% de las vías de gran capacidad, (autopistas, autovías y carreteras de doble calzada).

El Estado es el responsable de la planificación estratégica global de la Red. De esos 24.105 kilómetros, 1.743 son autopistas de peaje gestionadas con arreglo a una fórmula concesional, mientras que los 22.362 restantes son gestionados directamente por el Estado a través de la Dirección General de Carreteras. Para las autopistas gestionadas por empresas privadas en régimen de concesión, el Estado elabora un anteproyecto junto con los necesarios estudios económico-financieros. Sobre dicha base, se realiza un concurso, siendo el adjudicatario el responsable de la oferta más ventajosa en su conjunto (aspectos técnicos, económico-financieros y de tarifas). La empresa adjudicataria es la responsable de diseñar, construir y explotar la autopista durante el periodo de concesión (estipulado en el contrato), para lo cual debe asegurar toda la financiación necesaria. El cobro del peaje es la fuente de ingresos mediante la cual el concesionario cubre la financiación, los gastos de explotación y la amortización del capital, así como su remuneración. Todos los gastos de inversión y operativos, necesarios para la gestión de los 22.362 Kilómetros que lleva directamente la Dirección General de Carreteras se financian mediante los Presupuestos Generales del Estado. A través de dicha fuente se incorporan los fondos de la Unión Europea, que cofinancian ciertos proyectos (fundamentalmente Fondo de Cohesión y FEDER).

El 24 de octubre de 2003 se presentó por parte del Ministerio de Fomento el Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007. La inversión total prevista es de 104.806 millones de euros de 1999, de los que 39.835 millones (el 38%) corresponden a carreteras. Es de destacar el equilibrio que se quiere hacer respecto al otro medio de transporte "olvidado" durante las últimas décadas, el ferrocarril, al que se destinan 40.496 millones de euros (el 38,6% de la inversión). El horizonte del año 2010 supone para el Estado español contar con 13.000 Km. de autopistas y autovías, de los cuales 5.300 serán de nueva creación, con 375 variantes y 1.400 Km. de vías de conexión, y se sumarán a los 8.000 ya existentes, completando así una red cuyo último objetivo es unir por autovía todas las capitales de provincia, y garantizar así, utilizando nuevamente la palabra tan de moda para esos casos, la vertebración del territorio, o "dar la vuelta a España sin semáforos"[86]. Del coste es obvio que el Ejecutivo popular decidió no asumir toda la inversión por parte de la Administración pública, que financiará el 60%, siendo el otro 20% financiado con fondos europeos y el 20% restante con la iniciativa privada.

86 Diario *La Razón*, domingo 25 de enero de 2004.

El Programa se plantea una serie de prioridades, como son los tramos de cierre de las redes de autopistas y autovías existentes; la intervención en tramos con elevada densidad de circulación, y el desarrollo de nuevos itinerarios capaces de configurar una estructura mallada que contribuya a su integración en la red de carreteras transeuropea.

Entre las principales actuaciones previstas destacan:

-la terminación de la A-8, Autovía del Cantábrico (tramo Villaviciosa-Oviedo-Salas[87]),
-la A-66, Autovía de la Plata[88] (entre León y Sevilla),
-La Autovía Sagunto- Aragón-Túnel de Somport;
-la Autovía Cantabria- Meseta,
-el cierre sur de la Autovía del Mediterráneo (A-7),
-la Autovía de Granada (Bailén-Motril).
-la Autovía de Ciudad-Real,
-la Autovía de Castilla-la Mancha,
-la Autovía Córdoba-Antequera,
-la Autovía del Duero,
-el Eje Transversal de Catalunya,
-la Autovía Palencia-Benavente y
-la Autovía Ávila-Salamanca.

También se actuará sobre ejes como Huesca-Pamplona. Pamplona-Logroño, Logroño-Burgos, Ciudad Real-Badajoz, Cuenca-Teruel, La Font de la Figuera- Murcia, Ourense-Lugo y su conexión con Santiago de Compostela. Asimismo se acometerán las conexiones con Portugal a través de Zamora y Sevilla, y las de Francia por Viella (con la construcción de un nuevo túnel), Somport, Navarra y Puig Moren-Cadí, como alternativas a los saturados pasos fronterizos de La Jonquera e Irún.

Por otra parte, demás de los 441 nuevos kilómetros de la modesta primera fase del resucitado programa de Autopistas de Peaje, la segunda prevé otros 769 kilómetros para cerrar itinerarios y desarrollar nuevas opciones en otros con cierto grado de congestión. El segundo Programa de Autopistas de Peaje se concreta en una serie de actuaciones, que resumimos a continuación:

87 Vid. MARTÍN MORA, Pepa: "Alarde de ingeniería: la autovía del Cantábrico cruza la ría de Villaviciosa con un moderno túnel que respeta el paisaje y la riqueza natural del entorno", en *Revista del Ministerio de Fomento*, Nº 517, 2003, Págs. 4-8.

88 Vid. DEL MORAL SÁNCHEZ, Antonio: "Ruta de La Plata: autovía León-Benavente", en *Cauce 2000: Revista de la ingeniería civil*, Nº. 119, 2003, Págs. 24-31

Autopista de Málaga o del Sol (AP-46)

Discurre entre el Alto de las Pedrizas y Torremolinos, y supone la continuidad de la autopista de peaje Málaga- Guadiario, ya construida, con un nuevo tramo que integrará la nueva Ronda Exterior de Málaga, que será libre de Peaje.

Autopista de Alicante (AP-7)

El nuevo cierre de la autopista AP-7, exterior a la circunvalación actual -absorbida de hecho por el casco urbano de Alicante- permitirá conectar el tramo norte con la nueva autopista Alicante-Cartagena, AP-37, ya en servicio desde 2001, y con la Autovía Alicante-Murcia (A-7), incorporando un nuevo acceso a Alicante alternativo al actual.

Autopista de Toledo (AP-41)

El crecimiento y el incremento de tráfico de la actual Autovía de Toledo (A-41) aconsejan una alternativa en régimen de peaje para facilitar los viajes en este itinerario.

Autopista Dos Mares (AP-69)

Para conectar la AP-1 en Pancorbo y la AP-68 en Haro, sin tener que llegar hasta Miranda de Ebro, y dar así solución al Eje del Ebro con Cantabria.

Autopista de Levante (AP-36)

El tramo Ocaña-La Roda será una alternativa a la actual A-31 y A-3 comunicando así estas dos áreas de potencial desarrollo.

Esta autopista se encuentra fue adjudicada por parte del Consejo de Ministros desde enero de 2004[89]. Lo adjudicado supone la construcción, conservación y explotación no solamente de la autopista de peaje Ocaña-La Roda, sino también de un tramo de autopista libre de peaje de 29 Km. para movimientos internos entre la AP-36 en San Clemente y la A-31, a la altura de Atalaya del Cañavate.

89 La licitación fue autorizada por el Consejo de Ministros del 25 de julio de 2003 y licitada posteriormente a través del BOE de 8 de agosto de 2003. Concretamente, la autopista se adjudicó al consorcio integrado por Ferrovial Infraestructuras, Europistas Concesionaria Española y Budimex, UTE. El presupuesto prevé una inversión de 525,161 millones de euros. La longitud total es de 173,3 Km., de los que 110 serán de peaje (será libre de peaje el tramo de 30,3 Km. entre La Roda y San Clemente así como el tramo de 29 Km. entre Atalaya del Cañavate y El Provencio). Se prevé que esta autopista entre en servicio antes del 31 de diciembre de 2005. El plazo de concesión será de 36 años, si bien podrá ser ampliado hasta 40 si las condiciones de prestación del servicio superan unos estándares de calidad prefijados. En enero de 2004 Ferrovial infraestructuras resultó adjudicataria de esta autopista.

Autopista del Mediterráneo (AP-7)

Facilitará la accesibilidad al área costera del sudeste, entre Cartagena y Vera, aportando continuidad al ya existente eje de peaje y la autopista a lo largo del Mediterráneo.

Autopista Madrid-Tudela (AP-15)

Se plantean dos tramos separados de peaje: el de Madrid-Guadalajara (Radial-2, ya en servicio), y el de Medinaceli-Soria-Tudela (futura AP-15).

Autopista de Andalucía (AP-41)

Se configura un nuevo eje entre Toledo, Ciudad Real y la A-4, constituyendo así una alternativa al paso de la A-4 por Despeñaperros.

Lo que se pretende con todas estas actuaciones es romper definitivamente con la centralidad y radialidad de las carreteras españolas. Resumidamente, estos son los diez ejes principales en los que se centra el Plan de Infraestructuras, así como las inversiones previstas en cada uno de ellos.

Eje[90]	**Presupuesto (en euros)**	**Longitud (km)**
A-8 Autovía del Cantábrico	1.381.426	248,2
A-66 Autovía Ruta de la Plata	1.294.465	530,7
AP-7 Autopista del Mediterráneo	1.274.134	246,2
A-14 Lleida- Viella- frontera francesa	1.051.771	175,0
A-23 Huesca-Frontera francesa	901.518	100,0
A-23 Sagunto-Aragón	601.012	224,5
A-43 Ciudad Real-Badajoz	661.113	320,0
A-67 Cantabria-Meseta	607.022	175,0
C-25 Eix Transversal de Catalunya[91] (tramo Vic-frontera francesa)	601.012	125,0
A-11 Autovía del Duero	485.016	205,0

90 Las denominaciones de las autovías las hacemos de acuerdo a la nueva nomenclatura de Autovías, adoptada por el Real Decreto 1231/03, de 26 de septiembre, por el que se modifica la nomenclatura y el catálogo de las Autopistas y Autovías de la Red de Carreteras del Estado.

91 El Eix Transversal de Catalunya, de acuerdo con sus características técnicas, fue clasificado como una vía segregada (no se trata propiamente de una autovía), y fue diseñado para una velocidad de 100 Km. /hora. Comunicará directamente Lleida y Girona a través de la depresión central de Cataluña, sin necesidad de pasar por Barcelona, disminuyendo así en un 14% el recorrido que era preciso hacer hasta la construcción del Eix. El primer tramo del Eix, de Cervera a Lleida, i que es competencia del Ministerio de Fomento, coincide con

Lo primero que destaca de esta vasta inversión es el impulso de la financiación privada, de la que el Estado español es buen conocedor; no en vano, en términos globales España es la primera potencia mundial en concesión de infraestructuras, con 32.000 millones de euros invertidos[92]. La demanda de la sociedad, que exige cada vez una mayor y mejor movilidad y una mayor calidad en las infraestructuras, ha llevado a numerosos Estados europeos a realizar un impulso de los grandes proyectos. Las redes transeuropeas son el proyecto más ambicioso de la primera década del siglo XXI. De hecho, el Consejo de Ministros de Transporte de la Unión Europea acordó dar prioridad a la aceleración de las reformas estructurales y a la promoción de la inversión en infraestructuras. La UE ha destinado a las infraestructuras españolas 50.000 millones de euros desde la adhesión española en 1986. Globalmente, los nuevos planes de fomento de las redes transeuropeas de infraestructuras requerirán hasta el año 2025 unas inversiones de no menos de 600.000 millones de euros en los 28 Estados que para entonces se espera que tenga la Unión, habiendo sido aprobada una lista de proyectos prioritarios.

Estamos en una nueva década caracterizada por la decisión de impulsar la economía mediante la aceleración de la ejecución de grandes proyectos de transportes, energía y telecomunicaciones. Toda la Unión Europea sigue hoy una línea de inversión que comenzó a aplicar Gran Bretaña en los años noventa y que se extendió rápidamente por toda Europa: la financiación privada. Los distintos tipos de esta inversión marcan una nueva era en el mundo de las obras públicas.

De hecho el plan de Infraestructuras de Transporte (PIT) 2000-2007, contará con el 20% de financiación privada, la nada desdeñable cifra de más de 80.000 millones de euros, que se costeará en gran medida mediante concesiones. No solo estamos hablando de infraestructuras de transporte por carretera, sino que se está potenciando también la creación de toda una infraestructura de transporte por ferrocarril (trenes de alta velocidad), así como la consolidación de infraestructuras urbanas (metro, accesos a las grandes ciudades).

El Plan 2000-2007 prevé la mejora de 2.700 Km. de autovías de primera generación (en las que se invertirán 200.000 millones de pesetas) y la construcción de otros 3.000 Km. A pesar del gran avance experimentado por las infraestructuras españolas, ello tan solo nos ha acercado más a la media europea. Podemos decir que las infraestructuras del Estado español se encuentran al 70 % de la media comunitaria, por lo que es de esperar un

---

la N-II (actual A-2). El resto de es competencia de la Generalitat de Catalunya. Atraviesa les comarques de la Segarra, l'Anoia, el Bages, Osona i la Selva. El recorrido total del Eix (añadiendo el tramo de N-II) es de 207 Km. El presupuesto total de la obra es de 65.515 millones de pesetas.

92 Según el Informe *Public Works Financing*. El dato de tomamos del diario €CO, Economía, Empresa y Consumo, suplemento semanal de "La Razón", nº 57, del 4 de enero de 2004. De hecho, siete empresas españolas se encuentran entre las diez primeras adjudicatarias de concesiones de infraestructuras de transportes a nivel mundial. Dragados/ ACS, con 42 concesiones, se sitúa a la cabeza del ranking, seguida por Ferrovial/ Cinta, con 26, en segundo lugar, y Abertis, en el cuarto, con 19 concesiones, por detrás de la australiana Macquerie Bank/ MID. OHL, FCC, Acciona y Sacyr completan este diez inicial, monopolizado prácticamente por empresas españolas.

desarrollo continuado en el futuro. De hecho, los objetivos para 2010, marcados en el PIT 2000-2007, señalan la consecución de una red de alta velocidad de 7.700 Km., y completar una red de autopistas y autovías de más de 13.000 Km. Entre ellos cabe destacar la Autovía Ruta de la Plata (A-66 Gijón-Sevilla), la culminación de la Autovía del Cantábrico, y los ejes alternativos a la radialidad de nuestras carreteras, como el eje Ciudad Real-Badajoz (parte del eje Lisboa-Valencia), y la tercera vía de acceso a Francia por carretera (Sagunto- Aragón- Túnel de Somport). Para financiar todos estos proyectos se ha tenido en cuenta la financiación privada, justificándolo en el neoliberalismo que todo parece invadirlo: si hay tanto dinero que se puede invertir, no todo lo tiene que poner el Estado. Desde esta óptica se considera más justo que pague el que pasa por una autopista, que es quien la utiliza, a que se pague entre todos[93]. Por ello este Plan retomó la construcción de 1.210 Km. de autopistas de peaje para descongestionar itinerarios actuales (las radiales de Madrid) o conectar otras zonas (la Autopista Dos Mares unirá la AP-1, Valle del Ebro y la A-68, Cantabria).

Como realizaciones a cargo de las Comunidades Autónomas podemos destacar la A-381 (Autovía Jerez-Los Barrios), que conecta Algeciras con Jerez de la Frontera, y está destinada a funcionar como eje de gran capacidad para las conexiones entre la Bahía de Algeciras y la Bahía de Cádiz, así como la vía natural de acceso hacia el interior y de unión entre Europa y África.

Los métodos más habituales hasta ahora para la construcción de autopistas han sido la concesión y la construcción directa por el Estado. El primero da lugar a las autopistas de peaje; y el segundo a las autopistas libres de peaje y a las autovías. Sin embargo, desde finales de los años noventa se ha puesto de moda una tercera alternativa, denominada "peaje en la sombra", por el cual se han financiado algunas infraestructuras, como es el caso de la M-45[94] y la M-50 en la Comunidad de Madrid[95]. El "peaje en la sombra" consiste, básicamente, en que el Estado paga a quien construye la vía, durante un período

93 Se calcula que una autovía de nuevo trazado, sobre terreno llano y diseñada para poder circular a una velocidad de 120 km/h cuenta como media, según datos del Ministerio de Fomento, 450 millones de pesetas por kilómetro. Esta cifra llega hasta los 1.000 millones de pesetas si el terreno es accidentado y la velocidad de diseño de 80 km/h. Y en tramos muy accidentados, como es el cado del Puerto de Piedrafita do Cebreriro, en la A-6, hasta los 1.200 millones de pesetas por kilómetro. La razón es que en los tramos montañosos, la existencia de viaductos (cuyo coste medio se estima en 100.000 pesetas/ m^2) y túneles (de 1.000 a 1.500 millones de pesetas por kilómetro). La duplicación de calzada, muy utilizada durante el I Plan General de Carreteras, reduce el coste hasta 350 millones de pesetas por kilómetro debido a la menor cantidad de expropiaciones, pero en la actualidad apenas se usa, ya que es necesario también construir vías de servicio. "Kilómetros a precio de oro", en Revista *Tráfico*, nº 145; noviembre-diciembre de 2000; págs. 30-31.

94 Vid. ALARCÓN, Jaime: "El tramo III de la Autopista M-45 (Madrid)"
En: *Cemento hormigón*, Nº. 846, 2003, Págs. 54-75. Y "Nueva autopista M-45: Concesión de obra pública, construcción, conservación y gestión del servicio público", en: Revista *Ingeniería civil*, Nº 125, 2002, Págs. 3-8.

95 Podemos también citar el Tramo: Puig-Reig-Berga (Barcelona). Comprende la conversión en autovía, en sus últimos 21 Km., del Eje del Llobregat. Incluye cuatro viaductos sobre el río Llobregat y un túnel doble de 380 m de longitud. El período de concesión, en la modalidad de peaje en sombra, es por 33 años.

establecido, una cantidad por cada usuario que la utiliza, pero no hay un control de entrada (como en el peaje tradicional).

La financiación, además, crecerá en diversos tipos: desde el peaje en la sombra hasta las concesiones de centros comerciales. El aumento en el número de concesiones se debe, sobre todo, a la nueva Ley de Concesiones, que no es sino un "añadido" a la LCAP realizado en mayo de 2003 para dar cobertura legal a las infraestructuras que vienen. En la actualidad esta regulación está integrada en la nueva LCSP. No ha sido la única medida legislativa, pues dentro de la batería de leyes aprobadas a la desesperada por el Partido popular antes de su debacle electoral, cabe citar también la Ley del sector Ferroviario, con una *vacatio* de seis meses, y cuya entrada en vigor ha sido paralizada por decreto-ley por el nuevo Ejecutivo socialista *sine die*.

El total de la red española de autopistas de peaje alcanzó a 31 de diciembre de 2003 los 2.603 Km. Con la apertura a principios de 2004 de las radiales de Madrid R3, R4 y R5, que veremos a continuación, la longitud total de la red alcanza los 2.799 Km. Podemos resumir la situación actual en los siguientes cuadros:

Extensión de la Red de Carreteras de gran capacidad (autopistas, autovías y carreteras de doble calzada), en función del organismo titular (Estado, Comunidades Autónomas y Diputaciones y Cabildos). Cifras año 2000 Autopistas, autovías y carreteras de doble calzada			
Red de Carreteras Estado	7.656 Km.	El 32% de la Red de Carreteras del Estado son vías de gran capacidad	El Estado es titular del 73% de las vías de gran capacidad españolas
Redes de las CCAA	2.088 Km.	El 3% del conjunto de las redes de las CCAA son vías de gran capacidad	Las CCAA son titulares del 20% de las vías de gran capacidad española
Redes de Diputaciones y Cabildos	699 Km.	El 1% del conjunto de las redes de Diputaciones y Cabildos son vías de gran capacidad	Las Diputaciones y Cabildos son titulares del 7% de las vías de gran capacidad españolas

Vías de gran capacidad	
Autopistas de peaje	2.202 Km.
Autovías y autopistas libres	6.847 Km.
Doble calzada	1.394 Km.
TOTAL	10.443 Km.

Y finalmente, esta es la extensión de la Red de Carreteras de gran capacidad (autopistas, autovías y carreteras de doble calzada), en función del organismo titular (Estado, Comunidades Autónomas y Diputaciones y Cabildos)[96].

96 FUENTE: Ministerio de Fomento. Cifras correspondientes al año 2000.

Titular de la vía	Longitud (en Km)
Red del Estado	16.419
Redes de las CCAA	68.749
Redes de Diputaciones y Cabildos	67.916

a. El caso de los accesos a Madrid mediante radiales de Peaje

A primeros de octubre de 2003 se abrió al tráfico la primera de las autopistas radiales de peaje, la Radial 2 (R-2), entre Madrid y Guadalajara. Esta autopista, gestionada por Enrasa, es la primera de las cuatro autopistas radiales de Madrid que se pusieron en funcionamiento junto con la M-50. A la R-2 se sumaron, el 16 de febrero de 2004, con dos meses de retraso sobre lo previsto, la R-5 (Madrid-Navalcarnero) y la R-3 (Madrid-Arganda del rey), gestionadas por la empresa concesionaria Accesos de Madrid y paralelas a las antiguas N-II, N-V y N-III, a las que sirven de descongestión, siendo el período de concesión de 50 años. Se trata de la mayor obra, en un solo contrato, de la historia de España. El 7 de abril de 2004 se abrieron los últimos tramos de la M-50 (cuarta circunvalación de Madrid, libre de peaje) y la R-4 (Madrid-Ocaña), gestionada por la Concesionaria Autopista Madrid Sur. Finalmente la M-12, el Acceso al aeropuerto, que unirá Madrid con la nueva Terminal (la T-4) del Aeropuerto internacional de Barajas[97].

La justificación de la decisión del sistema de peaje para las radiales de acceso a Madrid se justificó por el entonces Ministro de Fomento, Arias Salgado, en el elevado coste que la construcción de las mismas hubiera supuesto para el Estado, casi medio billón de las antiguas pesetas. Las radiales ofrecen peaje a cambio de ahorro de tiempo y combustible derivado de atascos.

A cambio de esta concesión, las adjudicatarias debían construir y mantener la M-50, aproximadamente 100 kilómetros del anillo más exterior de la circunvalación gratuita de Madrid. En conjunto, las obras totales de las radiales han supuesto la creación de 281 kilómetros, con una inversión de 2.400 millones de euros (399.000 millones de pesetas). El mantenimiento de la M-50 supone un coste cercano a los 937 millones de euros. Este anillo exterior consta de 100 kilómetros entre las antiguas N-I y N-VI, y cuenta con 28 entradas a Madrid. De hecho, unos 50.000 vehículos utilizan cada día esta vía. Además, esta infraestructura viaria ha debido construirse respetando las numerosas exigencias de la legislación sobre impacto ambiental, que ha supuesto un montante de 90 millones de euros. Así, la M-50 discurre bajo falsos túneles, dejando dos corredores naturales sobre ella y un parte de 1,2 millones de m^2, "revegetándose" otro tanto, diez veces el espacio deforestado. También la R-2 incorporó medidas para evitar el impacto sobre las avutardas

97 "Nuevas radiales de peaje: 281 kilómetros de los que 100 son gratis. Comprar la fluidez", en Tráfico; nº 162; septiembre-octubre de 2003; Págs. 26 a 28.

que habitan la zona, y la R-3 cruza la Cañada Real Galiana mediante un falso túnel para disminuir el impacto.

Las radiales construidas hasta ahora y las que se prevé construir son las siguientes:

Radial	**Tramo**
R-1 (no construida)	Madrid-Santo Tomé del Puerto
R-2 (en servicio)	Madrid-Guadalajara
R-3 (en servicio)	Madrid-Arganda del Rey
R-4 (en servicio)	Madrid-Ocaña
R-5 (en servicio)	Madrid-Navalcarnero

b. Un necesario "aggiornamento" del viario estatal: el cambio de nomenclatura operado por el Real Decreto 1231/03, de 26 de septiembre, por el que se modifica la nomenclatura y el catálogo de las Autopistas y Autovías de la Red de Carreteras del Estado

Como ya tuvimos ocasión de ver, las carreteras españolas tienen una nomenclatura que había permanecido inalterada desde su creación en 1940, con la salvedad de la introducción de las autopistas (A-dígito) y el cambio, ya comentado del viario catalán. Esta nomenclatura pasó al anexo de la Ley de Carreteras 25/1988. Tan solo en 2002, mediante el Real Decreto 1.421/2002, de 27 de diciembre, se había modificado la Red de carreteras del Estado para incorporar las nuevas autopistas de peaje construidas durante el período de gobiernos del Partido Popular.

El 29 de septiembre de 2003 se decidió finalmente acometer un profundo cambio y puesta al día en la nomenclatura de las carreteras estatales españolas, no solo de las ya construidas, sino también de las previstas en el Plan de Infraestructuras. La razón era el proceso iniciado a mediados de los años ochenta, que había llevado a la conversión de muchas carreteras en autopistas o autovías, pero mantenido la nomenclatura tradicional. El equipo del entonces Ministro de Fomento, Álvarez Cascos llevaba ya un tiempo pensando «rebautizar» la red nacional. Mantener el sistema creado en 1940 en la nueva realidad de la red de carreteras españolas no facilitaba la información y orientación del usuario. Además era preciso diferenciar entre las autopistas de peaje y las libres de peaje. Por ello el cambio fundamental, que concluyó en 2005, se refiere a las vías que han sido o serán reconvertidas en autovías o autopistas libres de peaje, las cuales comenzarán todas por "A" seguida de uno o dos dígitos; a las autopistas de peaje, cuya denominación será a partir de ahora de AP seguido de uno o dos dígitos (excepto en Cataluña), con la excepción de las radiales de peaje de entrada a Madrid, que mantendrán la denominación de R- seguida de un dígito, y las circunvalaciones de las grandes ciudades, que seguirán

el indicativo de la ciudad, seguido de dos dígitos (M-30, M-40, etc.). Para los corredores interurbanos se dan tres casos: caso en que la antigua carretera ha pasado a ser una vía de gran capacidad, cuyo itinerario utiliza el de varias carreteras superpuestas; los corredores donde existen dos vías de gran capacidad (no coincidentes), es decir, autovía y autopista y, finalmente, los corredores en los que coexisten y perduran dos vías de gran capacidad y la antigua carretera.

Se trata de hacer más comprensible la Red de Carreteras del Estado para los conductores, aprovechando el conocimiento que el usuario ya tiene de ella, aplicando la vigente Instrucción de Señalización 8.1 IC y modificando la nomenclatura, de tal manera que, consiguiendo el objetivo anterior, suponga el mínimo coste de implantación. Por otro lado, la puesta en marcha del Plan de Infraestructuras de transporte 2000-2007, con horizonte de ejecución en 2010, hacía necesario que los itinerarios de alta capacidad contemplados en él sean debidamente catalogados y denominados.

Las carreteras autonómicas y forales, por lo general de fondo naranja, quedan remitidas a su legislación específica[98]. De igual manera, las carreteras y caminos dependientes

98 No es objeto de nuestro estudio las diferentes legislaciones autonómicas sobre carreteras, pero siguiendo a BERMEJO VERA (*Derecho Administrativo. Parte especial*; Ed. Civitas; 5ª edición, 2001; págs. 498-499), podemos clasificar las leyes autonómicas en dos modelos:
1º) Comunidades que continúan, salvo ciertos matices, el esquema previsto en la Ley estatal, como es el caso de las leyes aprobadas por las siguientes Comunidades Autónomas, que resumimos en el siguiente cuadro:

Comunidad Autónoma	**Normativa sobre carreteras dictada**
-Principado de Asturias	Ley 13/1986, de 28 de noviembre, de Ordenación y Defensa de las Carreteras del Principado de Asturias.
-Castilla y León	Ley 2/1990, de 16 de marzo, Regulación de las Carreteras en la Comunidad de Castilla y León
-Murcia	Ley 9/1990, de 27 de agosto, Normas reguladoras de las Carreteras en la Región de Murcia.
-CASTILLA-LA MANCHA	Ley 9/1990, de 28 de diciembre, Normas reguladoras de las Carreteras y Caminos, modificada por Ley 7/2002, de 9 de mayo. Ley 9/2003, de 20 de marzo de vías pecuarias de Castilla-La Mancha
-La Rioja	Ley 2/1991, de 7 de marzo, Normas reguladoras de las carreteras de la Comunidad Autónoma de La Rioja.
-Canarias	Ley 2/1989, de 15 de febrero, Normas provisionales de carreteras y caminos para Canarias Ley 9/1991, de 8 de mayo, Normas reguladoras de las Carreteras de Canarias.
-Galicia	Ley 4/1994, de 14 de septiembre, Reguladora de las Carreteras de Galicia.
-Extremadura	Ley 7/1995, de 27 de abril. Norma reguladora de las Carreteras de la Comunidad de Extremadura.
-Aragón	Ley 8/1998, de 17 de diciembre, Normas reguladoras de las Carreteras de Aragón
-Madrid	Ley 3/1991, de 7 de marzo, Normas reguladoras de las Carrteras de la Comunidad Autónoma de Madrid; modificada por Ley 11/1997, de 28 de abril, en los aspectos relativos a la financiación y explotación de las carreteras, así como a la función de vigilancia y control. Modificada también por Ley 14/19978, de 9 de julio.

de las Entidades locales, quedan remitidas a lo dispuesto en la legislación local, debiendo tenerse en cuenta que el art. 25.1.d) de la LBRL[99] y la Orden Ministerial de 23 de julio de 2001, por la que se regula la entrega a los Ayuntamientos de tramos urbanos de la Red de Carreteras del Estado, consecuencia en gran parte del número de travesías urbanas que dejaron de ser carreteras.

Por ello, el nuevo sistema, trata de hacer más comprensible la red con un mínimo coste de implantación, y tiene unas normas a priori muy simples: La nomenclatura de las autopistas y autovías comenzará por la letra «A» sobre fondo azul, y podrá estar seguida de uno o dos dígitos, con las excepciones contempladas en el apartado 4. En los tramos de autopistas de peaje, la letra «A» irá acompañada de una letra «P» (AP). Las autovías

---

2º) Otro grupo de Comunidades Autónomas han decidido romper con el sistema recogido en la legislación estatal. En este grupo, podemos incluir a:

Comunidad Autónoma	**Normativa sobre carreteras dictada**
-País Vasco/ Euzkadi	Ley 2/1989, de 30 de mayo, reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco (modificada por Ley 2/1991, de 8 de noviembre).
-Illes Balears	Ley 5/1990, de 24 de mayo, Regulación de las carreteras de la comunidad autónoma de las Islas Baleares
-Comunidad de Madrid	Ley 3/1991, de 7 de marzo, modificada por Ley 11/1997, de 28 de abril
-Comunitat Valenciana	Ley 6/1991, de 27 de marzo, Regulación de las carreteras de la Comunidad de Valencia.
-Cataluña	Ley 16/1985, de 11 de julio, de Ordenación de las Carreteras de Cataluña. Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de regulación de Carreteras. Ley 14/1997, de 27 de diciembre, de creación del Servicio Catalán de Tráfico. Decreto 261/1999 por el cual se aprueba el sistema de codificación de la red de carreteras de Catalunya
-Cantabria	Ley 5/1996, de 17 de diciembre, regulación jurídica de Carreteras en Cantabria
-Comunidad Foral de Navarra	Ley foral 11/1986, de 10 de octubre, de Defensa de las Carreteras.

Estas leyes presentan diversas peculiaridades en la regulación de las limitaciones de propiedad (Madrid y Baleares) y posibilitan la recuperación por la Comunidad de las plusvalías generadas por las obras públicas en carreteras (caso de la Comunidad de Madrid). Las leyes de carreteras de Illes Balears, Madrid, Catalunya y Cantabria conciben los planes de carreteras como uno de los planes sectoriales incluidos en sus legislaciones sobre ordenación del territorio. Así, la Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de Carreteras de Catalunya, habilita a la Generalitat para delegar en los Consejos Comarcales la gestión de determinadas vías, pero manteniendo la titularidad única de la red (el tan usado sistema catalán de nacionalismo de puertas para afuera y centralismo de puertas para adentro). Por su parte, la Ley 11/1997, de 28 de abril, de modificación parcial de la Ley de Carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid introduce las nuevas modalidades de financiación y gestión de las carreteras.

99 El art. 25 de la LBRL, referido a las competencias del Municipio, atribuye a éstos la competencia para la conservación de los caminos y vías rurales. El art. 36.1 (en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local) hace lo mismo respecto a las provincias. No obstante, el contenido de ambos artículos remite a las leyes sectoriales, ya sean estatales o autonómicas, la definitiva configuración del cuadro competencial local en materia de carreteras. Por ello, en todas las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, la relación entre ambas Administraciones y la atribución a la Comunidad Autónoma de un poder de coordinación en esta materia son puntos decisivos de cada Ley autonómica de carreteras. BERMEJO VERA, José: *Derecho Administrativo. Parte especial*; Ed. Civitas; 5ª edición, 2001; pág. 502.

en los grandes ejes litorales en los que ya existe una nomenclatura consolidada para autopista y carretera convencional mantendrán las existentes, adecuando aquellas que sean precisas para la coherencia del sistema.

Los tramos urbanos y periurbanos se clasifican en las tipologías siguientes:

a) Accesos o penetraciones: se utilizará el código de la provincia o ciudad seguido de un máximo de dos dígitos numéricos y con fondo azul, para carreteras de doble calzada. Excepcionalmente, en las autopistas de peaje de acceso a Madrid se mantendrá la letra «R».
b) Circunvalaciones: se mantendrá el criterio actual, de acuerdo con la Instrucción 8.1-IC, es decir, código de la ciudad y dos dígitos, siendo el segundo el cero. Tipo M-30, SE-40, B-30.

Se mantienen los títulos de los actuales ejes (Mediterráneo, Cantábrico, de la Plata, etc.), y los ya asumidos que fueron sugeridos por las comarcas o zonas que atraviesan (Camino de Santiago, Duero, etc.)

Teniendo en cuenta los centenares de miles de carteles indicadores a modificar, los responsables del Ministerio de Fomento se han dado un plazo más que razonable, hasta el 31 de diciembre de 2005, para completar la tarea. Las tradicionales N de las autovías radiales han dejado paso a las A en una modificación que no plantea muchos problemas. Éstos llegan cuando se trata de vías que han cambiado tanto números como letras, como las mencionadas A-42 y M-11 o la prolongación de O´Donnell y la conexión con Vicálvaro (antigua N-100), que se han convertido en la M-22 y M-23 respectivamente.

Por parte del Ministerio de Fomento se ha tratado de crear una nueva nomenclatura que sirva también para el futuro. Aparte de las radiales de peaje, los usuarios tendrán que acostumbrarse a utilizar la M-12 (Eje Aeropuerto, también de pago), la M-13 (Eje este-oeste a Barajas), la M-14 (acceso al aeropuerto desde la R-2), la M-21 (variante de la carretera de Valencia) o la M-31 (eje sureste entre M-30 y M-40).

Dicho esto, esta es la nueva tabla de equivalencias entre la anterior y la nueva denominación.

Nombre actual y denominación	**Nombre anterior a 2003 y carreterra/s y tramo/s comprendidos**
A-1 "Autovía del Norte"	**N-I (Madrid-Burgos)**
AP-1 "Autopista del Norte"	**A-1 (Burgos-Armiñón)**
A-11 "Autovía del Duero"	N-122 (Soria-Portugal)
A-12 "Autovía del Camino de Santiago"	N-120 (límite de la Comunidad Navarra-Logroño-Burgos)
A-14	N-230 (Lleida-Francia)
A-15 "Autovía de Navarra"	N-111 y N-122 (Medinacelli-Soria y variante Ágreda).

AP-15 "Autopista de Navarra"	N-122 (Soria-Ágreda-Límite con la Comunidad de Navarra). El tramo Tudela-Pamplona pertenece a la Diputación Foral de Navarra. El tramo Pamplona-San Sebastián se conoce como "Autovía de Leizarán"
A-2 "Autovía del Nordeste"	**N-II (Madrid-Zaragoza, y Fraga-Barcelona-Frontera francesa)**
AP-2 "Autopista del Ebro"	**A-2 y N-II (Zaragoza-El Vendrell y Papiol-Molins de Rei)**
A-21	N-240 (Jaca-Límite de la Comunidad Foral de Navarra)
A-23 "Autovía del Mudéjar"	N-234 y N-330; Eje Sagunto- Zaragoza-Túnel de Somport
A-24	N-334 (Daroca-Calatayud)
A-26	N-260 (Figueres-Olot) y N-240 (Tarragona-Montblanc)
A-3 "Autovía del Este"	**N-III (Madrid-Valencia)/ Autovía de Valencia**
A-30 "Autovía de Murcia"[100]	N-301 (Albacete-Cartagena)
A-31 "Autovía de Alicante"	A-31 (Autovía de Levante), N-301, N-430 y N-330 (tramo Atalaya del Cañabate-Alicante)
A-32	N-332 (Linares-Albacete)
A-33	N-344 y N-430 (Cieza-La Font de la Figuera)
A-35	N-430 (tramo Almansa-Xàtiva)
AP-36 "Autopista de Levante"	N-301 (Ocaña-La Roda de Albacete); autopista de nueva construcción
AP-37 (Alicante-Cartagena)[101]	A-37 Autopista de nueva construcción[102]
A-4 "Autovía del Sur"	**N-IV (Madrid-Sevilla) "Autovía de Andalucía"**
AP-4 "Autopista del Sur"	**A-4 (Sevilla-Cádiz)**
A-40	N-400, N-403 y N-420 (Maqueda-Toledo-Teruel)
A-41	N-401 (tramo Ciudad Real-Puertollano)
AP-41 "Autopista de Andalucía"	(Madrid-Toledo-Ciudad Real-Córdoba). Autopista NO CONSTRUIDA, alternativa a la actual autovía de Toledo y al paso a Andalucía por Despeñaperros
A-42 "Autovía de Toledo"	N-401 (Madrid-Toledo)
A-43 "Autovía de Castilla-La Mancha"	N-430, N-420 y N-310 (Eje Lisboa-Valencia; tramo Mérida-Ciudad Real-Atalaya del Cañavate)
A-44 "Autovía de Sierra Nevada"	N-323 (Bailén-Motril) "Autovía de Granada"
A-45 "Autovía de Málaga"	N-331 (Córdoba-Málaga)
AP-46 "Autopista del Sol"	N-331 (Alto de las Pedrizas-Málaga)
A-47	N-433 (Sevilla- Frontera Portuguesa de Roral de la Frontera)
A-48 "Autovía Costa de la Luz"	N-340 (Cádiz-Algeciras)

100 Vid. ARABAOLAZA, Adelaida: "Autovía Albacete-Murcia A-30: Tramo: Nava de Campaña-Venta del olivo", en *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas,* Nº 340, 2001, Págs. 46-49. COLMENAR, Eloisa: "Fluidez y seguridad (Autopista A-37)", en *Revista del Ministerio de Fomento,* Nº 500, 2001, Págs. 21-24.

101 Vid. "Autopista A-37, Alicante-Cartagena", en *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas,* Nº 341, 2001, Págs. 60-62.

102 Abierta al tráfico el 6 de julio de 2001. La empresa adjudicataria es AUSUR-Autopistas del Sureste. De los 77 Km. de extensión total de esta autopista, 30 son libres de peaje. El tramo de peaje se inicia en Crevillente (Alicante). "Autopista A-37. Suplemento especial" en Diario *La Verdad,* sábado 4 de agosto de 2001.

A-49 "Autopista del Quinto Centenario"	A-49 (libre de peaje); Sevilla-Frontera portuguesa de Ayamonte[103]
A-5 "Autovía del Suroeste"	**N-V (Madrid-Badajoz-Frontera portuguesa)/ "Autovía de Extremadura"**
A-50	N-501 Ávila-Salamanca
A-51	N-110 Circunvalación de Ávila
AP-51	N-100 Ramal AP-6 – Ávila
A-52 "Autovía de las Rías Bajas"/ "Autostrada das Rias Baixas"	A-52 (Benavente-Vigo)
AP-53	N-525 (Santiago-Alto de Santo Domingo)
A-54	N-547 (Lugo-Santiago)
A-55	N-550 (Vigo-Tuy)
A-56	N-540 (Guntín-Ourense)
A-57	Autovía de nueva construcción, A Cañiza-Pontevedra
A-58	N-521 (Trujillo-Cáceres)
A-6 "Autovía del Noroeste"	**N-VI (Madrid-Villalba y Adanero-A Coruña)**
AP-6 "Autopista del Noroeste"	**A-6 Tramo Villalba-Adanero (Túnel de Guadarrama)**
A-60	N-601 Valladolid-León
AP-61	Ramal Autopista Segovia-AP-6 (autopista de nueva creación)
A-62 "Autovía de Castilla"	N-620 (Burgos-frontera portuguesa)
A-63	N-634 (Oviedo-La Espina)
A-64 "Autovía de la Sidra"	A-8 (Villaviciosa-Oviedo)
A-65	N-610 (Benavente-Palencia)
A-66 "Autovía Ruta de la Plata"	N-630 Gijón-Campomanes León-Sevilla
AP-66 "Autopista Ruta de la Plata"	A-66 Campomanes-León
A-67 "Autovía Cantabria-Meseta[104]"	N-611 y A-67 (Palencia-Santander)
A-68	N-232 (El Burgo de Ebro-Zaragoza. Variante de Fuentes de Ebro. Zaragoza-Figueruelas)
AP-68 "Autopista Vasco-Aragonesa"	N-232 (Bilbao-Zaragoza)
AP-69 "Autopista Dos Mares"	N-232 (Haro-Pancorbo) Autopista no construida, de conexión entre la A-1 en Pancorbo y la A-68 en Haro
A-7 "Autovía del Mediterráneo"/ "Autovia de la Mediterrània"	**A-7 (tramos libres de peaje) y N-340 (Barcelona-Algeciras)**
AP-7 "Autopista del Mediterráneo/ Autopista de la Mediterrània"	**A-7 y A-37 Frontera francesa (La Jonquera)-Puçol. Silla-Alicante. Crevillente-Cartagena-Vera. Málaga-Guadiario**
A-70 Circunvalación de Alicante	Autovía de nueva creación alternativa a la actual
AP-71	A-12/ N-120 (León-Astorga)
A-72	Autovía de nueva creación Monforte-Cantada

103 Vid. RONDA, Javier: "La tercera vía a Portugal: Finalizada la autovía Huelva-Ayamonte", en *Revista del Ministerio de Fomento*, Nº 503, 2002, Págs. 32-37.

104 Vid. VEGA-HAZAS GARCÍA-LAGO, Javier de la: "Inaugurado el tramo Torrelavega-Los Corrales de Buelna, de la autovía Cantabria-Meseta (A-67)" en: Rutas: *Revista de la Asociación Técnica de Carreteras*, Nº. 97, 2003, Págs. 17-20.

A-73	N-627 (Burgos-Aguilar de Campoo)
A-74	Autovía de nueva creación Almadén-enlace con la A-43
A-77 Acceso noroeste a Alicante	Tramo de nueva creación
A-78	N-340 (Elche-Crevillente)
A-79	N-340 (vía Parque Elche-Alicante)
A-8 "Autovía del Cantábrico"	**A-8, N-634 y N-632 (límite provincia de Vizcaya-Santander (Parbayón). Tollelavega (Zurita)-Gijón-Bahamonde)**[105]
AP-8 "Autopista del Cantábrico"	**A-8 Parballón-Zurita**
A-80 "Autovía del Sella"	N-634 y N-625 (Ribadesella-Cangas de Onís)
AP-9 "Autopista del Atlántico/ Autoestrada do Atlántico"	**A-9, N-550 y N-651 (A Coruña-Ferrol-Tuy-Frontera portuguesa)**
A-91	N-342 (límite provincia de granada en Vélez Rubio-Puerto Lumbreras, parte murciana de la "A-92 Norte andaluza")
A-92 Autovía autonómica andaluza	Sevilla-Almería
A-92 Norte Autovía autonómica andaluza	Ramal de la A-92 de Guadix al límite con la provincia de Murcia.

Bibliografía

ABEJÓN, Manuel: *El transporte en la sociedad actual*; Ed. Salvat; Col. Aula Abierta; Barcelona, julio de 1984; 64 págs.

ALARCÓN, Jaime: "El tramo III de la Autopista M-45 (Madrid)". En: *Cemento hormigón*, Nº. 846, 2003, Págs. 54-75

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (Coordinador): *Codi bàsic de dret públic de Catalunya*; Ed. Marcial Pons-Generalitat de Catalunya (Institut d'Estudis Autonòmics); Barcelona, 2000; 730 págs.

ALONSO LOGROÑO, Mª Pilar y PAZOS OTÓN, Miguel: "La funcionalidad de la Autopista del Atlántico (A-9) en la vertebración y desarrollo económico de Galicia", en *Ordenación del territorio, política regional, medio ambiente y urbanismo: Gijón (Asturias), 3 a 6 de julio de 2001*, Págs. 605-610

ÁLVAREZ BRAVO, José Benito: "Construcción de los Túneles de La Zorera: Autovía Mieres-Gijón. Tramo, enlace de Riaño-Intersección con la autopista A-8", en Revista *Ingeopres: Actualidad técnica de ingeniería civil, minería, geología y medio ambiente*, Nº. 115, 2003, Págs. 70-78

105 El tramo entre la Comunidad Autónoma Vasca y la frontera francesa revertió en 2003 a las respectivas Diputaciones Forales de Vizcaya y Guipúzcoa. En cuanto a la titularidad de la autopista A-8, la Sentencia del Tribunal Constitucional de1 de junio de 1998 señala que la A-8 seguirá sujeta a la potestad de las instituciones del Estado mientras no se modifique la red estatal de carreteras. Ello implica un serio revés y plantea un obstáculo jurídico que complica considerablemente la transferencia de la titularidad de esta infraestructura.

ÁLVAREZ HERRANZ, Agustín: "Las infraestructuras y el desarrollo", en *Castilla-La Mancha. Anuario Económico 2000*; Ed. Universidad de Castilla-la Mancha-Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha; Madrid, 2000; 345 págs.

Anuario Económico y Social de España 1977; Ed. Planeta; Madrid, 1977; 559 págs.

ARABAOLAZA, Adelaida: "Autovía Albacete-Murcia A-30: Tramo: Nava de Campaña-Venta del olivo", en *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas*, Nº 340, 2001, Págs. 46-49

"Autopista A-37, Alicante-Cartagena", en *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas*, Nº 341, 2001, Págs. 60-62

BAEZA OCHOA DE OCARIZ, Rodrigo: "Autopista eje aeropuerto", *en: Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos,* Nº. 3436, 2003, Págs. 75-81

COLMENAR, Eloisa: "Fluidez y seguridad (Autopista A-37)", en *Revista del Ministerio de Fomento*, Nº 500, 2001, Págs. 21-24

BERMEJO VERA, José: *Derecho Administrativo. Parte especial*; Ed. Civitas; 5ª edición, 2001; 1375 págs.

BLANCO BLANCO, José Ángel: "La autovía del Cantábrico: historia y presente de una vía de comunicación", en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Nº. 3438, 2003, Págs. 49-54.

DEL MORAL SÁNCHEZ, Antonio: "Ruta de La Plata: autovía León-Benavente", en *Cauce 2000: Revista de la ingeniería civil*, Nº. 119, 2003, Págs. 24-31

DELGADO PIQUERAS, Francisco: "Infraestructuras del transporte y las comunicaciones", en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Director): *Los Bienes Públicos (régimen jurídico)*; Ed. Tecnos; 1ª edición; Madrid, 1997; 330 págs.

DELGADO RODRÍGUEZ, María Jesús y RUIZ CÉSPEDES, Tomás: "Infraestructuras y vertebración del territorio en Castilla-la Mancha", en *Serie Estudios Regionales. Castilla-La Mancha*; Ed. Banco Bilbao-Vizcaya; Bilbao, 1996; págs. 135 a 142.

Directorio de Castilla-la Mancha 2003; Ed. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Toledo, 2003; 335 págs.

El Plan General de Carreteras. Realizaciones; Ed. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Madrid, 1993; 148 págs.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: "Notas sobre la financiación de la obra pública mediante el otorgamiento de concesiones de dominio público", en *Revista de Administración Pública*; nº 162, septiembre-diciembre de 2003; págs. 237 a 264.

GARRIDO CUENCA, Nuria María: "El régimen de las obras públicas, las carreteras y los transportes terrestres en Castilla-La Mancha", en *Derecho Administrativo autonómico de Castilla-la Mancha* (dirigido por Luis ORTEGA), págs. 543 a 573.

-Redes europeas, transporte y ferrocarril. Marco jurídico comunitario y aplicaciones al caso español; Col. European Public Law Series; Vol. XXV; Ed. Esperia Publications; Londres, 2003

GRACIA, Juan Antonio: "Aproximación al estudio de la autopista Bilbao-Behovia (1971-1979)", en Revista *Letras de Deusto*, Vol. 13, Nº 27, 1983, Págs. 187-194

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. "En torno a la Ley de Autopistas de peaje", en *Revista de Administración Pública,* nº 68, 1972.

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J. L.: "Urbanismo y carreteras. Breve sistematización", en *Revista de Derecho Urbanístico*; nº 131, 1993.

"Incidencia de la autovía", en**:** *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Nº. 3422, 2002, Pág. 5

"La Autovía del Mediterráneo a su paso por Málaga", en**:** *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas*, Nº 355, 2003, Pág. 52

"Los puentes de Piedrafita de la autovía del Noroeste (A-6), vencedores de la VIII edición del premio Puente de Alcántara", en: *Rutas: Revista de la Asociación Técnica de Carreteras*, Nº. 97, 2003, Pág. 79

MARTÍN MORA, Pepa: "Carreteras: Nuevas conexiones para el Noroeste: Abiertos los tramos de autopista Santiago-Silleda y León-Astorga", en *Revista del Ministerio de Fomento*, Nº 515, 2003, Págs. 44-48

-"Alarde de ingeniería: la autovía del Cantábrico cruza la ría de Villaviciosa con un moderno túnel que respeta el paisaje y la riqueza natural del entorno", en *Revista del Ministerio de Fomento*, Nº 517, 2003, Págs. 4-8

-"De Segovia a San Rafael en Autopista", en *Revista del Ministerio de Fomento*, Nº 518, 2003, Págs. 34-38

-Por autovía y por autopista: Un nuevo tramo de la autopista del sol y la nueva autovía del mediterráneo (N-340) facilitan la comunicación entre Málaga y el Campo de Gibraltar, En: *Revista del Ministerio de Fomento*, Nº 511, 2002, Págs. 13-18

MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción: *Carreteras. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990.

-Redes arteriales. Travesías, tramos urbanos y circunvalaciones, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991.

-"La prohibición de publicidad en las carreteras", en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, Vol. III; Ed. Civitas, Madrid, 1993.

-MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción: *Legislación sobre carreteras. Estudio sobre la evolución histórica de la normativa viaria*; Ed. Mc Graw Hill; Madrid, 2000; 1211 págs.

"Nueva autopista M-45: Concesión de obra pública, construcción, conservación y gestión del servicio público", en: Revista *Ingeniería civil*, Nº 125, 2002, Págs. 3-8

Nuevo Derecho de las Infraestructuras; Ed, Montecorvo; Madrid, 2001; 283 págs.

OLABARRÍA RUIZ, Francisco Javier De y MARÍN GONZÁLEZ, Eduardo: "Autopista A-51, Ávila-Villacastín", en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Nº. 3427, 2002, Págs. 75-82

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, Antonio Y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *Manual de Derecho Administrativo. 3ª edición corregida y puesta al día*; Ed. Ariel derecho; Barcelona, 1994; 909 págs.

PEMÁN GAVÍN, L.: "Sobre la regulación de las carreteras en el derecho español: una visión de conjunto", en *Revista de Administración Pública*; nº 129; 1992.

PIÑEIRO RODRÍGUEZ, Mª Belén: "Derechos de ocupación del dominio público y privado en el ámbito de las telecomunicaciones: Especial referencia al régimen aplicable a las entidades concesionarias de autopista", en *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, Año nº 5, Nº 13, 2002, Págs. 97-132

RODIÈRE, René y MERCADAL, Barthélémy: *Droit des transports terrestres et aériens* Ed. Dalloz; 5ª edición; País, 1989; 480 págs.

RONDA, Javier: "La tercera vía a Portugal: Finalizada la autovía Huelva-Ayamonte", en *Revista del Ministerio de Fomento*, Nº 503, 2002, Págs. 32-37

SERRANO MARTÍNEZ, José María: Accesibilidad territorial en España: autopista y autovías", en Revista *Papeles de geografía*, Nº 33, 2001, Págs. 133-158.

SERRATOSA, Albert y otros: *Les autopistes de peatge a Catalunya. Crònica d'una discriminació inacceptable*; Ed. Columna Assaig; Barcelona, 2000.

VEGA-HAZAS GARCÍA-LAGO, Javier de la: "Inaugurado el tramo Torrelavega-Los Corrales de Buelna, de la autovía Cantabria-Meseta (A-67)" en: *Rutas: Revista de la Asociación Técnica de Carreteras*, Nº. 97, 2003, Págs. 17-20.

XI Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo; Barcelona-Girona; 26, 27 y 28 de septiembre de 1996. Construcción y gestión de grandes infraestructuras públicas; Ed. Cedecs; Barcelona, 1998; 629 págs.

El Desarrollo de Infraestructuras para el Aprovechamiento de Bienes del Dominio Público: una visión desde el Derecho Minero venezolano

*Mauricio Rafael Pernía-Reyes**

I.- Introducción. II.- Aprovechamiento de bienes del dominio público y el desarrollo de infraestructuras asociadas. 2.1.- Las minas y los yacimientos mineros. 2.2.- Los yacimientos mineros como bienes del dominio público de la República. III.- La infraestructura productiva minera y el rol del Estado: ¿una actividad de fomento, de planificación o de gestión económica? 3.1.- La actividad administrativa. 3.2.- La actividad administrativa de fomento y las infraestructuras mineras. 3.2.1.- Técnicas jurídicas de fomento. 3.2.2.- Técnicas económicas de fomento. 3.3.- La actividad administrativa de planificación y la industria minera. 3.4 La actividad administrativa de gestión económica y las infraestructuras mineras. IV.- Caracterización de las infraestructuras mineras. 4.1.- Infraestructura para las actividades aguas arriba de la minería; 4.2.- Infraestructura para las actividades aguas abajo de la minería. 4.2.1.- El almacenamiento. 4.2.2.- El beneficio 4.2.3.- El Transporte. 4.2.4.- Comercio. 4.3. - Infraestructura adicional o prestacional de la minería. V. Conclusiones.

I. Introducción

El desarrollo de infraestructuras para la industria minera se constituye en un elemento estratégico que cobra importancia tanto en el propio sector extractivo como para la economía en general. Particularmente para muchos países latinoamericanos, el crecimiento significativo en el presente siglo, de las actividades de prospección geológica, campañas de exploración y de explotación de minerales propicia y requiere de la planificación para el establecimiento de infraestructuras mineras que, además de las correspondientes para las actividades investigativas, potencialmente darán ocasión, de conformidad con los resultados obtenidos en las actividades de búsqueda y certificación de yacimientos mineros, a ser cuantitativa y cualitativamente incrementadas en proporción a la medida, naturaleza y caracterización del proyecto de desarrollo minero.[1] Por ello, el

* *Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Profesor de Derecho Público de la Universidad Católica del Táchira. Especialización en Gerencia Pública por la Universidad Nacional Experimental del Táchira (en fase de tesis). Especialización en Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello (tercer trimestre). Diplomado en Derecho Administrativo y Laboral, Procuraduría General del Estado Mérida (Venezuela). Consultor Jurídico y representante judicial de empresas concesionarias de minas de carbón y roca fosfática (desde 2003). Ha participado como conferencista en congresos del sector minero.* perniareyes@gmail.com

1 Por ejemplo, en el año 2009 tanto Argentina, Colombia y México han visto crecer los compromisos para desarrollo de minería de la mano del capital extranjero, como lo muestra la inversión para el desarrollo del mineral de potasio por la empresa brasileña Vale do Rio Doce en la provincia argentina de Mendoza, que además de

rol de la gestión regional de la Administración pública, en el ejercicio de la actividad administrativa que tiene por finalidad la formulación, diseño, ejecución y seguimiento de las políticas públicas en materia minera, trasciende del papel desempeñado hasta ahora reducido la más de la veces a la fiscalización de actividades y a la recaudación de las cargas impositivas de los concesionarios.

En efecto, este renacer de las actividades extractivas en Latinoamérica pone de manifiesto la necesidad de que los gobiernos receptores de actuales y potenciales de inversiones para desarrollos mineros e industrialización, establezcan condiciones que permitan competir en la captación de recursos económicos, tecnológicos, humanos y de mercados -entendiendo este último como el tejido industrial doméstico así como de escala- con destino a elevar las condiciones de vida de sus habitantes, y particularmente de los pobladores del entorno minero, propendiendo a la corrección de las desigualdades y procurando evitar que la utilidad percibida con ocasión de la industria, se retenga y diluya en mecanismos macroeconómicos, y por el contrario, trascienda a las capas sociales adyacentes a las minas, haciendo uso de programas de responsabilidad social empresarial como producto del cumplimiento de ventajas especiales ofrecidas y aceptadas por el órgano del poder público concedente del yacimiento.

A cuenta de la industria extractiva, se destaca su capacidad para la instalación y desarrollo de infraestructuras con fines al desarrollo minero y otras de nivel externo como vías de gran capacidad o ferrocarriles, cuya característica principal es que puede ser compartida con particulares no asociados a la actividad. Por ello debemos distinguir las infraestructuras productivas de las denominadas sociales, entendiendo por las primeras las destinadas a la consolidación de las garantías prestacionales de las Administraciones públicas, tales como transporte, energía, telecomunicaciones, puertos o agua potable, que tienen impacto directo en la productividad del país, siendo las segundas las que aluden al levantamiento de obras y edificaciones destinadas a la enseñanza, las de carácter sanitario, culturales, es decir, aquellas que tienen impacto sobre el bienestar de la población. Esta distinción metodológica[2] nos permitirá concentrar la atención entre aquellas infraestructuras cuya instalación y uso solo tienen como fina-

---

la actividad extractiva, generará la construcción de infraestructura básica de 300 kilómetros de ferrocarril y una central portuaria en la Provincia de Buenos Aires; o la planeación de la construcción de un puerto con capacidad de exportación de hasta 20 millones de toneladas de carbón al año en Colombia a cargo de la minera MPX, subsidiaria energética del grupo brasileño EBX, mineral que tendrá como destino el mercado brasileño. En México conjuntamente con capital canadiense, se avanza en la reactivación para este año del aprovechamiento del oro y plata en el municipio de Indé, al norte del Estado de Durango, que prevé la creación de 500 empleos indirectos, según manifestó el alcalde del mismo, así como infraestructura vial y hospitalaria adicional. Igualmente Ecuador, Perú, Bolivia, Chile, Paraguay y Venezuela tienen importantes proyectos mineros que con mayor o menor intensidad tendrán como fuente de recursos económicos y tecnológicos la inversión extranjera, variando igualmente en el destino de los minerales explotados.

2 D´ Medina Eugenio, (2001) *"La privatización de infraestructuras de servicios públicos a través del sistema de concesiones"* Revista *Ius et Veritas* N° 22. Pontificia Universidad Católica del Perú.

lidad permitir el desarrollo de las actividades denominadas "aguas arriba"[3], que comprende, generalmente, la búsqueda y el procesamiento de información geológica para la obtención de datos destinados a la toma de decisiones oportunas sobre la rentabilidad y sostenimiento del proyecto minero[4], así como la propia explotación del yacimiento; de las correspondientes a la industrialización, separación, beneficio, transformación, transporte y comercialización de la sustancia mineral aprovechada. Estas últimas se les conoce igualmente como actividades "aguas abajo".[5]

Conviene tener en cuenta que la condición de bienes del dominio público le imprime una condición especial a los yacimientos mineros, por cuanto están fuera de la libre disposición de los particulares y del mercado, de tal suerte que mientras no se obtenga la habilitación administrativa correspondiente que permita la realización de las actividades mencionadas, no se dará inicio a las labores de exploración requeridas que, además, son a riesgo y ventura del potencial titular del derecho minero.[6] Estas condiciones soportan otras características que serán desarrolladas más adelante, como la necesidad de informar a la Administración Minera de los bienes con destino a la concesión, solicitar autorización para el ingreso o salida de maquinaria o para la instalación de obras permanentes, así como la conversión de los bienes al Estado en plena propiedad, libre de cargas y gravámenes, y sin mediar indemnización alguna, de conformidad con la legislación venezolana, entre otros factores que se desarrollaran *infra*.

Finalmente, para distinguir mejor los temas abordados, el presente trabajo se dividirá en cinco (5) secciones cuya denominación está de seguidas: (II) El aprovechamiento de bienes del dominio público y el desarrollo de infraestructuras asociadas; (III) La infraestructura productiva minera y el rol del Estado: ¿una actividad de fomento o de gestión económica?; (IV) caracterización de la infraestructura minera y, (V) Conclusiones.

---

3 Actividades aguas arriba (Upstream en inglés): Labores relacionadas con la exploración y que abarca, de conformidad con ciertas escuelas geológicas, a la obtención final de los datos del yacimiento, o la suma de la obtención de tales datos y de las autorizaciones gubernamentales requeridas para el inicio de actividades extractivas.

4 Ver Rivero Betancourt, Miguel, (2009) *"Breve estudio sobre la industria del gas natural en Venezuela"*. Derecho y Sociedad N° 8 Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila (Venezuela).

5 Actividades aguas abajo: (Downstream, en inglés): operaciones de valor agregado aplicadas al mineral una vez explotado, con el fin de adaptarlo como insumo para otras industrias, o para su comercialización nacional o internacional. Comprende igualmente el almacenamiento, transporte interno, clasificación, entre otras labores.

6 Para Araujo-Juárez, José (2009) la doctrina entiende por título habilitante en sentido amplio *"la técnica jurídico-administrativa a través de la cual se invierte en el caso concreto* (ad causam)*, una prohibición preexistente y relativa al ejercicio de los derechos de los particulares."* En Revista Tachirense de Derecho N° 20 de la Universidad Católica del Táchira, p. 181. Igualmente señala el autor que con el título habilitante se materializa la intervención administrativa en la realización de una actividad por parte de los particulares.

II. Aprovechamiento de bienes del dominio público y el desarrollo de infraestructuras asociadas

En la historia contemporánea, el aprovechamiento de bienes del dominio público y particularmente los constituidos por recursos naturales energéticos[7] han contribuido, tanto desde la perspectiva económica como política, al desarrollo industrial de países o regiones. Concretamente, el Tratado de París de 1952, conocido como la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, ratifica el rol de los recursos minerales en el desarrollo de infraestructuras dirigidas al desarrollo y crecimiento económico y como, por el contrario, el no tener acceso a tales recursos puede condicionar severamente la consolidación de infraestructura nacional o comunitaria.

En efecto, aún cuando para la Segunda Guerra Mundial, la zona carbonífera de Ruhr, Alemania contribuyó decisivamente como fuerza productiva para la manufactura de maquinaria bélica por parte de ese país, llegando a considerar los aliados válidamente que el carbón alemán favoreció significativamente al poderío militar de Hitler[8], sin embargo, una vez terminada la guerra, este recurso natural contribuyó, al mismo tiempo, al desarrollo industrial de los países signatarios del mencionado tratado, por medio del control internacional de los yacimientos carboníferos, con destino a la utilización masiva de mano de obra, así como de insumo básico para la industria del acero, generando la instalación de industrias siderúrgicas, y la correspondiente implementación de infraestructura asociada, permitiendo que se le considere como una de las zonas industriales más importantes del mundo y en torno al valle de Ruhr se han desarrollado importantes centros urbanos que se diversificaron económicamente del carbón y el acero, pero que se levantaron con ocasión de este mineral y del hierro de la mencionada área.

Resultan de interés estas consideraciones iniciales por cuanto ello muestra la trascendencia de determinados recursos naturales mineros en el desarrollo de la planificación con fines industriales y, en consecuencia, de infraestructura. Vale agregar que Comuni-

7 Barrueta Romero, Germán (2007) comenta al respecto que el concepto de recursos naturales no presenta dificultades desde una perspectiva económica, puesto que se define como aquellos *"factores utilizados en la producción de bienes que la naturaleza ofrece directamente sin necesidad de un proceso productivo previo para su utilización"*. Véase su trabajo *"Marco constitucional del régimen jurídico de la energía en México. Aspectos comparados entre México y Venezuela."* En *"Derecho Administrativo Iberoamericano" 100 autores en homenaje al postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Vol., III, Caracas Paredes Libros Jurídicos. No obstante, señala el mismo autor, desde el punto de vista jurídico es más complejo por cuanto la legislación reconoce que son bienes susceptibles de ser aprovechados por el hombre, también el Derecho positivo les otorga en muchos casos la característica de bienes del dominio público, y en consecuencia *"estos pasan a constituir parte del patrimonio nacional y quedan sujetos al régimen de dominio público…"* Ob. Cit. p. 1938

8 Véase Torres Espinoza, Eduardo (2008) *"La Comunidad Europea del Carbón y el Acero. Un exitoso y aún inacabado experimento institucional"* en Anuario Mexicano de Derecho Internacional; mes 1° N° 8.

dad Europea del Carbón y del Acero se le considera la precursora de la Unión Europea y que se ha llegado a afirmar que ésta no podría entenderse sin aquella.[9]

Dicho lo anterior, conviene a los fines de este trabajo, tratar en términos generales lo referente a las minas, los yacimientos mineros así, como los efectos de la declaratoria de estos por el ordenamiento jurídico venezolano.

2.1. Las minas y los yacimientos mineros

Las minas, de conformidad con el Código Civil Venezolano[10] constituyen bienes inmuebles por su naturaleza. En efecto, el encabezamiento del artículo 527 del mencionado código señala: *"Son inmuebles por su naturaleza: Los terrenos, las minas, los edificios y, en general, toda construcción adherida de modo permanente a la tierra o que sea parte de un edificio."*

La palabra "mina", por su parte, comenta Ochoa[11], tiene diversos significados de los cuales se pueden destacar: a) la denominación que reciben los criaderos, masas de sustancias minerales que son objeto de concesión y de la industria (yacimientos); b) también se denomina con la palabra mina a la concesión y a la propiedad minera en sí misma considerada; c) igualmente recibe esta denominación la propia explotación o conjunto de trabajos organizados y realizados para la extracción de las sustancias en los criaderos; d) se llama mina a las excavaciones mismas, apertura de frentes de explotación para la construcción de galerías para la circulación de aire, personas, maquinarias y equipos, y por la cual se trasladarán a la superficie el mineral extraído. Concluye el autor mencionado citando al Dr. Ezequiel Monsalve Casado para quien, en términos jurídicos se entiende por mina *"las acumulaciones inorgánicas u orgánicas industrialmente útiles y comercialmente explotables que, en cualquier forma de yacimiento se encuentran en el interior o en la superficie de la tierra".*[12]

De la anterior definición interesan al presente trabajo los siguientes aspectos, a saber: a) la sustancia mineral del yacimiento, esto es, las acumulaciones inorgánicas u orgánicas, deben tener valor y utilidad industrial, de tal suerte que su extracción de la mina, como bien inmueble hasta la presentación del mineral como bien mueble objeto de comercio, debe reportarle provecho a diversas industrias, y ser de utilidad económica al explotador que justifique la realización de tales labores; b) culminada la etapa de exploración, se obtienen los datos e información relativa a la disposición del mineral en las formaciones geológicas analizadas, así como las reservas[13] las calidades, y se puede

9 Ídem *Ob. Cit.* p. 740

10 Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 2.990 Extraordinario, del 26 de julio de 1982.

11 Ochoa, Oscar (2008) *"Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II"*. Publicaciones UCAB, pp. 36 y37.

12 *Op. Cit.* p. 37.

13 Las reservas generalmente se discriminan del siguiente modo: Reservas probadas, reservas probables o reservas inferidas. Las probadas son aquellas sobre las cuales los datos de la exploración dan cuenta de las cantidades y calidades de mineral explotable del yacimiento. Son las probables aquellas, sobre las cuales, los estudios bien por su insuficiencia o por la naturaleza del yacimiento, no permiten arribar a conclusiones sobre la caracte-

proyectar el modo de explotación. Lo relevante es que en esta etapa se conocen los costos de la inversión con destino a la mina y se determina si es económica o comercialmente explotable, estando en cabeza del promotor minero decidir, de conformidad con determinadas variables, la conveniencia de su explotación, sobre la base de considerar los costos, riesgos y beneficios del emprendimiento, y c) la disposición del mineral[14] condicionará el método de explotación[15] determinando si esta será a cielo abierto[16] o subterránea[17], si se usarán explosivos para la remoción de capa vegetal y material estéril, o por el contrario se realizan excavaciones mediante maquinaria diseñada a tales efectos.

Los yacimientos mineros constituyen, por su parte, la unidad natural de sustancias inorgánicas que forman masas más o menos homogéneas, aprovechables económicamente[18]. Se diferencia de la mina según la perspectiva funcional o de política de Estado[19] en el cual se ubiquen los mismos, V. gr. la Constitución venezolana de 1999 dispone en su artículo 12 que los yacimientos de hidrocarburos y mineros, indiferentemente de su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. A su vez, la Ley de Minas[20] en su artículo 2° ratifica tal carácter, pero incorporando al concepto de

---

rización cualitativa o cuantitativa de los minerales depositados. Por otra parte, las inferidas son aquellas que se obtienen de la interpolación de diversos puntos de las mallas de perforación, y sobre cálculos aritméticos, para interpretar las cantidades del mineral que probablemente estén en el yacimiento. Igualmente existe un área denominada "Reservas Económicamente Explotables" que representa a los depósitos que cuentan con una adecuada concentración de un determinado mineral y, tienen una infraestructura y tecnología requeridas para emprender una explotación económicamente viable. En contraste, se denominan "Reservas Marginales" los cuales representan a los yacimientos que tienen la concentración del mineral requerida, pero no cuentan con la infraestructura o tecnología adecuada para su aprovechamiento. Cfr. Poveda, Paola (1998) *"Propuesta jurídica para la industrialización de la minería"* Tesis para optar al título de Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

14 En efecto, las presentaciones de los minerales se han clasificado así: minas de veta, de aluvión o de manto. Las primeras son las masas de mineral que rellenan una quiebra de las rocas, las segundas son aquellas constituidas por minerales sueltos o fragmentos de minerales arrastrados por las corrientes de las aguas o por movimientos terrestres y que por ello se encuentran en lugares distintos a su formación original; y las terceras son las capas de mineral poco espesas y casi horizontales. Cfr. González-Berti, Luís (1969) *"Compendio de Derecho Minero Venezolano"*, Catalano Edmundo (1999) *"Curso de Derecho Minero"*. Editorial Zavalia. Buenos Aires, Argentina.

15 Catalano Edmundo (1999) señala que *"La elección de un buen sistema de explotación es un punto de suma importancia y puede determinar el éxito o fracaso de la empresa." Ob. Cit* p. 14.

16 Se denomina así al método extractivo que se realiza en la superficie, por estar dispuesto el mineral a poca profundidad, o porque razones de la estructura del mineral, no permite el desarrollo de túneles para su explotación.

17 La minería es subterránea cuando la extracción del mineral se realiza mediante túneles, galerías, pozos y/o chimeneas.

18 Ver González-Berti, Luís *Ob. Cit.*

19 Al respecto Mommer, Bernard (2003) en su obra *"Petróleo global y estado nacional"* señala: "La cuestión de la propiedad de los recursos naturales y sus relación con los precios es definitivamente una cuestión política y no económica. Corresponde a los diseñadores de políticas –sean estos representantes de los consumidores, de las compañías productoras o de los dueños de tierra- escoger el modelo económico que mejor les convenga para luego interpretarlo a su conveniencia." Oxford Institute for Energy Studies-Comala.com. Caracas.

20 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 5.382 Extraordinario, del 28 de septiembre de 1999.

yacimiento el de mina. Ello es así por cuanto la ley especial en la materia desciende a niveles de detalle funcionales, en el entendido de que toda concesión tiene una extensión determinada que abarca sectores de un yacimiento minero pero no la totalidad del mismo, sino como unidad parcelaria. Respecto de lo concerniente a la categoría de bien del dominio público de los yacimientos mineros, trataremos en el siguiente punto.

2.2. Los yacimientos mineros como bienes del dominio público de la República

El constituyente venezolano de 1999 eleva a rango constitucional la declaratoria de bienes del dominio público sobre los yacimientos mineros y de hidrocarburos. Tal categoría de bienes demaniales les da el carácter de inalienables e imprescriptibles pudiendo ser objeto de reserva al Estado, bien sea absoluta o relativa. Para el caso de los yacimientos mineros esta reserva es relativa y así lo ha establecido el artículo 7° de la Ley de Minas, el cual señala que:

> *La exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros sólo podrá hacerse mediante las siguientes modalidades: a) Directamente por el Ejecutivo Nacional; b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación; c) Autorizaciones de Explotación para el ejercicio de la Pequeña Minería; d) Mancomunidades Mineras; y, e) Minería Artesanal.*

Por tanto, si bien el Ejecutivo Nacional puede realizar las actividades de exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos mineros de modo directo a través del órgano con competencia por la materia, también puede hacerlo mediante la concurrencia de particulares, por medio de concesiones y autorizaciones de naturaleza contractual pública en el primer caso y de acto administrativo en el segundo. Estos medios de intervención administrativa demuestran que las minas y sus yacimientos constituyen un derecho de propiedad que corresponde al Estado, y que cuenta con un régimen jurídico exorbitante del Derecho Civil por razones de interés general.[21]

En este sentido, conviene caracterizar esta propiedad administrativa[22], por cuanto ello condiciona el modo, tiempo y lugar, así como las consecuencias de las inversiones en infraestructura a cargo del encargado de las labores mineras. En efecto, al ser declarados los yacimientos mineros como bienes demaniales, deben considerarse los aspectos relacionados con el régimen institucional con competencia en la materia minera, parti-

21 Ver Bocanegra, Raúl y otros (1999) *"Lecciones de Dominio Público"* Editorial Colex, Madrid.

22 Véase González García, Julio (1998) *"La titularidad de los bienes del dominio público"*. Editorial Marcial Pons. Madrid.

cularmente su estructura y caracterización, puesto que estos son quienes tienen la administración de los bienes mineros de la República.

Así, de conformidad con el artículo 12 del Decreto sobre organización y funcionamiento de la administración pública nacional[23], se atribuye al Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería (en adelante Mppibam) las competencias sobre la regulación, formulación, planificación y el seguimiento de las políticas del Ejecutivo Nacional en materia de industrias básicas y minería. Es este ministerio ante el cual se solicitan las concesiones y autorización de minerales nacionales, entendiendo por tales, aquellos que no han sido producto de descentralización a los Estados federados de la República. Por su parte, la Ley de Minas venezolana (1999) crea el Instituto Nacional de Geología y Minería el cual, según la exposición de motivos de esta ley, funciona como centro de información básica nacional, así como de acopio y divulgación de datos técnico-científicos sobre geología, recursos minerales, para el desarrollo de planes mineros.

El régimen jurídico de las concesiones facultativas aplicable en Venezuela, tiene como característica la de ser un derecho real inmueble a favor del concesionario, por lo cual, este tiene el derecho de enajenarlo, gravarlo, arrendarlo, sub-arrendarlo, sub-contratar la explotaciones. No obstante, para el ejercicio de tales derechos debe solicitar una autorización previa, que funciona como un mecanismo de intervención administrativa *"para permitirle ejercer su derecho mediante la remoción administrativa de los obstáculos legales establecidos para ello, precisamente otorgando una autorización, un permiso o una aprobación."*[24]

Esta intervención administrativa prevista en la Ley de Minas de 1999 tiene por objeto comprobar si efectivamente el concesionario demuestra que la operación cuya autorización solicita, se hace para el eficiente desarrollo del plan minero. Por ello si el concesionario no logra demostrar tal hecho o, ha dejado de realizar las inversiones previas requeridas para la presentación del programa de desarrollo y explotación, el Mppibam no autorizará la negociación objeto de la solicitud. Conviene detenernos en este punto por cuanto la doctrina discute si esta autorización es de carácter reglado o es discrecional.

En efecto, la norma contenida en el artículo 29 de la Ley de Minas no es precisa sobre el carácter reglado o discrecional de la autorización administrativa, y en este sentido, cierto sector de la doctrina que trata sobre los bienes del dominio público no comparte la interpretación según la cual, como derecho real inmueble del particular con ocasión de la concesión, la Administración debe circunscribirse a la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos para el negocio jurídico propuesto para responder si, efectivamente, cumple el peticionante con lo señalado, de tal suerte que de llenar los extremos de ley, este logra la remoción del obstáculo legal, o por el contrario, la insuficiencia en

23 Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 39. 202 del 17 de junio de 2007.

24 Brewer-Carías, Allan (2004) *"VII jornadas internacionales de derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías" El principio de la legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica"*. p. 51 Caracas.

la carga procedimental de presentación documental o demostración de hechos, aquella mantiene el mencionado obstáculo, siéndole vedados al órgano concedente, la valoración de la oportunidad, mérito y conveniencia para otorgar el permiso solicitado.

Así que la particular naturaleza del negocio propuesto por el concesionario requiere considerar esta autorización en su configuración tradicional. Nótese que, la Ley de Minas, a diferencia de la Ley de Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela[25], no señala el tipo de negocios en la industria minera. En efecto, la Ley de Hidrocarburos Gaseosos contempla las siguientes actividades en la denominada *"cadena comercial del gas"*[26]: a) las exploraciones y explotaciones de gas no asociado[27], las cuales pueden ser ejercidas directamente por el Estado a través de empresas de su propiedad, actuando individualmente o en asociación con actores e inversionistas del sector privado nacional y/o extranjero. La infraestructura levantada para estas labores está sujeta al derecho de reversión al Estado; b) el procesamiento y refinación del gas, puede el inversionista privado nacional o extranjero dedicarse individualmente o solicitar asociación con el Estado, ofreciendo ventajas especiales a la República, permitiendo incluso el arbitraje de las relaciones, y los activos operativos no entran en proceso de reversión al finalizarse el lapso del permiso o cuando este sea revocado y, c) el almacenamiento, transporte y distribución del gas, lo cual tiene el carácter de servicio público, en razón de lo cual sólo puede ser interrumpido en casos excepcionales. Las actividades equivalentes en la industria minera, como se verá más adelante, constituyen labores auxiliares o conexas y no negocios mineros consiguientes.

De este modo, el concesionario de minas tiene, por la categorización como derecho real inmueble que comporta el título minero, un catálogo ampliado de negocios jurídicos diversos que en los permisos otorgados en materia de gas no están presentes, de tal suerte que el legislador no contempló sino aquellas operaciones que la legislación civil tipifica, para estos derechos. El Dr. Rafael Fernández Acevedo señaló en su trabajo "*Las concesiones demaniales en el tráfico jurídico-privado*"[28] sobre la emisión de autorizaciones administrativas sobre bienes del dominio público, que:

> *En efecto, la intervención administrativa no se ciñe a la mera verificación o constatación mecánica del cumplimiento de determinados requisitos administrativos impuestos por la norma aplicable, sino que alcanza a la valoración de los intereses públicos implicados, como, por ejemplo, las eventuales consecuencias negativas que para la integridad del demanio puedan derivarse.* (p. 393).

25 Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.793 del 23 septiembre de 1999.

26 Ver Rivero Betancourt, Miguel, (2009) *Ob. Cit.* p. 24

27 Se denomina así al gas cuya ubicación no está vinculada a depósitos de petróleo y, por tanto, no requiere de la explotación de este para su producción. También llamado gas libre.

28 Ver "*Dominio Público naturaleza y régimen de los bienes público*" (2009) VV.AA. Editorial Heliasta. Buenos Aires.

No obstante, además de las razones derivadas de la declaración de derecho real, el legislador considera a los negocios jurídicos derivados de este derecho, como distintos de las actividades auxiliares y conexas de la minería. Así, en su artículo 86 la Ley de Minas discrimina estas últimas del siguiente modo, a saber: almacenamiento, tenencia, beneficio, transporte, circulación y comercio, agregando que, cuando estas son prestadas a terceros como actividad lucrativa, revisten el carácter de servicio público[29]. Tal distinción cobra sentido al concatenar lo anterior con la tradicional atribución del carácter civil a las sociedades que se constituyen con ocasión de la realización de actividades mineras, aún cuando deban sus socios proceder a inscribirse por ante los despachos de Registros Mercantiles, denominándose según la doctrina como "*sociedades mercantiles por su forma*"[30].

Lo desarrollado *supra* permite distinguir dos niveles de actividades relacionadas con el emprendimiento minero: en primer lugar, aquel que se dedique a la exploración y explotación de yacimientos mineros y trabaja de modo directo con las sustancias minerales objeto del demanio público, es decir, el acento de sus labores está en la relación directa con el mineral y con las facultades derivadas del interés general y de utilidad pública de esta actividad –facultad de constituir ocupaciones, servidumbres o de expropiación de terrenos privados- requiere inexorablemente del otorgamiento de una concesión que le otorgue tales derechos. En segundo lugar para las actividades conexas y auxiliares que tienen por objeto no el yacimiento como bien inmueble público del Estado, sino el mineral como bien mueble objeto de comercio en boca de mina, no se debe obtener un título jurídico que le habilite, bastándole al interesado con participar a la Administración Minera Nacional de su constitución, de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Minas[31], y ofertar sus servicios a los titulares de derechos mineros.

Todo lo anterior se produce en un contexto en el cual, diversas industrias que tienen por objeto recursos naturales, intentan generar opciones de negocios en las distintas etapas que comprende el aprovechamiento de estos bienes. No obstante, varía notablemente el modo de acceder a determinados procesos en proporción a la titularidad del bien en particular y, luego, determinada la titularidad, al modo por el cual se permita su explotación.

---

29 Artículo 87 de la Ley de Minas.

30 Ver Hung Vaillant, Francisco, (2007) *"Derecho Civil I"* 3° Edición. Vadell Hermanos Editores Caracas.

31 Barrueta Romero, Germán (2007) señala sobre esta diferencia: "*Conviene destacar que el derecho de explotar que otorga la concesión se refiere únicamente al derecho de extraer y apropiar lo extraído, pero no es el derecho a lo que no se ha extraído y apropiado. Es decir: 'el derecho a apropiarse los minerales cuando se extraigan, es el derecho de propiedad futura sobre un bien mueble'. Cfr. Ob Cit.* p.1940. No obstante, resulta conveniente dejar sentado que el Derecho positivo puede conceptuarlo de un modo preciso. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Recursos Naturales de la República del Perú señala respecto de este punto en su artículo 23, primer aparte que: *"La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia la propiedad de los frutos o productos a extraerse"*.

Por ello, resulta relevante entonces señalar que, sobre la industria minera se distingue su condición de industria dinamizante en la creación de infraestructura productiva y, que además soporta la elaboración de nuevas sub-categorías como aquellas infraestructuras derivadas de las actividades que recaen sobre el demanio público, es decir, la infraestructura levantada con ocasión de la exploración y explotación del yacimiento, y otras que derivan de la incursión de particulares en la realización de actividades auxiliares o conexas de la minería, tales como el almacenamiento (patios de acopio, carga y descarga), transporte fijo[32] o móvil[33], beneficio (industrialización, molienda, lavado, clasificación entre otras) y comercio interno o externo. En el próximo capítulo se tratará con mayor detalle este punto, asociándolo con el rol de Estado en el fomento de la competitividad para la captación de inversiones.

III. La infraestructura productiva minera y el rol del Estado: ¿una actividad de fomento, de planificación o de gestión económica?

En el capítulo anterior se trató la distinción entre las infraestructuras productivas y las sociales. Por otra parte, se catalogó la industria minera como fuente de infraestructura productiva, sub-clasificándola a su vez participación en aquellas infraestructuras derivadas de las labores vinculadas con el demanio público, esto es, las derivadas de la exploración y explotación, de las infraestructuras que tienen su origen en la libre intervención en el negocio minero de los particulares que, ya no requieren de solicitar una concesión, sino que solo están en la obligación de participar su constitución al ministerio competente del ramo minero y otras obligaciones consiguientes como el envío de información mensual a las inspectorías regionales de minas, adscritas al Ejecutivo Nacional, sobre sus actividades relacionadas con los minerales.

Corresponde entonces en el presente capítulo abordar en términos generales lo referente a las actividades administrativas de fomento, planificación y de gestión económica como ejercicio representativo del poder político para la satisfacción de necesidades de importancia colectiva[34] y su vinculación directa con la industria minera, haciendo uso de determinada información comparada del negocio minero en países latinoamericanos, así como la legislación en la materia.

32 En muchas industrias extractivas el mineral puede ser movilizado de la boca de mina o del patio inicial por medio de bandas transportadoras, entendiendo por tales el mecanismo mediante el cual, correas de caucho dispuestas en un eje, movilizan el mineral de un punto a otro, bien sea con la finalidad de ubicarlo en un centro industrial o a disposición de maquinaria de carga en vehículos para su despacho. En esta categoría se incluyen los mineraloductos.

33 Es el realizado mediante vehículos tales como camiones o vagones de tren.

34 Véase D´ Medina Eugenio, *Ob. Cit.* p. 89

3.1. La actividad administrativa

Como la doctrina lo ha señalado, el principio constitucionalizado según el cual, la Administración pública sirve a los intereses generales le otorga un carácter fundamentalmente instrumental. De tal suerte, a esta actividad administrativa de satisfacer a la comunidad, se le ha denominado como función o actividad funcionalizada,[35] entendiendo por función en sentido jurídico *"como la actividad destinada a la tutela o cuidado de intereses ajenos, relevante en su globalidad, desarrollada normalmente mediante un determinado procedimiento, y sujeta a ciertos métodos de control"*[36]. Por su parte, para conocer sobre las formas para la realización de la actividad o función administrativa, nos decantamos por la clasificación moderna, producto de las transformaciones en el rol del Estado, y que la discrimina del siguiente modo: a) función de regulación; b) función de fomento; c) función de prestación, de garantía prestacional o de servicio público; d) función de gestión económica; e) función de planificación y, f) función arbitral.[37]

Para el presente trabajo destacaremos las funciones administrativas de fomento, de planificación y de gestión económica así como su vinculación y la verificación de su impacto en el desarrollo de actividades mineras y de sus infraestructuras.

3.2. La actividad administrativa de fomento y las infraestructuras mineras

Tal y como lo señaló el profesor Jean Rivero[38] sobre las formas de acción administrativa, la distinción tradicional que la distingue entre las actividades de policía y de servicio público, debía ser completada y matizada. Surge entonces por parte de la doctrina ibérica la configuración de un nuevo tipo clasificatorio, que le da contenido a aquellas actividades que resultan en estímulo a los particulares sobre áreas de interés común entre estos y la Administración pública. No obstante, a diferencia de la doctrina española que dedica análisis más profundos sobre la actividad de fomento, la doctrina francesa o italiana la incluye como categoría de actos concesorios.[39] Es en la actividad de fomento el área de

35 Al respecto, Jornada de Pozas, en su conocido artículo de 1951 llamado *"El Problema de los fines de la actividad administrativa"* citado por Araujo-Juárez (2003) en su obra *"Manual de Derecho de los servicios públicos"* señala que: *"en el planteamiento acostumbrado de los fines administrativos suele hacerse referencia a los fines del Estado. Si se parte de la división de poderes, los fines administrativos serán los del Poder Ejecutivo; si de la división de funciones, los de la actividad administrativa."* Ob. Cit. p. 22

36 Peña Solís, José (2003) *"Manual de Derecho Administrativo"* Vol. III Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.

37 Araujo-Juárez, José, (2007) *"Derecho Administrativo parte general"* Ediciones Paredes. Caracas.

38 Rivero, Jean (1984) *"Derecho Administrativo"* traducción a la 9ª edición en francés. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas.

39 Peña Solís, José. *Ob. Cit.* p. 240

acción en la cual la Administración se despoja de su carácter de coactivo, de orden y sometimiento a los particulares, y pretende influir en ámbitos sociales o económicos que contribuyan a imprimirle mayor dinamismo a esas esferas y redunden en beneficios al colectivo.

Respecto de las clases de técnicas de fomento, las más usuales y estudiadas corresponden a las siguiente: a) aquellas que otorgan títulos honoríficos o reconocimientos; b) las técnicas de carácter jurídico; c) técnicas económicas. Nos detendremos en las técnicas de carácter jurídico y económico con el fin de reconocer si la legislación venezolana en materia minera contempla alguna de estas técnicas para la industria.

3.2.1. Técnicas jurídicas de fomento

Las técnicas jurídicas de fomento se caracterizan por otorgar o conferir condiciones y privilegios jurídicos al particular para disuadirlo positivamente en dar inicio a cierta actividad o acción. La doctrina afirma que la ventaja que comporta este tipo de medidas radica en su economía. En efecto, dado que no requiere de la erogación a partidas presupuestarias del Estado, puede incidir en innumerable número de casos, siempre y cuando estén vinculadas con el interés general y sea por cauces jurídicos previstos con anterioridad. Por otra parte se critica de este técnica es precisamente su amplitud de áreas de trabajo demanda de labores legislativas fatigosas y, además, tales medidas pueden resultar intrínsecamente contrarias a las normas de rango constitucional que consagran y garantizan la igualdad ante la Ley.

Por su parte, la Ley de Minas, partiendo del carácter de demanio público de las minas y yacimientos mineros, declara que toda la materia regida por la ley, esto es, la exploración, explotación, beneficio, almacenamiento, tenencia, circulación transporte y comercialización interna y externa de las sustancias extraídas[40] es de utilidad pública.[41] Esta declaración tradicional en nuestro Derecho Minero, así como en la legislación comparada en la materia[42], supone que la industria tiene facultades que comportan la *"modalidad maximalista de la categoría interés público"*[43], de tal suerte que el concesionario de minas ostenta las facultades que le son propias al Estado, a los fines de expropiar bienes con fines a la mina, si no logra convenir con el propietario de los mismos. Esta facultad delegada incluso se ha producido, mediante la planificación de la ordenación del territorio, mediante la declaración de reserva de ciertas áreas a las actividades mineras de determinados minerales, por su carácter estratégico y condiciones geológicas, facultando

40 Artículo 1° de la Ley de Minas.

41 Artículo 3 de la Ley de Minas.

42 El artículo 13 del Código de Minas de la República de Colombia señala que: *"En desarrollo del artículo 68 de la Constitución Política, declárase* (sic.) *de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases."* (subrayado añadido).

43 Meier, Henrique, (2003) *"El Derecho Ambiental y el Nuevo Milenio."* Caracas. Ediciones Homero. P.144.

a los concesionarios a proceder a las negociaciones y expropiaciones totales o parciales sobre determinados inmuebles ubicados en las áreas declaradas con interés para la industria minera.

Ello muestra la imbricación de ciertos postulados de la norma positiva y su aplicación ejecutiva, otorgando legitimidad al ordenamiento jurídico. Así el industrial minero venido en concesionario, puede ejercer actividades que en otras áreas de la economía le estaría vedados y, por el contrario, se consideran como prácticas desleales que lesionan el derecho de igualdad de oportunidades que debe operar en el mercado. Esto facilita la instauración de infraestructura en la medida que tales ventajas provenientes de la ley, signifiquen el acortamiento de los tiempos programados para el proyecto de instalación de caminos, campamentos, talleres, entre otras infraestructura derivada de la minería.

3.2.2. Técnicas económicas de fomento

Estas componen la modalidad fundamental de fomento. En efecto, contrario a las técnicas jurídicas, aquí el Estado dispensa del pago obligatorio de ciertos tributos al particular o éste recibe bienes patrimoniales para su aprovechamiento, así como la transferencia de recursos al patrimonio particular o la exoneración o exención de deberes tributarios. La doctrina resalta la importancia de la presente técnica, incluso llegando a afirmar que representan la única modalidad de fomento que la Administración pública puede operar. Para distinguir las facetas que puede presentar esta técnica, Jornada de Pozas[44] propuso la categorización entre a) técnicas de fomento reales, las cuales operan en el caso que se le entregue al particular bienes de propiedad pública y, b) las técnicas de fomento patrimoniales, en los tipos mencionados de suministro de fondos de contenido público al privado, o en la eliminación de determinados cumplimientos fiscales.

Así, la Ley de Minas establece en su artículo 91 que el Ejecutivo Nacional podrá acordar una reducción en el porcentaje aplicado al cobro del impuesto de explotación de ciertos minerales, con el objeto de propiciar la rentabilidad de las explotaciones mineras. Este sacrificio fiscal aún cuando no resulta en una exoneración total, en definitiva modifica las expectativas creadas en cabeza del promotor minero, impactando positivamente en la estructura de costos de la producción de mineral, promoviendo así o bien el incremento de la inversión por parte del concesionario, bien creando condiciones favorables para el desarrollo para determinados minerales que estén sub-explotados al no ser proporcional las inversiones con las reservas probadas de mineral, o finalmente para iniciar su desarrollo. En todo caso, debe partir de un acto motivado que impacta en determinados minerales y que constituye un acuerdo que puede retornar a las condiciones originales si

44 Peña Solís, José. *Ob. Cit.* p. 251

las circunstancias que operaron para su acuerdo, han variado y el Estado puede retornar a su porcentaje legal, ampliando su margen de recaudación.

Otra modalidad prevista en la Ley de Minas en materia fiscal en beneficio del concesionario es la prevista en el artículo 92 el cual señala que la Administración minera exonerar total o parcialmente al beneficiario de derechos mineros del pago de impuestos de importación sobre elementos útiles de diversa naturaleza, indispensables para la actividad minera en sus distintas frases. Nótese que en este caso, si bien no opera un gasto público, como en las subvenciones o subsidios Estatales, debe reputarse en cambio como una disminución en los ingresos a la hacienda nacional.[45] Sin embargo, los bienes que ingresen a la mina en tales condiciones, si se destinan para lo cual estaba previsto en la solicitud de exoneración de impuestos de exportación, al vencerse el lapso de vigencia del título minero, serán sujetos de reversión al Estado, en razón de lo cual, la República podrá ver en alguna medida retribuido el sacrificio fiscal realizado. Finalmente, la reducción de la alícuota del impuesto al valor agregado a las exportaciones resulta un modo típico de fomento que incluye por igual a las sustancias minerales.

Lo anterior se inscribe como modalidades habituales del sector minero, pero igualmente se constituyen como ejemplos concretos y positivados de técnicas de fomento de contenido económico de actividades de intervención administrativa, de carácter no coactivo del Estado.

3.3. La actividad administrativa de planificación y la industria minera

La función de planificación pone en relieve la naturaleza compleja de la Administración pública, requiriéndose, parafraseando a Rivero, de matizar y analizar con mayor detenimiento el contenido de la actividad administrativa. Por su parte Lozano, citado por Villegas[46] señala que "*La planificación puede definirse como un proceso de racionalización, referible a cualquier tipo de actuaciones, mediante el cual los poderes públicos identifican los objetivos que se pretenden conseguir en determinado ámbito y fija los medios para su consecución*". Así las cosas, sobre la base del principio de la legalidad, el ordenamiento jurídico reconocen la importancia de la tarea de planificación por parte del Estado, y la prevé en consecuencia tanto en la acción de sus propias actuaciones así como la de los particulares a corto, mediano y largo plazo en determinados ámbitos de la economía. Particularmente,

45 Para Mejía Betancourt, José Amando (2009) en su trabajo "*Derecho Administrativo y Derecho Tributario: la configuración histórica del Derecho Tributario en Venezuela*", la hacienda pública es "*la expresión jurídica del conjunto de bienes, rentas y deudas que forman el activo y pasivo de la Nación, es decir, el conjunto de los dineros y bienes públicos, y considerada como persona jurídica se le denomina 'fisco'*". En Revista Tachirense de Derecho N° 20 de la Universidad Católica del Táchira.

46 Villegas Moreno, José Luís (2009) "*Derecho Administrativo Ambiental*". Librería y Galería "Sin Límite". San Cristóbal-Venezuela. p. 159

en Venezuela resultan conocidos los denominados "Planes de la Nación" que contienen las orientaciones y directrices para un período determinado.

Así, para la presente etapa está en vigencia el "*Proyecto Nacional Simón Bolívar para el desarrollo social y económico de la nación, 2007-2013*", el cual atendiendo a los datos que pronostican el mantenimiento del ritmo ascendente de la demanda mundial de combustibles fósiles, planifica que la producción venezolana tanto de petróleo como de carbón mineral se insertará en la cartera mundial de materias primas energéticas. Incluso, en la variable de geopolítica internacional, el mineral carbón se ubica como uno de los productos, junto con el gas y el petróleo, destinados a contribuir como elemento de exportación para la creación de una economía diversificada y no mono productora de hidrocarburos. Este ejemplo resulta trascendente para el presente trabajo si se tiene en cuenta que el carbón es el único mineral que figura con nombre propio en el mencionado plan.

En este sentido, como se tuvo la oportunidad de comentar *supra*, sobre la estructura institucional del Estado venezolano para la administración de las minas, y se señaló que corresponde al Mppibam ejercer las competencias sobre la regulación, formulación, planificación y el seguimiento de las políticas del Ejecutivo Nacional en materia de industrias básicas y minería, si se le incorpora las atribuciones de planificar las inversiones para la reactivación de empresas mineras para el desarrollo nacional[47] y de diseño y ejecución de políticas y estrategias en el ámbito de las empresas mineras[48], es razonable considerar que el desarrollo de infraestructura minera está vinculada con el cumplimiento de tales medidas de desarrollo por parte de la Administración pública, constituyéndose de este modo en un actor de relieve indiscutible y es, a su vez el destinatario de las exigencias eventuales por su inercia en la planificación y promoción de la actividad minera.

En todo caso, el fenómeno planificador es una herramienta útil y ha demostrado eficacia para ordenar la economía y "*promover el desarrollo de los Estado modernos*"[49], que en Venezuela tiene rango constitucional[50], y cuenta con instrumentos legislativos concretos como la Ley Orgánica de Planificación[51].

---

47 Numeral 2, artículo 12 del Decreto sobre organización y funcionamiento de la administración pública nacional.

48 Numeral 8, ídem.

49 Araujo-Juárez, José. *Ob. Cit.* p. 344.

50 En efecto, el artículo 299 de la Carta fundamental venezolana consagra: "*El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza* ***mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.***" (énfasis añadido).

51 Publicada en gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 5.554 Extraordinario, en fecha 13 de noviembre de 2001.

3.4. La actividad administrativa de gestión económica y las infraestructuras mineras

Concretamente la actividad de gestión económica se contrae a la intervención del Estado como un agente económico adicional que participa en el mercado mediante la prestación de bienes y servicios a la economía. Así el Estado en su faceta de empresario puede, y frecuentemente lo hace, participar en la producción, industrialización, distribución, comercialización de servicios y bienes de diversa naturaleza, aunque con mayor intensidad en actividades del sector primario, sobre la base del reconocimiento de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales[52], incluso, como medio de dinamización económica, se han constituido empresas de diversa naturaleza. Al respecto el profesor Richard Vietor comenta que, en la Italia posterior a la Segunda Guerra Mundial, el gobierno *"construyó 'catedrales en el desierto', es decir, grandes plantas de acero, carbón, productos petroquímicos y servicios públicos (electricidad, etc.)"*[53], cuyo propósito consistía en la creación de puestos de trabajo, producir bienes y servicios a espacios de menos desarrollo como el sur de ese país y aprovechar la ventaja comparativa de estar rodeado de mar.

Igualmente, lo mencionado por este autor quiere significar que, en torno a la actividad administrativa de gestión económica, el Estado puede dirigir la inversión pública e incentivar a la correspondiente del sector privado, en la materialización de proyectos de industrialización que al incluir en la ecuación el interés general antes que los criterios tradicionales de retorno y utilidad financiera, justifica que puedan promoverse, por ejemplo, la transformación local y doméstica, incluso, por medio de micro o pequeños empresarios, sin que ello signifique que no se atienda a esas variables de razonable rentabilidad.

Aún cuando con la constitución de empresas del Estado no se agota la actividad administrativa de gestión económica, es en esta faceta en la cual la Administración pública ha desarrollado con mayor intensidad su gestión de la economía, sin ser la correspondiente a la relacionada con la actividad de política financiera propiamente dicha. La doctrina venezolana ha concluido al respecto que resulta de mayor utilidad para la gestión de servicios públicos, aún en régimen de libre competencia, la utilización instrumental de entes públicos fundacionales -como los institutos autónomos- en las áreas de correo, ferrocarriles, agua, entre otras semejantes y, por otra parte, las sociedades anónimas *"para actuar como un agente económico más en el mercado, verbigracia en las actividades petroleras, carboníferas, gasíferas, etc."*[54]

---

52 En efecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha generado doctrina respecto de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales, sobre la base de los principios de: a) igualdad soberana de los Estados y, b) el derecho de los pueblos a disponer de tales recursos. Cfr. Barrueta Romero, Germán. *Ob. Cit.* pp. 1941-1942.

53 Véase Vietor Richard (2008) *"Como compiten los países. Estrategia, estructura y gobierno de la economía global"* Harvard Business School Pres- Ediciones Deusto, Barcelona, p. 293.

54 Peña Solís, José. *Ob. Cit.* p.p. 545-546.

Así las cosas, la doctrina ha considerado que al ser diferentes las actividades de servicios públicos a las de gestión económica, es conveniente que el Estado evalúe a cual de los tipos mencionados de personificación de la Administración pública atribuirle tales actividades. En este orden de ideas resulta válido señalar que, al intervenir el Estado en materia de minas, la figura de sociedades mercantiles es de mejor provecho, en el entendido general de que, sobre la base de tal personificación, su ingreso y desenvolvimiento en el mercado se traduce en mayor agilidad y adaptabilidad.

No obstante, para el presente trabajo es necesario hacer determinadas consideraciones sobre en cuál de las etapas de las que se compone la actividad minera resulta de mayor conveniencia al Estado y a los particulares la intervención pública de este como agente económico.

En efecto, tradicionalmente el Estado venezolano a constituido o adquirido sociedades mercantiles o civiles cuyo objeto es la realización de las actividades mineras "aguas arriba"[55]. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el contar con la información geológica sobre las características cualitativas y cuantitativas de un yacimiento, las posibilidades de que sobre el mismo se incentive la inversión de recursos aumenta. Por ello, al ser declarada la actividad minera como de utilidad pública en sentido amplio, la Administración pública cuenta con el Instituto Nacional de Geología y Minería. La naturaleza institucional de este ente permite que pueda ser destinatario de presupuesto público que le permita sostener el desarrollo de campañas exploratorias sin que sea inmediata la etapa correspondiente a la explotación, dado que su función, como se dijo, se caracteriza por ser un acopio de información sobre los recursos minerales de la República.

Sin embargo, distinto es el modo de gestión económica posterior a la etapa exploratoria inicial, toda vez que las numerosas empresas públicas dedicadas al sector productor y titulares de derechos mineros que les da el carácter de concesionario, dan cuenta de la intervención del Estado, en condiciones de agente económico, bien para el suministro de materias primas para el sector transformador, como las empresas básicas de Guayana, en el Estado Bolívar, o para su exportación en asociación con empresas del sector privado, incluyendo trasnacionales.

Finalmente, el aprovechamiento de las minas como bienes del dominio público condiciona una intensiva presencia e intervención estatal, de tal suerte que comprende

55 Efectivamente, el Estado venezolano, tiene el control accionario en determinadas empresas que a su vez son titulares de derechos mineros. Entre ellas se mencionan: Carbones del Zulia, S. A. (carbón); CVG Ferrominera del Orinoco, C. A. (hierro); Compañía General de Minería de Venezuela, C. A. (oro); CVG Bauxilum, C. A. (bauxita); Fosfatos del Suroeste, C. A. (roca fosfática); Minera Nacional, C. A. (minerales en general); Carbones del Suroeste, C. A. (carbón), sin mencionar las correspondientes a las Gobernaciones y que tienen por objeto el manejo de los minerales sobre los cuales tales entidades federales tienen competencia en su administración y recaudación de tributos.

un número de tareas complejas que sin duda incluye a las categorías comentadas en el presente trabajo.

IV. Caracterización de las infraestructuras mineras

Ahora bien, sin ánimo de exhaustividad, en el presente capítulo procederemos a mencionar las infraestructuras que se asocian, directa o indirectamente a la industria minera. Para ello se ha estructurado en tres (3) partes, a saber: 4.1) infraestructura para las actividades aguas arriba de la minería; 4.2) infraestructura para las actividades aguas abajo de la minería y, 4.3) infraestructura adicional o prestacional de la minería.

4.1. Infraestructura para las actividades aguas arriba de la minería

Las posibilidades de hallar yacimientos mineros, incluyendo de petróleo o gas, aumentan proporcionalmente al número de estudios disponibles sobre una región o país en particular y que permitan certificar depósitos cuyas concentraciones de determinado mineral justifique la realización de las inversiones adicionales con miras a su aprovechamiento. Es así como para la exploración se hace referencia a la necesidad de contar con: a) vías de comunicación que incluye: a.1) infraestructura terrestre como vías de alta capacidad, carreteras de acceso a la zona de estudio, a.2) infraestructura de telecomunicaciones a los fines de contar con dispositivos que permitan el intercambio oportuno de información en las actividades de campo; b) disposición de infraestructura de energía eléctrica para los equipos de perforación para la realización de sondeos para obtener muestras de la disposición del mineral en las distintas capas geológicas así como la calidad de mismo; c) infraestructura para el uso y aprovechamiento de las aguas del dominio público que requieren los equipos de perforación, así como la construcción de tanques para su almacenamiento; espacio superficial para la instalación de campamentos básicos para el resguardo de los equipos y del elemento personal de esta etapa de la industria extractiva. Adicionalmente, tomando en cuenta la distancia que puede existir entre las zonas de estudio y centros poblados que cuenten con determinada capacidad industrial, se estudia la conveniencia de contar igualmente con laboratorios para conocer la calidad de las muestras obtenidas de las perforaciones, en el propio lugar de la obtención de las mismas.

De otra parte, la etapa de explotación puede contar con diverso tipo de infraestructura, particularmente si de los resultados de la exploración se determina la utilización de distintos modos de explotación tales como explotación a cielo abierto, subterránea o mixta. Igualmente también dependerá del nivel de tecnificación del promotor minero. En todo caso, además de algunas de las infraestructuras ya comentadas para la exploración que deben ser modificadas o ampliadas, se señalan, en orden con las ya nombradas, las

siguientes: d) ampliación de campamento y la eventual construcción de salas de comedor, vestuario y demás requeridas por el personal a trabajar en la actividad; e) equipos móviles para la penetración de roca o de material estéril, con la finalidad de acceder al mineral; f) equipos fijos para la extracción del mineral de la mina, como las bandas transportadoras ya mencionadas *supra*; g) vehículos de carga para la circulación del mineral, sea dentro de la mina o con destino a plantas de beneficio fuera del área otorgada en concesión o autorización según sea el caso; h) maquinaria para la realización de molienda o trituración inicial sin que necesariamente se considere labores de beneficio del mineral y con fines de una disposición y acopio en boca de mina.

Adicionalmente, y por razones de los riesgos de la actividad se debe considerar el levantamiento de obras relacionadas con la prevención y atención primaria de emergencias médicas que permita aplicar medidas de carácter médico u ocupacional.

Se debe tener en cuenta que esta infraestructura y los elementos fijos o móviles, con destino a estas actividades mineras primarias, están sujetos a la reversión a favor de la República, en razón de lo cual el concesionario debe periódicamente informar a la autoridad minera correspondiente de todo el inventario que esté destinado a estas labores, con el objeto de que el Estado conozca anticipadamente de los bienes que eventualmente le serán transferidos, en las condiciones ya comentadas así como pueda controlar y, de ser el caso, aplicar las sanciones por la salida de determinados bienes utilizados en la explotación.

4.2. Infraestructura para las actividades aguas abajo de la minería

Como se ha señalado, las actividades aguas abajo ya no requieren del otorgamiento de concesiones administrativas habilitantes, sino que por razones de control y hasta de estadística, la legislación prevé que quienes se dediquen a las actividades correspondientes a esta etapa, participen su constitución ante el Ejecutivo Nacional, por órgano del Mppibam.

De acuerdo con la Ley de Minas[56], las actividades conexas o auxiliares de la minería están constituidas por:

4.2.1. El almacenamiento:

Es la actividad de recibir, mantener en depósito temporalmente y entregar el mineral para su salida a centros industriales, o con destino a puertos de exportación. Se debe tener en cuenta que este tipo de almacenamiento debe estar fuera de los límites del área

56 Artículo 86 de la Ley de Minas

otorgada, toda vez que, de acuerdo con el tipo de mineral, se requerirá de almacenamiento o depósito interno, formando pilas las cuales serán acopios temporales, y que dentro de la concesión forma parte del circuito minero del propio explotador y no una actividad conexa o auxiliar.

La infraestructura para esta actividad consiste en la disposición sobre áreas despejadas o cubiertas, de espacios cuyo diseño debe permitir el acceso de vehículos de transporte de mineral o de áreas acondicionadas en caso de ingresar al patio de acopio por medio de bandas transportadoras o por poliductos, que mediante un orden preestablecido, permita el permanente flujo de ingreso, descarga, almacenamiento, carga y despacho del mineral, evitando la contaminación del mineral con otras sustancias o materiales. Igualmente podrá contar con sistemas clasificadores de la materia prima a los fines de despachos selectivos en caso de ser necesario. Los que se dediquen a esta actividad deberán cumplir con normativa ambiental vigente.

4.2.2. El Beneficio

Muchas veces, como consecuencia de la presentación del mineral, por su disposición en el yacimiento, o por sus características físico-químicas, el concesionario requiere de la realización de actividades industriales conocidas como "beneficio de minerales", destinados a prepararlos y concentrarlos. En efecto, aun cuando como consecuencia de los datos provenientes de los estudios exploratorios, el mineral fue extraído de las áreas de mayor concentración, este puede generalmente o bien contener grandes proporciones de estéril o *ganga*[57] que requiere de su eliminación o, puede que se requiera de su concentración con el fin de elevar los niveles de contenido de determinado compuesto mineral.

El beneficio abarca diferentes procesos industriales que en sentido amplio se dividen en: concentración y molienda. La concentración tiene como fin eliminar el material estéril, y con ello aumentar el porcentaje de mineral útil. Por su parte, la molienda es un proceso menos tecnificado y consiste en liberar el material útil y facilitar la actividad de concentración.

La infraestructura destinada a la concentración, cuya designación genérica es el de plantas, establecimientos de fundición, industrialización o beneficio, es una de las actividades auxiliares de la minería que mayor inversión requiere, tanto en el diseño, levantamiento, construcción y operación de las obras civiles y mecánicas, así como también en investigación para el mejoramiento de técnicas que permitan incrementar la eficiencia de esta labor. Para la fabricación de acero, por ejemplo, los minerales de hierro y carbón requieren de diversos tipos de industrialización y beneficio. Así, con el fin de mejorar las

57 Así se denomina a la materia que acompaña a los minerales y que se separa de ellos como inútil.

condiciones energéticas del carbón, generalmente se transforma mediante hornos especiales en un subproducto denominado coque[58] mientras el recurso hierro requiere de la construcción de plantas de concentración con el fin de aumentar su porcentaje o, eliminar compuestos como el sílice que, dada su complejidad, no se puede separar por medio de minería selectica. La envergadura de tales actividades les otorga el nombre de industrias básicas, y conforman el denominad sector transformador e industrial.

Estas son actividades de alto valor agregado y en torno a ellas se crean complejos industriales que favorecen el establecimiento de poblados o ciudades destinadas a albergar la mano de obra permanente asociada a este desarrollo. Así, la planificación y levantamiento de infraestructura en las labores de beneficio mineral alcanza dimensiones que el resto de las actividades auxiliares no amparan, sobre la base de que esta etapa demanda la prestación de diversos bienes y servicios que facilitan el actuar público y privado en la construcción de viviendas, vías de comunicación, servicios públicos domiciliarios, centros educativos y culturales, espacios de recreación, entre otros.

4.2.3. El Transporte

Es el conjunto de actividades y labores requeridas para recibir, transmitir y entregar el mineral correspondiente. En materia de recursos naturales, es el transporte uno de los más envergadura y utilidad económica, llegándose a decir que es *"uno de los negocios más importantes de la industria del gas a nivel mundial. El negocio de transportar gas es mucho más que operar un gaseoducto, ese es otro negocio. La compra y venta de capacidad de transporte es uno de los negocios más lucrativos y requieren de alta ingeniería financiera."*[59] En materia de minerales tiene el mismo significado, aunque con sensibles deferencias.

En efecto, a diferencia del gas, la naturaleza sólida de los minerales simplifica su circulación, manejo y despacho. No obstante, esta misma condición le hace requerir del desarrollo de infraestructuras cuya naturaleza transversal, impacta no solo a la industria, sino a las personas en general. La constitución de empresas transportistas, así como el diseño y construcción de carreteras de alta capacidad dan cuenta de las infraestructuras demandadas por la industria extractiva que no se circunscribe a sí misma, sino que su implementación impacta a la sociedad en general y particularmente en las zonas adyacentes al desarrollo minero o industrial.

Finalmente, dado los diversos usos aplicables a los minerales, cierto tipo de mineral tendrá un consumo local, de modo que se generará un sistema de transporte característico de pequeñas distancias o bien, distancias nacionales pero caracterizadas por el

58 Es una especie de combustible sólido, ligero y poroso que resulta de calcinar ciertas clases de carbón mineral.

59 González Cruz, Diego (2009) *"Oportunidades en materia de gas natural en Venezuela"*, Derecho y Sociedad N° 8 Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila (Venezuela). p. 50

consumo en el país de origen, pudiendo justificar la construcción de carreteras especiales, el desarrollo de sistemas ferroviarios o de transporte fluvial si las condiciones lo permite, distinto al caso de los minerales cuyo destino es la exportación de tal suerte que ello propiciará en desarrollo de autopistas que permita la circulación de unidades de transporte de envergadura, así como el desarrollo de puertos especializados o comunes a otras actividades. Esto se tratará en el punto correspondiente al comercio, como se verá de seguidas.

4.2.4. Comercio

La comercialización externa del carbón colombiano, por ejemplo, demanda de diversa infraestructura, con destino a los centros mundiales de consumo energético, de tal suerte que *"las exportaciones de carbón térmico colombiano se hacen a través de puertos localizados principalmente en la costa norte."*[60] Esta mención al aprovechamiento estratégico de salida marítima favorece a los minerales cuyo consumo es en países distintos al productor. Por ello, sobre la base de considerar la naturaleza físico-química del mineral, se tomarán las decisiones correspondientes sobre su exportación o comercio interno, y en ello interviene de manera determinante la planificación gubernamental. Por ello los grandes proyectos para la construcción de puertos de alta capacidad, vías de comunicación e incentivos a la exportación son sectores de naturaleza pública y que como se trató *supra*, se activan como técnicas de fomento.

Esta etapa de la industria minera materializa una serie de oportunidades para el levantamiento de infraestructura transversal que incluye la gestión de planificación y fomento de la Administración pública, sobre todo si considera la conveniencia de implementar infraestructura física y estructura institucional capaz de hacerse competitivo para la captación de inversiones y transferencia tecnológica, así como del sector privado.

4.3. Infraestructura adicional o prestacional de la minería

Recordando la distinción metodológica comentada *supra*, que clasifica las infraestructuras en productivas o sociales, la legislación minera comprende una figura denominada ventajas especiales a favor de la República, como contraprestación por el otorgamiento de la concesión minera y que conforman la estructura contractual de los títulos mineros y que le otorgan su carácter de contrato administrativo.[61] El Reglamento General

60 Carvajales Marulanda, Luís Arturo (1993) *"El transporte marítimo del carbón colombiano"*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá-Colombia. p. I

61 Véase: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa, caso *Inversora Mael, C. A.* del 14 de marzo de 1991. Sobre ella se ha construido la doctrina pacífica que considera a las concesiones mineras como contratos administrativos puesto que estas: *"caben dentro del género de los contratos administrativos*

de la Ley de Minas[62], el Ejecutivo Nacional tomará en cuenta el ofrecimiento por parte del solicitante de concesiones, las ventajas especiales, proporcionales a la naturaleza, magnitud y demás características del proyecto propuesto, pudiéndose adecuar a las necesidades del área donde se ubica la concesión o poblaciones cercanas.

Como ventajas especiales, según el mencionado reglamento, se puede ofrecer: a) proyectos y programas de inversión para el desarrollo de la comunidad, financiados por el solicitante; b) incorporación de valor agregado nacional mediante procesos de transformación del producto tales como mineralurgia, refinación, manufactura o industrialización; c) asegurar el suministro y transferencia de tecnología; d) contribuciones al mejoramiento de las condiciones físicas, culturales, sociales y económicas de las comunidades cercanas a la mina, como la construcción y mejoramiento de carreteras, caminos, centros de enseñanza básica y media, dispensarios médicos o mejoramientos de los existentes y, f) el entrenamiento de personal.

Como se observa, las diversidades de áreas en las cuales puede actuar el concesionario configuran el origen contractual para el desarrollo, por parte del concesionario, de infraestructuras que incluyen a la par las denominadas productivas, como las plantas de industrialización, las sociales como escuelas y dispensarios de salud. Además la construcción de carreteras y caminos internos, de paso o agrícolas son infraestructuras que aún cuando son actividades que debe garantizar el Estado, el otorgamiento de un bien del dominio público al particular conlleva como contraprestación la realización obras y acciones que deben de algún modo al termino del desarrollo minero, dejar a las poblaciones adyacentes a la minas en mejores condiciones en comparación a las correspondientes al momento del inicio de las labores mineras.

V. Conclusiones

Los cometidos públicos encuentran en una eficiente política de infraestructura, una poderosa herramienta de gestión del desarrollo, dada la trascendencia incuestionable que tiene para cualquier sociedad, el contar con la capacidad de provisión, gestión y financiamiento de infraestructuras. Esta política desde la perspectiva de la industria minera y del Derecho minero le adicionan ingredientes que, debidamente dirigidos, pueden dar lugar al levantamiento de infraestructura de diversa índole que en conjunto, contribuirían decisivamente al aumento de la productividad y equidad del desarrollo territorial,

que no obstante presentar una parte legal o estatutaria, sin embargo no dejan de tener una naturaleza fundamentalmente contractual." Cfr. Badell Madrid, Rafael (2002) *"Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela"* Editorial Torino. Caracas. p 366

62 Artículos 35 y 36 del Reglamento General de la Ley de Minas

articulación del espacio geográfico, haciendo eficaz y concretos los medios que mejoren la calidad de vida de las personas.

Así lo ha visto la doctrina administrativa y judicial venezolana al mantener pacíficamente la consideración del interés social que reviste el desarrollo de la industria minera, llegando a señalar la Corte Suprema de Justicia de Venezuela que:

> … las minas tienen un especial interés colectivo, que deriva de su capacidad para producir riqueza y otros elementos susceptibles de satisfacer múltiples necesidades humanas. En el interior de la tierra los minerales carecen de utilidad, que solo adquieren al ser extraídos y puestos en circulación. De allí el interés social en que sean explotadas racionalmente y el fundamento de que vuelvan a manos del Estado cuando este los otorga a los particulares y no son debidamente laborados.[63]

Visto así, se reconoce el valor de la industria, sin dejar de lado los impactos de carácter ambiental no abordados en este trabajo, que siendo debidamente supervisados y aplicando la tecnología requerida permite la mitigación de sus efectos, todo ello a través del compromiso y conocimiento de los hacedores de políticas públicas. En palabras de Araujo[64] *"la realización y concreción del Estado social requiere del crecimiento económico y de conseguir la igualdad a través del conocimiento"*.

Igualmente, la formulación, diseño, aplicación y seguimiento de las políticas públicas mineras deben estar integradas al resto de de las actividades del Estado, toda vez que debe evitarse la generación de las denominadas aglomeraciones mineras, concepto mediante el cual se designa a la concentración de grupos humanos en torno a un desarrollo minero, de carácter precario y que, por estar asociados a la industria minera, necesariamente transitan el mismo ciclo de vida del desarrollo minero, el cual responde o bien al fin de la actividad extractiva o, en un extremo más negativo, a los ciclos de los mercados consumidores.

Por ello se debe generar y mantener una interlocución válida, integral y constructiva con todos los actores involucrados, y que mediante causes legales de construcción participativa de las comunidades, decidan si el desarrollo de sus regiones sea motorizado por la actividad minera, lo que en muchos casos genera una dependencia insostenible a largo plazo, o si por el contrario, la industria extractiva debe fortalecer y crear la infraestructura que permita una sostenibilidad a largo plazo, que para el momento final del ciclo

63 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 4 de noviembre de 1964.

64 Araujo-Juárez, José, *"Introducción al Derecho Administrativo Constitucional"* (2009) Ediciones Paredes. Caracas.

minero o de mercado, lo que en el pasado era un entorno minero, sea un centro productivo diversificado. Lo contrario sería postergar e intensificar las debilidades regionales.

Así mismo, el rol estatal debe ser el dinamizador de la industria y, paralelamente consagrarse al cuidado de las personas involucradas y del ambiente comprometido, y para ello, la infraestructura juega un papel determinante en la medida que el favorecer, incluso, el demandar el uso de la tecnología, maquinaria y técnicas adecuadas de manufactura doméstica del material extraído, permitirá que la industria revierta en determinadas medidas, las utilidades obtenidas por este negocio.

Por último, el lograr el desarrollo de infraestructura a través de la minería, permite en buena parte que las riquezas minerales del subsuelo financien obras que de otro modo tendrían serias dificultades de ser emprendidas, sobre todo si se tiene en cuenta que la ubicación de los grandes yacimientos mantienen cierta distancia de los centros urbanos de trascendencia, por lo menos en lo que al ámbito latinoamericano se refiere, logrando igualmente la concreción de equilibrios territoriales. En las manos de los hacedores de políticas públicas mineras están las oportunidades de aprovechar los beneficios de la industria extractiva.

Finalmente le expreso mi agradecimiento a la profesora Aurilivi Linares Martínez por su invitación para participar en esta obra.

Terceira Parte
Regulação das Energias

Energía: Regulación e Integración Regional. Oportunidades para la Mejora Cualitativa en el Esquema Integracional del Mercosur

*Christian Alberto Cao**

1. Introducción. Energía, ambiente y sociedad. 2. Las necesidades de la integración regional y su relación con las fuentes de energía. 3. La Europa del carbón y el acero. La Europa de las energías renovables. 4. El Mercosur energético. 5. El desafío del Mercosur. Hacia un cambio de escala institucional. 6. Conclusiones. Decidiendo en clave integracional.

1. Introducción. Energía, ambiente y sociedad.

El progreso humano demanda atender cuestiones sociales y factores productivos que permitan su sustento en la dimensión temporal. La búsqueda de una comunidad cohesionada, la mejora de la calidad de las instituciones públicas, el despliegue de la infraestructura de dominio público, entre otros, se constituyen como elementos necesarios a los fines de multiplicar tanto el crecimiento como el desarrollo de las comunidades.

Bajo esta afirmación, el aumento del consumo de fuentes de energía para actividades productivas es también un importante indicador del bienestar social. Un crecimiento económico reclama mayores cantidades energéticas como bien de consumo final, lo que acelera la expansión de su demanda. A *contrario sensu*, menor incremento económico repercute en menor utilización de energía.

Por todo eso, y en tiempos de la sociedad tecnológica y de la información, el impulso de la energía primaria y secundaria se presenta como un componente de ineludible importancia.

Más aún, y en el campo del Derecho, es posible identificar el acceso a la energía –de consumo final y la que se requiere para la producción de otros bienes- como un verdadero derecho fundamental[1]. Es así debido a que las necesidades básicas hacen a los derechos esenciales de la persona.

* *Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y Facultad de Derecho y Universidad Complutense de Madrid. Se agradecen comentarios, sugerencias y aportes a: christiancao@hotmail.com.*

1 Sin pretender abordar el tema energético desde el plano de los derechos fundamentales –ni desde la dogmática, ni desde la teoría general- resulta de interesante aplicación lo expuesto por Luigi Ferrajoli en su teoría jurídica, en especial en lo referido a los derechos fundamentales y la democracia sustancial. Así, y en nuestro parecer, el

En el campo fáctico, las necesidades primarias evolucionan con el transcurso del tiempo y en cada espacio en particular. Esto significa que el mínimo indispensable para sobrevivir ha ido modificándose en cada momento y lugar histórico y fue acompañado por la evolución de otras necesidades que, sin formar parte originaria del contexto vital mínimo, también son constitutivas del individuo[2].

Hoy el acceso a la energía es una necesidad indispensable. El transporte, la iluminación, la producción de bienes y servicios, las comunicaciones, el ocio y entretenimiento, en fin, la gran mayoría de las actividades cotidianas requieren energía para su despliegue. Por eso, entendemos que el Estado, de forma directa o indirecta, debe ocuparse de generar (transformar) o adquirir en el mercado dichas fuentes para satisfacer necesidades colectivas. En palabras pretéritas de Rafael Bielsa, es evidente que los individuos tienen un derecho a su uso en las condiciones generales que la ley establece[3].

A entender de Mario Valls, la regulación jurídica de la energía no ha nacido "para regular actividades propias de un sector económico o social, sino por razones políticas, estratégicas, económicas y sociales de repercusión nacional y universal"[4]. Sin embargo, uno de los conflictos económicos actuales del bien de consumo "energía" –y que por supuesto, redunda en el Derecho- generada por combustión fósil es su escasez. Como expresan algunas posturas, esto adquiere alcance universal en el sentido de ser un problema que afecta a todas las sociedades[5].

Por ello, cabe aquí una primera pregunta que interrelaciona recursos naturales y desarrollo sostenible. ¿Cuenta la humanidad con las reservas de fuentes generadoras de energías que su desarrollo demanda?

Las formas tradicionales de generación de la energía y que conforman en gran medida la matriz energética mundial se particularizan en la combustión de hidrocarburos –petróleo y gas natural-, carbón mineral o vegetal, entre otros.

Esas transformaciones originadas por motores y turbinas que funcionan a explosión o similares características físico-químicas producen graves daños ambientales.

---

derecho al acceso a la energía puede configurarse como una de "esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado". Ver al respecto, Ferrajoli, Luigi; "Derechos Fundamentales" en: De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores); Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001, Pág. 36. También, para ampliar el análisis desde esta óptica ver: Zolo, Danilo; "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los `derechos fundamentales`. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli"; Pintore, Anna; "Derechos insaciables" y Ferrajoli, Luigi; "Los fundamentos de los derechos fundamentales", todos en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores), Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001, Pág. 75, 243 y 287 respectivamente.

2 Burkún, Mario y Spagnolo, Alberto; Nociones de economía política, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995, Pág. 9

3 Bielsa, Rafael; Derecho Constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959, Pág. 394.

4 Valls, Mario; Derecho de la energía, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.

5 Beker, Víctor y Mochón, Francisco; Economía. Elementos de Micro y Macroeconomía, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1994, Pág. 7.

Las emisiones de los gases de efecto invernadero por la acumulación de dióxido de carbono (CO_2) en la atmósfera, aunque también óxidos de nitrógeno (NO), dióxidos de azufres (SO_2), gas metano (CH4), entre otros constituyen una verdadera amenaza a las generaciones futuras. Incluso, estudios recientes[6] han demostrado que el cambio ambiental, las modificaciones de los ecosistemas y la "lluvia ácida" ocasionan graves afecciones a la salud.

Desde hace tiempo, el cuidado del ambiente forma parte de manera inescindible del estudio de la temática energética. Las legislaciones locales, regionales e incluso globales tienen presente la tutela ambiental producto de las demandas sociales, de los compromisos internacionales o, al menos, de las coyunturas generadas por los desastres por daños ecológicos.

Por su parte, las nuevas políticas públicas se encuentran obligadas al respeto de los derechos a la calidad de vida, al ambiente sano y equilibrado y a la utilización racional de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural[7].

Incluso, en el plano constitucional muchos Estados han incorporado el derecho al ambiente sano como uno de los denominados derechos de tercera generación.

Planteamos entonces un segundo interrogante que conecta energía y ambiente sano ¿Es posible modificar regional/mundialmente las matrices energéticas y orientarlas hacia la utilización de recursos renovables?

2. Las necesidades de la integración regional y su relación con las fuentes de energía

Analizados los conceptos que circundan el estudio del derecho energético –escasez y ambiente sano- resulta útil abordarlos desde una perspectiva regional, atento al fenómeno actual que articula las relaciones entre Estados nacionales. Explicamos seguidamente.

En premier lugar, ¿Por qué y para qué integrarse regionalmente?

Miguel Ciuro Caldani responde ambas preguntas afirmando que la integración regional es "una especial manera de aproximación entre los pueblos apoyada en la *internacionalidad*, es decir, la vinculación entre Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás, en el *desarrollo económico en común* y con cierta *voluntad democrática*"[8].

---

6 En especial, ver: Organización Mundial de la Salud, "Climate change", Environmental Burden of Disease Series, N° 14 (2007); Organización de las Naciones Unidas; Informe de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (2007); Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; Informe sobre el desarrollo humano relativo al cambio climático (2007), entre otros.

7 Sagüés, Néstor; Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 274.

8 Ciuro Caldani, Miguel; "Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, Tomo II, Pág. 719.

Es claro que los últimos dos objetivos que apunta el autor –desarrollo económico y voluntad democrática- no deben ser analizados en forma independiente. Aún más, su necesaria complementariedad es el fundamento de aquellos que sostienen que la integración regional no debe caer en un simple reduccionismo económico[9].

En este orden de ideas, dos –o más– países pueden llevar a cabo acuerdos, cooperaciones o incluso celebrar un "mercado común". Miguel Ekmekdjian los clasifica en su faz económica y agrega que la experiencia europea fue "una integración por sectores en aspectos fundamentalmente económicos, para así ir creando una solidaridad de hecho"[10].

Cada proceso de integración regional tiene sus móviles, causas o motivos, aún en el marco de la aplicación de una teoría general de la integración regional que desde luego rechaza un origen involuntario, compulsivo o coactivo del proceso.

Todas las partes que componen un esquema de integración regional –generalmente, Estados nacionales- deben estar interesadas en accionar de forma comunitaria. Es decir, la integración regional debe ser pacífica y voluntaria por parte de naciones soberanas, generalmente otorgada en condiciones de igualdad y reciprocidad. Aunque, claro está, el proceso no siempre se presenta exento de conflictos.

En otras oportunidades hemos afirmado que "Los Estados miembros que pretendan constituir un bloque de integración regional o bien adherirse a otro preconstituido deben gozar de un régimen democrático para poder manifestar su voluntad integradora de forma legítima"[11]. Además, a esta fórmula del consenso -como mecanismo de validez o legitimación de un bloque- se le debe añadir el respeto por los derechos humanos[12].

Dicho ello, y de considerarse que la integración regional es un proceso y no un producto, es posible concluir en que una vez iniciado puede devenir en múltiples direcciones -generando efectos secundarios, indirectos o reversibles- aún diferentes de las motivaciones originarias[13].

A nivel mundial, existen varios esquemas de integración regional. A continuación tomaremos dos de ellos: la Unión Europea y el Mercosur. En ambos, la cuestión energética ha adquirido preponderancia en la actualidad.

---

9 Pizzolo, Calógero; Globalización e integración. Ensayo de una Teoría General, Ediar, Buenos Aires, 2002, Pág. 22.

10 Ekmekdjian, Miguel; "Los actuales procesos de integración democrática a nivel continental y subcontinental", en Bazán, Víctor y Sánchez, Alberto (compiladores) Integración regional. Perspectivas para Latinoamérica, Editorial Fundación Universidad de San Juan, San Juan, 1994, Pág. 29.

11 Cao, Christian; "El principio democrático y los esquemas regionales. Gobierno, ciudadanía y legitimidad en los procesos de integración", en Saddy, André; Dereito Público Econômico Supranacional, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro, 2009, Pág. 211.

12 Pizzolo, Calógero; Ob. Cit, Pág. 45.

13 Malamud, Andrés y Schmitter, Philippe; "La experiencia de integración europea y el potencial de integración en el Mercosur", en Revista Desarrollo Económico, Vol. 46, Nº 181, abril-junio, Buenos Aires, 2006, Pág.8.

Así, resulta de interés indagar sobre los móviles y avances de cada uno de los procesos con la pretensión de intentar trazar algunas analogías entre sí, sin perjuicio de reconocer sus grandes asimetrías institucionales y de desarrollo.

3. La Europa del carbón y el acero. La Europa de las energías renovables

En el año 1951 seis países europeos celebraron el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Ello ha sido impulsado en gran medida por sus socios principales -Alemania y Francia- al plasmar un año antes la Declaración Schuman poniendo fin a años de disputas en pos de establecer pautas comunes de intercambio, como así también crear autoridades supraestatales.

Luego de la terrible experiencia vivida durante las grandes guerras mundiales y en base a una conciencia integradora, pacifista y desarrollista, los originarios miembros firmantes cedieron el ejercicio de parte de su soberanía –control común de la industria pesada- como símbolo del primer eslabón integracional europeo.

El interés principal recayó en dos de las materias primas industriales mayormente demandadas en la época –no sólo en el plano militar-: el carbón y el acero. Justamente dicho tratado constitutivo firmado en París adoptó aquella denominación.

Su espíritu consistió en que los problemas del carbón y del acero debían resolverse en función del interés regional, pero a la vez reglamentando una competencia leal[14].

En este criterio, el artículo 2 de aquel tratado dispuso en su primer párrafo que "La Comunidad Europea del Carbón y del Acero tendrá por misión contribuir, en armonía con la economía general del los Estados miembros y mediante el establecimiento de un mercado común en las condiciones fijadas en el artículo 4, a la expansión económica, al desarrollo del empleo y a la elevación del nivel de vida de los Estados miembros".

Más tarde y en el marco de una profundización del proceso integrador, en el año 1957 los Estados miembros rubricaron en Roma tanto el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Con características sectoriales, ambos instrumentos apuntaron originariamente a garantizar el libre intercambio de bienes y servicios focalizado en mercados específicos de alta demanda.

Luego, y durante la segunda parte del siglo XX esa primitiva integración económica ha sido superada cuantitativa y cualitativamente transformándose con el tiempo en una

14 Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales; Derecho de la Integración Latinoamericana, Depalma, Buenos Aires, 1969, Pág. 45.

integración regional de evolución. En estos momentos presenta sus últimos avances en la culminación del proceso ratificatorio del Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre del 2007[15].

Como enseña Araceli Mangas Martín, el proceso de la integración europea ha nacido y se ha desarrollado bajo la presión constante de las revisiones periódicas de sus textos constitutivos y con una casi imperceptible táctica del `paso a paso`, inspirados en Jean Monnet y Robert Schuman[16].

Sin embargo y actualmente, una preocupación central –y no exclusiva- de los ciudadanos del antiguo continente es el libre intercambio y distribución de los recursos escasos y no renovables. Como consecuencia de ello el panorama del sector energético es encarado como una verdadera política pública regional. Los Estados miembros se han incardinado, como lo expresa Carlos Molina del Pozo, para hacer frente al reto de la globalización[17].

En tal sentido, las ideas de un "mercado interior de la energía" europeo, bajo parámetros competitivos regulados –o neoregulados[18]- y de alcance universal son objeto de intensos debates y estudios públicos y privados[19] que advierten sobre la escasez de los recursos energéticos, profunda en aquellas geografías, y demandan el diseño de estrategias de alcance comunitario.

Paralelamente, el financiamiento supranacional asigna importantes fondos a la investigación y al desarrollo de energías renovables que, se sabe, son altamente onerosas. Además, y producto de la proyección temporal sostenible, su implementación se progra-

---

15 Si bien los denominados Tratado de París (constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero) y los Tratados de Roma (el constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica) son los constitutivos de las Comunidades Europeas, y sus órganos ejecutivos funcionaron en forma paralela, recién en el año 1965 los mismos fueron fusionados creando las únicas altas autoridades europeas. Ello mediante la celebración del Tratado de Bruselas. El proceso integrador prosiguió posteriormente con la instrumentación de múltiples tratados, protocolos y demás documentos internacionales, ente los que se destacan el Acta Única Europea firmada en Luxemburgo en el año 1986, la firma del Tratado de Maastricht de la Unión Europea de 1992, el Tratado de Ámsterdam del año 1997, el Tratado de Niza del año 2000 y, más recientemente, la firma del mencionado Tratado de Lisboa del año 2007.

16 Mangas Martín, Araceli; Tratado de la Unión Europea y Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, Pág. 17.

17 Molina del Pozo, Carlos; "La reforma de las instituciones de la Unión Europea y la revisión de los Tratados en la Conferencia Intergubernamental", en Ciuro Caldani, Miguel (coordinador); Del Mercosur, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, Pág. 15.

18 De la Cruz Ferrer, Juan; Principios de regulación económica en la Unión Europea. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, Pág. 240 y 313. Sobre la temática regulatoria ampliar en Ariño Ortiz, Gaspar; De la Cuétara, Juan Miguel y Martínez López Muñiz, José Luis; El nuevo servicio público; Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997; Soriano García, José; Derecho público de la competencia, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998; Fernández Ordóñez, Miguel; La competencia, Editorial Alianza, Madrid, 2000, entre otros.

19 Por ejemplo, el trabajo elaborado por la Comisión Europea en noviembre de 1999 denominado Libro Blanco sobre la Energía para el futuro: Fuentes de energía renovables, Comisión Europea, Bruselas, noviembre de 1999.

ma para el mediano y largo plazo[20] interactuando la reducción de las energías convencionales con el crecimiento de las "energías limpias".

Si bien éstas últimas son impulsadas con el argumento de reducir las emisiones de gases que resultan de la transformación, y consumo de fuentes energéticas provenientes de combustibles fósiles –ello siempre atendible-, es no menos cierto que Europa depende en gran medida de las importaciones de hidrocarburos con las consecuencias que genera el alza de los precios en sus presupuestos públicos.

Pero las necesidades y demandas energéticas se presentan en la actualidad, y la ciudadanía exige respuestas inmediatas que obligan a recurrir a la exportación de los recursos.

En tal sentido, y por ejemplo en el caso de la extracción de gas natural, el antiguo continente debe apelar mayoritariamente a la exportación extracomunitaria proveniente de Rusia, Noruega, Argelia, Libia e inclusive, Trinidad y Tobago. Si bien, dentro de la Unión Europea, Holanda y Reino Unido poseen yacimientos gasíferos, ellos no logran satisfacer y autoabastecer la creciente demanda europea.

En el campo de las energías renovables, diferentes alianzas estratégicas público-privados (*public-private partnership,* PPP) han multiplicado el desarrollo de generadores eólicos y solares por medio de la cooperación internacional con establecimiento geográfico en el Norte de África y Medio Oriente.

La Unión Europea es consciente que carece de fuentes energéticas propias y debe exportarlas –o buscar socios extracomunitarios- para racionalizarlas y distribuirlas entre su demanda interna. Además, el bloque se hace eco de las preocupaciones por reducir las emisiones de efecto invernadero, aún a riesgo de disminuir competitividad en el plano productivo.

Estas cuestiones se encuentran presentes en la "agenda comunitaria" ya que la problemática –de alcance regional o aún mundial- no puede ser encarada mediante la acción separada de los Estados nacionales.

4. El Mercosur energético

En el ámbito de la energía y en lo que se refiere a las reservas naturales de fuentes generadoras por combustión –es decir, hidrocarburos y sus derivados–, la situación del Mercosur, el proyecto de integración regional en América que ha alcanzado mayor desarrollo, es diametralmente opuesta a la experiencia europea.

20 El desarrollo de las energías eólica, solar (térmica y fotovoltaica), hidráulica, mareomotriz, geotérmica y basada en la biomasa, son los pilares de las denominadas "energías renovables" que la Unión Europea se propone implementar. A modo de ejemplo, el Programa "Energía inteligente, Europa 2007-2013" complementa políticas de racionalización de energía con la diversificación y el establecimiento de objetivos en el uso de energías alternativas. Ver artículo 2 de la Decisión 1639/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 24 de Octubre del 2006.

Argentina y Brasil poseen yacimientos de petróleo. Además, Venezuela, Estado cuya membresía se encuentra siendo considerada por los Estados parte posee una de las reservas de crudo más importantes del mundo[21]. De los vecinos al bloque y asociado al mismo, Bolivia, ostenta importantes reservas de gas natural.

En fin, la región cuenta con recursos fósiles que garantizan el abastecimiento interno regional e incluso la exportación. Sin embargo, los porcentuales de fondos orientados a la inversión –pública y/o privada- en exploración, extracción y refinamiento de las materias son muy diferentes conforme las distintas realidades. Más adelante nos referiremos nuevamente a este asunto de particular importancia en el esquema integracional.

En cuanto a la constitución de las matrices energéticas primarias -inclusive la utilizada en usinas generadoras de electricidad-, por ejemplo en Argentina se compone básicamente de petróleo y gas natural.

El resto de los integrantes del bloque incorporan en sus matrices energéticas porcentuales significativos de generación de energía eléctrica por centrales térmicas de carbón –pulverizados o por ciclos combinados- y la hidrogeneración. No obstante excepciones en Argentina –pionera en su tiempo- y Brasil, la energía nuclear no ha alcanzado niveles de gran consideración, a diferencia de lo que ocurre en algunas experiencias de países europeos.

Hecha esta breve aproximación a la estructura energética integracional, cabe indagar acerca de la relación existente entre energía e integración regional en el Mercosur bajo una óptica histórica.

En el marco de la integración regional, la cuestión energética no ha sido prioridad en los diferentes proyectos del Cono Sur, salvo algunas puntuales excepciones.

En 1964 y en el marco del Primer Congreso de Integración Eléctrica Regional de la ciudad de Montevideo, los representantes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay recomendaron la libre circulación de la energía eléctrica entre sus fronteras. En aquella oportunidad crearon la Comisión Permanente para la Integración Eléctrica Regional a los fines del estudio de la armonización de los regímenes jurídicos de aquellos Estados nacionales e inspirado en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) del año 1960[22].

Posteriormente es posible observar otros acuerdos de integración energética, aunque todos ellos dados en el ámbito de la bilateralidad o bien de su variante de multilateralidad, pero no comunitarismo.

---

21 Según las estimaciones de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) del año 2006, Venezuela posee el 9,4% de las reservas descubiertas del grupo de la OPEP, que a su vez éstas constituyen el 77% de las reservas mundiales. Fuente: Organization of The Petroleum Exporting; Countries Annual Statistical Bulletin 2006: Ver en: www.opepc.org.

22 Integrada por Argentina, Bolivia (en 1967), Brasil, Chile, Colombia (en 1961), Ecuador (en 1961), México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (en 1966)

Justamente en esto radica una de las diferencias fundamentales de los proyectos de integración americanos con el proceso europeo encarado a partir de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero. Este último sistema se basó en la cesión de soberanía sobre un sector determinado –el carbón y el acero- de las economías nacionales. Se ha calificado tal cesión como exhaustiva y excluyente en el sentido se acotar el uso de otras vías para solucionar eventuales controversias. Por ejemplo en el plano jurisdiccional los Estados miembros acordaron otorgar a un Tribunal de Justicia supranacional el monopolio de juzgar cualquier conflicto jurídico en el ámbito comunitario e interpretar cualquier disposición del derecho comunitario[23].

Siguiendo en el ejemplo europeo, destacamos esta diferencia porque *a posteriori* de su constitución, el Tribunal de Justicia –originariamente denominado "Tribunal", conforme al artículo 31 y siguientes del Tratado-, a decir de Ricardo Alonso García, actuó como un "auténtico ´motor de la integración´ en el sentido de decidido impulsor del reconocimiento de su naturaleza *sui generis*, propensa a hacer realidad la cesión de soberanía operada en su favor por los Estados miembros"[24]

Hecha esta mención europea y retomando el análisis americano, es importante mencionar el Tratado de la Cuenca del Plata de 1969, suscripto por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay que promovió entendimientos sobre "la utilización racional del recurso agua, especialmente a través de la regulación de los cursos de agua y su aprovechamiento múltiple y equitativo" (artículo I, parágrafo único, inciso b) y "el perfeccionamiento de las interconexiones…eléctricas…" (artículo I, parágrafo único, inciso c)

Por otra parte, la Declaración de Foz do Iguaçú de 1985 y el Acta de Amistad Argentino-Brasileña, en Democracia, Paz y Desarrollo de 1986, ambas firmadas por los representantes de Argentina y Brasil, motorizaron la posterior suscripción del Tratado de Asunción constitutivo del Mercosur.

Es importante detenerse en la mencionada Declaración de Foz do Iguaçú ya que expresó la creación de una Comisión Mixta de alto nivel de cooperación e integración económica bilateral abarcativa de múltiples sectores "especialmente en lo referido a las áreas de complementación industrial, energía, transporte y comunicaciones, desarrollo científico técnico, comercio bilateral y con terceros mercados" (acápite nº 20 de la Declaración. El subrayado nos corresponde)

Asimismo y para coordinar la realización de estudios conjuntos en el área de la energía, los dos presidentes decidieron crear una subcomisión a los fines de analizar el aprovisionamiento de gas natural argentino a Brasil.

---

23 Riechenberg, Kurt; "El proceso prejudicial en la Unión Europea", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Tomo II, Pág. 1011, Montevideo, 2004.

24 Alonso García, Ricardo; "Un paseo por la Jurisprudencia Supranacional Europea y su Reflejo en los Sistemas Suramericanos de Integración", en Saddy, André; Dereito Público Econômico Supranacional, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro, 2009, Pág. 211.

En plano hidroeléctrico manifestaron llevar adelante en forma conjunta el aprovechamiento hidroeléctrico binacional de Garabí y Pichi Picún Lefú (acápites nº 25 y 26), como así también el avance de las obras de interconexión (acápite nº 27)

Como se puede observar, y como se ha dicho anteriormente, hasta aquí la cuestión energética internacional ha sido abordada desde la visión del derecho internacional público, sin conformar comunitarismo alguno.

Posteriormente, en 1991, los dos países junto con Paraguay y Uruguay suscribieron el Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común[25], constitutivo del bloque Mercosur.

Luego, el Protocolo de Ouro Preto de 1994 puso fin al período de transición, dio su estructura institucional y le otorgó personería jurídica internacional definiendo sus fundamentos legales.

Sin embargo, la cuestión energética no estuvo presente de forma preponderante en la agenda constitutiva del bloque. Empero, es posible destacar algunas iniciativas emanadas principalmente por los Subgrupos de Trabajo, dependientes el Grupo Mercado Común, uno de los órganos del bloque[26].

Primeramente, en 1993 el mismo Grupo Mercado Común resolvió aprobar las "Directrices de Políticas Energéticas en el Mercosur"[27] definiendo como elementos básicos:

- Viabilidad económico-financiera de los proyectos energéticos de la región.
- Optimización de la producción y del uso de las fuentes de energía de la región.
- Favorecimiento de la integración entre los mercados energéticos de los Estados partes, con libertad de compra y venta de energía entre las empresas de energía y libre tránsito de los energéticos, respetando las legislaciones vigentes en cada País.
- La política de precios de la energía es parte integrante de la política económica de los Países y como tal debe respetarla.
- El precio de la energía (ex impuestos) debe reflejar, en principio, su costo; la posibilidad de administración de precios favorecidos, por las características específicas de algunos segmentos consumidores del sector productivo, debe ser analizada en común.
- Equivalente tratamiento tributario (impuestos, tasas gravámenes internos) a la energía destinada a los sectores productivos tendiente a la armonización de las políticas fiscales aplicadas.
- Promoción del uso racional de energía y su conservación.

25 Suscripto originariamente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.
26 Artículo 17 y siguientes de la Decisión 4/91 CMC.
27 Resolución GMC 57/93.

- Admisión, en el marco de libre intercambio energético, de la posibilidad de acuerdos energéticos binacionales o multinacionales, dentro o fuera de la región.
- Promoción de la producción y uso de energía renovables con bases económicas y ambientalmente sustentables.
- La armonización de la legislación ambiental y el establecimiento de estructuras organizaciones que permitan resultados equivalentes en la mitigación de los impactos sobre el medio ambiente resultantes de la producción, transporte, almacenamiento y uso de los energéticos, incorporando los costos ambientales a los costos de energía.
- Coordinación en la gestión de propuestas de financiamiento a organismos internacionales con el objetivo de realizar estudios de viabilidad económico-financieros de emprendimientos energéticos comunes.
- Ajuste de criterios para permitir el acceso de las empresas energéticas a los mercados de capitales de los países miembros.
- Elaboración de estudios de planeamiento energético integrado regional, en concordancia con los planeamientos macroeconómicos nacionales.
- Adopción en el campo legal, patrimonial, técnico y gerencial de medidas que aumenten la calidad y la productividad de las empresas y su desempeño colegiado, lo que presupone la existencia de coordinación, en el sentido de asegurar la ampliación de los beneficios recíprocos resultantes de la integración energética de los países del Mercosur.
- Tener en cuenta la diversidad de factores socioeconómicos y políticos que intervienen en la organización de los sistemas energéticos.

Luego, el Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000, aprobado por el Consejo Mercado Común -otro órgano institucional-, estableció aspectos generales para la producción y uso racional de la energía, aún las renovables[28].

Posteriormente, el Grupo Mercado Común aprobó el documento "Propuestas de pautas negociadoras del Subgrupo Nº 9 `Energía´ del Mercosur"[29].

En 1998 el Consejo del Mercado Común por medio de la Decisión 10/98 aprobó el "Memorandum de Entendimiento relativo a los intercambios Eléctricos e Integración Eléctrica en el Mercosur", asegurando competitividad en el mercado generador eléctrico evitando prácticas discriminatorias cualquiera sea su ubicación geográfica, entre otros principios.

28 Decisión CMC 9/95.
29 Resolución GMC 150/96.

El Grupo Mercado Común resolvió, en el año 2001 aprobar las "Pautas Negociadoras del Subgrupo de Trabajo Nº 9 `Energía y Minería´"[30]. En ella, la Comisión Temática Energía estableció, entre otras pautas, patrones de negociación sobre sistemas de información pública de energía en el bloque –relativos a precios y tarifas, estructura impositiva, estadísticas del sector, marcos normativos, regulaciones y eventuales requerimientos administrativos para importación y exportación de energía-. También instauró, en el marco de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/98 un programa de trabajo para acordar en temas centrales sobre subsidios, subvenciones, costos económicos eficientes y prácticas discriminatorias en relación a los agentes de la demanda y la oferta.

Por último, pautó promover acciones de cooperación técnica y de capacitación en materia de energías renovables, promoviendo la formación de empresas de servicios energéticos.

Posteriormente el bloque continuó avanzando en acuerdos regionales en materia energética[31] aunque, como señalamos antes, con las dos dificultades que se apuntan desde la teoría general de la integración regional. Ampliamos algunos de sus aspectos a continuación.

Por un lado se evidencia una ausencia de derecho comunitario[32]. Por el otro y tal vez como consecuencia de lo anterior, el bloque carece de instituciones comunes permanentes capaces de tomar decisiones con fuerza jurídica vinculante para todos sus miembros, aún en oposición de algún/os Estado/s miembro/s.

Excede el objeto del presente trabajo abordar cuestiones referidas a la integración regional en el Mercosur, aunque sí pretendemos simplemente destacar la conveniencia que posee el fortalecimiento institucional del proceso a los fines de promover el desarrollo en un sector de vital importancia como es el energético.

Sin embargo y en el plano de la integración y la cooperación algunos avances son también subrayables.

Por ejemplo, el entendimiento con Estados no miembros del bloque en el fortalecimiento de la integración energética de la Comunidad Suramericana de Naciones se encuentra vigente en las agendas nacionales. Aunque, al momento principalmente a nivel declaratorio sin perjuicio de algunas iniciativas bilaterales[33].

Además, la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA) del año 2000 se constituyó como un foro de diálogo de integración y

30 Resolución GMC 33/01.

31 Por ejemplo, XLIV Reunión Plenaria del Subgrupo de Trabajo Nº 9 "Energía", Acta Nº 1/07, Reunión del Subgrupo de Trabajo Nº 9 "Energía", Acta Nº 1/08.

32 Que garantice principalmente efecto directo y normativa incorporable al derecho interno automáticamente, o mejor dicho vigencia automática de las normas comunitarias entendidas como un único orden jurídico, entre otras características.

33 Como son el caso, por ejemplo de los acuerdos entre empresas tales como Petróleos de Venezuela (PDVSA), Energías Argentinas (ENARSA), Petrolera del Cono Sur (PSUR), entre otras expreriencias.

desarrollo energético y de transporte recibiendo apoyo financiero de varios organismos de crédito internacional.

Más cerca en el tiempo, la Declaración de la Isla Margarita, Venezuela en el año 2007 pretende fortalecer las relaciones entre los Estados firmantes sobre "la base del uso sostenible de sus recursos y potencialidades energéticas, aprovechando así las complementariedades económicas para disminuir las asimetrías existentes en la región y avanzar hacia la unidad suramericana"

Estas y otras iniciativas evidencian el interés de aunar esfuerzos –con mayor o menor intensidad integracional- para desarrollar y encausar uno de los principales recursos que posee el bloque. Si eso consecuentemente repercutirá en una profundización institucional de la integración regional, será objeto de futuros análisis.

5. El desafío del Mercosur. Hacia un cambio de escala institucional

¿Puede ser la energía –y en especial las energías no convencionales- un elemento que reencause la vocación integradora y aporte un nuevo impulso a la integración regional en el Mercosur?

Numerosos análisis jurídico-políticos actuales afirman que el bloque presenta ciertas debilidades en cuanto a su constitución, agravadas por un déficit democrático creciente[34]. No es objeto del presente trabajo desarrollar estos aspectos, sin perjuicio de reconocer que tal deuda institucional repercute en el desarrollo de la integración regional y obstaculiza su despegue transformador.

Sin embargo, es posible que el entendimiento y la comprensión de la energía como nuevo factor de cooperación y coordinación del bloque –bajo un paraguas regional- otorgue un nuevo impulso a la voluntad integradora.

De la misma forma que el carbón y el acero centraron la atención en la voluntad integradora en Europa de 1950, *mutatis mutandi*, el papel de la energía puede coadyuvar a lograr el salto cualitativo en el plano institucional que el Mercosur requiere en estos tiempos para enfrentar los desafíos del nuevo escenario mundial.

Es claro que el tema de la energía no es el único que se encuentra presente en la agenda del bloque como carácter prioritario. La cuestiones/debilidades institucionales de la región y su calidad democrática, la problemática social de un escenario con grandes desigualdades y el establecimiento de reglas económicas claras –sin limitarse sólo a esta-

34 Secretaría del MERCOSUR, Fundación Konrad Adenauer y Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR y Asociados (editores); Primer Informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2003), Editorial Konrad Adenauer, Montevideo, 2005. También Ventura, Deisy; Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea, Editorial Konrad Adenauer, Montevideo, 2005.

blecer un Arancel Común o en el futuro acuñar una única moneda-, por mencionar algunas, también requieren de un diseño particular que potencie el avance de la integración.

Sin embargo, y como hemos dicho al comienzo de este trabajo, la creciente demanda de energía –tanto interbloque, como así también a los fines de su exportación- se presenta como una oportunidad para establecer pautas de cooperación recíprocas que redunden en un crecimiento armónico y conjunto del bloque.

Algunas experiencias de los países de la región han demostrado que en el marco de la bilateralidad es posible coordinar estrategias energéticas comunes, como los casos de las centrales hidroeléctricas de Itaipú (Brasil y Paraguay), Yacyretá (Argentina y Paraguay) y Salto Grande (Argentina y Uruguay), entre otras.

En virtud de ello, acercamos algunas aproximaciones estratégicas para abordar la temática energética desde el esquema regional del Mercosur:

a) Acceso a la energía: Propender a un desarrollo sostenido y solidario entre los miembros del bloque en materia de suministro de energía por parte de los Estados exportadores, que alcance un equilibrio entre competitividad e integración regional.

Cada Estado miembro posee la potestad de usar y disponer libremente de sus recursos naturales, entre ellos los energéticos. Pero, en un mundo de interdependencia regional, es innegable que las decisiones y acuerdos de utilización/consumo, exportación/precio y racionalización/cuidado del ambiente deben articularse en forma conjunta con el resto de la región.

El coherente uso racional de los recursos debe tender hacia el crecimiento de cada miembro respetando las bases de la solidaridad regional entre los Estados y permitiendo el acceso a la energía a precios razonables tanto para exportadores como para importadores de energía.

Además, los lineamientos para el estímulo a las inversiones en la exploración de nuevas fuentes deben orientarse en clave integracional. En esto las directrices y políticas públicas supranacionales deben ser coherentes con una nueva estrategia del bloque en materia energética.

Cabe destacar una última cuestión. Considerando que las decisiones del bloque no son tomadas por mayoría sino por consenso –y con la presencia de todos los Estados partes, conforme al artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto-, ningún acuerdo del Mercosur con otro Estado[35] podrá ser suscripto sin el aval de todos los miembros, sean o no pro-

35 Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre el Mercosur y el Estado de Israel, firmado en diciembre de 2008; el Acuerdo Marco entre el Mercosur y el Reino Hachemita de Jordania, suscripto en junio de 2008, o

ductores de petróleo o gas. Si de asimetrías se refiere, un eventual ingreso de Venezuela al bloque –con su potencial energético fósil- obliga prontamente a definir tal estrategia.

b) Energías renovables: Fomentar la investigación y el desarrollo de fuentes alternativas no contaminantes de energía, que aseguren un desarrollo sustentable y el cuidado del ambiente.

En forma paralela al diseño de una estrategia regional de equilibrio y solidaridad en el uso de la energía derivada de fósiles, debe desplegarse una política de similar alcance en el desarrollo de energías renovables.

El Mercosur debe posicionarse a la vanguardia de la protección ambiental contra el cambio climático. En tal sentido, es preciso establecer metas y medidas específicas de corto, mediano y largo alcance de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

También deben establecerse pautas de uso racional de la energía y fomento de la innovación tecnológica de energías limpias dado que la región posee los recursos y las condiciones naturales requeridos para lograr una generación a gran escala.

Para ello es necesario contar con una inversión tecnológica adecuada, el fomento público y la eliminación de los obstáculos regulatorios, todo a escala regional.

Se debe tener presente que la extracción de los combustibles fósiles demanda una alta inversión como consecuencia del cada vez mayor agotamiento de las reservas ubicadas en las capas subterráneas mas altas y, por lo tanto de fácil extracción y transporte.

Considerando que hacia futuro resta por explorar las reservas más profundas, en sitios geográficos inestables u *offshore*[36], resulta razonable modificar la estrategia de subsidios y fomentos hacia sectores "limpios" o sustentables.

En el mismo sentido que lo mencionado sobre el acceso a la energía en el bloque, la incorporación de nuevos Estados partes, aún potencias petroleras, deberán redireccionar su matriz hacia las fuentes energéticas renovables, una vez diagramadas las directrices regionales.

6. Conclusiones. Decidiendo en clave integracional

La realidad de América del Sur ha cambiado de forma en los últimos tiempos. La situación económica mundial coloca al continente en una posición expectante en cuanto a su capacidad de dar respuestas a las diferentes problemáticas globales.

---

el Acuerdo Marco para el Establecimiento de un Area de Libre Comercio entre el Mercosur y la República de Turquía, celebrado en junio de 2008.

36 DerGhougassian, Khatchik; "Crisis energética y conflictividad global", en Revista Diálogo Político, Edición de Konrad Adenauer Stiftung, diciembre de 2007, Pág. 25.

Pero institucionalmente la región no se presenta sólidamente integrada. El Mercosur padece algunas de las falencias que hemos señalado anteriormente. Coincidimos en afirmar que no se necesitan nuevas alianzas de integración, sino la creación de instituciones supranacionales con plena competencia. Los Estados miembros deben delegar definitivamente el ejercicio de una porción de sus soberanías al entre regional e implementar y aplicar sus reglas comunitarias[37].

Por ejemplo, en el plano del derecho energético, hipotéticos conflictos requieren mecanismos de jurisdicción vinculantes que el bloque no posee o –como el caso del Tribunal Permanente de Revisión- utiliza de forma poco frecuente.

No obstante, una vez más las miradas están puestas sobre una región extremadamente rica en recursos que, de encontrar la voluntad política, podrá coordinar sus acciones hacia un desarrollo en conjunto.

Toda transformación de índole político obliga a repensar soluciones superadoras a las problemáticas actuales, y en esto el Mercosur reclama definiciones en cuestiones estratégicas. En el presente trabajo hemos analizado sólo una de ellas –la energía- ya que justamente forma parte de las agendas públicas internacionales.

Así, la cuestión energética se presenta como una oportunidad para reflexionar en clave regional, teniendo en consideración los principios generales de la integración y los principios acuñados tanto en el Tratado de Asunción de 1991 y el Protocolo adicional de Ouro Preto de 1994, como también en el resto de los Protocolos adicionales que abogan por el respeto de los derechos fundamentales en la región. Todo ello englobado en los valores y principios de solidaridad, progresividad, reciprocidad, igualdad y subsidiariedad.

Y en este sentido, creemos que –junto a otros factores- la energía, por su carácter estratégico, escaso, oneroso y necesario para el desarrollo puede dotar al proceso integrador de una nueva impronta que permita consolidar y expandir la fortaleza del bloque regional.

37 Wittelsbürger, Helmut; "Las políticas energética de Chile: de la dependencia al desarrollo sostenible", en Revista Diálogo Político, Edición de Konrad Adenauer Stiftung, diciembre de 2007, Pág. 47.

El Papel del Estado en los Sectores Económicos, como Empresario y Regulador (con especial referencia al sector eléctrico venezolano)

*Bernard-Frank Macera**
*Mª Gabriela Cresto Irigoyen***

I. Nota Introductoria; II. El estado como "empresario". Fundamento y límites de su protagonismo; III. El estado como "regulador". El caso del sector eléctrico, un escenario de "competencia regulada"; 1. Separación de actividades; 1.1. Consideraciones previas: las diferentes etapas o actividades del servicio eléctrico; 1.2. Separación de régimen jurídico; 1.3 La separación empresarial; 2. Libertad de acceso a la red; 3. Mercado Mayorista de Electricidad; 4. Planificación indicativa; 5. Organización administrativa; 5.1. Autoridades con competencias sectoriales y específicas en materia de energía eléctrica; 5.2 Autoridad de defensa de la competencia: la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia; 6. Una ausencia notable en la LOSE: las "obligaciones especiales de servicio esencial".

I. Nota Introductoria

La problemática del papel que debe y puede desempeñar el Estado en los sectores económicos (esto es, en suma, la cuestión del intervencionismo público en el mercado) tiene una relevancia especial en cualquier reflexión sobre el sistema jurídico-político y económico de un país.

El tratamiento y la suerte de numerosos aspectos fundamentales de dicho sistema –por lo que se refiere, en particular, al difícil y frágil equilibrio entre los requerimientos del Estado de Derecho y los del Estado social (como por ejemplo en las cuestiones de la satisfacción de las necesidades públicas, del respeto de los derechos económicos y de la iniciativa empresarial de los particulares, etc.)- dependen directamente de las opciones que, en esta materia, se elijan. Ahora bien, no es fácil establecer líneas claras en la adecuada definición de los cometidos públicos de carácter económico.

El suministro eléctrico es uno de los sectores en los que el marco político-institucional que afecta a las actividades de empresas transnacionales más se ha modificado en las dos últimas décadas. De estar su participación prácticamente prohibida en la mayoría

* *Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid (España). Docente de la Universidad de Pau (Francia)*
** *Doctora en Derecho (UE) por la Universidad de Salamanca (España). Abogado en ejercicio*

de los países, se ha pasado a considerarla una pieza clave para el desarrollo del sector y, en concordancia con este cambio de políticas, la inversión dirigida a este sector ha experimentado un incremento significativo, representando en algunos países un porcentaje muy elevado del total de la inversión recibida[1].

En el escenario europeo, dicha cuestión ha sido abordada de manera exhaustiva y desde diversas perspectivas (encuadramiento de los derechos especiales o exclusivos que se conceden a ciertas empresas, concurrencia entre sector público y sector privado, regulación de las ayudas públicas, etc.), casi siempre con la finalidad de garantizar el libre juego de la competencia entre los operadores dentro de un contexto de economía de mercado, como pieza fundamental para alcanzar un mercado único a escala continental. El Derecho comunitario europeo, por tanto, aparece como un punto de referencia ineludible[2].

En el presente artículo, como su título indica, hemos optado por detenernos en dos de las vertientes de la problemática antes mencionada. En concreto, nos ha parecido interesante reproducir y reunir en un mismo trabajo ciertas consideraciones sobre el papel del Estado como empresario y como regulador que uno de nosotros, Bernard-Frank MACERA, tuvo la oportunidad de exponer en Venezuela durante dos estancias realizadas a lo largo de los meses de septiembre y octubre de 2005, contrastándolas con la realidad de aquel país. Las reflexiones relativas al "Estado-empresario" se formularon durante un seminario organizado en Caracas el 28 de septiembre de 2005 por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ("CONATEL"). Las que versan sobre el "Estado-regulador" tienen como origen una ponencia pronunciada el 17 de octubre de 2005 en el marco de la Jornada "Venezuela: libre para competir", celebrado también en Caracas y organizado por la "Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia", en colaboración con la Comisión Europea y la Comunidad Andina.

Dichas reflexiones, sin embargo, han sufrido un importante desgaste causado por los recientes e incesantes cambios que han ido produciéndose toda vez que la regulación es un proceso permanentemente en tránsito, sin conclusión, que se va adaptando a las alteraciones de índole económica, política o estructural en el sector al que van dedicadas. En este caso la industria eléctrica.

---

1 Análisis de este tipo han sido realizados por AGOSIN, M. y MAYER, R.: "Foreign Investment in Developing Countries: Does It Crowed in Domestic Investment?", *Discussion Paper*, 146, UNCTAD, 2002; DE MELLO, L.R.: "Foreign Direct Investment-led Growth: Evidence from Time Series and Panel Data", Oxford Economics Papers, 51, pp. 133 a 151, 1999; y HONGLIN, K.: "Does Foreign Direct Investment Promote Economic Growth? Evidence From East Asia and Latin America", *Contemporary Economic Policy*, 19 (2), pp. 175 a 185, 2001.

2 En Europa, el impulso institucional de las reformas en este campo ha venido por parte de las autoridades de la Unión Europea (UE) a través, por una parte, de la emisión de diversas Directivas que han impelido a los países miembros a dar unos mínimos pasos hacia la liberalización de sus mercados nacionales en plazos concretos y, por otra parte, de la mejora en las normas de comercio y la subvención a la construcción de líneas de interconexión. Estas medidas van encaminadas al fin último de construir un Mercado Único de la Energía, Vid. JASMAB, T. y POLLITT, M.: *Electricity Market Reform in the European Union: Review of Progress toward Liberalization & Integration*, Energy Journal, 26 Energy Liberalisation Special Issue, pp. 11 a 41, 2005.

Además, por haber sido expuestas bajo la forma de conferencias, carecían de muchos de los requisitos de forma y de fondo que los buenos modales académicos aconsejan cumplir en cualquier presentación escrita. Por ello, la abogado venezolana y co-autora de la presente contribución, Mª Gabriela CRESPO IRIGOYEN, se ha encargado de la labor de puesta al día, de adaptación, de complemento y de "reconstrucción" de estas reflexiones a la realidad social de su país, lo que le ha llevado a volver a escribir muchas de ellas.

II. El Estado como "Empresario". Fundamento y Límites de Su Protagonismo

La participación de las empresas que son propiedad de los Poderes públicos (bajo cualquiera de sus formas: entes públicos empresariales, sociedades anónimas, etc.) en la actividad económica es una cuestión que admite muchas interpretaciones pero que, en el fondo, descansa sobre una premisa admitida por todos (o casi todos): los poderes públicos deben poder intervenir en la economía, no solo a través del ejercicio de sus potestades normativas o mediante su actividad de estímulo y fomento de las iniciativas privadas, sino también como prestador de servicios, como operador.

Las diversas interpretaciones a las que se acaba de hacer referencia tienen que ver con algunos temas que siguen abiertos, y que condicionan el alcance y el auténtico protagonismo que puede darse a esta actividad empresarial de los Poderes públicos.

Así las cosas, caben algunas interrogantes como: ¿Qué tipo de actividades pueden ejercer las empresas públicas? ¿Cuáles son los mercados en los que pueden intervenir? ¿Deben poder hacerlo en actividades concurrenciales? O, por el contrario, ¿Han de limitarse a aquellos sectores en los que la iniciativa privada es insuficiente para cubrir las necesidades sociales?, etc.

Las respuestas que cabe aportar a todos estos interrogantes pueden variar en función de las opciones políticas predominantes en cada época. Evidentemente, no podemos pasar revista a las diversas alternativas susceptibles de darse en relación con dicha problemática. La cuestión consiste en saber si las empresas públicas deben actuar aun cuando las iniciativas del sector privado son suficientes y, por tanto, en la operatividad del importante principio de subsidiariedad[3].

3 Sin ánimo exhaustivo, pero con el objeto de poner de manifiesto el debate doctrinal que el principio de subsidiariedad despertó en la doctrina pueden consultarse las siguientes obras de referencia: AREILZA CARVAJAL, J.M.: El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, pp. 53 a 92; BARNES VÁZQUEZ, J.: "El principio de subsidiariedad y las Regiones Europeas. Las Comunidades Autónomas", AA.VV.: La Comunidad Europea, la Instancia Regional y la Organización Administrativa de los Estados miembros, Coord. por BARNES VÁZQUEZ, J., Civitas, Madrid, 1993., pp. 510 a 596; BOIXAREU CARRERA, A.: El principio de subsidiariedad", *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1994, pp. 771 a 808 y, del mismo autor: BOIXAREU CARRERA, A.: Principales cuestiones planteadas por el principio de subsidiariedad, AA.VV.: *La Constitución Europea*, Coord. por OREJA AGUIRRE, M.,

Teniendo en cuenta que el sector empresarial público venezolano está muy presente en la economía, hemos optado por detenernos en una cuestión que no tiene que ver tanto con los fundamentos o los condicionamientos previos e iniciales de la intervención de los Poderes públicos, como con la propia vida de las empresas publicas: la de su posición con respecto a las empresas privadas.

El punto de partida que conviene tener en cuenta es que, en muchos sectores (en especial, en aquellos liberalizados), las empresas públicas compiten con las empresas privadas[4], y esta circunstancia hace que sea imprescindible establecer unas reglas de juego. En síntesis, conviene asegurarse de que se respeten los principios básicos de la libre competencia para evitar el riesgo de introducir distorsiones (pérdidas de rentabilidad para las empresas privadas, disminución o desaparición de las inversiones, etc.) que no pueden sino poner en serio peligro la propia viabilidad económica de los sectores correspondientes.

Y es en este marco donde adquiere toda su relevancia un principio general, ampliamente desarrollado por el Derecho comunitario europeo y que puede considerarse como una pieza clave de todos los sistemas económicos en los que el Estado desempeña un papel de "empresario": el principio de "paridad de trato" entre las empresas públicas y las empresas privadas[5].

¿Cómo se instrumenta este principio? En primer lugar a través de la aplicación estricta de las reglas protectoras de la libre competencia relativas, por ejemplo, a los abusos de posición dominante, las prácticas restrictivas de la libre competencia, etc. Y como consecuencia de lo anterior, en segundo lugar, se garantiza la paridad de trato a través de un control estricto de las relaciones que existen entre esas empresas públicas y los Entes de los que dependen (esencialmente, un control de las relaciones financieras), para evitar que se ponga a disposición de estas empresas medios e instrumentos que impliquen diferencias de trato con el sector empresarial privado.

En el Derecho comunitario europeo, la Directiva 80/723/CEE de 1980 "relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas

---

Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1994, pp. 231-252; CARRO MARTÍNEZ, A.: La Unión Europea y el principio de subsidiariedad, *Revista de Administración Pública,* 1991, pp. 217 a 252.

4 Estas empresas privadas tendrán que gestionar contratos de concesión con las diferentes municipalidades, bien que tales contratos tengan que respetar las disposiciones legales existentes y fijadas por el Poder Nacional. De allí que cuando se hace referencia a las empresas privadas del sector eléctrico, se les califica como "empresas concesionarias", pues estas mantienen concesiones de servicio público con las municipalidades, Vid. BREWER CARÍAS, A.: "Consideraciones sobre la causación de las tasas en los servicios eléctricos y su aplicación temporal", *Revista de Derecho Público*, núm. 29, 1987, pp. 52 y ss.

5 En el Derecho comunitario europeo, la base de este principio se encuentra en el articulo 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que establece: "1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive (...)".

públicas"[6], obliga a los Estados miembros a comunicar a la Comisión Europea -para permitir a dicho órgano ejercer su control[7], y les considerase contrarias a la libre competencia, podrá prohibir- ciertas prácticas como, por ejemplo, las aportaciones en capital, los préstamos en condiciones privilegiadas, la concesión de ventajas financieras (como por ejemplo la no-recuperación de créditos), etc[8]. Y es que la paridad de trato es un elemento fundamental e imprescindible cuando las empresas públicas actúan en concurrencia con las empresas privadas[9].

III. El Estado Como "Regulador". El Caso Del Sector Eléctrico, Un Escenario De "Competencia Regulada"

Las transformaciones recientemente producidas en el sector eléctrico de muchos de los países (en especial, en el ámbito europeo) hacen que, en la actualidad, no se pueda cuestionar la necesidad de la regulación (como complemento ineludible del Derecho de la competencia), sino su intensidad y sus prioridades.

La intervención reguladora de los Poderes públicos en dicho sector, es imprescindible para garantizar la adecuada prestación del suministro eléctrico, como servicio esencial. Dicho con otras palabras, la liberalización del sector no se traduce en una simple desregulación, sino que se acompaña de una regulación cuyo establecimiento constituye una misión fundamental del Estado[10].

---

6 Vid. la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980. Dicho texto fue modificado por las Directivas de la Comisión: 85/413/CEE de 24 de julio de 1985; 93/84/CEE de 30 de septiembre de 1993; y 2000/52/CEE de 26 de julio de 2000.

7 Acerca de la transparencia en el internacional, Vid. ARENA, G.: "La transparencia Administrativa", AA.VV.: *El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (I), Documentación Administrativa*, núm. 248 y 249, 1997; JEGOUZO, I.: "El Derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos", *Documentación Administrativa*, núm. 239, 1994, ARENA, G., "Transparencia Administrativa y Democracia", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 37, 1993, pp. 9 y ss. Más recientemente, SÁINZ MORENO, F.: "Secreto y transparencia", AA.VV.: *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Dirigido por SÁINZ MORENO, F., Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 2004; y, del mismo autor, "Secreto e información en el Derecho Público", AA.VV.: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991

8 El Consejo de Europa adoptó el 21 de febrero de 2002 la Recomendación del Comité de Ministros, Recomendación (2002), sobre acceso a los documentos públicos, que insta a los Estados miembros a adoptar medidas, en algunos casos, más progresivas que las previstas en las legislaciones nacionales, en particular en los ordenamientos español e italiano.

9 *Vid*. Domínguez Luis, J. A.: "El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa", *REDA*, núm. 88, oct.-dic, 1995; y también Fernández Ramos, S.: *Derecho de Accesos a Archivos y Registros*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

10 En Venezuela la figura de las empresas públicas tiene como antecedentes la influencia de las ideas que dieron origen a la Revolución francesa y al sistema político de los Estados Unidos de América, de donde fueron copiados los esquemas del Estado gendarme y del liberalismo económico, entre ellos las figuras de las *entreprises publiques* (empresas públicas).

En sintonía con lo que ocurre en la mayoría de los países y, en particular, en la Comunidad Europea, en Venezuela la Ley Orgánica del Sector Eléctrico de 2001 (en adelante, LOSE)[11], desarrollada por el Reglamento General de la Ley del Sector Eléctrico del 2000 (en adelante, RGLSE)[12], opta por implantar un sistema de "competencia regulada"[13], es decir, un sistema cuya principal razón de ser reside en la necesidad de lograr un equilibro entre la estimulación de la libre competencia con la iniciativa privada (como fórmula ineludible para lograr una cierta eficacia en el sector) y la garantía del suministro eléctrico[14].

Para justificar esta afirmación, es oportuno destacar y valorar una serie de puntos de la Ley que ilustra acerca de la auténtica –aunque no siempre muy clara- voluntad del legislador. En primer lugar la separación de actividades; en segundo lugar la libertad de acceso a la red, en tercer lugar la creación de un "Mercado Mayorista de Electricidad", en cuarto lugar la planificación indicativa, en quinto lugar la organización administrativa del sector y finalmente, en sexto lugar, una ausencia notable en la regulación del sector eléctrico venezolano: la de las llamadas "obligaciones especiales de servicio esencial".

Mientras se pone a punto el nuevo código de suministro de energía eléctrica[15], el sector sigue las pautas establecidas en el decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de reorganización del sector eléctrico[16], en concordancia con lo señalado en la LOSE.

---

11 *Cfr.* con la Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 5.568, de 31 de diciembre de 2001.

12 En realidad, el RGLSE es la norma de desarrollo de la derogada LSE de 1999. Sin embargo, este Reglamento debe entenderse vigente, salvo en los concretos aspectos en los que contradice la vigente LOSE de 2001. Ahora bien, en vista del desfase temporal, esta norma reglamentaria no se ajusta lo suficiente al contenido y a la estructura de dicha Ley como para poder ser considerado como un texto de desarrollo.

13 Cabe destacar la necesidad de coordinación con los dictámenes de PETROCARIBE, organización intergubernamental a la que pertenece Venezuela, desde 6 de diciembre de 2005.

14 En tal sentido, es pertinente señalar que antes de la entrada en vigencia de la LOSE no existía ningún texto con rango y fuerza de Ley que regulara el sector, por el contrario, su la regulación se determinaba en normas de rango sublegal, por lo que éste sector no se encontraba reservado al Estado.

15 De la visión que contendrá la normativa definitiva, destaca la conformación del capital social íntegramente venezolano, conformado por una única persona jurídica: Corporación Eléctrica Nacional, S. A.; y es en este sentido, que en el plazo de tres años a partir de 31 de julio de 2007 (fecha en que entró en vigor el Decreto núm. 5.330), se ha estado produciendo la fusión de las empresas: Energía Eléctrica de Venezuela S.A., (ENELVEN), Empresa Nacional de Generación C.A., (ENAGEN), Compañía de Administración y Fomento Eléctrico S.A. (CADAFE), CVG Electrificación del Caroní C.A., (CVG-EDELCA), Energía Eléctrica de la Costa Oriental del Lago C.A., (ENELCO), Energía Eléctrica de Barquisimeto S.A. (ENELBAR), Sistema Eléctrico del Estado Nueva Esparta C.A. (SÉNECA), las cuales pasan a formar parte de una única empresa: Corporación Eléctrica Nacional, S. A.

16 Esta normativa fue dictada en ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 11 de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las Materias que se Delegan, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela núm. 38.617 de fecha 01 de febrero de 2007, en Consejo de Ministros.

1. Separación de actividades

1.1. Consideraciones previas: las diferentes etapas o actividades del servicio eléctrico

En la estructura del servicio eléctrico, conviene distinguir las siguientes etapas, en concordancia con la terminología utilizada tanto en la LOSE como el RGLSE: generación, transmisión, distribución y comercialización[17].

La etapa de *generación* La función de la fase de transmisión es enlazar los centros de producción con los centros de consumo de mercado o con los puntos de entrada de los sistemas de distribución. Está constituida, en general, por líneas de muy alta tensión, de forma que se alcance una mayor seguridad y estabilidad en el transporte, lo que proporciona una mayor calidad de servicio a la vez que disminuyen las pérdidas. Esta etapa incluye la producción de electricidad en centrales eléctricas de cualquier tipo (termoeléctricas, hidroeléctricas, etc.) para satisfacer el consumo eléctrico.

La *transmisión* es la fase de enlace de los centros de producción con los centros de consumo de mercado o con los puntos de entrada de los sistemas de distribución. Comprende la interconexión, transformación y transporte de electricidad, efectuados a través de las instalaciones correspondientes hasta los sistemas de distribución. Esta actividad se encarga de conectar los grandes centros de producción, geográficamente muy dispersos, con los grandes núcleos de demanda, normalmente ubicados cerca de ciudades y zonas industriales.

La etapa de *distribución* tiene como función transportar energía eléctrica a una tensión más baja desde la línea de transporte de alta tensión a los consumidores geográficamente dispersos. Viene integrada por el transporte de electricidad de bajo voltaje desde las subestaciones de las redes de alta tensión (a partir de las cuales se ramifican otras redes de menor tensión) y la actividad de suministro de la electricidad hasta los consumidores finales.

Finalmente, la etapa de *comercialización* consiste en la venta y facturación del servicio eléctrico a los consumidores finales. Si bien no forma parte del ciclo estrictamente

17 En la etapa de generación se transforma en energía eléctrica algún tipo de combustible primario: carbón, fuel, gas natural, fisión nuclear, energía hidráulica u otros recursos renovables (el sol, la biomasa o las fuentes termales). La transmisión se refiere al transporte de energía eléctrica por una red de cables de alto voltaje desde las unidades generadoras a los grandes consumidores finales o a los puntos de entrada de los sistemas de distribución. Por último, la distribución implica la entrega de energía eléctrica a los consumidores finales por una red de cables de menor voltaje. Esta explicación está basada en KÜHN, K, y REGIBEAU, P.: *¿Ha Llegado la Competencia?*, en AA.VV.: *Un Análisis Económico de la Reforma de la Regulación del Sector Eléctrico en España*, Institut d'Anàlisis Económico, CSIC, 1988; y RODRIGUEZ ROMERO, L. y CASTRO GONZÁLEZ, F.: "Aspectos Económicos de la Configuración del Sector Eléctrico en España: ¿Una Falsa Competencia Referencial?", Cuadernos Económicos de Información Comercial Española, núm. 57, 1994, pp. 161 a 183.

productivo como fase o etapa propia, cabe hacer referencia también a la importante actividad de *gestión del Sistema Eléctrico Nacional*, que incluye la gestión centralizada del conjunto de instalaciones para la generación, transmisión y distribución de electricidad y que persigue el objetivo de garantizar la óptima utilización de la energía.

Una de las bases del sistema de regulación que se establece en la LOSE es que todas las etapas o actividades a las que hemos hecho referencia han de someterse a dos tipos de separación: una que se refiere directamente al régimen jurídico aplicable (1.2) y otra de carácter empresarial (1.3).

1.2. Separación de régimen jurídico

Las distintas actividades económicas que integran el mercado eléctrico cuentan con características naturales específicas que afectan, con diversa intensidad, a la aptitud de los operadores económicos de competir entre sí y que aconsejan, por tanto, la aplicación de regímenes jurídicos distintos. Se debe distinguir a las actividades encuadradas en un sistema de libre iniciativa de las que se encuentran sometidas a un régimen de derechos exclusivos.

De allí que pueda afirmarse que la liberalización del sector eléctrico suponga más bien un modelo de competencia regulada en el cual las distintas actividades que integran el sector están sometidas a regímenes diferenciados[18], en tal sentido, lo importante viene a ser el alcance y sentido de la regulación, pues lo que se pretende con la liberalización es minimizar tal regulación.

Se erige como objeto de la acción administrativa la existencia de condiciones de competencia en el mercado eléctrico implica la existencia de más de un agente que, al menos en teoría, actúen en como rivales. Sin embargo, la competencia es una noción mucho más amplia que se utiliza para designar todo tipo de situación en la cual no hay un monopolio.

La liberalización del sector eléctrico comprende la apertura del sector a la iniciativa privada, en condiciones de libre competencia, en las áreas en que ello sea posible o viable[19].

---

18 En estos regímenes se reservan "se reservan cometidos muy diversos al principio de libre competencia y a la regulación o intervención pública y en los que estos elementos se integran y complementan bajo muy diversas combinaciones", Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La regulación del sector eléctrico: intervención normativa sobre el mercado y defensa de la competencia", Regulación Sectorial y Competencia, Civitas, Madrid, 1999, pp. 113 a 114.

19 La libre competencia es un atributo de determinadas actividades económicas, en las cuales existen las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o consumidor, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, de manera que quienes estén dentro de él, no tengan posibilidad, ni individualmente ni en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio (artículo 3º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia).

La libre competencia es, por tanto, un concepto afín a la libertad económica, prevista en el artículo 112 de la Constitución, por lo que -en principio- de no regir esa libertad, mal podría hablarse de libre competencia (CPCA del 24.09.97, caso: Aeropostal).

Es oportuno observar que hay actividades en el sector eléctrico cuya propia naturaleza no permite su desarrollo en condiciones plenas de libre competencia y en las que dicho principio se aplica en forma relativamente restringida; en concreto, para el desempeño de las actividades de transmisión y distribución, el legislador exige a los particulares la obtención de una concesión.

Esta separación de actividades en el sector eléctrico, ha permitido introducir la competencia en aquellos sectores que no sean monopolios naturales como una manera de incentivar la iniciativa privada en dichos sectores. Ciertamente, la Ley se sirve de la separación de actividades, la cual implica la desintegración del sector y el establecimiento de un régimen diferenciado para las actividades competitivas (como la generación y la comercialización especializada) y las no competitivas o de competencia atenuada (como la transmisión y la distribución) y, correlativamente, la aplicación de un régimen jurídico distinto a unas y otras en un mercado eléctrico en dos niveles: un mercado mayorista eléctrico y un mercado con tarifas reguladas.

La previsión de los principios de las actividades competitivas en la Ley del Sector Eléctrico[20], implica un régimen de autorizaciones para el desarrollo de las actividades de generación y comercialización, por tanto, la protección y promoción de la libre competencia y de la iniciativa privada, postulados que, sin embargo, se contradicen con algunas disposiciones de la Ley del Sector Eléctrico -derivadas del régimen derogado- que preservan una clara intención de intervención sobre el sector.

a) Actividades encuadras en un sistema de libre iniciativa: la generación y la comercialización especializada. Consecuencias en cuanto a la calificación legal del servicio eléctrico como "servicio público"

Siguiendo las pautas marcadas por numerosos precedentes legales y, en particular, por el Derecho comunitario europeo, la LOSE, en sus artículos 24 y 38, somete las etapas de *generación* y *comercialización* especializada a un proceso de apertura a la libre competencia[21]. Sin embargo, la actividad de comercialización no aparece como tal en el

20 Las "actividades competitivas", a su vez están presididas por los principios de libertad de entrada al mercado y libertad de inversión; de libre acceso a las infraestructuras; y de libertad de contratación y formación competitiva de precios.

21 El primer precepto citado establece literalmente que "El ejercicio de la actividad de generación de energía eléctrica está abierto a la competencia, previa autorización de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y de conformidad con esta Ley y demás normas que regulen la materia", mientras que el segundo indica que "Las empresas especializadas en comercialización ejercen esta actividad bajo régimen de competencia, previa autorización de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y con las limitaciones establecidas en esta Ley".

Proyecto de Reforma de la Ley sino que parece integrarse en la actividad de distribución, lo cual limita la apertura a la competencia del servicio eléctrico, teniendo en cuenta que ésta última no constituye una fase liberalizada de dicho servicio.

La apertura a la competencia se justifica por el hecho de que dichas actividades, calificadas usualmente como "competitivas", en principio, no poseen características de monopolio natural, debido a que no se generan en ellas economías de escala, si bien conviene señalar, en relación con la etapa de generación, que la liberalización debe acompañarse necesariamente de una libertad de aprovisionamiento de los *inputs* utilizados, es decir, las energías primarias (gas, petróleo, agua, carbón, etc.), sin privilegios, ni subsidios, para garantizar la efectividad del principio de explotación empresarial, sin perjuicio, de la posibilidad de introducir excepciones motivadas por razones de seguridad de abastecimiento o razones medioambientales. Sin esta liberalización, la apertura a la competencia no es más que una ilusión.

Lógicamente, la LOSE impone a los operadores que intervienen en estas actividades una serie de obligaciones con el fin de garantizar el funcionamiento coordinado del sistema eléctrico nacional y el suministro continuo y regular[22].

La consideración de la generación y de la comercialización de la electricidad como actividades abiertas a la libre competencia debe traducirse en una modificación y flexibilización de los condicionamientos previos al inicio de las actividades correspondientes, en especial desde el punto de vista de los títulos habilitantes requeridos. La LOSE sigue este requisito al establecer que las empresas que quieren intervenir en estos sectores sólo han de solicitar previamente una *autorización* a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de las normas vigentes.

La liberalización de las actividades de generación y de comercialización especializada a la hacemos referencia, no es innocua en relación con calificación del servicio eléctrico en su conjunto como servicio público contenida en el artículo 4 de la LOSE, a través de los siguientes términos: "*Se declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico*", y que se mantiene en el Proyecto de Reforma de la Ley. Aunque hay que reconocer que el término es confuso y muy discutido[23], nos parece importante re-

22 Como por ejemplo, los deberes de información, contenidos en el numeral primero del artículo 25 de la LOSE donde se establece que las empresas que ejerzan la actividad de generación de electricidad deberán "declarar y poner a disposición del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico la totalidad de la potencia y energía de sus instalaciones y permitir su verificación".

23 Nos atenemos a lo señalado por BREWER CARÍAS, cuando sostiene que la esencia del cambio en el concepto clásico del servicio público "(...) consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derecho de exclusividad, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa (...), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (...) pero con libertad de precio y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (...)", BREWER-CARÍAS, A.: "Comentarios sobre la noción

saltar que no resulta del todo adecuada dicha calificación, en cuanto el servicio público alude a la idea de una reserva de la actividad a los Poderes públicos y, por tanto, alude también a la idea de una exclusión de la libre iniciativa económica[24].

Teniendo en cuenta que las actividades de generación y comercialización se sitúan en la órbita de la libre competencia, existe un término mucho más apropiado para describir el servicio eléctrico, en cuanto tiene las mismas connotaciones en lo que se refiere a la relevancia de dicho servicio para el interés general (en especial, desde la perspectiva de la garantía de suministro), sin hacer referencia la cuestión de su titularidad estatal. Dicho término es el de "servicio esencial". Su uso se ha generalizado, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español[25].

b) Actividades sometidas a un régimen de derechos exclusivos

1) La transmisión y la distribución. Su sujeción a un régimen concesional

Las actividades de *transmisión* y de *distribución* de la electricidad, a diferencia de las de generación y comercialización, están exceptuadas del proceso de apertura a la libre competencia. Ello se explica esencialmente por la presencia en dichas actividades, calificadas como "no competitivas" y asociadas más estrechamente a las redes eléctricas, de características de "monopolio natural" y de economías de escala, debido a la especificidad de las inversiones requeridas para su funcionamiento. Estas actividades se prestarán más eficientemente por un solo operador.

La consecuencia del mantenimiento de dichas actividades dentro de un sistema monopolístico, desde el punto de vista de los títulos habilitantes, es que están sujetas a unas *concesiones* otorgadas por la Administración pública. Es el sistema que, lógicamente, establecen la LOSE y el RGLSE. Dichas concesiones tienen una duración máxima de treinta años, prorrogables por otros veinte. Una particularidad que conviene subrayar es que la concesión que permite el ejercicio de la actividad de *distribución* debe otorgarse a través de un proceso de licitación pública, de cara a garantizar una cierta igualdad y transparencia en su otorgamiento.

---

del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", *Revista de Derecho Público*, núm. 6, abril-junio, 1981.

24 El modelo de Estado venezolano, plasmado en la Constitución de 1999, evidencia una marcada intervención en la economía más allá de una regulación y fiscalización de actividades económicas de los particulares, llegando a convertirse en un gestor de las mismas.

25 Así, el artículo 2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico español establece literalmente que "Se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente Ley" y que estas actividades, que deberían ejercerse garantizando "el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional (…) tendrán la consideración de servicio esencial".

2) La gestión del Sistema Eléctrico Nacional

La gestión del Sistema Eléctrico Nacional (que viene constituido por el conjunto de instalaciones para la generación, transmisión y distribución de electricidad y sus equipos y bienes asociados, destinados a realizar intercambios de electricidad) había sido encomendada por la LOSE, siguiendo el modelo de liberalización recientemente adoptado en la Unión Europea, a un organismo especial, una empresa pública, con forma de sociedad anónima: el Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico.

La misión de esta entidad es ejercer el control, la supervisión y la coordinación centralizada de la operación integrada de los recursos de generación y transmisión del Sistema Eléctrico Nacional, así como la administración del mercado mayorista de electricidad, bajo la fiscalización de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, con la intención de garantizar la óptima utilización de los recursos de energías primarias, así como la producción y el transporte de electricidad, y de contribuir a la obtención de un suministro económico y seguro y de la mejor calidad.

Conviene señalar que el Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico hubiera tenido que iniciar sus actividades antes del 1 de enero de 2003 pero, en realidad, no ha llegado todavía a entrar en funcionamiento. En la actualidad, las funciones atribuidas por la Ley a este organismo vienen ejercidas por el Ministerio de Energía y Petróleo.

1.3. La separación empresarial

a) Formulación y exigibilidad. La separación contable como medida de transición

Como hemos dicho, las actividades que conforman el sector eléctrico no deben someterse exclusivamente a una separación de régimen jurídico. También han de articularse de acuerdo con el principio de "separación empresarial", lo que significaría que ni el ejercicio de generación, transmisión, gestión o distribución deberá desempeñarse por una misma empresa[26].

Por su parte, la comercialización especializada en la LOSE no se ve afectada por dicho principio, de tal forma que esta actividad podrá ser ejercida por empresas de distribución (con sus usuarios con tarifa regulada), por empresas de generación o, sencillamente, por empresas especializadas en la comercialización de potencia y energía eléctrica.

Las empresas que, a la fecha de publicación de esta norma, ejercían simultáneamente las actividades de generación, transmisión y distribución, o cualquiera de ellas

26 Tal y como establecía claramente el artículo 6 de la LOSE, que "El ejercicio de dos o más de las siguientes actividades: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional y distribución, no podrá ser desarrollado por una misma empresa".

conjuntamente, tenían hasta el 31 de enero de 2003 para dar cumplimiento a dicho mandato de separación. Dicho lapso podía ser prorrogado por un período no mayor de un año, mediante resolución dictada por el Ministerio de Energía y Minas. Mientras la separación de las actividades no fuera efectiva, las empresas eléctricas que realizaban de manera integrada algunas de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, debían separar la contabilidad de cada una de ellas como unidades de negocio claramente diferenciadas, con el fin de permitir la imputación de activos, pasivos, ingresos, costos y gastos de cada una.

La separación contable, en efecto, aparece como una técnica necesaria para lograr una cierta transparencia informativa, para acabar con la figura reiteradamente comentada de las "subvenciones cruzadas" (como mecanismo mediante el cual una empresa hace soportar o imputa todos o parte de sus costes de actividad de un mercado geográfico o de un mercado de productos a su actividad sobre otro mercado geográfico o mercado de productos) y, en general, para eliminar las alteraciones anticompetitivas de precios en los servicios correspondientes. En suma, la separación contable supone una exigencia mínima para adoptar el modelo de competencia regulada, un mínimo necesario para el limpio funcionamiento del sistema que se quiere instaurar. Pues bien, en la práctica, ninguna de las dos modalidades de separación llegó a instrumentarse todavía.

b) Su fundamento

La LOSE hace suya una teoría muy difundida según la cual uno de los presupuestos previos para la introducción de la competencia en los servicios es la desintegración vertical de las distintas fases o segmentos del negocio de que se trate, aunque no se haya aplicado en relación con este punto.

En efecto, se considera que la integración vertical produce efectos nocivos sobre la libre competencia. Más precisamente, se considera que si se mantiene la integración vertical del sector eléctrico, las empresas que operan en actividades que, como ya hemos explicado, poseen características de monopolio natural (transmisión y distribución) intentarán abusar de su poder de mercado en el sector abierto a la libre competencia (esencialmente, la generación) mediante mecanismos de discriminación a favor de sus empresas filiales, lo que supone la aparición de significativas barreras a la entrada de nuevos operadores en dichos sectores, en particular, en lo que se refiere al acceso a las redes de transmisión y distribución.

Otra de las ventajas que supone la integración de actividades es que facilita la integración de costes y la posibilidad de "subvenciones cruzadas" ya que, cuando una empresa integrada verticalmente actúa en un segmento de mercado libre en competencia con operadores independientes, puede ofrecer precios incluso por debajo de sus costes reales,

porque los ingresos obtenidos en las actividades no competitivas le permiten compensar esas pérdidas. La separación o desintegración de las actividades permite evitar que los fallos del mercado de las "actividades no competitivas" se trasladen a las "actividades competitivas".

2. Libertad de acceso a la red

Como hemos podido comprobar a lo largo de las reflexiones anteriores, el sector eléctrico presenta en algunas de sus actividades características de monopolio natural las cuales repercuten negativamente sobre la concurrencia entre operadores. Dichas características derivan esencialmente de las infraestructuras en red que representan la columna vertebral del sector, y que resultan necesarias para el ejercicio o desarrollo de determinadas actividades, teniendo por ello la consideración de recurso esencial ("*essential facilities*"). El mayor peligro de este sistema es que los propietarios o gestores de redes aprovechen su posición de fuerza en el mercado para negar injustificadamente su uso a terceros operadores, alterando unilateralmente la concurrencia en este sector.

Pues bien, la LOSE hace suyo un mecanismo establecido con anterioridad entre otras leyes nacionales (y también en el Derecho comunitario) orientado a evitar tales prácticas anti-concurrenciales, promoviendo la concurrencia entre operadores y el funcionamiento integrado, en condiciones de interoperabilidad del sistema eléctrico nacional. Más precisamente, se establece, como derecho de los operadores, el libre acceso a las redes eléctricas, conocido como "libre acceso de terceros a la red" (ATR) -"*Third Party Access (TPA)*"-, en virtud del cual todos los operadores podrán acceder a las redes de transmisión y distribución en condiciones de objetividad, transparencia, no-discriminación y precios razonables, sin que su propietario o gestor pueda negar tal acceso de manera injustificada. El fundamento de dicha regla es que ante la imposibilidad o inconveniencia de duplicar redes, se considera si existe suficiente capacidad de transporte, ya que la única posibilidad de asegurar una competencia efectiva consiste en permitir dicho acceso en condiciones de transparencia y no-discriminación.

3. Mercado Mayorista de Electricidad

Un aspecto importante de la regulación del sector eléctrico es, sin duda, la creación de un "Mercado Mayorista de Electricidad" en el que han de realizarse las transacciones de potencia y energía eléctrica y de servicios complementarios. En dicho Mercado, los distribuidores, comercializadores y grandes usuarios del Sistema Eléctrico Nacional pueden comprar directamente al generador que elijan y acceder para ello a la red de transporte. Si bien es cierto que la existencia de este sistema no es imprescindible en

principio, se ha evidenciado que tanto la seguridad y la fiabilidad de la gestión técnica, como la necesidad de su eficiencia, conducen naturalmente a la creación de un mercado organizado, aun cuando el problema inicial sea la volatilidad de sus precios.

La LOSE de 2001 sigue este modelo, aunque todavía no se haya creado un Mercado, no opta por un modo concreto de funcionamiento (Bolsa de Electricidad; sistema de subastas; etc.), lo que no solo constituye un tema polémico, sino que deja a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica la labor de establecer los principios, las metodologías y los modelos que regirán la formación de los precios de transacción.

Este mecanismo mantiene las dos modalidades de transacción vigentes: la compraventa de electricidad a precios y cantidades reguladas (destinadas a satisfacer los requerimientos de los usuarios de bajo consumo) y la provisión de energía eléctrica para los grandes usuarios, donde las cantidades y precios se pactan libremente entre las partes bajo la supervisión y el control del organismo regulador.

4. Planificación indicativa

El establecimiento de un modelo de competencia regulada se basa en el principio de libertad empresarial en la toma de decisión de inversión, según criterios económicos de rentabilidad, con la consiguiente asunción de riesgos por el operador en cuestión. Ahora bien, ello no obsta para que los Poderes públicos actúen en el campo de la planificación, como instrumento que se mantiene con diversos fines: para dirigir la política energética (garantizando la cobertura de la demanda presente y futura en este campo) y para ofrecer una visión general sobre la economía, como fuente de información para los distintos operadores (sobre las tendencias de la oferta y de la demanda, la capacidad de las redes, etc.).

Sin embargo, la necesidad de lograr dichos objetivos debe conciliarse con los principios básicos del nuevo sistema, lo que supone abandonar el modelo de planificación vinculante para pasar a un sistema de planificación indicativa, que no elimine ni sustituya la responsabilidad empresarial.

5. Organización administrativa

5.1. Autoridades con competencias sectoriales y específicas en materia de energía eléctrica

Algunas de las características más relevantes de los sistemas de competencia regulada son el protagonismo regulador de la Administración del Estado y la existencia de autoridades administrativas, que disfrutan de una cierta autonomía con respecto al

Gobierno y cuya misión principal es garantizar un correcto desarrollo y funcionamiento del sector, así como la plena efectividad de los principios que lo ordenan.

El *Ministerio de Energía y Petróleo* es el órgano que asume y ejerce la totalidad de las competencias de la Administración del Estado en materia de energía eléctrica. Sus funciones generales son la regulación, la formulación y el seguimiento de las políticas; la planificación; y la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia energética. También se encarga de la estrategia de desarrollo y aprovechamiento de las industrias eléctricas, de realizar los estudios de mercado y de llevar a cabo el análisis y la fijación de las tarifas eléctricas[27].

Éste órgano asume el papel general de Administración autónoma o independiente la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, que tiene a su cargo la regulación, supervisión, fiscalización y control de todas las actividades que constituyen el servicio eléctrico[28].

Más allá de la declaración general de autonomía que contiene el artículo 15 de la LOSE (que habla de un "*ente desconcentrado, con patrimonio propio e independencia del Fisco Nacional*" con "*autonomía funcional, administrativa y financiera en el ejercicio de sus atribuciones*"), la independencia de la Comisión con respecto a las empresas eléctricas parece garantizada *a priori* por el régimen de incompatibilidades que afecta a los miembros de la Junta Directiva de la Comisión.

En resumen, no pueden desempeñar dicho cargo quienes tengan participación directa o indirecta en la dirección o gestión de alguna de las empresas sometidas a la autoridad de la Comisión. De esta manera, se pretende evitar el riesgo de influencias comerciales de las empresas, que luchan por imponer precios artificialmente elevados a los usuarios del servicio, o de grupos de interés particulares.

Ahora bien, la independencia de la Comisión no debe exigirse solamente frente a las empresas del sector sino que ha de garantizarse también frente al Poder Ejecutivo, a la Administración pública. En efecto, desde una perspectiva general, por un lado, conviene apartar a la Comisión de cualquier posibilidad de interferencia o presión que resulte del juego "político", y de los incentivos creados por los intereses del Estado en ejercer un control político sobre la sociedad. Desde una perspectiva más concreta, por otro lado, no debemos olvidar que las empresas públicas desempeñan un papel preponderante como operadores del servicio

27 La fijación de las tarifas de los servicios eléctricos por el Ejecutivo Nacional de Venezuela ha sido tradicional, particularmente a partir de 1964, cuando se comenzó a declarar formalmente la prestación de servicios eléctricos, como un servicio de primera necesidad (Resolución núm. 1669 de 15-6-64, Gaceta Oficial núm. 27466 de 15 de junio de 1964.

28 Actualmente, en materia de tarifas del sector eléctrico, están total o parcialmente vigentes según los casos las Resoluciones núm. 239, 366 y 552 de los Ministerios de Fomento y de Energía y Minas, así como los Decretos Presidenciales núm. 328, 2383 y 547, e igualmente están activas las potestades normativas del Poder Nacional que se desprenden de la Constitución, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 y de la Ley de Protección al Consumidor de 1995, además de las facultades generales previstas en la Ley Orgánica de Administración Central.

eléctrico, en todas sus fases. Y estas empresas dependen directamente de la Administración pública. Es cierto que las empresas públicas no son Administración (muchas de ellas revisten la forma de sociedad anónima), pero *son* de la Administración[29]. El Poder Ejecutivo, por tanto, actúa como un empresario más en el sector eléctrico.

Pues bien, es precisamente en el marco de esta importante problemática donde la regulación que establece la LOSE (y que se mantiene en el Proyecto de Reforma), más que mejorable, es deficiente. En efecto, la autonomía o la independencia de la Comisión frente al Poder Ejecutivo no queda en absoluto garantizada cuando, de los cinco miembros del máximo órgano de la Comisión (la Junta Directiva), tres de ellos vienen nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República, uno por el Ministerio de Energía y Petróleo y otro por el Ministerio de la Producción y el Comercio. La facultad de nombrar y de remover libremente es el medio habitual y paradigmático de presión política en este tipo de organismo.

La solución sería establecer un sistema de designación de directivos a través de mecanismos plurales basados en criterios de mérito y experiencia profesional en el sector, sin olvidar la necesidad de tipificar expresa y estrictamente en el cuerpo legal las causas de destitución de dichos directivos. Además, el periodo de ejercicio de las funciones no debe coincidir con las elecciones generales, para que la coyuntura política del país no influya en la designación o remoción de los cargos. Es la única manera de impedir que las presiones políticas, que pueden ser contrarias a los intereses de las empresas eléctricas y de los usuarios, influyan en las decisiones de la Comisión.

Finalmente, cabe indicar que la primera fuente de ingresos de la Comisión es la aportación financiera inicial que realice el Gobierno. La segunda fuente viene constituida por las contribuciones especiales anuales de los usuarios del servicio eléctrico y que han de ser recaudadas por las empresas eléctricas, pagándose mensualmente a la Comisión. La tercera fuente es la de las donaciones y aportaciones que reciban de personas jurídicas o físicas. La cuarta fuente viene constituida por los ingresos procedentes de las sanciones impuestas por la propia Comisión. La LOSE hace referencia también *a "cualquier otro aporte que reciba de conformidad con la legislación vigente*".

5.2. Autoridad de defensa de la competencia: la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia

Los sistemas de competencia regulada suelen privilegiar también la presencia de una autoridad de defensa de la competencia. En Venezuela, esta autoridad es la Super-

29 Las sociedades mercantiles de capital público, comúnmente denominadas empresas del Estado, se constituyen y funcionan conforme al procedimiento y al régimen jurídico establecido en el Código de Comercio de Venezuela, bien que están sometidas a un régimen mixto de Derecho administrativo y de Derecho civil y mercantil.

intendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (llamada también "Procompetencia"), que es un organismo con autonomía funcional adscrito al Ministerio de Producción y Comercio cuyo propósito es, fundamentalmente, aplicar la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia de 1992, en beneficio de los productores y de los consumidores que realizan actividades económicas tanto en el territorio nacional como en mercados envueltos en escenarios de competencia.

Este organismo puede considerarse como la máxima instancia administrativa en materia de competencia. Una de sus funciones más relevantes es la imposición de sanciones en caso de realización por las empresas de prácticas restrictivas de la libre competencia[30]. En el sector eléctrico, el papel de la Superintendencia se centra esencialmente en las actividades de generación y comercialización especializada dado que, como hemos explicado, se trata de segmentos del sector que se encuentran abiertos a la libre competencia.

6. Una ausencia notable en la LOSE: las "obligaciones especiales de servicio esencial".

Aparte de contribuir a introducir un mayor grado de competencia en los sectores liberalizados, la regulación sirve también para lograr determinados objetivos de tipo social, como por ejemplo la garantía de suministro de los servicios en cuestión, a pesar de la carga financiera excesiva que puede representar para los operadores en determinadas circunstancias (por motivos de tipo geográfico, social, económico, etc.), es decir, a pesar de su no-rentabilidad[31].

Pues bien, desde el punto de vista de esta problemática, llama la atención que la LOSE no haga ninguna referencia directa a una de las técnicas más relevantes (muy utilizadas por el Derecho comunitario europeo) para lograr dichos objetivos: las llamadas "obligaciones especiales de servicio esencial". El régimen de subsidios directos a los usuarios que contiene la normativa vigente no compensa esta ausencia.

Naturalmente, dichas obligaciones pueden instrumentarse en el marco de las autorizaciones o concesiones que la Administración otorga a los operadores en las condiciones ya descritas. Ahora bien, su regulación legal aparece imprescindible tratándose de un

30 De hecho, según el artículo 17.13 de la Ley de Suministro Eléctrico, La Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberá "Coadyuvar en el fomento y protección de la libre competencia en aquellas actividades del sector en las que sea posible".

31 En este sentido, sería esperable que no se requiera más intervención estatal que la propia regulación y, en consecuencia, que el Estado no se reserve el ejercicio de ninguna de las actividades que componen el negocio eléctrico. Como resultado, la tradicional noción de servicio público se sustituiría por la garantía de suministro a todos los consumidores demandantes del servicio en Venezuela mediante la segmentación de las actividades del sector eléctrico, para que solo permanezcan reguladas aquéllas que tengan la consideración de monopolio natural (transporte y distribución) dejando funcionar el principio de libre competencia en el resto (actividades de generación y comercialización).

aspecto necesitado de seguridad jurídica y, sobre todo, de una materia reservada a la Ley, por su incidencia en las libertades económicas de los operadores.

Para finalizar, queremos dejar algunas reflexiones acerca del sistema de suministro eléctrico, y es que, asegurar una regulación cónsona con los principios establecidos en la Ley, entre otros aspectos se requiere tomar en cuenta las condiciones actuales del sector eléctrico venezolano para la plena aplicación de la Ley y, además de asegurar los recursos financieros para el desarrollo sustentable del sector, se requiere definir una política energética que entre otras cosas establezca prioridades de combustibles para la generación termoeléctrica en el marco de la creación de un Ente Regulador con suficiente autonomía, recursos humanos y técnicos y promover para así concertar acciones orientadas a reducir las pérdidas eléctricas.

La Regulación Eléctrica en Venezuela: De la Liberalización a la Nacionalización

*José Ignacio Hernández G.**

Introducción; I. Breve excurso de los fundamentos de la regulación del sector eléctrico en Venezuela; 1. Algunas particularidades del sector eléctrico venezolano; 2. La situación jurídica del sector eléctrico antes de la reforma de 1999; II. La Nueva Regulación Eléctrica Y Su Ímpetu Leberalizador; 1. Las causas de la reforma integral del sector con el Decreto- Ley del Servicio Eléctrico de 1999; 2. Los principios de la nueva regulación de 1999; 3. La inaplicación del Decreto-Ley de 1999 y el "nuevo" impulso con la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico de 2002; 4. Las bases del modelo regulatorio del sector eléctrico desarrollado entre 1999 y 2002; 5. Consideraciones críticas sobre el modelo regulatorio inaplicado: las consecuencias de adoptar un modelo foráneo de regulación ignorando las particularidades del sector eléctrico venezolano; III. La nacionalización del sector eléctrico y el abandono de los principios de la regulación inaplicada; 1. El contexto de la nacionalización del sector eléctrico; 2. La centralización del sector eléctrico; 3. La crisis del sector eléctrico venezolano manifestada durante la nacionalización del sector. Reflexiones críticas sobre las medidas adoptadas y su incompatibilidad con la garantía de suministro eléctrico.

Introducción

El sector eléctrico venezolano ha sido objeto de profundas reformas que se implementaron en un tiempo excesivamente corto. Así, tal sector pasó de no contar con ninguna regulación uniforme y coherente, a estar regulado por dos Leyes –que parten de su reestructuración- en menos de dos años. En efecto, cuando los cambios promovidos por el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico de 1999 no se habían materializado en su totalidad, ésta fue derogada por la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico de 31 de diciembre de 2001, cuya aplicación, en la práctica, fue casi nula, hasta su derogación de *facto,* por la serie de políticas públicas desarrolladas desde enero de 2007. Tales políticas públicas, *que no afectaron la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico,* consistieron en la ejecución de una masiva nacionalización de las empresas privadas que, minoritariamente, intervenían dentro del sector eléctrico, las cuales fueron posteriormente reagrupadas en un *holding público.* En el medio de esta nacionalización del sector eléctrico, se ha agudizado, en fecha muy reciente, la crisis del sector, que ha obligado a la adopción de medidas de racionamiento del consumo eléctrico (noviembre 2009).

* *Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila.*

El mercado eléctrico venezolano comprende a un conjunto de actividades económicas de naturaleza prestacional que, por muy distintas razones, deben ser objeto de intervención y ordenación por parte de los Poderes Públicos. Desde la infraestructura sobre la cual se erige tal sector –que tiende al monopolio natural- hasta la importancia de la electricidad como energía final, el sector que nos ocupa se somete a diversas técnicas de regulación económica. Es, podríamos decirlo, exigencia de orden constitucional.

Las transformaciones producidas en este mercado –y que comienzan en Gran Bretaña, durante los años ochenta- no se dirigen, por tanto, a cuestionar la necesidad de la regulación sino la intensidad de ésta. La reestructuración del mercado eléctrico, que en Venezuela se inició con la Ley del Servicio Eléctrico de 1999, hoy derogada, partió de una premisa fundamental: desplegar la regulación necesaria para asegurar la correcta prestación de las actividades que conforman el mercado eléctrico en beneficio de la garantía de suministro eléctrico, incentivando la explotación de tales actividades en condiciones de competencia efectiva por parte de la iniciativa privada. La Ley puso particular énfasis en el fomento de la libre competencia en el sector eléctrico: la regulación implementada –según la exposición de motivos de la Ley del Servicio Eléctrico- introdujo "formas novedosas para garantizar una verdadera y real competencia".

La nueva regulación que diseñó la Ley del Servicio Eléctrico y que se mantiene con la formalmente vigente la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico pasa a ser una regulación acorde con el mercado que afectando en la menor medida posible a la libertad económica, estimula la inversión privada en el sector. Sin embargo, y conviene insistir en ello, la regulación sobre el sector eléctrico, aún después de su reestructuración, se mantuvo básicamente con dos finalidades: para proteger y estimular la libre competencia y para garantizar la adecuada prestación y suministro del servicio eléctrico, que es uno de los servicios básicos esenciales cuya tutela corresponde al Estado por así disponerlo el artículo 82 constitucional.

Así, a través de la Ley del Servicio Eléctrico primero, y luego, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, se introdujo en Venezuela el cambio más importante en la regulación jurídica del sector eléctrico. Tradicionalmente sometido a una dispersa normativa de rango sub-legal, el sector eléctrico cuenta, ahora, con una Ley que sigue, muy de cerca, las reformas operadas en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo. Sin embargo, y a pesar de las bondades de la nueva Legislación y del interés puesto por los Poderes Públicos para la promulgación de la Ley del Servicio Eléctrico mediante Decreto-Ley en 1999, y luego, para la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico en el 2001 por la Asamblea Nacional, el marco regulatorio definido en la Ley nunca se implementó en la práctica. En efecto, fueron pocas las instituciones de la Ley que fueron aplicadas. De hecho, la Administración sectorial creada por la Ley para la ordenación del sector no inició sus actividades. Luego, un conjunto de medidas adoptadas en el 2007, que pasaron

por la nacionalización voluntaria de las empresas privadas del sector, y la concentración de todas las empresas públicas en una *corporación,* terminaron por desechar, de hecho, el modelo regulatorio imperante desde 1999. En el medio de esta política de nacionalización, ha emergido las consecuencias de una crisis que, todavía, está en pleno desarrollo.

Este trabajo comprende el análisis jurídico de la regulación del sector eléctrico en diez años: 1999-2009. El ciclo comienza un novedoso Decreto-Ley que adecuó, al sector eléctrico venezolano, con los modelos regulatorios europeos. Aquí destacamos las críticas que, en su momento, hicimos a esta regulación (luego reiterada en la reforma del Decreto-Ley, en 2001), básicamente, por su inadecuación a la realidad del mercado eléctrico venezolano. El período finaliza con un sector eléctrico nacionalizado, que en la práctica opera al margen de la mayoría de las disposiciones de la Ley Orgánica de 2001, y que afronta una crisis eléctrica de proporciones todavía desconocidas.

I. Breve Excurso de los Fundamentos de la Regulación del Sector Eléctrico en Venezuela

1. Algunas particularidades del sector eléctrico venezolano

Debemos partir de una premisa: el sector eléctrico está constituido por actividades económicas que, necesariamente, deben ser reguladas por el Estado. Estamos por tanto frente a un conjunto de actividades cuya naturaleza exige la intervención de los Poderes Públicos en su ordenación y disciplina.

De esa manera, la primera razón que justifica esa intervención es técnica. Así, debemos señalar –como indica Juan de la Cruz Ferrer- que la gran peculiaridad de la electricidad es que no se puede almacenar: la producción de electricidad "debe responder a la demanda en cada instante". Ello exige la coordinación entre la generación, el transporte, distribución y la comercialización, para lo cual el Estado interviene centralizando la oferta y la demanda dentro del mercado eléctrico. En palabras de Parejo Alfonso, una de las particularidades de la electricidad es:

> "su no almacenabilidad (ha de producirse prácticamente en el mismo instante de su consumo; la variable tiempo es crucial en su composición física: recuérdese que se expresa en kilowatios/hora), determinante, tendiendo en cuenta que la demanda de electricidad es un factor no controlable (el consumidor decide, en el mismo acto de consumo, la producción de lo consumido), de la necesidad de funcionamiento del entero sector eléctrico de que se trate como un verdadero sistema"

Dentro de esta orientación, debemos destacar igualmente que la vinculación de las actividades eléctricas a una infraestructura de red justifica la intervención pública. Determinadas actividades económicas requieren, para su desarrollo, de una red, la cual puede ser definida como el "soporte subyacente, sólido, territorial, físico" que constituye, a su vez "la 'infraestructura material' de las empresas que en ellos actúan" (De la Cuétara). Como estas actividades dependen, para su desarrollo, de la utilización de la red, se genera el denominado monopolio natural. Por su propia naturaleza, las actividades con tecnología de red tienden a configurar monopolios: la infraestructura de red no puede ser empleada indiscriminadamente por todos los operadores ni tampoco pueden construirse fácilmente nuevas infraestructuras. Por ello, las actividades con tecnología de red se prestan con mayores criterios de eficiencia mientras menor sea el número de operadores que explotan tales redes. Precisamente, el desarrollo del sector eléctrico requiere la utilización de una red –la red de transporte y distribución- cuyo adecuado empleo –dada su tendencia al monopolio- justifica igualmente la intervención del Estado.

Pero además, consideraciones jurídicas y políticas impulsan la intervención pública en el sector eléctrico. En efecto, la electricidad es una actividad prestacional que satisface necesidades de interés colectivo. De esa manera, corresponde al Estado, como derivación concreta de la cláusula del Estado social, garantizar el adecuado suministro eléctrico, lo que se vincula con los derechos constitucionales positivos de contenido social, cuya satisfacción requiere la participación del Estado. De esa manera, el suministro eléctrico se relaciona íntimamente con el derecho fundamental consagrado en el artículo 82 de la Constitución, según el cual "toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias" (destacado nuestro). No obstante, y sobre la base del principio de solidaridad que la Constitución consagra, la obligación derivada del artículo 82 de la Constitución de 19999, debe ser atendida por el Estado y por el sector privado, lo que legitima, respecto este último, la imposición de obligaciones especiales a los operadores encargados de explotar las actividades del sector eléctrico.

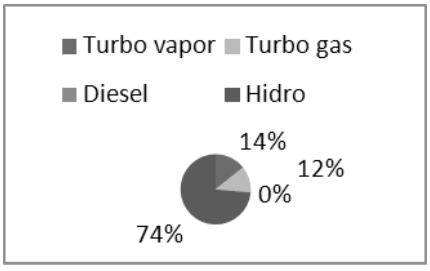
En virtud de lo anterior, podemos afirmar que la intervención del Estado en el sector eléctrico es, además de justificada, necesaria. Asunto del todo distinto es cuál es la intensidad que esa intervención puede asumir. El sector eléctrico se ha caracterizado en el Derecho Comparado por la intervención intensa del Estado, que se manifiesta no sólo a través de una regulación económica –que disciplina el ejercicio de todas las actividades del sector- sino también, y ocasionalmente, por la reserva que, sobre todo o parte del sector, se realiza. El sector eléctrico venezolano no ha sido la excepción. Así, la presencia del Estado en tal sector se ha manifestado a través de dos modalidades que conviene distinguir:

.-Por un lado, y en primer lugar, el Estado venezolano ha intervenido directamente, gestionando actividades del sector. De hecho, y antes de las reformas de 2007, el mercado eléctrico venezolano estaba compuesto principalmente por empresas del Estado. En total, concurrían en el sector eléctrico venezolano 18 empresas, de las cuales eran empresas públicas CADAFE (y sus cinco empresas filiales, a saber, Eleoriente, Elecentro, Eleoccidente, CADELA y SEMDA); EDELCA, ENELVEN, ENELCO y ENELBAR. Había además cinco empresas privadas, a saber, la Electricidad de Caracas (y sus filiales CALEV y CALEY), ELEBOL, CALIFE, ELEVAL y SENECA. Además, la presencia de las empresas del Estado era notable en la actividad de generación: el grueso de la generación provenía de EDELCA, empresa que explota la generación hidroeléctrica en las cuentas del Río Caroní; en total, el sector privado sólo participaba un porcentaje minoritario de la generación. Además, en la actividad de transmisión participan cinco empresas, de las cuales sólo una era privada.

.- En segundo lugar, el Estado ha intervenido ordenando jurídicamente el mercado eléctrico. Ninguna de las actividades que comprenden a ese mercado, sin embargo, fue reservada al Estado. Es decir, la *publicatio* no fue la técnica adoptada para la instrumentación de esa ordenación, lo que significa, básicamente, que el título habilitante para ejercer las actividades de ese sector siempre ha sido la libertad económica. No obstante, la presencia de la iniciativa privada dentro del sector había sido ciertamente escasa pues, como ha quedado dicho, el mercado eléctrico venezolano se componía principalmente de empresas del Estado, cuya participación en las actividades de generación y transmisión es ciertamente notable. Luego del 2007, la participación pública resultó hegemónica, como tendremos ocasión de ver.

Es interesante, por ello, repasar algunas cifras económicas del sector de acuerdo a su situación en el 2007, momento en el cual comenzó la política de nacionalización. A tal fin, seguiremos las *estadísticas consolidadas 2007,* de la Cámara Venezolana de la Industria Eléctrica.

.- En cuanto a la ***generación,*** la energía disponible (medida en GWh), para 2007, puede resumirse de acuerdo con el siguiente cuadro:

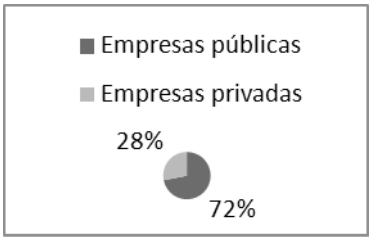


Cuadro Nº1 Energía disponible (Generación GWh)
Fuente: Caveinel

El grueso de la generación provenía, para 2007, de la generación hidroeléctrica, entonces –como ahora- en manos del Estado. El 88% de esa generación estaba en manos públicas, y el remanente (12%) en manos privadas. Del total de generación, el 69% estaba en manos de EDELCA, empresa pública de generación hidroeléctrica, a través de tres plantas: Guri, Macagua y Caruachi, siendo la primera la más relevante de todas (con una contribución mayor al 50%).

.- A consecuencia de lo anterior, la participación pública en la transmisión era, para 2007, relevante. La dependencia de la generación hidroeléctrica (focalizada en el sur de Venezuela, en el río Caroní), ha determinado una importante presencia del Estado en el *sistema interconectado nacional* (SIN), compuesto por líneas de 230, 400 y 766 kV. Este sistema ha funcionado de acuerdo con acuerdos de interconexión desde 1968, entre CADAFE, Electricidad de Caracas y EDELCA, lo que luego dio lugar a la creación de Oficina de Operación de Sistemas Interconectados (OPSIS). Posteriormente se sumó ENELVEN, todas ellas, empresas públicas.

.- El suministro eléctrico al cliente final, medido en función al número de suscriptores, arrojaba, para el 2007, la siguientes distribución:



Cuadro Nº2 Número de suscriptores
Fuente: Caveinel

Nuevamente, queda en evidencia la preponderancia del sector público en el suministro eléctrico, medida a través del número de suscriptores.

Lo anterior permite acreditar una conclusión fundamental: para el 2007 el sector eléctrico venezolano mantenía una predominancia relevante de empresas públicas. Así sucedía antes, desde 1999, cuando se adoptó un nuevo modelo regulatorio, en suma, copiado de la Unión Europea. Modelo regulatorio basado en la necesidad de arbitrar condiciones de competencia regulada compatibles con el suministro eléctrico, a través de un modelo de mercado descentralizado. El presupuesto de esto nuevo modelo regulatorio es, por tanto, un sector eléctrico operado por la iniciativa privada, bajo el estricto control del Estado, no un sector bajo gestión pública, como pasaba en 1999 y aun todavía, en 2007.l Esto marcó, como veremos, el fracaso de la regulación adoptada en 1999, vigente en lo formal hoy día, pero carente de aplicación práctica.

2. La situación jurídica del sector eléctrico antes de la reforma de 1999

Antes del Decreto-Ley del Servicio Eléctrico de 1999 la ordenación jurídico-pública del sector eléctrico venezolano podía calificarse como "paralegal". En efecto, hasta el Decreto 1.558 de 1996, contentivo de las *Normas para la Regulación del Sector Eléctrico*, el sector eléctrico no contaba, en Venezuela, con una regulación unificada; su ordenación era, por el contrario, dispersa. Además, la normativa que ordenaba el mercado eléctrico, a pesar de incidir notablemente sobre el comportamiento de los operadores económicos públicos y privados que en él intervenían, tenía rango sub-legal.

De tal manera, las características de la ordenación del sector eléctrico antes del Decreto-Ley de 1999 eran, en resumen, las siguientes:

.- Dispersión de la ordenación jurídica del sector eléctrico. En efecto, al menos hasta 1996, el sector eléctrico venezolano se encontraba regulado por diversas normas sub-legales sin unidad de ningún tipo. Por ello, el régimen del sector eléctrico se caracterizaba por la dispersión y heterogeneidad de sus normas, lo que producía inseguridad jurídica ante la ausencia de un régimen jurídico estable y uniforme.

.- Insuficiencia del rango formal de las normas jurídicas de ordenación del sector. El marco regulador del sector eléctrico siempre estuvo contenido en actos de rango sub-legal, como sucedió particularmente con el Decreto número 1.558 sobre *Normas para la Regulación del Sector Eléctrico*. Empero, las actividades del sector eléctrico no han estado reservadas al Estado, razón por lo cual, ellas podían ser ejercidas en ejecución de la libertad económica. Pese a ello, mediante normas sub-legales, se arbitraron restricciones a esa libertad, en detrimento del principio de legalidad.

.- La intensa intervención de los Poderes Públicos sobre el mercado eléctrico. La ordenación anterior al Decreto-Ley de 1999 se caracterizó por la intensa intervención de los Poderes Públicos, realizada en todo caso de manera externa, por lo que cabe hablar, propiamente, de la regulación económica sobre el sector eléctrico. De esa manera, hemos dicho que el Decreto 1.558, pese a su rango sub-legal, imponía limitaciones referidas al acceso al mercado y al desarrollo de las actividades económicas en el sector, ámbitos propios de actuación de la libertad económica.

.- La centralización del mercado mayorista eléctrico. A través del artículo 57 del Decreto N° 1.558, se centralizó todo lo relativo a la generación y transmisión, correspondiendo al *Centro Nacional de Despacho de Cargas* "determinar el precio horario de generación, en función de los costos de producción en tiempo real y los asociados a la capacidad acreditada, en condiciones de eficiencia, de acuerdo con el despacho económico realizado por el Centro". Este sistema centralizado y unificado –que como veremos, subsiste con algunos matices en la legislación vigente- se extendía también a la estructura

del mercado mayorista eléctrico, el cual debía desarrollarse según la normativa sub-legal que dictase la Administración (artículo 50 del Decreto).

II. La Nueva Regulación Eléctrica y su Ímpetu Leberalizador

1. Las causas de la reforma integral del sector con el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico de *1999*

El modelo tradicional de regulación del Estado venezolano sobre el sector eléctrico entró en crisis por diversas razones, a saber, por la necesidad de fomentar la seguridad jurídica en el sector y por la necesidad de fomentar la iniciativa privada. Todas esas razones aparecen magistralmente tratadas en la exposición de motivos del Decreto-Ley del Servicio Eléctrico, de 1999:

.- La necesidad de fomentar la seguridad jurídica del sector. Como indicamos anteriormente, el régimen jurídico derivado del Decreto 1.558 no se caracterizaba por su seguridad jurídica, pues en definitiva la ordenación jurídica del sector eléctrico quedaba contenida, con poca claridad, en una norma de rango sub legal. Ese planteamiento fue recogido en la exposición de motivos del Decreto- Ley del Servicio Eléctrico, al sostener que "(el sensible vacío legal) se expresa en la ausencia de un instrumento que sirva ya no sólo para regular las distintas relaciones jurídicas que emergen de esta actividad, sino también como instrumento de política económica y social en mandos del Estado".

.- El fomento de la iniciativa privada. La presencia del Estado venezolano como agente económico dentro del mercado eléctrico supuso un quiebre ante la necesidad de acopiar nuevas inversiones en dicho sector. La exposición de motivos del Decreto- Ley del Servicio Eléctrico de 1999 recogió estos planteamientos:

> "Hasta el presente, la posibilidad de crecimiento y expansión del sector se apoyaron fundamentalmente en las fuentes inversiones públicas (...) El Estado, al disponer de cuantiosos recursos, pudo emprender la explotación del gigantesco potencial hidroeléctrico del río Caroní, así como también de otros potenciales menores (...) Sin embargo, hoy confronta el país un (...) problema: la caída de la inversión pública que arrastra un proceso de deterioro en todo el sector (...) A partir de la década de los 90 la ya señalada caída de inversión, ha ido colocando al país frente a una verdadera emergencia energética"

Es relevante esta afirmación, entre otras cosas, pues apenas ocho años después, el mismo Gobierno iniciaría una política de signo contrario: marginar la iniciativa privada

en el sector eléctrico. Incluso, el Decreto-Ley de 1999 alude, como propósito explícito, la promoción de la libre competencia, muy distinto a la intención actual, de incentivar la gestión pública concentrada en un holding público.

Todas estas razones habían generado en consenso político necesario para aprobar una regulación general sobre el sector. Estos esfuerzos terminaron, en el año 1998, en dos Proyectos de Ley discutidos en hacia 1998, en el entonces Congreso de la República. Dos Proyectos de signo distinto, sin embargo: uno, tendente a un mayor control centralizado por parte del Estado; otro, propendiendo a una mayor liberalización. Ambos Proyectos fueron luego fusionados en el *Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional*, propuesto el 4 de marzo de 1998 por el Presidente de la Comisión Permanente de Energía y Minas del entonces Senado. Si bien este Proyecto no prosperó, su contenido esencial fue asumido por el Decreto-Ley de 1999.

2. Los principios de la nueva regulación de 1999

La ejecución del Decreto-Ley fue lento, como lento ha sido el proceso de liberalización y reordenación del mercado eléctrico en otros ordenamientos. En desarrollo de esta Ley fue dictado en el año 2000 el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico, destinado a complementar las diversas remisiones que, a favor de normas reglamentarias, efectuó el Legislador en la Ley hoy derogada. No obstante ello, los plazos previstos en la Ley para la adecuación del marco regulador en ella contenida vencieron enteramente sin que se procediera a implementar en la práctica los nuevos principios en ella asentados la cual, en consecuencia , no tuvo vigencia práctica alguna.

En cualquier caso, conviene recapitular los principios de la nueva regulación del Decreto-Ley, mantenidos en la reforma de 2001. Así, estos principios eran muy explícitos. Respondían, incluso, a una clara voluntad política. Así, la exposición de motivos del Decreto-Ley evidenciaba con claridad cuáles eran los objetivos perseguidos por el Legislador. Principalmente, la Ley pretendió estimular e incentivar de libre iniciativa privada y la libre competencia, sin descuidar la protección de la continuidad del suministro eléctrico.

La reordenación de este mercado y el fomento de la libre iniciativa privada no supuso, por consiguiente, la retirada total de la Administración en la ordenación y disciplina del mercado eléctrico. No se trata –como en España han concluido, entre otros, Ariño Ortiz y López de Castro; De la Cruz Ferrer y Martín Mateo- de adoptar un modelo de competencia perfecta, sino un modelo de competencia regulada. La intervención pública en este mercado, digámoslo una vez más, es necesaria. En concreto, eran dos las finalidades que perseguía el modelo de regulación ideado en 1999, las cuales, sin embargo, no llegaron a alcanzarse pues la Ley no tuvo vigencia efectiva.

.- Por un lado, se persiguió promover la libre competencia a través de la competencia regulada. Así, el mercado eléctrico era sometido a diversas regulaciones de carácter administrativo para promover e incentivar la libre competencia. En este sector se aprecia la existencia de fallos de mercado que repercuten, negativamente, sobre la concurrencia de operadores. Nos referimos al *monopolio natural* que deriva de las infraestructuras en red necesarias para el desarrollo de determinadas actividades del sector. Los Poderes Públicos intervienen a fin de regular tal fallo de mercado fomentando la libre competencia. Para ello se establece el derecho al libre acceso a las redes eléctricas, las cuales se consideran infraestructuras esenciales (*essential facilities*) cuyo uso por los operadores es condición necesaria para incentivar la libre concurrencia. Además, y en abono al principio de transparencia –evitando subvenciones cruzadas que afecten negativamente la libre competencia- se impuso el principio de separación de actividades. La Ley partía entonces de una distinción bastante usual: en el sector eléctrico hay actividades que, al contar con algunos fallos e imperfecciones, dificultan la libre concurrencia de operadores: es ese el caso de las actividades de transporte y distribución. En contra, hay otras actividades en las que el libre ejercicio de la iniciativa económica tiene menos obstáculos: en concreto, las actividades de generación y comercialización. Las primeras son actividades competitivas; las segundas, actividades no competitivas, distinción no exenta de críticas pues todas las actividades del sector eléctrico pueden considerarse competitivas, en tanto en ellas rige la libre competencia, y todas son, a la vez, actividades reguladas. El primer objetivo de la liberalización del sector eléctrico, según la Ley hoy derogada, fue por tanto incentivar y proteger la libre competencia.

El Decreto-Ley del Servicio Eléctrico persiguió, por tanto, afianzar y ampliar la libre competencia como principio rector del sector eléctrico. Sin embargo, es conveniente insistir en que no se trata de una competencia absoluta sino de una competencia relativa. La liberalización de la electricidad no supone adoptar un modelo de competencia perfecta, sino más bien de competencia regulada: el sector eléctrico –apuntan Ariño Ortiz y López de Castro- siempre será un sector regulado; lo importante es, entonces, el cuestionamiento del alcance y sentido de la regulación, pues lo que se pretende con la liberalización es minimizar la regulación, partiendo de la premisa según la cual no todas las actividades que integran el sector eléctrico pueden prestarse en condiciones óptimas competencia. Javier García de Enterría sostiene, igualmente, que la libre competencia tiene un carácter meramente instrumental. Las distintas actividades que integran el suministro eléctrico –escribe este autor- quedan sometidas a regímenes "claramente diferenciados, en los que se reservan cometidos muy diversos al principio de libre competencia y a la regulación o intervención pública y en los que estos elementos se integran y complementan bajo muy diversas combinaciones".

El concepto de competencia regulada en el sector eléctrico es propio del Derecho Comunitario Europeo, debiendo resaltar la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre *Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad*, que sirvió de fuente a la regulación venezolana. Su artículo 3 señaló que los Estados miembros velarán por que las empresas de electricidad actúen en respeto del principio de libre competencia. Libre competencia que, como habíamos señalado, es relativa, pues la Directiva permite a los Estados miembros imponer obligaciones de servicio público todo ello en virtud de lo previsto en el entonces artículo 90.2 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.

El carácter relativo de la libre competencia pues fue su incorporado expresamente en el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico, cuyo artículo 3 –cuya redacción se mantienen la Ley vigente- dispuso que:

> "el Estado promoverá la competencia en aquellas actividades del servicio eléctrico dentro de las que sea pertinente, regulará aquellas situaciones de monopolio donde la libre competencia no garantice la prestación eficiente en términos económicos y fomentará la participación privada en el ejercicio de las actividades que constituyen el servicio eléctrico"

Las normas sobre libre competencia, en conclusión, no son enteramente extensibles a todos los servicios eléctricos básicamente por dos razones: en primer lugar, desde que determinadas actividades restringen la concurrencia de operadores: nos referimos a los supuestos de monopolio natural derivados de las redes de transmisión eléctrica. En segundo lugar, desde que el interés general que subyace tras el sector eléctrico –en lo que atañe al suministro eléctrico- impide que todas las actividades de esos sectores se "abandonen" a la libre competencia.

.- En segundo lugar, el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico pretendió promover el suministro eléctrico. En efecto, la segunda finalidad del Decreto-Ley fue asegurar la continuidad en el suministro eléctrico, servicio básico esencial en los términos del artículo 82 constitucional. Ello se traduce en la posibilidad de la Administración de imponer, como obligación de los operadores, el deber de prestar el servicio con determinados requerimientos de calidad entre los que destaca su universalización, pues su prestación será obligatoria a favor de todos los usuarios, con independencia de su ubicación geográfica.

El modelo adoptado en el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico conciliaba entonces –no sin varias dificultades- la libre competencia con la garantía de suministro eléctrico. El resultado fue un mercado –de relevante interés público- en el que si bien todos los operadores actuaban en desarrollo de la libertad económica, la intervención de la Administración era notable. Penetrante, sin duda, hasta detalles nimios (S. Martín-Retortillo

Baquer). El carácter consensuado de la Ley dotó a ésta de cierta ambigüedad, que permitía a la Administración, con excesiva amplitud, adoptar dos marcos reguladores muy distintos, particularmente en la ordenación del mercado mayorista.

En resumen, la nueva orientación de esa regulación quedó muy bien reflejada en la exposición de motivos del Decreto-Ley del Servicio Eléctrico:

> "la tradición en materia de regulación generalmente coloca el énfasis en el control del sistema y sus operadores. En Venezuela necesitamos modificar, ampliar y transformar el contenido de la regulación para promover la competencia allí donde ésta sea posible; al mismo tiempo, garantizar los intereses de los usuarios en cuanto a seguridad, calidad y precio del servicio, allí donde éste mantenga el carácter de un monopolio natural. Por tanto, la regulación está orientada a combinar los beneficios y estímulos característicos del mercado, abriendo cauces a la libertad empresarial, con la indispensable exigencia de calidad y seguridad en el servicio"

Puede entonces sostenerse que el Decreto-Ley estableció un marco regulador orientado a fomentar la iniciativa privada dentro de ese sector, adoptando además mecanismos para establecer la existencia de condiciones de competencia efectiva en la economía. Esos dos objetivos, en la filosofía de la Ley, no eran contrapuestos. Todo lo contrario, como muy bien reflejó su exposición de motivos, la promoción de la libre competencia se adoptó como un instrumento a fin de asegurar el suministro eléctrico seguro, confiable y con los niveles de calidad adecuados.

3. La inaplicación del Decreto-Ley de 1999 y el "nuevo" impulso con la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico de 2002

Uno de los principales inconvenientes del Decreto-Ley del Servicio Eléctrico fue el "momento" en el cual se dictó, esto es, apenas unos meses antes de la sanción de la nueva Constitución, llamada a derogar la de 1961. El riesgo era, por tanto, nada despreciable, ya que el nuevo Texto Constitucional, principalmente en sus cláusulas económicas, podía introducir disposiciones contrarias al Decreto-Ley. Mas no fue ello lo que ocurrió pues en nuestra opinión los principios económicos de la Constitución de 1999 afianzaban el modelo que había sido adoptado en el Decreto-Ley, que se acopla al sistema de economía social de mercado constitucionalizado.

Pese a ello, el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico tuvo una muy precaria aplicación, al punto que los lapsos previstos para su adecuación vencieron. La solución adoptada entonces, es muy común en Venezuela: pretender suplir la deficiente aplicación de la Ley

con una "nueva" Ley. Fue así como la Asamblea Nacional –que sustituyó al Congreso de la República- discutió y aprobó la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, entre otras causas, consciente de la inaplicación del Decreto-Ley. En el proceso de confección de la Ley, sin embargo, se intentó introducir un nuevo Proyecto que cambiara drásticamente el sentido de la regulación de 1999, para desarrollar un modelo regulatorio centralizado y de dirección pública. Finalmente, en la segunda discusión de este Proyecto, se acordó efectuar una reforma mucho menor, respetando así el espíritu de la anterior Ley y preservándose el carácter de Ley Orgánica que había sido propuesto, carácter orgánico aceptado por la Sala Constitucional en sentencia de de 5 de diciembre de 2001.

Fue así como se sancionó la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico. Los cambios que ésta introduce son ciertamente menores. Se insistió, en todo caso, en elevar su rango jerárquico. En nuestra opinión, sin embargo, la razón de peso que justificó la sanción de la nueva Ley no fue la necesidad de elevar su rango jurídico-formal, sino otra: reajustar los lapsos necesarios para la puesta en marcha del sistema institucional del mercado eléctrico implementado en la Ley del Servicio Eléctrico de 1999, y que sin embargo no había sido ejecutado.

La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico corrió la misma suerte que la Ley de 1999, en el sentido que su aplicación práctica fue ciertamente tímida. En la actualidad ninguno de los órganos y entes administrativos previstos en la Ley se han creado; los principios desarrollados en la Ley tampoco se han implementado. Junto a la regulación formal que planteaba la Ley, mantenía vigencia práctica el modelo regulatorio desarrollado al amparo del Decreto Nº 1.558.

4. Las bases del modelo regulatorio del sector eléctrico desarrollado entre 1999 y 2002

Para poder entender las causas que llevaron al fracaso del modelo regulatorio del sector eléctrico desarrollado entre 1999 y 2002, es necesario adentrarnos en el análisis de la "arquitectura" jurídica de este modelo, lo que haremos de seguidas.

A. El servicio eléctrico como servicio público

Un elemento determinante del modelo de regulación iniciado con el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico es que él pivota sobre la genérica declaratoria de las actividades que integran tal sector como "servicio público". Así, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, en su artículo 4, precisa que "se declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico". La consideración del sector eléctrico como servicio público estaba contenida ya en el Decreto 1.558, cuyo artículo 1 se refería al servicio público na-

cional de electricidad. Se trató además de una calificación presente en las negociaciones políticas llevadas en el seno del entonces Congreso de la República, y que en suma, fueron acogidas por el Poder Ejecutivo al confeccionar el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico.

La calificación contenida en el artículo 4 es equívoca, como equívoco ha sido el concepto de servicio público. Sin embargo, la consideración de las actividades eléctricas como servicio público no es, ni con mucho, novedosa. En Francia, por ejemplo, el suministro eléctrico se ha considerado servicio público, aunque la delimitación jurídica de las consecuencias que se desprenden de tal calificación no ha sido tarea sencilla. Así, la noción de "servicio público francés", aún en relación con el sector eléctrico, es un término que puede aludir a diversas consecuencias. Siguiendo a Bauby, podemos señalar que conforme a un significado jurídico, la consideración del sector eléctrico como servicio público deriva en tres principios que han de informar el suministro eléctrico: continuidad; igualdad y mutabilidad. Desde una perspectiva económica, se refiere a los fallos de mercado y a las características antes comentadas: altos costes de inversión y diferentes costes de producción, entre otros. Por último, políticamente, alude a la connotación social del servicio eléctrico, de lo que se desprende la "garantía de un derecho individual de acceso" a los "services essentiels" anejos al suministro eléctrico. Modelo de servicio público que en Francia ha supuesto el monopolio en la gestión de ese sector. En definitiva, como señalan Bauby y Bouar, el servicio público se asocia al monopolio –de hecho o de derecho- que se erige para proteger las necesidades colectivas que justifican la existencia de esta figura y que derivan, por tanto, en la asignación de derechos exclusivos o especiales, caracterizados por derogar las normas sobre libre competencia. Elementos todos que se concretan –siguiendo a estos autores- en la concesión de servicio público. Sin embargo, la supremacía del Derecho Comunitario Europeo ha supuesto el progresivo abandono del monopolio –y de los derechos exclusivos y especiales- como elementos propios del servicio público eléctrico, implementándose así la libre competencia en este mercado. Lenta evolución a la cual la doctrina francesa ha puesto no pocos reparos.

¿Qué consecuencias jurídicas supone la consideración del servicio eléctrico como servicio público? El estudio de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico nos lleva a formular algunas consideraciones que permitirán responder a este interrogante. Así, y con la excepción a la que luego aludiremos, ninguna de las actividades económicas que integran el mercado eléctrico fue expresamente reservada al Estado. Además, no hay en la Ley obligaciones prestacionales a cargo de la Administración; por el contrario, se aprecian diversas obligaciones de contenido prestacional impuestas a los operadores económicos. De allí que el artículo 4 no permite derivar que la libertad económica ha sido sustraída de este mercado, es decir, que ese artículo, en sí mismo, es insuficiente para considerar que el servicio eléctrico ha sido reservado al Estado. El artículo 4, por tanto, únicamente refleja el interés general que envuelve al mercado eléctrico, en tanto éste comprende a

servicios económicos esenciales que satisfacen necesidades colectivas y que afectan, además, a derechos fundamentales, como el reconocido en el artículo 82 de la Constitución de 1999. Interés general que se sustenta, también, por cuanto este mercado abarca ciertos servicios infraestructurales, desde que el servicio eléctrico es soporte o infraestructura para la realización de actividades industriales y comerciales. Ninguna otra consecuencia puede desprenderse de tal norma, la cual, en tanto cláusula general, es insuficiente para habilitar a la Administración el ejercicio de potestades ablatorias sobre las empresas eléctricas, tal y como exige el principio de legalidad administrativa. Y en este sentido, habrá que concordar el artículo 4 con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de 2001, según el cual debe el Estado garantizar "un suministro de electricidad al menor costo posible y con la calidad requerida por los usuarios".

Partiendo de una distinción formal y material, podemos concluir que el artículo 4 refleja los fines de servicio público presentes en este mercado de interés general, fines que no son otros que la adecuada atención del suministro eléctrico. Se emplea el término servicio público en su sentido material; formalmente, nada dice la norma sobre las técnicas de intervención a las que puede acudir la Administración. Además, es importante recalcar que el artículo 4 no puede ser empleado por la Administración para ejercer potestades de ordenación y limitación, pues su generalidad se lo impide.

B. La regulación de las actividades del sector eléctrico

La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico divide en cuatro las actividades que componen el mercado eléctrico, a saber, generación, transmisión, distribución y comercialización. En efecto, atendiendo a su dimensión económica, el mercado de la electricidad está integrado por cuatro actividades: (i) la generación, que alude a la producción de energía a través de distintas fuentes: hidráulica; térmica; nucleares; eólica; solar y la llamada "cogeneración"; (ii) la transmisión, que supone el transporte de la energía eléctrica desde la planta de generación hasta los correspondientes puntos de distribución; (iii) la distribución alude en realidad a dos posibles tipos de actividades: el transporte de electricidad dentro de las zonas geográficas de distribución y el suministro eléctrico a clientes bajo tarifas, aunque lo usual será que ambas actividades se presten conjuntamente; (iv) finalmente, la comercialización es concebida como la actividad de suministro eléctrico bajo libertad de precios.

Todas estas actividades, insistimos, pueden desarrollarse en virtud del derecho a la libertad económica recogido en el artículo 112 constitucional, lo que no excluye el concurso de la iniciativa pública en este mercado, ejercida de conformidad con los artículos 299 y 300 de la Constitución. Sin embargo, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico reservó

al Estado determinadas actividades de generación hidráulica, en las cuales, por tanto, deberá entenderse que sólo tiene cabida la iniciativa pública directa.

Ahora bien, las cuatro actividades económicas que integran al mercado eléctrico cuentan con características naturales que afectan –con distinta intensidad- la aptitud de los operadores económicos de competir entre sí. Se distingue, de esa manera, entre las *actividades competitivas* y las *reguladas*, distinción que tiene como fundamento el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico. Las actividades de generación y comercialización especializada se consideran competitivas; por el contrario, las actividades de distribución y transmisión –asociadas más estrechamente a las redes eléctricas- se consideran reguladas o no competitivas. Se trata, en todo caso, de una distinción bastante relativa.

En efecto, que las actividades de generación y comercialización se presten en régimen de libre competencia, no supone que no puedan considerarse, a su vez, actividades reguladas. Lo cierto es que en éstas se aprecia distintas técnicas de intervención a través de las cuales la Administración restringe la libertad económica. Además, tampoco es del todo cierto que tales actividades no cuenten con fallos de mercado: los altos costes de inversión usualmente requeridos para construir empresas de generación eléctrica, aunado a las distintas restricciones administrativas presentes para emprender tales actividades (piénsese así en la concesión de uso del domino público para el aprovechamiento de las aguas con fines de generación), suponen importantes barreras de entrada al mercado que afectan a la concurrencia. Por tanto, se insiste, estas actividades se someten a variadas técnicas de intervención y cuentan, además, con fallos de mercado que afectan la libre competencia.

a. La regulación para promover la competencia

Desde el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico, uno de los objetivos explícitos de la nueva regulación ha sido, como vimos, promover la libre competencia, mediante una enérgica intervención, mediante tres técnicas: (i) el régimen de precios y la regulación del mercado mayorista; (ii) el estatuto de redes y (iii) la separación de actividades.

a' *La regulación del mercado eléctrico*

En efecto, el régimen de precios del sector eléctrico está establecido de manera muy confusa en la Ley, la cual distingue, en su Título VIII, dos mercados: el mercado mayorista, regido por el principio de libre competencia (artículo 78), y el mercado de tarifa regulada, el cual estará regulado (artículo 79). Dispone así el artículo 84 que la remuneración de la actividad de comercialización será la que libremente se pacte entre las partes. Esta distinción y la que antes hemos efectuado al analizar el régimen de las distintas activi-

dades, permitiría concluir que, en relación con las actividades sometidas al principio de libre competencia (generación y comercialización), la remuneración se determinará conforme los precios libremente fijados, mientras que en las actividades altamente reguladas (transmisión y distribución), la remuneración se fijará conforme un sistema regulado.

La Ley regula el mercado mayorista en su artículo 78, según el cual en ese mercado se realizarán las transacciones "de bloques de potencia y energía eléctrica que ocurran dentro del Sistema Eléctrico Nacional". Podrán participar en este mercado los generadores, distribuidores, los comercializadores especializados y los grandes usuarios, y estarán sujetos a la competencia libre y abierta, "cuyos beneficios deberán traducirse en un mayor beneficio colectivo". El mercado eléctrico puede ser definido (Fernández Plasencia) como el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica. En todo caso, la característica fundamental de tal mercado es que las transacciones se realizan de conformidad con el principio de libertad de precio, sea que se trate de operaciones entre proveedores (generadores y distribuidores) e incluso, con los "grandes usuarios".

De esa manera, el funcionamiento de ese mercado se rige por un mecanismo de oferta. Así, para introducir la libre competencia, la Ley ha concebido un mercado mayorista de electricidad gestionado por el Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico (CNGSE), a quien corresponderá casar o conciliar las ofertas y demandas de energía "para cada período de programación", de acuerdo con los precios que resulten de la comparación de ofertas (Cfr. art. 34, numeral 16). El CNGSE deberá liquidar y comunicar los pagos y cobros que deban realizarse por efecto de la participación de los agentes en el Mercado, y la liquidación y comunicación del precio final resultante del sistema (Cfr.: artículo 34, numeral 17). El Centro, vale la pena acotarlo, sólo sería creado en 2006.

Sin embargo, la Ley reguló de manera confusa el funcionamiento de ese mercado, al disponer que las empresas que ejerzan la actividad de generación, de conformidad con el artículo 25.1, tienen la obligación de "declarar y poner a disposición" del operador del mercado –el CNGSE- la "totalidad de la potencia y energía de sus instalaciones y permitir su verificación". Esta misma disposición, subrayamos, estaba contenida ya en el Decreto 1.558.

Nótese entonces cómo la Ley obliga a las empresas generadores de electricidad a poder a disposición del CNGSE toda la energía producida. Y ello, precisamente, nos permitiría interpretar el término "centralizada" que emplea la Ley venezolana, al hacer mención a la gestión del Sistema Eléctrico Nacional. Suele así distinguirse, por un lado, la explotación centralizada, en la cual las actividades del mercado son efectuadas por un único ente – el operador del mercado- a quien los proveedores ceden la electricidad producida. En contra de ese sistema, encontramos la gestión descentralizada, en la que el manejo o administración del mercado se encarga a un único ente, quien actúa como

coordinador, mientras que el funcionamiento práctico del mercado se rige por el principio de explotación descentralizada.

En efecto, como hemos señalado ya, la electricidad generada debe coincidir en todo momento con la electricidad demandada lo que exige que el mercado de producción eléctrica funcione en coordinación con el resto del sistema. Para lograr tan difícil objetivo, se han diseñado, como vimos dos modelos de regulación. El primero, que podemos denominar modelo tradicional, parte de la explotación centralizada y unificada del sistema eléctrico: toda la energía producida es "entregada" al gestor del sistema –eliminándose por tanto la propiedad privada sobre la electricidad- quien, unilateralmente, y según la demanda existente, se encargará de "asignar" las unidades de generación efectivamente requeridas, fijando también el precio. La necesidad de promover e incentivar la libertad económica y la libertad de decisión empresarial –eliminadas con el modelo tradicional- permitieron diseñar otro marco regulador, que podemos denominar modelo descentralizado, y cuyos orígenes, nuevamente, se encuentran en la reforma del sistema eléctrico del Reino Unido. Este nuevo modelo –conocido como el pool- parte de los principios de libertad de decisión, libre competencia y descentralización. Así, cualquier operador puede acceder al mercado de producción eléctrica y ofertar electricidad. El operador del mercado casará las ofertas producidas con la electricidad demandada, determinando el precio marginal al cual se venderá la electricidad. Con algunas variantes, fue éste el modelo adoptado en España mediante Ley 54/1997, vigente al momento de promulgarse el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico. La principal novedad del mercado español, sin embargo, es que otorga mayor libertad a las partes para celebrar contratos entre sí. Interesa destacar que el modelo del pool británico fue posteriormente modificado mediante el *New Electricity Trading Arrengements* (NETA). Tal modelo permite a los operadores del mercado de producción mayor libertad de contratación, otorgando más importancia a la demanda para la conformación del precio final. Obedece, por tanto, a la intención de potenciar el principio de libertad y de autonomía privada en la celebración de los contratos dentro de este mercado. En todo caso, tal modelo descentralizado –a diferencia del modelo centralizado y unificado- se basa en la libre decisión de las empresas eléctricas; el operador del mercado, únicamente, se encarga de coordinar la oferta y la demanda.

Pues bien, de la interpretación literal de la Ley venezolana priva el principio de explotación centralizada, pues toda la electricidad generada –insistimos- debe ponerse a disposición del operador, quien se encargara luego de asignar la remuneración por las unidades producidas. De tal manera, no están definidos los derechos de propiedad sobre la electricidad producida. Jamás se precisa –parafraseando a la doctrina española que comentaba la LOSEN- quiénes son las partes en las adquisiciones de energía; no se precisa quién es el titular de los derechos de propiedad de la energía; en definitiva, no se precisa quien vende ni a quién. Insistimos, el funcionamiento del mercado mayorista establecido

en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico parte de la obligación de los generadores de poner a disposición del operador del mercado toda la electricidad producida, el cual no actúa, entonces, como un simple intermediario. Es por esto, precisamente, que la gestión del Sistema Eléctrico Nacional se rige por el principio de centralización, pues todas las decisiones relativas al funcionamiento del mercado quedarían a disposición de un único ente, como es el operador del mercado, que es, además, una empresa del Estado. Por tanto, una primera interpretación literal de la Ley nos permite concluir que el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad supone la requisa de toda la electricidad generada en detrimento no sólo del principio de libre competencia, sino también de la libertad económica e incluso, del derecho de propiedad. Se priva con ello a las empresas de la energía que han producido, impidiendo "cualquier posibilidad de comercializarla mediante su libre contratación con distribuidores o grandes consumidores" (Cruz Ferrer).

b. El estatuto de redes y el acceso regulado de terceros

El principio general que proclama el acceso de terceros en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias a las redes ha sido recogido en el artículo 7 de la Ley, el cual es claro al disponer que sólo razones técnicas podrán impedir tal acceso. No es extraño, por tanto, que la doctrina –Sánchez-Bustamante- haya afirmado que este principio es el "pilar" que favorece la existencia de condiciones de competencia efectivas en el mercado. Además, el artículo 30 establece el derecho de los generadores, distribuidores y "grandes usuarios" a conectarse directa o indirectamente a la red de transmisión, con lo cual se atenúan los efectos anticompetitivos derivados del control sobre esa red. Este derecho –interconexión- si bien similar al principio de libre acceso de terceros, tiene una importante diferencia: la interconexión es un derecho de los operadores propietarios de redes que necesitan conectarse a la red de transmisión; el libre acceso de terceros, por el contrario, es un derecho de operadores que no son propietarios de redes y que por ello requieren usar las redes de otros agentes del sistema eléctrico. De tal manera, sobre la relevancia del principio de acceso de terceros a las redes en el mercado eléctrico, Cruz Ferrer ha señalado que:

> "En el caso de los monopolios naturales, en los que el proveedor tiene que estar unido físicamente al cliente y la economía determina que sólo una instalación física de conexión es factible –desplegar una infraestructura alternativa no es una opción satisfactoria por razones técnicas, económicas y medioambientales- la clave de la neo-regulación está en separar el negocio de transportar del negocio de vender. De esta forma, ser el propietario de la red no da derecho a monopolizar la compra o la venta del producto; el pro-

> ducto –electricidad, gas o petróleo- que transita por la red puede pertenecer a otros operadores y el propietario de las redes recibirá una compensación adecuada por la prestación de sus servicios y por facilitar el uso de su red. El derecho de acceso de terceros a la red es el instrumento que permite el desarrollo de la concurrencia en las actividades potencialmente competitivas y facilita la libertad de vender y comprar electricidad, una vez desactivada la posición de dominio que confiere la propiedad de la red".

Otro de los mecanismos consagrados en la Ley para atenuar los efectos nocivos sobre la libre competencia y que derivan de la red de transmisión o transporte de electricidad, es su *gestión independiente*, que garantiza que no se realizarán tratos discriminatorios y anticompetitivos. Así, de conformidad con el artículo 28, la actividad de transmisión de electricidad deberá realizarse conforme al principio de independencia respecto a la acción de los agentes del Servicio Eléctrico Nacional, autonomía en cuanto a su operación y administración, y no intermediación en las transacciones de mercado. Se garantiza, por tanto, la autonomía de las empresas de transmisión, evitando la realización de acuerdos con los otros agentes del sector que podrían restringir la libre competencia.

c´. *El principio de separación de actividades*

La introducción de la competencia en el sector eléctrico requiere no sólo la superación de los obstáculos derivados de las redes de infraestructura, sino que, además, ha impuesto tradicionalmente la eliminación de integraciones verticales. Este principio fue adoptado por la regulación venezolana siguiendo a la Directiva 96/92/CE.

De tal manera, el principio de separación de actividades se basa en la adopción de restricciones al objeto social de las empresas que actúan en los sectores liberalizados, impidiendo que éstas desarrollen actividades sometidas a distintos regímenes jurídicos. Este principio –siguiendo la clasificación dada por Juan de la Cruz Ferrer- admite distintos grados. Así, con una incidencia menor sobre la libertad de empresa, puede exigirse sólo la obligación de mantener, por cada actividad que preste la empresa, una contabilidad separada (separación contable), lo que además puede suponer que, dentro de la misma empresa, se mantengan unidades de negocio separadas (separación de gestión). En un nivel intermedio, el ordenamiento puede exigir que cada actividad se preste a través de una persona jurídica distinta (separación jurídica). Finalmente, y en su grado mayor, puede prohibirse, además, que diversas actividades sean prestadas por empresas relacionadas (separación de propiedad).

Tal principio parte de la desintegración vertical de las distintas actividades que conforman los sectores liberalizados, desintegración comúnmente justificada por la existen-

cia, dentro de un mismo sector, de actividades sometidas a distintos regímenes jurídicos, según sea el alcance que pueda tener en cada una de ellas la libre competencia. En efecto, el fundamento último de este principio es diferenciar el régimen jurídico de las diversas actividades liberalizadas, distinguiendo aquellas que no presentan fallos de mercados relevantes para la libre competencia, de las actividades en las que sí se aprecia la existencia de tales fallos. Se pretende, así, incrementar la objetividad y transparencia en el ejercicio de estas actividades. Por ejemplo, la actividad de transmisión o transporte de electricidad suele separarse de la actividad de comercialización, para evitar que los fallos de mercado de aquélla repercutan negativamente en ésta.

Principio de separación de actividades cuya sanción en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico nos permite llegar a las siguientes conclusiones: la generación puede ser desarrollada por una empresa cuyo objeto social exclusivo sea esa actividad o la comercialización; la transmisión sólo podrá ser desarrollada por una empresa cuyo objeto social exclusivo sea esa actividad; la distribución sólo podrá ser desarrollada por una empresa cuyo objeto social exclusivo sea esa actividad o la comercialización y, por último, la comercialización especializada sólo podrá ser desarrollada por una empresa cuyo objeto social exclusivo sea esa actividad o la generación o distribución. Se ha sancionado así el principio de separación jurídica, que exige –únicamente- que estas actividades sean prestadas por empresas –personas jurídicas- distintas.

c. Instrumentos de regulación para proteger la garantía de suministro eléctrico

La intervención que ha de desplegar la Administración, según los principios antes enunciados, se dirige a fomentar la libre competencia. Hay, sin embargo, otra actuación que se orienta directamente a imponer cargas y limitaciones a los operadores del sector eléctrico con la finalidad de garantizar el suministro de electricidad. Para cumplir ese cometido, la Administración impone la obligación de los operadores de prestar específicos servicios a los fines de garantizar ese suministro. De esa manera, la regulación, que fomenta la libre competencia y la iniciativa privada, se integra con una regulación dirigida a garantizar el suministro eléctrico: existe pues, compatibilidad entre el modelo competitivo y la garantía de suministro. Ello se logra a través de las denominadas obligaciones de servicio público, presentes en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico. A través de estas obligaciones la Administración encauza positivamente el ejercicio de las actividades de generación, transmisión y suministro eléctrico para asegurar, en condiciones de competencia, la continuidad, regularidad y calidad de ese suministro eléctrico. Sí es posible entonces –como se ha demostrado ampliamente en el Derecho Comunitario Europeo- asegurar la prestación continua, regular y universal del suministro eléctrico, imponiendo técnicas de intervención pública, todo ello en armonía con los principios de libertad de

empresa y libre competencia. Conceptos aparentemente contradictorios (intervención administrativa y servicio público, por un lado, y libre competencia y libertad económica, por el otro) aparecen ahora completamente armonizados. La reestructuración del sector eléctrico –siguiendo a Tomas de la Quadra Salcedo- no pretende el abandono de las necesidades de interés general, sino la conciliación de esas necesidades con la iniciativa privada y con la libre competencia.

Así, en el sector eléctrico la idea del servicio universal se asociada a la gestión de la red de distribución. Como postula Cruz Ferrer:

> "El suministro de energía eléctrica constituye un servicio universal y esencial, proclamación que se concreta en la garantía/obligación de la seguridad, continuidad y calidad del suministro asignada a la los distribuidores. Por ello, la distribución tiene la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y proceder a su venta a aquellos consumidores finales que adquieran la energía eléctrica a tarifa o a otros distribuidores que también adquieran la energía eléctrica a tarifa"

La conclusión de lo anterior es que la Administración puede afectar el principio de libertad que informa a las actividades del sector eléctrico para garantizar el suministro eléctrico –entre otros fines de relevante interés público- cumpliendo así el mandato derivado del artículo 2 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico. De allí que todas las actividades puedan considerarse simultáneamente actividades "competitivas" –en tanto se rigen por el principio de libre competencia- y actividades "reguladas" –en tanto se someten a potestades administrativas de ordenación y disciplina. Así, la garantía del suministro eléctrico se refleja en distintas obligaciones impuestas a los operadores del mercado eléctrico las cuales restringen la conducta de esos operadores. Estas restricciones –que pueden calificarse, convencionalmente, como "obligaciones de servicio público"- tendrán su origen, por lo general, en el título habilitante que permite a los particulares emprender algunas de las actividades del mercado de la electricidad.

De esa manera, en lo que respecta a la generación, la Ley Orgánica del Sistema Eléctrico Nacional y también el Reglamento General imponen distintas obligaciones a las empresas de generación eléctrica, cuyo fin es asegurar que esta actividad permita el funcionamiento coordinado del sistema eléctrico nacional y, por tanto, el suministro eléctrico continuo y regular. Según el artículo 25 de la Ley, las empresas de generación se someten a distintas obligaciones cuyo fin último es asegurar el funcionamiento coordinado del sistema eléctrico. Entre tales obligaciones destacamos la consagrada en el numeral 1, según la cual estas empresas deberán "declarar y poner a disposición del Centro Nacional

de Gestión del Sistema Eléctrico la totalidad de la potencia y energía de sus instalaciones y permitir su verificación". La intención de esta disposición, antes comentada, es garantizar la coordinación entre la electricidad generada y la electricidad demandada, coordinación que compete a un ente administrativo especial –el CNGSE- bajo la supervisión de CNEE, quien podrá dictar normas e instrucciones en la materia (numerales 2 y 3).

La actividad de transmisión también deberá ejercerse en respeto a la garantía de suministro. Recordar, en este sentido, que los fallos del sistema eléctrico no sólo obedecen a deficiencias en la oferta de electricidad generada sino, también, a la deficiente prestación de la actividad de transmisión, especialmente en lo que respecta al mantenimiento de la red. En este sentido, el artículo 28 de la Ley Orgánica del Sistema Eléctrico Nacional señala que las empresas de transmisión deberán actuar en coherencia con el CNGSE, debiendo acatar las instrucciones de la Administración "en cuanto a la operación de sus instalaciones y la programación de su mantenimiento" (artículo 29). Asimismo, el principio de acceso de terceros a las redes de transmisión, además de favorecer la concurrencia de operadores, asegura el funcionamiento integrado, en condiciones de interoperatibilidad, del sistema eléctrico nacional.

La actividad de distribución se somete, igualmente, a diversas obligaciones cuyo fin último es asegurar el suministro eléctrico. Destaca la obligación prevista en el numeral 1 del artículo 36 de la Ley Orgánica del Sistema Eléctrico Nacional, según el cual las empresas de distribución deberán "prestar el servicio a todos los que lo requieran dentro de su área de servicio exclusiva", definiendo el numeral 2 los parámetros de calidad exigibles: continuidad, eficiencia y no discriminación. La obligación de suministro eléctrico, por tanto, deberá ser atendida por las empresas de distribución a quienes corresponde, en definitiva, atender a los consumidores finales con independencia de su ubicación geográfica. En tal sentido, el numeral 4 de la norma comentada –que fue incorporado por vez primera en la nueva Ley- señala que estas empresas deberán "ejecutar los programas de inversión necesarios para la prestación del servicio eléctrico en los asentamientos urbanos que, dentro de su área exclusiva, no posean acceso a este servicio", esto es, deberá procurarse la universalización del suministro eléctrico.

El suministro final de electricidad será realizado, también, por los comercializadores. En efecto, las empresas de comercialización, así como las de distribución, atenderán directamente las demandas de electricidad pero lo harán en régimen de libre competencia, lo que supone también la libertad de precios. Ahora bien, ello no implica que esta última actividad se desvincule de la garantía de suministro. Por el contrario, las empresas autorizadas para comercializar electricidad deberán "asegurar la disponibilidad de suficiente potencia y energía para satisfacer la demanda de sus usuarios, según las modalidades que hayan sido aprobadas por la Comisión y el Centro" (artículo 25.4 del Reglamento General). Los requerimientos técnicos exigidos para la actividad de distribución (continuidad,

eficiencia y no discriminación), son igualmente referibles a la actividad de comercialización, lo que demuestra, de nuevo, que el principio de libre competencia puede ser legítimamente afectado a fin de asegurar tales objetivos.

5. Consideraciones críticas sobre el modelo regulatorio inaplicado: las consecuencias de adoptar un modelo foráneo de regulación ignorando las particularidades del sector eléctrico venezolano

En su oportunidad, fuimos muy críticos con el modelo regulatorio del sector eléctrico desarrollado entre 1999 y 2001 en Venezuela. No tanto por su contenido, sino por su inadecuación a la realidad del sector eléctrico venezolano. En suma, parece que se adoptó un modelo regulatorio foráneo sin considerar, antes, su adecuación a la realidad venezolana.

Pues el presupuesto último de este modelo regulatorio, como hemos vimos, fue incentivar la libertad económica. No en vano este modelo fue calcado del modelo europeo, insertado dentro del programa de liberalización de los servicios de interés económico general, con el deliberado propósito de incentivar las libertades económicas comunitarias. El presupuesto básico para la aplicación de ese modelo es, por ello, un sector empresarial privado.

En Venezuela, por el contrario, teníamos un sector empresarial público con papel predominante, tal y como vimos, respecto al cual carecía de mayor sentido introducir regulaciones para promover la competencia regulada. Los costes de estas medidas –como la separación de actividades- no compensaban los beneficios que podrían obtenerse. S i este modelo hubiese acompañado de una política de privatización, quizás sí habría tenido sentido adoptar esta vía, pero ni antes ni ahora la privatización ha sido una opción política viable. Por ende, pretendimos aplicar un modelo regulatorio pensado en la empresa privada, a un sector preponderantemente púbico.

De allí que este modelo no tuvo –no ha tenido- aplicación práctica. En especial, las novedosas disposiciones del mercado mayorista no se implementaron, en tanto no se han dictado las normas a las que se contrae el artículo 78 de la Ley. En general, en cuanto a la remuneración de las actividades del sector eléctrico y el funcionamiento del mercado mayorista continuó vigente el régimen anterior a la Ley. Además, aun se mantiene en vigencia la organización derivada del contrato de interconexión celebrado en 1968 (actualmente suscrito por CADAFE, EDELCA, EDC y ENELVEN), y mediante el cual se coordinan las actividades de planificación y operación de los sistemas de generación y transmisión, a cuyos efectos se estableció la Oficina de Operación de Sistemas Interconectados (OPSIS). Actualmente el mecanismo de regulación del mercado eléctrico parte de esta estructura, anclada principalmente en el contrato de interconexión celebrado. Estamos, pues, ante una suerte de "auto-regulación", en tanto han sido las propias empresas quienes se han organizado de cara a asegurar la coordinación de las actividades de

generación y transmisión. Junto a ello hay que mencionar la actuación de la Fundación para el Desarrollo del Servicio Eléctrico (FUNDELEC), cuya misión básica es la elaboración y análisis de proyectos relativos "a la planificación, regulación y supervisión del Sector Eléctrico Nacional, en coordinación con los órganos competentes del Ministerio de Energía y Minas, y con las empresas eléctricas" (artículo 1 de sus Estatutos).

Tampoco se llevó a cabo el principio de separación de actividades, que por otro lado, carecía de mayor racionalidad en un sector de gestión pública. El estatuto de red tampoco fue aplicado, en suma, pues la gestión de la red ha estado preponderantemente en manos públicas. Ni siquiera las novedosas disposiciones sobre la garantía de suministro eléctrico han tenido aplicación práctica, pues ellas, en suma, fueron diseñadas para asegurar el acceso de las personas al servicio eléctrico en un entorno de liberalización.

Un tema sobre el que nos pronunciamientos en su momento, al comentar las medidas adoptadas entre 1999 y 2001, era la necesidad de aplicar el modelo regulatorio, al menos, en un área en la que éste podría tener algún beneficio para el bienestar general de los consumidores. Nos referimos a la promoción de fuentes alternas de generación eléctrica, para romper la dependencia del sector venezolano a la generación hidroeléctrica, todo lo cual abonaría a favor de la garantía de suministro eléctrico. En definitiva, la capacidad de generación existente en Venezuela permite determinar su suficiencia a los fines de satisfacer las demandas existentes. La crisis del sistema eléctrico en California demuestra así los graves peligros que derivan de los fallos en la generación. Entonces señalábamos que la medida que directamente permitiría solucionar tal desequilibrio sería la promoción de la inversión en la actividad de generación, para lo cual es necesario –conforme al espíritu de la nueva Ley- potenciar la iniciativa privada en esta actividad. Esto es, que era necesario incentivar la libre iniciativa privada en las energías primarias, facilitando el acceso al mercado de producción eléctrica mediante el uso de las distintas fuentes disponibles. La nueva ordenación del gas natural –fuente de energía primaria y, a la vez, energía secundaria- permitía, en nuestra opinión, incentivar la inversión privada en la actividad de generación.

En efecto, una de las principales características del gas natural es su versatilidad: por un lado, es energía primaria, desde que es fuente de generación eléctrica; por el otro, es energía secundaria, compitiendo con el suministro eléctrico. Se ha resaltado, así, que las ventajas del gas natural como fuente de energía primaria son variadas, pues el desarrollo tecnológico de las turbinas de gas de ciclo combinado mejoró notablemente la eficiencia técnica del gas natural respecto a otras fuentes de generación, a lo que debe agregarse el alto rendimiento de esta fuente. Asimismo, la reducción de externalidades es importante: el impacto medioambiental del gas natural es muy reducido. Se destacan, además, los bajos costes de inversión necesarios para la construcción de centrales de gas

natural, concluyéndose que la producción de electricidad a través del aprovechamiento del gas natural fomenta la libre competencia en el mercado de generación.

Hay además una razón adicional, que hace del gas natural una fuente competitiva de electricidad. Aún cuando la generación hidroeléctrica pueda tener ventajas sobre la generación que proviene del gas (Muñoz Machado), e incluso, aún cuando las características geográficas de Venezuela faciliten notablemente la instalación de empresas de generación hidroeléctrica, el régimen jurídico del gas natural en nuestro país fomenta la concurrencia, a diferencia de lo que ocurre con el régimen de la generación hidroeléctrica. En efecto, si bien todas las actividades de generación se someten a la libre competencia, según indica la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, lo cierto es que (i) la nueva Ley reserva al Estado el aprovechamiento de importantes recursos a fin de ejercer la actividad de generación hidroeléctrica (parágrafo único del artículo 3) y (ii) existen diversas barreras legales que restringen la entrada de operadores a ese concreto mercado; así, la necesidad de obtener la correspondiente concesión de aprovechamiento de las aguas. Muy por el contrario, el uso del gas natural con fines de generación hidroeléctrica cuenta, ahora, con un nuevo marco regulatorio –la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos- que se orienta a la promoción de la inversión privada y de la competencia efectiva en ese sector. En concreto, estaríamos ante un supuesto de aprovechamiento de este hidrocarburo sujeto tanto sólo a la preceptiva autorización. Aclaramos que esta actividad puede tener dos destinos: para satisfacer las necesidades de la empresa que produce energía –la autoprestación mediante el uso del "gas comercial o industrial"- o para intervenir directamente en el mercado mayorista.

En adición a lo anterior, los mercados de la electricidad y el gas natural cuentan con características afines, lo cual propende a su progresiva integración en el llamado mercado energético. De esa manera, ambos mercados han sido sometidos a recientes procesos de reestructuración, cuyo estado actual es bastante similar. Asimismo, en estos dos sectores encontramos principios similares orientados a los mismos fines: así, por ejemplo, el principio de acceso de terceros a las redes o la imposición de obligaciones orientadas a asegurar el suministro de gas. Todas estas razones abonan por el fomento de la inversión privada en la actividad de generación eléctrica mediante la utilización del gas natural, procurándose así el incentivo de la libre competencia. Las Administraciones sectoriales creadas en estos sectores –la CNEE y el Ente Nacional del Gas- cuentan, a tales afectos, con novedosas técnicas de intervención cuyo fin es, precisamente, el fomento e incentivo de la libre competencia.

Tampoco ello fue llevado a cabo. La inversión privada fue marginada progresivamente del sector, hasta que en el 2007, el Gobierno adoptó una política de signo enteramente contrario a las medidas adoptadas entre 1999 y 2001: la nacionalización del sector eléctrico.

III. La Nacionalización del Sector Eléctrico y el Abandono de los Principios de la Regulación Inaplicada

1. El contexto de la nacionalización del sector eléctrico

A comienzos de 2007 el Presidente de la República anunció cambios relevantes en modelo económico que, ya desde el 2002, había cambiado notablemente, al iniciarse la adopción de medidas de intervención públicas en la economía, tanto limitando la actividad de operadores económicos privados, como gestionando, directamente, actividades económicos. Tal modelo fue calificado, en el 2005, de *transición al socialismo,* y en enero de 2007, fue apalancado con varios anuncios relevantes, que pasaban incluso por una reforma a la Constitución de 1999. Dentro de estas medidas encontramos la adopción de una política de nacionalizaciones, que afectó –entre otros sectores- al sector eléctrico.

En efecto, desde enero de 2007 se anunció la implementación de políticas de nacionalización, específicamente, en relación con las empresas privadas del sector eléctrico y con la empresa de telefonía Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV), privatizada en la década de los noventa del pasado siglo (*El Universal,* 9 de enero de 2007). Se trató, inicialmente, sin embargo, de medidas de nacionalización adoptadas convencionalmente, no mediante actos coactivos. Es decir, que el Estado procedió a adquirir empresas privadas en aquellos sectores respecto a los cuales el Estado decidió asumir su gestión. Así, el Estado optó por acudir a mecanismos convencionales, propios del Derecho Privado, para asumir el control decisivo sobre las empresas cuya nacionalización se había anunciado: CANTV (*El Universal*, 13 de febrero de 2007: "Representantes del Gobierno Nacional, y de la empresa norteamericana Verizon, firmaron anoche un memorando de acuerdo que propiciará la venta de 28,51% de las acciones de Cantv, que mantiene hasta la fecha la corporación transnacional") y ELECAR (*El Universal*, 9 de febrero de 2007: "El Gobierno y la transnacional energética estadounidense AES Corporation, suscribieron anoche un memorándum de entendimiento de nacionalización de La Electricidad de Caracas (EDC), a un mes del emplazamiento público del presidente Hugo Chávez"). ELECAR, vale la pena acotarlo, era la principal empresa privada del sector eléctrico. Así, el Ejecutivo logró acuerdos con el accionista mayoritario en ambas empresas, de cara a asumir el control decisivo sobre su gestión. Luego, a fin de adquirir el resto de las acciones –cotizadas en el mercado de valores- el Estado anunció e implementó una *oferta pública de acciones* (OPA). De igual manera, a través de la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), el Estado asumió el control decisivo sobre la empresa privada SENECA, prestadora del servicio eléctrico en el Estado Nueva Esparta, que había surgido de igual manera a través de un proceso de privatización en la década de los noventa.

Lo propio sucedió con la empresa Electricidad de Valencia (ELEVAL) (*El Universal*, 10 de julio de 2007).

Se trató por ello de una política de nacionalización cuando menos atípica, en tanto no se dictó instrumento legal alguno que, reservando determinada área del quehacer económico, contemple la asunción obligatoria por parte del Estado de las empresas privadas que explotaban la actividad afecta a la reserva. De hecho, la única referencia legislativa a la nacionalización anunciada en los sectores de las telecomunicaciones y eléctrico, la encontramos en la *Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con rango, valor y fuerza de Ley, en las materias que se designan,* de 2007. En efecto, la Ley habilitó al Presidente de la República en Consejo de Ministros a dictar medidas mediante las cuales el Estado pueda "asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las empresas privadas en el sector eléctrico, por razones estratégicas, de seguridad, utilidad o bienestar social", medida amplia cuyo alcance eventualmente se traduciría en la nacionalización de las empresas privadas que participan en el sector eléctrico. La gestión pública de esas empresas podría incluso hacerse mediante el régimen de las empresas mixtas –otro de los principios del nuevo modelo económico- pero siempre bajo el control decisivo del Estado.

La adquisición del control decisivo sobre estas empresas, en todo caso, no llegó a ejecutarse por medios coactivos (como sí ha sucedido en muchos otros sectores desde el 2007) sino por el contrario, fue el resultado de procedimientos de Derecho Privado. Pero ello en modo alguno afecta la esencia de la nacionalización, en el entendido que no sólo las técnicas de la actividad administrativa, sino también, el régimen jurídico al cual acude la Administración, es intercambiable. En definitiva, el resultado último ha sido la transformación de empresas privadas a empresas públicas, aun cuando, se advierte, la adquisición del control decisivo de estas empresas privadas no ha sido acompañado de la reforma del régimen jurídico de las actividades por ellas explotadas, que en los términos de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, continúan siendo actividades entregadas a la libertad económica.

Fue pues, en el contexto de desarrollo del modelo de transición al socialismo, que se ubicó la política de nacionalización sobre el sector eléctrico, con fines muy distintos a los que determinaron las reformas regulatorias desde 1999. El contenido de este modelo económico quedó delimitado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013, el cual desarrolla cinco pivotes: la nueva ética socialista; la suprema felicidad social; la democracia protagónica revolucionaria; el modelo productivo socialista y la nueva geopolítica nacional. En realidad, estos cinco pivotes resumen los principios generales del modelo económico imperante, así como desarrollan varios de los cambios que se reflejaron en el proyecto de reforma constitucional.

De tal manera, y como es usual, el Plan insiste en la contraposición entre dos modelos económicos: el capitalismo y el socialismo, dando a entender que el primero resume el modelo económico imperante, todo lo cual supondría la transformación de "la sociedad material y espiritualmente". La terminología empleada sigue, en sus líneas centrales, la terminología al uso en el modelo en desarrollo desde el 2002. Es así como el Plan refiere a la necesidad construir un "modelo social endógeno, productivo, socialista y humanista", afirmándose que las relaciones sociales de producción del socialismo están basadas en formas de propiedad social, que comprenden la propiedad autogestionaria, asociativa y comunitaria; permaneciendo, en este contexto, formas de propiedad individual y pública. De igual manera, el Plan insiste en la importancia de las misiones (que permiten avanzar en la cobertura y la universalización en la satisfacción de necesidades de identidad, alimentación, salud, educación, vivienda y empleo) de los consejos comunales y de las empresas de producción social. En definitiva, el Plan promueve la transformación de las relaciones sociales de producción construyendo unas de tipo socialistas basadas en la propiedad social, con lo cual la producción se orientará hacia la eliminación de la división social del trabajo. Para ello, la economía debe subordinarse al interés social: el modelo productivo deberá responder primordialmente a las necesidades humanas y estará menos subordinada a la reproducción del capital, lo que pasa por afirmar, como verdadero dogma, que el Estado conservará el control total de las actividades productivas que sean de valor estratégico para el desarrollo del país. Asimismo, se realza el valor del desarrollo endógeno como principio del modelo económico, "mediante la utilización progresiva de los recursos del país, con visión de futuro y respeto a las generaciones por venir, y dando prioridad a la satisfacción de las necesidades del país".

En este contexto, el Plan alude a las *empresas de la economía social,* término que puede ser entendido en contraposición a la *empresa capitalista,* o sea, la empresa basada en la propiedad "privativa" sobre los medios de producción, sea una empresa pública o privada. En la empresa capitalista se aprecia la distinción entre el accionista, el administrador y los trabajadores, mientras que en las empresas la economía social esta distinción se difumina. Por ello el Plan, como advertimos antes, emplea una noción de las empresas de producción social un tanto diferente al concepto que emerge del escaso marco jurídico de tales empresas. Se trata, más bien, de un concepto funcional que trata de condensar todas las formas empresariales que no se basan en la propiedad exclusiva sobre los medios de producción ni en la división del trabajo derivada de la distinción entre el accionista, el administrador y el trabajador. Las empresas de producción social sería, pues, las empresas de la economía social, basadas en los principios de propiedad colectiva; autogestión y preponderancia del interés social sobre el ánimo de lucro. El estímulo de estas nuevas formas empresariales impactará –siguiendo al Plan- en las relaciones de producción, que pasarán a regirse por los comentados principios.

En el ámbito económico, el Plan reitera los principios del modelo económico en desarrollo desde el 2002 y, muy especialmente, las bases del modelo de economía socialista en transición plasmado en el proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre y rechazado popularmente en el referendo del 2 de diciembre. De allí que, según el Plan, el nuevo modelo no partirá de eliminación jurídica de la empresa privada como institución. Por el contrario, se preferirá la técnica de fomento, esto es, que el Estado promocionará la creación de estas empresas de la economía social, introduciendo –previsiblemente- la regulación asimétrica entre éstas y las empresas privadas tradicionales. Tal y como se sostuvo en la exposición de motivos del anteproyecto de reforma constitucional, se dará prioridad a la iniciativa pública y a la iniciativa colectiva, y con ello, a la propiedad colectiva sobre los medios de producción social, marginándose a la empresa privada o "empresa capitalista". Estas empresas de la economía social llevarán a cabo su actividad a través de los principios del modelo económico venezolano en desarrollo, destacándose en el Plan la relevancia del principio de desarrollo endógeno así como la iniciativa popular ejercida mediante los consejos comunales.

Es, pues, dentro de este modelo económico, que se insertó la nueva política del sector eléctrico. Frente al estímulo de la libre iniciativa privada en condiciones de competencia, la nueva concepción del sector eléctrico asume con carácter preferente la gestión pública bajo un modelo de planificación central. De un modelo descentralizado, existente sólo en la teoría, se ha pasado a un modelo centralizado, en el cual la iniciativa privada, de muy pequeño papel, ha quedado completamente proscritas. Las reformas regulatorias que se adoptaron a partir de 2007 confirman, como veremos, esta tendencia.

2. La centralización del sector eléctrico

El modelo regulatorio adoptado entre 1999 y 2001, asumió como premisas el desarrollo de un mercado eléctrico descentralizado, que partía de la concurrencia de operadores y la separación de actividades. Luego del 2007, cuando el Estado venezolano asumió el control sobre las empresas privadas que operaban en el sector, en la práctica, se pasó a un modelo centralizado, con participación monopólica del Estado y concentración de actividades. El cambio, en todo caso, comenzó a darse con anterioridad.

En efecto, ya en el 2006, y en oposición al principio de separación de actividades recogido en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, se había acordado la creación de la *Empresa Nacional de Generación* C.A. Luego, en el 2007, esta tendencia centralizadora se incrementó. Por un lado, la Resolución 190, de 2007, reorganizó la gestión del sector eléctrico, asignándole responsabilidades a la empresa estatal petrolera, PDVSA. Posteriormente, se dictó. Mediante Decreto-Ley, la Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico, de 31 de julio de 2007.

Con este Decreto-Ley se modificaron los presupuestos de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, que continua en todo caso vigente. Así, se acordó la creación de la *Corporación Eléctrica Nacional S.A.* (CORPOELEC), adscrita al –entonces.- Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, como una *empresa operadora estatal* encargada de la realización de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de potencia y energía eléctrica (artículo 2). Así, CORPOELEC obra como empresa holding de todas las empresas públicas del sector, actuales o futuras (artículos 4 y 7).

En la práctica, la creación de CORPOELEC sustituyó el modelo regulatorio de la Ley Orgánica de Servicio Eléctrico. Así, frente al principio de separación se impuso el principio de concentración; frente al modelo descentralizado de regulación se pasó al modelo centralizado de autorregulación y frente al postulado de fomentar la iniciativa privada se pasó al modelo de la iniciativa pública. Reiteramos, en todo caso, que este modelo formal no tuvo aplicación práctica, en parte, pues no se adecuaba a la realidad del sector eléctrico venezolano, marcado por la preponderancia del sector público que, luego del 2007, se convirtió en el único operador económico.

3. La crisis del sector eléctrico venezolano manifestada durante la nacionalización del sector. Reflexiones críticas sobre las medidas adoptadas y su incompatibilidad con la garantía de suministro eléctrico

El nuevo modelo del sector eléctrico venezolano, marcado por la centralización de CORPOELEC, todavía estaba en pleno desarrollo cuando comenzaron a sentirse las primeras consecuencias de la *crisis* energética. La existencia de tal crisis no puede ser ya puesta en duda, al haber sido expresamente reconocida por el Estado venezolano, mediante distintas medidas de políticas públicas adoptadas en noviembre y diciembre de 2009. Al repasar las medidas adoptadas, podemos entrever las causas estructurales de tal crisis, y ponderar, críticamente, la pertinencia de las medidas adoptadas, que en suma, resultan –para nosotros- opuestas a la garantía de suministro eléctrico.

.- La *primera* medida, adoptada desde la organización administrativa, fue enfatizar la centralización administrativa creando un *nuevo* órgano: el Ministerio el Poder Popular para la Energía Eléctrica (Decreto Nº 6.991 de 21 de octubre de 2009). Básicamente, se trata de una organización que se confunde con CORPOELEC –el Ministro es además presidente de esa Corporación- y que viene asumir las atribuciones que la Ley asignó al CNEE.

.- Luego, y en *segundo* lugar, se adoptaron medidas para contrarrestar los efectos de tal crisis, pero en realidad limitadas a racionalizar el consumo de energía eléctrica, principalmente, al sector público. A tal fin, el 3 de noviembre de 2009 fueron promulgadas varias medidas, que pueden sistematizarse muy brevemente de la siguiente manera:

(a) El Decreto N° 6.992 creó la Comisión Interministerial Estratégica para el Sector Eléctrico, la cual: (i) promoverá la rebaja del 20% del consumo eléctrico del sector público; (ii) regulará o prohibirá la importación de artefactos o equipos de baja eficiencia en el consumo eléctrico; (iii) promoverá la inversión en el sector; (iv) reformará las tarifas del sector, para promover un consumo racional de la electricidad; (v) fomentará y, de ser el caso, adoptará medidas coactivas para el aporte de energía de autogeneración al sistema nacional, y por último, (vi) sujetará a control los "nuevos proyectos de construcción y los que se estén desarrollando", que requieran una "alta demanda eléctrica".

(b) El Decreto N° 6.994, exonera del Impuesto al Valor Agregado a las importaciones definitivas de los bienes muebles necesarios para la continuidad, confiabilidad y eficiencia de la prestación del servicio de generación de energía eléctrica, que utilicen fuentes primarias convencionales y no convencionales

(c) El recién creado Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica dictó, mediante Resoluciones, distintas medidas que desarrollan los postulados contenidos en los Decretos antes comentados. Así, (i) se acordó que cualquier empresa del Estado con capacidad de generación termoeléctrica, deberán proceder a implementar las acciones necesarias para maximizar el uso de esa generación, previéndose al respecto distintos incentivos. Además, (ii) se dictaron las "primeras medidas de orden técnico y administrativo para orientar la reducción del consumo de electricidad en los organismos públicos", según las cuales cada órgano o ente de la Administración Pública designará un Grupo de Gestión de Energía Eléctrica, que tendrá bajo su responsabilidad la ejecución y seguimiento de las acciones dirigidas a la reducción del consumo de electricidad en sus respectivos organismos.

Además, (iii) mediante Resolución Conjunta se prohibió la importación de equipos nuevos de acondicionadores de aire, tipo ventana, compacto y splits que no cumplan como mínimo el nivel de relación de eficiencia energética que señala. Adicionalmente, prohibió la importación con fines comerciales de equipos usados, reconstruidos o descontinuados correspondientes de alto consumo.

Por último, (iv) se dispuso que las empresas privadas con instalaciones de generación que superen los 2 MW deben "contribuir" mediante el aporte de la energía excedentaria al sistema, y en caso que no fuere posible "optimizar" el uso de esa energía, entonces, las empresas públicas eléctricas fueron instruidas para "ocupar" estas instalaciones. Se trata, casi no hace falta decirlo, de una medida de policía administrativa que no cuenta con el anclaje legal mínimo necesario para afectar la operación de estas instalaciones de propiedad privada.

.- En *tercer* lugar, el 21 de diciembre de 2009 el Ministerio recién creado para la energía eléctrica dictó tres Resoluciones que imponen limitaciones severas al consumo eléctrico, incluso directamente aplicables al sector privado. Así:

(a) Se ordenó a las empresas públicas desarrollar planes de ahorro energético para los usuarios con demanda mayor a 5MW (industrias pesadas) y de 2MW (industrias ligeras, centros o locales comerciales y centros residenciales). Tales planes deberán contemplar el ahorro de al menos el 20% respecto al consumo del mismo mes del año anterior, ahorro que se medirá mensualmente. De incumplirse esos planes, se impondrá como sanción recargos a las tarifas eléctricas.

(b) Adicionalmente, se ordenó la regulación del consumo eléctrico en las vallas y anuncios publicitarios luminosos, cuyo consumo eléctrico se limitó de seis de la tarde a doce de la noche. Esta regulación, de manera genérica, contempla el fomento para la instalación de paneles solares.

(c) La última medida adoptada, de mayor impacto, es aquella orientada a regular el consumo eléctrico en centros comerciales (cuyo consumo se limita de once de la mañana a nueve de la noche) y salas de bingo y casinos (cuyo consumo se limita de seis de la tarde a doce de la noche). Tal regulación no contempla medidas para fomentar fuentes alternas de autogeneración eléctrica. Incluso, como sanción, contempla la interrupción del servicio eléctrico por 24 horas y, en caso de reincidencia, por 72 horas.

Se trata, como puede observase, de medidas puntuales, orientadas básicamente a restringir el consumo eléctrico, incluso, mediante la adopción de reglas al sector público que responden, más bien, a las políticas que de ordinario deberían orientar la conducta de los funcionarios públicos. Por ejemplo, una de las medidas de racionalización del consumo eléctrico en el sector público consiste en orden que, luego de preparar el café, se apague la cafetera.

Más grave resulta, sin duda, las medidas de racionamiento eléctrico aplicables para el sector privado, pues en suma, la regulación dictada produce efectos diametralmente opuestos a los objetivos de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, a saber, garantizar el suministro eléctrico. Más allá de la discusión jurídica sobre cuál es el alcance de la calificación de las actividades del sector eléctrico como *servicios públicos,* lo cierto es que, como directa consecuencia de la cláusula del Estado social que la Constitución de 1999 reconoce, el suministro eléctrico, continuo, regular, y de calidad, ha de ser garantizado por el Estado. Paradójicamente, la regulación comentada pretende, muy por el contrario, formalizar la interrupción del suministro eléctrico, previéndose incluso –en el caso de los centros comerciales y salas de bingo- como sanción, la interrupción del servicio eléctrico por hasta 72 horas.

En realidad, bajo la Constitución de 1999, podría afirmarse que la garantía de suministro eléctrico, continuo, regular y de calidad, responde a la satisfacción de un derecho prestacional, con lo cual, en modo alguno puede el Estado formalizar la interrupción de ese servicio, mucho menos, como sanción. Todo lo contrario, la regulación sólo puede promover a la satisfacción progresiva de este derecho, es decir, a mejor las cotas alcanzadas de suministro eléctrico, pero en modo alguno a reducir estas cotas, como pretende

la regulación dictada. A esto debe agregarse que ninguna de estas medidas se limitaron en el tiempo (no se trata, pues, de medidas temporales) y que, además, salvo en el caso de la regulación del consumo eléctrico en anuncios y vallas, ninguna medida paliativa ha adoptado el Estado, para fomentar, en todo caso, fuentes de autogeneración que permitan suplir las restricciones que al suministro eléctrico han sido arbitradas.

Si razones de fuerza mayor obligan a regular el suministro eléctrico, la Administración no puede reducir su actividad a una acción de policía, prohibiendo el consumo más allá de ciertos parámetros. Lo que se exige de la Administración en el marco de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, es que sea antes que nada una *Administración prestacional,* que contribuya decisivamente a satisfacer progresivamente los derechos fundamentales. Por ende, una eventual medida de racionamiento eléctrico debe venir acompañada de otras medidas que garanticen, en última instancia, el suministro eléctrico mediante otras fuentes, por ejemplo, autogeneración, para lo cual se precisa también de la actuación eficiente y efectiva de la Administración a través de medidas de fomento, que exceden de las medidas, más bien tímidas, hasta ahora dictadas. Nada más lejos, pues, de la actividad prestacional de la Administración, que estas medidas de policía, que únicamente restringen, incluso punitivamente, el suministro eléctrico.

Desde la perspectiva regulatoria, la crisis actual del sector eléctrico venezolano –que no es todo caso una novedad, pues ya desde el 2001 se había anunciado la inminencia del colapso del sistema- puede estar incentivada por el mal manejo regulatorio de nuestro sector. Primero, por haber adoptado un marco regulatorio que no se adecuó a la realidad de nuestro mercado eléctrico, marco cuya aplicación en todo caso fue bastante deficiente, con lo cual, es probable sostener que entre 1999 y 2007 no se adelantaron las acciones que motivaron, en parte, a la adopción de ese nuevo marco regulador: fomentar la inversión privada, en especial, en fuentes alternativas de generación eléctrica. Pues en suma, el talón de Aquiles de nuestro sector continua siendo la excesiva dependencia a la generación hidroeléctrica, vulnerable como es a los cambios climáticos que, muy lamentablemente, acusamos en el comienzo Siglo. Con todo, la regulación del sector eléctrico y de los hidrocarburos gaseosos ofrecieron una extraordinaria oportunidad para desarrollar nuevas fuentes de generación eléctrica, en el contexto de competencia regulada que adoptó el modelo regulatorio de 1999, cónsono además con el sistema de economía social de mercado que sanciona la Constitución de 1999.

La causa –al menos aparente o preponderante- del actual colapso, conviene insistir en ello, es la dependencia de nuestro sistema a la generación hidroeléctrica. Recientemente se ha afirmado, en este sentido, que "más del 70% de la energía eléctrica de Venezuela se produce gracias a la energía hidroeléctrica (…) debido al cambio climático el país ha atravesado por un año de escasas lluvias, lo cual hace imprescindible implementar recortes de luz para evitar llegar a un nivel crítico" (*ABN,* 17 de diciembre de 2009).

Incluso, en la regulación dictada en diciembre de 2009, y que ha sido aquí comentada, estas causas se exteriorizan: el suministro eléctrico se ha afectado pues condiciones climatológicas (en fenómeno "El Niño") afectan la capacidad de generación del Embalse El Gurí (situado en el Río Caroní), que aporta el 73% de la energía del sector eléctrico.

El punto central que debe sostenerse es que ***esta situación era previsible***. Lo era, primero, por la dependencia histórica de nuestro sistema a la energía hidroeléctrica: ya en el 2001 se había anunciando la "inminencia" de la crisis por este factor. Además, era previsible desde la propia regulación adoptada en 1999, que realizó esfuerzos por promover la inversión privada en las actividades de generación y comercialización, cuando lo cierto es que lo más relevante entonces –como ahora- era promover acciones para diversificar las fuentes de generación, aprovechando el impuso dado por la nueva regulación de hidrocarburos gaseosos, acciones que en todo caso nunca se tomaron pues hoy, diez años después, se mantiene la dependencia a la energía hidroeléctrica. Y finalmente, era previsible pues los lamentables fenómenos climatológicos a los que se alude, y en concreto, El Niño, no son, actualmente, y desde hace algún tiempo, acontecimientos que puedan ser calificados de impredecibles. Luego, la Administración ha debido prever la actual situación y adoptar medidas orientadas a asegurar el continuo y regular suministro eléctrico de calidad, de acuerdo además con el precepto constitucional de desarrollo sustentable. Tal obligación, insistimos, es jurídicamente vinculante y judicialmente controlable en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

Luego de diez años de la promulgación fallida de la regulación eléctrica, nuestro sistema mantiene las mismas debilidades que presentaba en 1999, entre ellas, la debilidad institucional, por la *fáctica* desaplicación de la Ley Orgánica de Servicio Eléctrico. Las medidas adoptadas recientemente no son, por ello, adecuadas para afrontar esta crisis: el consumo racional de energía, muy en especial por el sector público en expansión, debe ser una pauta ordinaria y normal de conducta, y no una regla excepcional afrontada frente a una coyuntura. En suma, esperamos todavía en Venezuela por una regulación que se amolde apropiadamente a las particularidades del sector eléctrico, en el marco de la economía social de mercado que la Constitución reconoce.

La Unión, julio-diciembre de 2009

NOTAS

1. El contenido central de este trabajo, se basa en nuestro libro Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 2006.

2. En cuanto a las características del mercado eléctrico, puede verse a De la Cruz Ferrer, Juan, La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 17 y 19, así como a Parejo Alfonso, Luciano, "Servicio Público y Sector Eléctrico", en *El nuevo servicio público. VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 2002, pp. 340 y ss. Respecto de la noción de red, vid. De la Cuétara Martínez, Juan Miguel, "Sobre las infraestructuras de red y competencia entre redes", en *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 19-25. La presencia de la red eléctrica denota la existencia de un particular fallo de mercado asociado al monopolio natural. En este sentido, se ha sostenido que "desde el punto de vista económico, se piensa que se produce un monopolio natural cuando la tecnología de producción –costes fijos altos en términos relativos- produce costes medios decrecientes a largo plazo a medida que aumenta la producción. En tales industrias, un solo productor será capaz de producir a costes más bajos que varios productores produciendo alternativamente, consiguiéndose así un monopolio natural, pues en caso de que haya más de un productor los precios serán más altos". (Cfr.: Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Jesús, "Liberalización eléctrica en España", en *Competencia y Sector Eléctrico: Un Nuevo Régimen Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 51).

   Las razones expuestas en el texto principal han propendido a que el sector eléctrico sea un sector altamente regulado. Incluso, las actividades económicas que integran a dicho sector han sido reservadas al Estado, asumiendo éste, también, su gestión. En cuanto a los modos de gestión tradicionales de las actividades anejas al sector eléctrico, puede verse por todos a Villar Rojas, Francisco, Privatización de servicios públicos, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 207 y ss.
3. El Decreto N° 1.558 fue publicado en la Gaceta Oficial de 30 de octubre de 1996, número 36.085, de 13 de noviembre de 1996. Sobre su contenido puede verse a Ortiz-Alvarez, Luis, y Fischbach, Noemi, "Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo número 3*, Caracas, 1998, pp. 83 y ss. Tal Decreto, de rango sub-legal, ordenó jurídicamente una actividad no reservada al Estado, lo que supuso una importante inflexión al principio de legalidad, tal y como sucedió en España hasta 1994. En cuanto a la experiencia española, puede verse entre otros a Muñoz Machado, Santiago, *Servicio Público y Mercado. El Sistema eléctrico, Tomo IV*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 49-50, así como a Pastor Ridruejo, Luis, *Principios de la Ley de ordenación del sistema eléctrico nacional*, UNESA, 1995, p. 11. La principal crítica a ese texto era, pues, la lesión que ocasionaba a la seguridad jurídica. Citamos en este sentido a De la Cuétara Martínez, Juan Miguel de la "Tres postulados para el nuevo servicio público", en *El nuevo servicio público,* Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 133.

4. Debe destacarse que los objetivos perseguidos por el Decreto-Ley del servicio eléctrico de 1999 eran muy explícitos. Así, en el programa económico de transición del Gobierno iniciado en Venezuela en 1999 se hizo énfasis en la necesidad de reordenar el sector eléctrico. Se precisó así, en tal Programa, que "la situación actual del sector eléctrico, especialmente en las áreas de transmisión y distribución, es de franco deterioro y podría convertirse en un obstáculo de difícil superación para las posibilidades reales de crecimiento productivo del país en el mediano plazo, si no se acomete a la brevedad un ambicioso programa de inversiones y un plan de reformas estructurales". Además, como fundamento de la necesidad de acudir a esa reordenación, se resaltó el quiebre fiscal de las empresas públicas que actuaban en ese sector. En definitiva –y según ese Programa- era "indispensable establecer un nuevo marco regulatorio expresado en la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional, que refuerce las labores reguladora y fiscalizadora del Estado, cree un organismo coordinador de la operación centralizada de la generación y la transmisión, defina claramente las actividades, abra el sector a la competencia en las áreas en las cuales sea técnicamente factible, tal como la generación y la comercialización, defina regulaciones eficientes en las áreas que se consideren monopolios naturales, establezca condiciones de calidad de servicio, infracciones y sanciones". Puede consultarse la página http://www.mpd.gob.ve/prog-ec-tr/programa.htm (consulta: 1.12.09).
5. En cuanto a los postulados de la reestructuración de la regulación sobre el sector eléctrico, puede verse a Ariño Ortiz, Gaspar y López de Castro, Lucía, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998, pp. 437 y ss.; De la Cruz Ferrer, Juan de la, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 119 y ss. y Martín Mateo, Ramón, *El marco público de la economía de mercado*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 170-172. Véase también, y desde la perspectiva del Derecho Mercantil, a Javier García de Enterría, "La regulación del sector eléctrico: intervención normativa sobre el mercado y defensa de la competencia", en *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 113-114.

   En relación con la Directiva 96/92/CE , puede verse, en especial, a De la Cruz Ferrer, Juan, "El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica", en *Regulación sectorial y competencia*, cit., p.30, así como a Gimeno Feliú, José María, *El servicio público eléctrico en el Mercado Interior Europeo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 145 y ss.

   La característica que imprime la actuación de la Administración en los sectores recientemente liberalizados, como hemos tenido ocasión de resaltar, es precisamente su intervención activa a través de variadas técnicas de limitación que restringen el ejercicio de la libertad económica para alcanzar los fines mencionados.. En el ám-

bito concreto del sector eléctrico, y desde la doctrina francesa, vid. Bauby, Pierre, "Dérégulation et re-régulation: les transformation du service public de l´électricité" en Rouban, L. (director), *Le service public en devenir*, L´Harmattan, Paris, 2000, pp. 199 y ss. La posición de Nebrada se toma de *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 111-112.

En general, sobre la nueva regulación puede verse lo que tratamos en Badell Madrid, Rafael; Quiroz Rendón, David y Hernández G., José Ignacio, *Régimen jurídico del servicio eléctrico en Venezuela*, Caracas, 2002. Puede verse también a Garrido Rovira, Juan, *Regulación legal del servicio eléctrico*, Caracas, 2002, pp. 28 y ss, así como Araujo-Juárez, José y Rodríguez Pacanins, Oscar, "Un nuevo Derecho de la electricidad", en *Leyes sobre los servicios públicos domiciliarios: agua, electricidad, gas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 27 y ss.

7. En cuanto a la declaratoria del sector eléctrico como servicio público, la similitud con el régimen español se presenta de nuevo. Desde el Decreto de 19 de abril de 1924 pesaba sobre el sector eléctrico en general, la declaratoria de servicio público, la cual, sin embargo, no aparejó la publicatio sobre todo el sector. En relación con este carácter de servicio público se planteó cierta controversia en la doctrina: por un lado, se señalaba que lo importante no era la declaratoria de servicio público sino el régimen jurídico al cual la actividad se sometía (Salas); por el otro, se insistía que todo el sistema eléctrico tenía un régimen unitario, que es el del servicio público (Ariño). En nuestra opinión, la sola declaratoria de servicio público no impone, per se, la reserva de la actividad; dicha reserva siempre debe ser expresa. Tratábase, en consecuencia, de un servicio público objetivo (Cfr.: Muñoz Machado, Santiago, *Servicio Público y Mercado. El Sistema eléctrico,* cit., p. 51). La opinión de Salas, en virtud de la cual la declaratoria de servicio público tenía una clara finalidad instrumental (lo de menos –acotaba- era la transferencia a la Administración de la titularidad de la actividad) está contenida en su obra *Régimen jurídico-administrativo de la actividad de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, pp. 38-39. La posición de Gaspar Ariño Ortiz está contenida en "Configuración jurídica del sector eléctrico. Prolegómenos a su estudio", en *Libro homenaje al Profesor Juan Galván Escutia*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 28 y ss.

Sobre la declaratoria del servicio eléctrico como servicio público en el Derecho Francés, vid. Bauby, Pierre, "Dérégulation et re-régulation: les transformation du service public de l´électricité", cit., pp. 201-204. En general, sobre el servicio público en Francia, según su dimensión europea, vid. Bauby, Pierre y Boual, Jean-Claude, "Quels service publics demain en France, en Europe?", en *Les services publics au défi de l´ Europe*, Les editions ouvrières, Paris, 1993, pp. 11 y ss.

8. En relación con el mercado eléctrico puede verse a Fernández Plasencia, Santiago, "El mercado de producción de energía eléctrica", en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI) número 4*, Madrid, 1999, p.73. En cuanto a los dos modelos básicos de organización del mercado mayorista, puede verse a Ariño Ortiz, Gaspar y López de Castro, Lucia, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, cit., p. 369. Asimismo, Jesús Trillo-Figueroa y Francisco de Borja López-Jurado denunciaron, al comentar este sistema, la "ausencia de derechos de propiedad sobre la energía por parte de las empresas eléctricas", criticando igualmente que la LOSEN privó a los operadores económicos de libertad y autonomía a fin de definir su estrategia empresarial (*La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 385-386). Citamos también a De la Cruz Ferrer, Juan, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, cit., p. 317.
   En este sentido, y en relación con las peculiaridades del funcionamiento del mercado eléctrico en régimen de libre competencia. vid. Marin, Pedro, "Liberalización y competencia en el sector eléctrico", en *Economistas número 80 extraordinario*, Madrid, 1999, pp. 62-71. Respecto del funcionamiento del mercado de electricidad a partir de la NETA, vid. Fundación Generalitat Valenciana Iberdrola, *El mercado eléctrico en Escandinavia, Estados Unidos y Reino Unido. Desarrollo e implicaciones de los procesos de liberalización*, Valencia, 2001, pp. 345 y ss. Un análisis económico sobre el funcionamiento del mercado eléctrico –en atención a la importancia de la concurrencia libre de operadores- en López Milla, Julián, *La liberalización del sector eléctrico español. Una reflexión a la luz de la experiencia de Inglaterra y Gales*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 1999, pp. 232 y ss. Véase también, sobre este modelo, a Ariño Ortiz, Gaspar y López de Castro, Lucia, *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, Comares, Granada, 2001, p. 210 y De Quinto, Javier, "La reforma del mercado de electricidad en Inglaterra y Gales", en *REDETI número 7*, Madrid, 2000, pp. 55-77.
9. En cuanto el acceso de terceros a la red eléctrica, vid. Sánchez-Bustamante, Alejandro, "El derecho de terceros a las redes eléctricas", en *Regulación sectorial y competencia*, cit., pp. 138 y ss. Téngase en cuenta que la red de transmisión eléctrica se considera un recurso esencial pues su uso en necesario para emprender actividades dentro del mercado de la electricidad. Por ello, se considera que el propietario o gestor de esa red cuenta con poder de mercado suficiente para alterar, unilateralmente, la concurrencia en ese sector. Para ello le bastará negar injustificadamente el uso de esa red a terceros operadores.
   La introducción de competencia en el mercado mayorista tiene como obstáculo que en las industrias eléctricas verticalmente integradas "la propiedad de las redes de transporte y de distribución ha permitido a las compañías decidir qué centrales de

generación entran en cada momento en funcionamiento e impedir la entrada de competidores para suministrar a los consumidores a los que sólo se puede acceder a través de sus redes. Frente a este problema, la solución del principio de la nueva regulación ha consistido en separar las actividades de transporte y distribución de las actividades de generación y de comercialización" (De la Cruz Ferrer, Juan, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, cit., p. 366). Tal separación puede ser contable, de gestión, jurídica o de propiedad. El principio de separación de actividades se adoptó con ocasión de la liberalización del sector eléctrico en Gran Bretaña en 1989. Fue, incluso, una enseñanza derivada del proceso previo de liberalización del gas. En efecto, la Ley del Gas de 1986 transformó al ente público que prestaba tal servicio en una entidad empresarial –la British Gas Plc.- que actuaba conforme a un esquema de integración vertical y en régimen de monopolio. Posteriormente, y sin efectuar ninguna reforma estructural, esta empresa fue privatizada con lo cual, y en definitiva, un monopolio público fue transformado en un monopolio privado, con los consecuentes efectos restrictivos sobre la libre competencia. Para evitar estos inconvenientes la Ley de Electricidad de 1989, que reordenó este mercado, procedió a separar jurídicamente las distintas actividades del sector, favoreciéndose así a la libre competencia (Cfr.: Villar Rojas, Francisco, *Privatización de Servicios Públicos*, cit., pp. 194 y 211).

El Banco Mundial, en su Informe para el Desarrollo Mundial correspondiente al año 2002, expresamente advierte que el principio de separación de actividades, a fin de desintegrar verticalmente las empresas que operen en mercados asociados a infraestructuras, admite distintos grados de intensidad según sea la situación concreta del mercado reestructurado (Cfr.: *Building institutions for markets. World development Report 2002*, The international Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Washington, D.C., 2001, pp. 155-156). La irrestricta aplicación de este principio, por tanto, podría derivar en consecuencias adversas a los fines perseguidos. La recepción del principio de separación de actividades ha sido criticada por la doctrina. Ciertamente es ésta una importante restricción al principio de libertad de organización de la empresa que se desprende del artículo 112 constitucional y, más en concreto, de la libertad de asociación (artículo 52), todo lo cual impone su exégesis restrictiva. Las críticas formuladas pueden verse, principalmente, en Muñoz Machado, Santiago, *Servicio Público y mercado, Tomo IV, El sistema eléctrico*, cit., pp. 165-166.

10. Sobre la idea del servicio universal en el sector eléctrico, puede verse a De la Cruz Ferrer, Juan, "El debate sobre el régimen jurídico del tendido eléctrico de redes de distribución y de su acceso y conexión a otras redes", en *Separata de la Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red. Especial del Sector Eléctrico. Año VII. Número 20*, Madrid, 2004, pp. 133. Igualmente, sobre el tema, consúltese

a Sala Atienza, Pascual, "El nuevo marco comunitario del sector eléctrico", en *La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas Jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 269-271. Un documento relevante sobre este tema en el ámbito europeo es el *Libro Verde. Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético* [Bruselas, 29 de noviembre de 2000, COM(2000) 769 final], pp. 74-79. En general, sobre la imposición de obligaciones de servicio público en el mercado eléctrico, vid. González-Varas Ibáñez, Santiago, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada, 2001, pp. 297-298

11. Sobre la política de nacionalizaciones del sector eléctrico, en general, vid. Hernández G., José Ignacio, *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela,* FUNEDA, Caracas, 2007. En especial, véase lo tratado en la obra colectiva *Nacionalización, libertad de empresa y asociaciones mixtas,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007. En cuanto a la crisis eléctrica actual, cabe destacar que ya el *Diario El Nacional*, correspondiente a la edición del 23 de junio de 2001, señaló que "se espera que la diferencia entre la demanda de electricidad y la capacidad para generarla aumente entre el año en curso y 2002, en cerca de 330%; y en 762%, entre 2001 y 2003 (...) esto quiere decir que muy pronto Venezuela podría comenzar a sufrir las consecuencias de un déficit estructural de generación de energía, como resultado de la ausencia de inversiones en el sector". Esta parecía ser, también, la orientación de la Resolución número 211 del Ministerio de Energía y Minas (Gaceta Oficial número 37.327 de 19 de noviembre de 2001), la cual adoptó ciertas medidas que inciden en la generación eléctrica, que son motivas en los siguientes hechos: "durante el año 2001, el nivel del embalse del Gurí ha descendido a límites en los cuales se hace necesario restringir la generación de electricidad para minimizar el riesgo de un racionamiento, además existente signos a nivel hidrometeorológico que indican que el año 2002 será más seco de lo normal con el consiguiente riesgo de déficit de energía, lo cual obliga a tomar medidas que permitan maximizar la generación técnica a nivel nacional". Las previsiones actuales no son muy distintas, como explicamos en el texto principal. Por ejemplo, véase *El Universal* de 9 de septiembre de 2009: "*Seguirán fallas eléctricas por problemas en el sector*". Puede verse también el agudo análisis técnico que lleva a cabo el profesor de ingeniería eléctrica José Manuel Aller ("*Confiabilidad del sistema eléctrico tomará cinco años*", en *El Universal,* 9 de noviembre de 2009), en la cual resume la actual crisis a la deficiente oferta de energía eléctrica, por la ausencia de medidas que han debido adoptarse a tiempo. En relación con el fenómeno El Niño, puede verse http://www.elnino.noaa.gov. El Niño es definido como un fenómeno climático periódico: "*periodic warming of central and eastern tropical Pacific waters, occurs on average every two to five years and typically lasts about 12 months*".

*Breve Apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro**

*Marcos Juruena Villela Souto***

1. O impacto da reforma do Estado no setor elétrico; 2. As reformas no setor elétrico; 2.1. As reformas na geração de energia elétrica; 2.2. As reformas na transmissão de energia elétrica; 2.3. As reformas na distribuição de energia elétrica; 2.4. As reformas introduzindo a comercialização, a competição e a desconcentração do mercado; 3. O consumidor e o usuário de energia no novo cenário; 4. A disciplina da tarifa de distribuição de energia elétrica; 5. O novo papel do Estado no setor elétrico; 6. A contração emergencial de energia; 7. A contratação de energia elétrica pela Administração Pública; Conclusões.

1. O impacto da reforma do Estado no setor elétrico

O Brasil é um país abençoado, por diversos outros fatores, mas, especialmente (no que interessa ao tema em exame), com grande quantidade de potenciais de energia elétrica, o que fez com que a matriz do sistema fosse **hidrelétrica**[1].

---

* *Palestra proferida no III Fórum de Direito Público da Economia, realizada no Rio de Janeiro, em 10.11.2005.*

** *Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho; Procurador do Estado do Rio de Janeiro.*

1 Como explica MAURICIO TIOMNO TOLMASQUIM: "A energia elétrica de origem hidráulica está entre as mais utilizadas em todo o mundo. Usinas hidrelétricas são, atualmente, a segunda maior fonte de geração de energia elétrica, representando cerca de 20% de toda a eletricidade gerada no planeta. A energia hidrelétrica é produzida a partir do aproveitamento do potencial hidráulico de um curso d'água, combinando a utilização da vazão do rio, quantidade de água disponível em um determinado período de tempo, com os seus desníveis, sejam os naturalmente formados, como as quedas d'água, sejam os criados com a construção de barragens. A energia hidráulica provém da irradiação solar e da energia potencial gravitacional. O sol e a força da gravidade condicionam a evaporação, a condensação e a precipitação da água sobre a superfície da Terra. A gravidade faz, ainda, a água fluir ao longo do leito do rio e este movimento contém energia cinética, que pode ser convertida em energia mecânica e esta em energia elétrica, nas centrais hidrelétricas. A hidreletricidade é, assim, uma forma de energia renovável. Uma usina hidrelétrica é composta, basicamente, de barragem, sistemas de captação e adução de água, casa de força e comportas. Cada uma dessas partes demanda obras e instalações que devem ser projetadas para um funcionamento conjunto. A barragem interrompe o curso normal do rio, formando, na maioria das vezes, um lago artificial conhecido como reservatório. As funções da barragem são as de armazenar água nos períodos de cheias e formar a queda d'água, quando não existe um desnível concentrado, permitindo a captação da água em um nível adequado. Ao acumular água para ser usada na geração de energia nos períodos de estiagem, o reservatório proporciona controle das vazões naturais do rio. Trata-se, nesse caso, de reservatórios de regularização, de grande importância estratégica. A água captada no reservatório é levada até a casa de força através de túneis, canais ou condutos metálicos. A casa de força abriga as turbinas, que convertem a energia cinética em mecânica, e os geradores, que convertem a energia mecânica em eletricidade. A água conduzida à turbina faz com que esta gire juntamente com um gerador a ela mecanicamente acoplado, realizando as transformações nas diversas formas de energia. Depois de passar pela turbina, a água é restituída ao leito natural do rio, através do que se convencionou chamar de canal de fuga. Ao contrário da geração

Essa matriz enseja elevados **custos ambientais** na construção de usinas (em especial, em função do múltiplo uso da água[2]). Pode se mencionar o art. 225, § 1º, CF, que remete a matéria à Lei nº 6.938/81, art. 9º; esta, por sua vez, dá fundamento às Resoluções nºs 001/1986, 006/1987 e 237/1997, do CONAMA, que destacam como principais pontos que devem ser considerados no estudo de impacto ambiental a estabilidade das encostas, o assoreamento, os recursos minerais, a hidrogeologia, a qualidade das águas,

termelétrica convencional, em especial a que utiliza o carvão, usinas hidrelétricas podem iniciar sua geração ou alterar seu nível de produção muito rapidamente. Isso as qualifica como alternativa especialmente adequada para atender ao repentino aumento diário na demanda de eletricidade dos consumidores (ponta do consumo). Usinas hidrelétricas requerem pequena equipe para sua operação e manutenção, apresentando baixo custo de produção, que independe dos preços dos combustíveis. Ao revés, exigem, normalmente, elevado investimento inicial, no qual é determinante o custo de capital, e dependem de condições naturais, incertas e imprevisíveis, associadas ao clima, para assegurar um mesmo nível de produção. Além disso, se, por um lado, praticamente não produzem poluição, por outro, podem provocar impactos ambientais, quando de sua implantação, nem sempre desprezíveis. A hidreletricidade, atualmente a mais importante entre as alternativas de energia renovável, limpa e economicamente viável, pode ser o maior benefício de um projeto de desenvolvimento de recursos hídricos. Entretanto, certamente não é o único. Usinas hidrelétricas integradas em projetos de usos múltiplos da água podem favorecer outras funções de importância vitais, como irrigação, abastecimento de água, transporte (hidrovias), controle de cheias, turismo, lazer, etc." TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. Geração de energia elétrica no Brasil. Rio de Janeiro: Interciência, 2005, p. 9-10.

2 A Revista JB Ecológico - JORNAL DO BRASIL. JB Ecológico. Rio de Janeiro: JB, 2006, n 48, p. 27., apresentando um "Diagnóstico das águas", traz algumas características dos recursos hídricos no Brasil e a situação atual dos principais setores que devem determinar o estado das águas em 2020: "Desigualdade na distribuição: O Brasil é composto por um conjunto de 12 grandes regiões hidrográficas. Apesar de possuir 12% das reservas de água doce do planeta, sua distribuição pelo país é desigual e já aponta para situações de escassez. A região hidrográfica Amazônica detém 68% dos recursos hídricos superficiais em uma área equivalente a 44% do território nacional. No entanto, é ocupada por apenas 4,5% da população brasileira. O oposto ocorre em outras regiões, a exemplo da região hidrográfica do Atlântico NE oriental, onde estão cinco capitais nordestinas, que ocupam 3,4% da área do país, concentram 12,&% da população e apenas 0,5% da água. Agricultura irrigada: houve um crescimento da áreas irrigadas no Brasil de 2,3 milhões de hectares, em 1990, para 3,1 milhões de hectares. O potencial para o desenvolvimento da irrigação, que já usa quase 70% do total da água consumida no país, é estimado em nada menos que 29,5 milhões de hectares. Pecuária: cerca de 11% da água consumida no Brasil destinam-se ao abastecimento animal, nada menos que a mesma proporção destinada ao abastecimento urbano. O rebanho bovino brasileiro já soma mais boi que gente: 193 milhões de cabeças de gado contra 186 milhões de habitantes. O país também tem mais de 730 milhões de frangos. Saneamento: havia em 1991, segundo o IBGE, 75,1 milhões de pessoas (61,6%) sem acesso à rede de esgoto. Em 2000, esse número subiu para 93,7 milhões, o equivalente a 55,6% dos habitantes. Se o ritmo de queda continuar o mesmo, quase metade da população do Brasil (42,3%) continuaria sem acesso a rede de esgoto em 2020. A rede de distribuição de água chegou a quase 90% dos domicílios urbanos e apenas 18% dos domicílios rurais. Indústria: a maior parte da água utilizada nos processos industriais, cerca de 7% do total consumido no Brasil, destina-se ao resfriamento e à diluição, concentração e lavagem. Calcula-se que cerca de 86% da água captada são devolvidos aos rios como efluentes. Aqüicultura: a aqüicultura brasileira vem apresentando taxas de crescimento anuais de 25%. O potencial no longo prazo é de 10 milhões de toneladas de peixe por ano. Transporte hidroviário: o Brasil conta com uma rede de vias navegáveis (rios, canais e lagos) com cerca de 42 mil km de extensão. Deste total são navegáveis 28 mil km, sendo que 18 mil km na Bacia Amazônica. No futuro, poderão ser incorporados a esta rede mais de 14 mil km desde que obras de melhoria e canalização sejam realizadas. O Brasil utiliza hoje apenas 10 mil km como vias navegáveis de transporte comercial. Setor hidrelétrico: o parque gerador brasileiro apresenta um potência instalada de 91 mil MW, sendo que a fonte hidrelétrica contribui com 75% desse total. O potencial hidrelétrico situa-se em torno de 290 GW, dos quais apenas 68% foram inventariados. A maior parte do potencial hidrelétrico remanescente está localizado em áreas vulneráveis do ponto de vista socioambiental, especialmente na Amazônia.

os solos, a vegetação e a fauna (vale, também, agregar a preocupação com a remoção das populações das áreas alagadas)

Cite-se, ainda, os elevados **custos financeiros** envolvidos na construção das usinas hidrelétricas, centrada na presença do Estado como o agente executor das ações no setor da geração

Também o **custo temporal**, que leva em conta o prazo para o início das operações de uma usina hidrelétrica; nem sempre esse lapso de tempo é compatível com a urgência do país em proporcionar a infraestrutura indispensável ao desenvolvimento econômico.

O papel assumido pelo Estado muitas vezes teve uma visão mais **política** do que **técnica**, o que causou impacto nos critérios de definição das tarifas públicas, que passaram a ser utilizadas para outras finalidades que não a manutenção, expansão e aprimoramento do setor elétrico; em outras palavras, as tarifas eram instrumento, basicamente, de **controle da inflação** e do **populismo**, para fins, muitas vezes, eleitorais.

Isso contribuiu, em muito, para se criar um cenário de dificuldade de manutenção das próprias empresas estatais criadas para a exploração das atividades no setor elétrico. Nesse modelo, de forte dependência dos capitais públicos e por conta dessa política tarifária demagógica, a tônica era a dificuldade de o Estado continuar a abastecer a população com o aumento de energia. Era uma política tarifária equivocada, porque voltada para a remuneração artificial do custo dessas usinas hidrelétricas e porque se preocupava, apenas, com os **custos históricos** e não necessariamente refletia os custos de ampliação e manutenção do parque industrial brasileiro. Pois bem, esse não era um cenário que atraia o capital privado para investir na geração de eletricidade.

Por outro lado, esse modelo das hidrelétricas dependia de fatores completamente fora de controle do ser humano, como é o caso do **clima** e das chuvas, que fazem as águas fluir naturalmente para as quedas d'água e, a partir daí, girarem as turbinas que fazem a corrente elétrica ser gerada.

A partir dessa dependência, havia um grande risco em torno da matriz hidrelétrica constituída como base para o funcionamento do setor no Brasil. Havia, ainda, a necessidade imediata de expansão da capacidade de geração porque a demanda, fruto do próprio desenvolvimento do país, crescia e não era acompanhada pela oferta de energia.

As dificuldades pelas quais passou o setor elétrico foram sentidas também em vários outros setores relevantes da economia e isso forçou o cenário de **Reforma de Estado**, que teve como característica mais marcante, do ponto de vista jurídico e político, a ampliação da competição, seja pela flexibilização dos monopólios, seja pela redução de restrições ao capital estrangeiro, seja pela retirada do próprio Estado de determinados segmentos que passavam a ser devolvidos ao mercado pela via da desestatização – instrumentos de privatização e concessão.

A partir dessa busca pela **competitividade** se introduziu um conjunto de reformas do próprio modelo estatal de gestão das atividades de interesse público como na máquina estatal e elas foram sentidas com bastante relevância no setor elétrico.

Era preciso aparelhar a Administração Pública para lidar com essas novas questões de parceria entre o setor público e o setor privado, que, para adentrar nesses segmentos relevantes, demandavam autos investimentos; havia certa desconfiança da capacidade de célere julgamento por parte do Poder Judiciário dos conflitos envolvendo os agentes investidores – entre eles e entre eles e o Estado (daí se incorporar, também, pela via infraconstitucional, a possibilidade de solução dos conflitos por meio da **arbitragem**[3], ao lado da competência das agências reguladoras para a produção de normas, edição de atos administrativos e de regulação judicante, pela solução de conflitos de interesse, por meio da conciliação, mediação e arbitragem administrativa – que não se confunde com a arbitragem comercial).

Essas reformas se manifestaram especificamente no setor elétrico.

Em primeiro lugar, pela própria mudança na Constituição Federal, com a admissibilidade de **capital estrangeiro** para exploração de potenciais de energia elétrica, removendo-se a barreira que existia na redação original do art. 176, § 1° da CR, quando falava que a empresa que poderia explorar o potencial de energia tinha que ser de capital nacional (o que não acarretava maior proveito em termos de desenvolvimento econômico, dada a carência de recursos públicos ou privados nacionais).

Também foi editada a Lei n° 8.987, a **Lei de Concessões**, que, finalmente, definiu que a concessão é um **contrato** e não mais um decreto, como era tratada até então especialmente no setor elétrico[4]. Também tem se procurado – no setor elétrico isso ainda é marcante - **desonerar** e **desregulamentar** as **tarifas**, com a própria lei de concessões estabelecendo um **rompimento com a política tarifária anterior** (Lei nº 8.987/95, art. 9º).

Ainda no plano das concessões, foi editada a Lei nº 11.079, de 30.12.2004, que trata das **concessões patrocinadas** e das **concessões administrativas**, para situações que não comportem outro tipo de parceria entre o setor público e o setor privado[5].

Foram aprovadas diversas **desestatizações** e autorizadas **privatizações** de diversas empresas estatais, notadamente no setor de distribuição, mas também no plano da geração foi vista a possibilidade de desestatização (embora algumas empresas, depois, tenham sido retiradas do PND – Programa Nacional de Desestatização).

---

3 Sobre a possibilidade de adoção de arbitragem no setor elétrico ver SOUTO, Marcos Juruena Villela e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos firmados por empresas estatais*. In SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 439-496.

4 Sobre o tema ver ALVARES, Walter Tolentino. Curso de direito da energia. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

5 Sobre o tema ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das parcerias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 28-56.

Com a desestatização das empresas do setor elétrico, o Estado deixou de ser o executor dessas atividades de interesse público e passou a ser o regulador, surgindo a **Agência Nacional de Energia Elétrica**, encarregada de acompanhar e de fazer surgir um mercado onde não necessariamente existia um cenário de livre entrada e permanência e de troca de bens e serviços (Lei nº 9.427, de 26.12.1996).

Uma significativa alteração também foi a previsão de instrumentos de **participação** na formulação, execução e controle das políticas públicas, adiante exposta.

Tudo isso vai se manifestando no ciclo da energia elétrica, em cada uma de suas etapas, isto é, a energia produzida pela passagem da corrente elétrica (no caso dos potenciais de energia hidrelétrica pela passagem pelas quedas d'água); é transportada a centrais de distribuição, que, então, fazem-na chegar aos destinatários finais dessa cadeia produtiva.

2. As reformas no setor elétrico

Procurou-se, então, identificar, nessa cadeia, em que espaços a competição era viável.

Ao tempo em que toda a atividade era vista como indivisível, sempre se tratava a entrega de energia elétrica como um serviço público monopolizado, que não comportaria uma competição, posto que haveria impossibilidade física ou inviabilidade econômica.

Percebeu-se, no entanto, que, por exemplo, na geração de energia existe a possibilidade de se introduzir, de imediato, a competição, que, por sua vez, ainda é inviável na administração das **redes**, tanto de transmissão quanto de distribuição. Surgiu o desafio do Estado lidar com a ausência de competição nesses segmentos, tidos como **monopólios naturais**.

Ao lado da possibilidade de competição pela geração de energia, se reconheceu, também, a possibilidade de comercialização da energia elétrica gerada em diversas fontes. Fragmentou-se o ciclo econômico em quatro etapas distintas – **geração, transmissão, distribuição e comercialização**. Cumpre, apreciar, brevemente, cada uma delas.

2.1. As reformas na geração de energia elétrica

A geração de energia elétrica era uma atividade disciplinada desde o Código de Águas (arts. 139 e ss), que a tratava como objeto de concessão[6]. Nesse panorama das reformas, ao lado do concessionário do serviço público de geração de energia elétrica foram introduzidas duas novas figuras: a do **produtor independente de energia elétrica** – que não presta serviço público, mas produz o insumo "eletricidade" para comercialização, tanto para a concessionária do serviço público como para o próprio destinatário final da

6 Sobre a concessão do serviço público de energia elétrica ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 53 e ss.

cadeia – e do **autoprodutor de energia elétrica** – que produz para o próprio consumo (Lei nº 9.074/95 – arts. 11 a 14 e 18; Dec nº 2.003, de 10.09.1996; Dec. nº 2.655, de 02.07.1998).

Ainda no âmbito da geração, uma nova disciplina jurídica foi estabelecida para a adoção de medidas emergenciais para lidar com o problema da crise da falta de energia, com a criação de uma câmara de gestão e o estímulo à pesquisa e ao surgimento de novas fontes alternativas (adiante expostos).

2.2. As reformas na transmissão de energia elétrica

Na transmissão, para lidar e gerenciar esse trânsito da energia produzida, gerada e transmitida para o mercado de consumidores e usuários, foi concebida a figura do **Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS**, que é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, autorizado pelo poder concedente, com a competência de coordenar e controlar a geração e o transporte de energia elétrica.

A construção e operação de linhas tradicionalmente coube ao Sistema ELETROBRÁS (Lei nº 3.890-A, de 25.04.1961 e Dec. nº 4.559, de 30.12.2002), admitindo-se a concessão da construção de redes, com prévia licitação (Lei nº 9.074/95, art. 17), introduzindo-se uma disciplina de regulação do monopólio natural na gestão das redes de transmissão e de distribuição e do sistema Interligado. Foram estabelecidos o princípio do livre acesso às redes e o princípio da interconexão obrigatória, sob disciplina de um agente regulador (a ANEEL) [7]; ambos fundados na doutrina das *essential facilities*, que representa a densificação do princípio da função social da propriedade e do princípio da livre concorrência.

Também no âmbito da transmissão, surge a disciplina do compartilhamento de infra-estrutura por concessionárias de serviços públicos distintos, por meio da regulação

7 MARGOT FREEMAN SAUNDERS e NANCY BROCKWAY destacam o papel do regulador independente sobre o livre acesso aos dutos e redes: "*In addition, PUCs are generally responsible for issuing certificates of public convenience and necessity for generation and transmission plants which wish to commence service within their geographic area of jurisdiction, and for granting permission to power companies to abandon service. To enforce the common law public utility duty to charge "just and reasonable" prices, most state commissions also have the authority to set rates, to require prior notice of any proposed rate changes, to suspend proposed rates, and to launch inquiries into unreasonable rate hikes. In exchange for their monopoly franchises, electric utilities thereby agree to be held accountable to state PUCs who represent the interests of the consumer ratepayer. Closely tied to their mandate to ensure just and reasonable rates, PUCs will also require the power companies within their reach to provide service in a nondiscriminatory manner. Thus, any arbitrary classification among customer groups are subject to challenge*. "SAUNDERS, Margot Freeman. BROCKWAY, Nancy. Access to utility service: the consumer credit and sales legal practice series. Boston: National Consumer Law Center, 1996, p. 32.

conjunta das agências reguladoras de redes, e, a partir daí, a polêmica sobre a possibilidade de cobrança pelo uso de rodovias e vias públicas[8] para a passagem de dutos e redes.

O ONS passou a atuar como sucessor da ELETROBRAS (Lei nº 9.648, de 27.05.1998, arts. 13 a 15 e Dec. nº 5.081, de 14.05.2004), tendo na sua composição concessionários, permissionários, autorizatários e consumidores livres, cabendo sua organização ao poder concedente, encarregado da nomeação dos dirigentes.

2.3. As reformas na distribuição de energia elétrica

Nessa nova fase, a distribuição de energia elétrica tem na pessoa do distribuidor o papel de gerenciar a rede, porque o princípio do livre acesso aos dutos foi estabelecido como elemento viabilizador da ampla competição (reconhecida desde o setor de geração). Não necessariamente a energia que vai chegar ao destinatário final é produzida ou comercializada pelo próprio distribuidor, mas, sim, muitas vezes, produzida por um agente estranho a essa cadeia de distribuição. Assim, o papel principal do distribuidor deixa de ser a entrega da energia ao destinatário final (adiante exposta).

2.4. As reformas introduzindo a comercialização, a competição e a desconcentração do mercado

A disciplina da compra de energia pelo distribuidor passou por grande "**desregulamentação**", evoluindo das compras obrigatórias de Itaipu (concessionárias do Sul, do Sudeste e do Centro-oeste), passando pelos contratos iniciais de suprimentos, pelos **contratos livres** (Lei nº 9.648, de 27.05.1998), chegando à criação do **Mercado Atacadista de Energia – MAE** (Lei nº 10.433, de 24.04.2002 – revogada pela Lei nº 10.848/2004), para atingir o sistema de **leilões** públicos de compra de energia – Lei nº 10.848/2004 (ambiente de contratação regulada).

No campo da comercialização, buscou-se ampliar a competição, por meio da **desconcentração** e da **desverticalização**. Primeiro, veio a criação do MAE como livre mercado; as empresas geradoras tiveram sua reestruturação e privatização autorizadas, mas a privatização não ocorreu; isso acarretou a forte presença de estatais, mantendo a interferência do Estado, num mercado que deveria ser livre, o que não era desejado no pós-reforma. Ademais, havia uma forte verticalização do setor, com grupos de geradoras e distribuidoras, o que fazia com que estes não se interessassem pela baixa nos preços de geração, que poderiam ser repassados às tarifas

8 Sobre o tema em material de passagem de dutos e redes por rodovias ver GARCIA, Flávio Amaral. A regulação jurídica das rodovias concedidas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 24 e ss.

O tratamento do problema veio com a imposição da desverticalização, assim examinado por Mauricio Tiomno Tolmasquim, Ricardo Gorini de Oliveira e Adriana Fiorotti Campos[9]:

> A separação estrutural entre os segmentos competitivos e monopolistas das empresas incumbentes objetiva eliminar as práticas de subsídios cruzados e de discriminação do acesso por parte do monopolista.
> As maiores críticas quanto a esta abordagem se referem às perdas de economia de escala e escopo entre os segmentos inter-relacionados, às perdas de sinergias internas à firma e dificuldade da arbitragem sobre as distintas linhas de negócios que serão fragmentadas.
> Entretanto, como as companhias integradas apresentam uma vantagem decisiva no segmento local (mercado varejista) e dominam o segmento de acesso (mercado atacadista), a regulação administrativa de acesso à rede pode não ser suficiente e requerer uma política de separação de atividades para incentivar a competição, mesmo que a curto prazo, esta decisão possa trazer perdas de eficiência produtiva. A aposta dos reguladores - e isto foi feito em diversas reformas dos setores de telecomunicações e de energia elétrica - é que os efeitos benéficos da entrada de novos agentes, com a esperada redução de custos e diversidade tecnológica, tragam maior eficiência dinâmica a médio ou longo prazo.
> Além disso, a limitação expressa à integração vertical pode funcionar em períodos limitados de tempo, especialmente na transição para um ambiente mais competitivo, com o objetivo de viabilizar o estabelecimento de novos competidores, trazendo, assim, um aumento da contestabilidade do mercado. Depois do período de transição, graus de integração vertical podem ser readmitidos pelo regulador, desde que os benefícios destes atos sejam distribuídos eqüitativamente entre os participantes do mercado e os consumidores, como os ganhos de produtividade e a melhoria na qualidade de serviços.

Com a extinção do MAE, surgem as licitações para a venda de energia, destacando-se o papel da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (Lei nº 10.848, de 15.03.2004 e Dec. nº 5.177, de 12.08.2004).

A comercialização de energia elétrica passou a ser disciplinada em dois tipos de cenário, a saber, o **ambiente de contratação livre (ACL)**, que se dá por meio de **contra-**

9 TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno, OLIVEIRA, Ricardo Gorini. CAMPOS, Adriana Fiorotti. As empresas do setor elétrico brasileiro estratégias e performances. Rio de Janeiro: Cenergia, 2002, p. 22-23.

tos bilaterais, e o **ambiente de contratação regulada (ACR)**, que se dá pela compra de energia por agentes distribuidores em procedimentos de **licitação (leilão)**. Neste, os empreendimentos de geração (proponentes) passam por um processo de habilitação técnica e de cadastramento pela EPE, dividindo-se os processos de competição entre a compra de **energia nova**, que abrange os novos empreendimentos, e de **energia velha**, proveniente de empreendimentos já existentes, cujo capital já foi, em grande parte ou totalmente, amortizado (o que torna equânime a competição).

Assim, o edital conterá, como elementos essenciais, o preço máximo de aquisição (MME), o percentual mínimo de energia hidrelétrica destinada ao mercado regulado, o objeto e prazo da compra e venda de energia, o valor do pagamento pelo uso de bem público, o valor do custo marginal de referência calculado pela EPE e aprovado pelo MME, os requisitos de habilitação e as fases do leilão.

A licitação deixou de ser julgada pelo critério de maior pagamento pelo direito de exploração do serviço (típico dos objetivos do PND – Leis nºs 8.031/90 e 9.491/97 – que buscavam, dentre outros objetivos, a redução da dívida pública). O critério passou a ser a **menor tarifa**.

Para tanto, a licitação passou a ter três **fases**, a saber, uma disputa inicial para a obtenção da concessão para a exploração das usinas hidrelétricas, que confere aos vencedores o direito de comercialização da energia; na segunda fase dar-se-á a classificação das ofertas, para, na terceira fase, se desenvolverem os lances, para a baixa dos valores.

Ainda no que concerne à preocupação com a desconcentração, é mister destacar que as empresas de grupos dedicados à geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica buscam explorar outros segmentos. Há um justo receito de que tais empresas do grupo de concessionárias de serviço público ou autorizatárias de produção independente se valham de tais posições para, por meio de uma verticalização da atividade, passarem a fazer uso do insumo gerado pelo serviço para concorrer com a atividade já desenvolvida no mercado por outras empresas, o que as colocaria num patamar bem mais confortável.

É certo que no caso de empresas concessionárias de serviço público, estas podem, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.987/95, desenvolver atividades não relacionadas à concessão, com vistas ao favorecimento da modicidade tarifária. Isso pode se dar tanto pelo próprio concessionário como pela criação de empresa dedicada à obtenção dessas receitas adicionais. Ocorre que o que se busca com o dispositivo é o aperfeiçoamento do serviço.

Assim, nem o dispositivo legal nem os contratos de concessão autorizam quer a priorização da atividade econômica em regime de livre iniciativa e de preços não regulados, quer, menos ainda, o agravamento dos seus custos pela ampliação dos riscos de

escassez, em função do desvio do insumo, do serviço público para a atividade econômica (do que é exemplo, o apagão, que ainda é um risco[10]).

Para a apreciação do contencioso administrativo relativo a essa polêmica, a ANEEL seria a competente, posto que lhe cabe apreciar tanto a *atividade comunicada*[11] como o pedido de *autorização* para o seu desenvolvimento.

Ademais, o exercício de tal atividade econômica em condição diferenciada decorre, exatamente, do *status* de concessionária de serviço público, que é fruto de procedimento licitatório em que foi escolhida apenas a proposta vencedora dentre empresas que preenchessem requisitos de habilitação e demonstrassem disponibilidade financeira específica para os negócios de energia.

Essa condição diferenciada – com vistas a uma finalidade *pública* – permitiria uma competição desigual nas outras atividades econômicas, o que é tipificado como forma de abuso de poder econômico, nos termos do art. 21, V, da Lei nº 8.884/94.

A rigor, a ANEEL também seria a competente para a apreciação da matéria, eis que, no âmbito do direito antitruste, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, compete-lhe estabelecer restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, zelando pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica.

No entanto, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, impõe um dever a tal agência de harmonizar-se com a Secretaria de Direito Econômico[12].

Ademais, a questão não envolve apenas as atividades de energia, dependendo do momento em que se instaurar o contencioso administrativo, se vier a ser aprovado o PL nº 3.337/2004, que trata do novo regime jurídico das agências reguladoras; por força do disposto nos arts. 16 e 17, o CADE passará a ser o julgador do conflito, cabendo à Agência a instrução do feito[13].

---

10 A Revista Veja – edição 1877 – Ano 37 – nº 43, de 27.10.2004, página 33, divulga informação atribuída ao Presidente do Operador Nacional do Sistema Elétrico, Mário Santos, sobre o risco de apagão em 2008.

11 Não se abordará, agora, a distinção entre *atividade comunicada* e *autorização*. Sobre o tema ver CUNHA, Paulo César Melo. *As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades*. In SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (Org). Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, no prelo.

12 Sabe-se, inclusive, que há convênio entre o CADE e a ANEEL sobre o tema da defesa da concorrência. Ademais, o parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 9.427/96, com redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.05.98, dispõe que: "No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça."

13 **O Projeto de Lei nº 3.337/2004, assim dispõe: "**Art. 16. No exercício de suas atribuições, incumbe às Agências Reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. § 1º Os órgãos de defesa da concorrência

Essas aglutinações de atividades vão de encontro aos processos de Reforma do Estado, que buscam, com apoio na regulação, uma desverticalização da economia por meio da desconcentração de atividades para, por essa via, ampliar a competição. Nesse passo, os subsídios cruzados que eventualmente possam ser considerados para viabilizar a atuação da empresa competidora seriam igualmente repudiados pelo art. 21, XII, da citada Lei nº 8.884/94, eis que se trata de discriminação entre adquirentes.

Também não se deve descartar a possibilidade de venda casada de energia e outros bens ou serviços, já que a Lei nº 9.074/95, em seus artigos 15 e ss., admite a livre negociação de compra de energia junto aos fornecedores do bem[14].

O que interessa é que, em ambos os casos – tanto na defesa do serviço público como na defesa da concorrência – há fundamentos jurídicos para se contestar a postura de empresas integrantes do grupo de concessionárias de serviço público em dedicarem-se a atividades econômicas que façam uso intensivo do serviço público como insumo para tais atividades serem desenvolvidas de maneira mais confortável que para os competidores.

3. O consumidor e o usuário de energia no novo cenário

Chega-se, nesse breve exame, ao destinatário final dessa cadeia, que exige que se faça uma distinção doutrinária importante entre as figuras do **usuário** e do **consumidor**,

---

são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, incumbindo-lhes, conforme o disposto na Lei nº 8.884, de 1994, a análise de atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, cabendo ao CADE, como órgão judicante, emitir decisão final sobre os atos de concentração e condutas anticoncorrenciais § 2º Na análise e instrução de atos de concentração e processos administrativos, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às Agências Reguladoras pareceres técnicos relacionados aos seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos. § 3º As Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados. § 4º O órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda deverá publicar no Diário Oficial da União, em até dez dias úteis após a disponibilização da norma ou regulamento para consulta pública, todos os pareceres emitidos em cumprimento ao § 3º deste artigo. Art. 17. As Agências Reguladoras, quando, no exercício das suas atribuições, tomarem conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverão comunicá-lo aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis. Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pelo órgão responsável pela instrução no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se a análise preliminar da Agência Reguladora ou daquela própria Secretaria levantar indícios suficientes de prática anticoncorrencial. Art. 18. Sem prejuízo das suas demais competências legais, inclusive no que concerne ao cumprimento das suas decisões, o CADE notificará às Agências Reguladoras do teor da decisão sobre condutas cometidas por empresas ou pessoas físicas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas aos atos de concentração por ele julgados, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais."

14 A ANEEL exige dos concessionários que a contratação de fornecimento a **consumidor livre** se formalize, nos termos da Resolução n° 264, de 13 de agosto de 1998, por três instrumentos contratuais, a saber: de compra e venda de energia elétrica, de conexão com a rede elétrica e de uso do sistema elétrico de distribuição e/ou transmissão (art. 7°). A pesquisa sobre a atualização da norma regulatória citada será feita em outra oportunidade.

já que a Constituição deu tratamento e reconheceu que são categorias jurídicas distintas (CF, art. 37, § 3º - usuário, aqui,"consumidor cativo"; consumidor – CF, art. 5º, XXXII e Lei nº 9.074/95, art. 15).

As relações de consumo são basicamente relações de direito privado, ainda que, eventualmente, se confira as mesmas proteções ao usuário de serviço público, por meio de uma **equiparação ao consumidor** de bens e serviços (a legislação contribui para essa confusão, ao usar expressões do tipo "consumidor cativo", para se referir ao usuário que não tem liberdade de escolha de quem fornece a energia que vai utilizar no final da cadeia de consumo, e "consumidor livre", que são os grandes consumidores, que têm a possibilidade de escolher o fornecedor).

Nesse plano (do serviço de distribuição), a política é fazer valer as idéias de participação e de isonomia.

A **ampliação da participação** do destinatário final envolve o **planejamento**, em caráter consultivo (Lei nº 8.631, de 04.03.1993, art. 13), a **normatização** (Lei nº 9.427, de 26.12.1996, art. 4º, § 3º) e a **fiscalização** (Lei nº 8.987, de 13.02.1995, art. 30, § único). Essa participação é fundamental, especialmente considerado, como visto, o uso múltiplo da água, que deve forçar a existência de um **planejamento hidrológico**, como bem destacado por Maria de Carmen Ortiz de Tena[15]:

> *Resulta evidente, por otra parte, que el éxito de los Planes Hidrológicos no depende exclusivamente de su regulación legal. Los Planes son una obra de gran envergadura técnica y económica, y su elaboración y ejecución requieren un gran esfuerzo en todos los órdenes: en el plano político, administrativo, en el campo de la colaboración y participación ciudadana, etc.*

Já no que concerne à isonomia, cabe fazer a distinção entre os tipos de usuários, como, por exemplo, os residenciais (e, dentre estes, os de baixa renda, buscando-se a universalização, por meio de encargos que financiam programas do tipo "Luz para todos"), os comerciais, industriais, os destinatários no setor rural, os Poderes Públicos, e a iluminação pública.

A partir da possibilidade de tratamento diferenciado, é cabível o subsídio de uma categoria a outra, de modo a se assegurar a idéia de acessibilidade pela via de modicidade de custos, com continuidade e regularidade na prestação do serviço. Isso vem sendo cada vez mais materializado em programas de iniciativa governamental.

15 ORTIZ DE TENA, Maria Del Carmen. Planificación hidrológica. Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 34.

4. A disciplina da tarifa de distribuição de energia elétrica

A diferença marcante é que o consumidor típico (consumidor livre) paga um preço, ditado em função do mercado e da livre negociação entre comprador e vendedor. O usuário paga uma tarifa (que envolve o custeio do uso do sistema de redes de distribuição e mais o pagamento da energia), integralmente regulada pelo Poder Concedente e acompanhada pela Agência Reguladora (que deixou de ser o poder concedente, no setor elétrico).

Dentre os elementos orientadores da fixação da tarifa[16], pode se destacar os grupos de Consumidores/Usuários, os horários de consumo (em função do carregamento do sistema), os períodos de consumo (seco e úmido)[17], os subsídios da baixa tensão à alta tensão.

A tarifa é composta de uma Parcela A, integrada pelos custos não gerenciáveis pelo distribuidor; de uma Parcela B, com os custos gerenciáveis, de uma parte financeira, que envolve passivos de usuários para com a concessionária ou vice-versa, passivos de PIS e COFINS, variações cambiais (exemplo: compra de energia de Itaipu – variação do cambio entre o momento da compra e o do pagamento), encargo de capacidade emergencial para a CBE e tributos (PIS , COFINS, ICMS).

Na Parcela A, os custos não gerenciáveis envolvidos são ligados à compra de energia, aos encargos setoriais, aos custos com o transporte de energia pelas redes de transmissão, os encargos de conexão e encargos do ONS.

Dentre os encargos, cabe citar a CCC, Conta de Consumo de Combustíveis, que rateia os ônus e vantagens da geração térmica entre todos os consumidores e usuários (em função do custo adicional da energia térmica comparado com a energia hidráulica). A Lei nº 9.648 previu a redução da CCC, enquanto a Lei nº 10.438/2002 acabou com a CCC no sistema interligado, mas a manteve no sistema isolado. Cite-se, ainda, a CDE – Conta de Desenvolvimento Energético dos Estados, que financia o Programa "Luz para Todos" (voltado para a universalização dos serviços); a RGR – Reserva Global de Reversão (Decreto nº 41.019/57), voltada para o financiamento da expansão do sistema. A Lei nº 9.648 previa a sua extinção, mas a Lei nº 10.438 a prorrogou até 2010.

São, também, encargos setoriais, incluídos na tarifa, o pagamento da compensação financeira pela utilização de recursos hídricos (pelo alagamento de áreas por hidrelétricas – CF, art. 20, § 1º e Lei nº 7.990/89), a Taxa de fiscalização para a ANEEL, o financia-

16 Segundo a ANEEL, A destinação da receita tarifária, em valores aproximados, é distribuída da seguinte forma: Geração – 32%; Transmissão – 8%; Encargos e Tributos – 34%; Receita da Distribuidora – 26%

17 DARCÍLIO AUGUSTO GOMES explica: **PERíODO SECO -** Período de 7 (sete) meses consecutivos. que compreende os fornecimentos de energia elétrica abrangidos pelas leituras de maio a novembro. **PERíODO ÚMIDO -** Período de 5 (cinco) meses consecutivos. que compreende os fornecimentos de energia elétrica abrangidos pelas leituras de dezembro de um ano a abril do ano seguinte. GOMES, Darcílio Augusto. Glossário técnico jurídico: para conhecer o setor elétrico brasileiro. Belo Horizonte: Coge, 2004, p. 69.

mento da Pesquisa de eficiência energética e do PROINFA – Programa de Incentivo às Fontes Alternativas (adiante exemplificadas).

A Parcela B abrange os custos gerenciáveis pelo distribuidor, com a operação, manutenção, depreciação pela vida econômica média dos bens afetados e a remuneração (do custo do capital, próprio ou de terceiros). Sobre esses é que incide uma maior preocupação do regulador, no momento de examinar pleitos de alteração de tarifas.

Nesse contexto de atração de investimentos, há que se adotar mecanismos de preservação da tarifa. Isto se dá pelo reajuste, com mera aplicação do indexador previsto no contrato, e pela revisão programada, pelo sistema de *price cap*, prevendo-se a indexação dos custos gerenciáveis, com a busca de partilha periódica dos ganhos de eficiência (o que envolve uma polêmica acerca da destinação das receitas adicionais[18]), levando-se em consideração um "Fator X", calculado sobre a expectativa de produtividade e sobre a satisfação do consumidor/usuário[19]. Claro que não é necessária a previsão contratual da possibilidade de revisão extraordinária (sobre a qual pairou intensa polêmica envolvendo a compensação de receitas perdidas com o racionamento, discutindo-se se houve perda de mercado ou falha de governo).

5. O novo papel do Estado no setor elétrico

Nesse cenário de reformas, o Estado passa a se concentrar no papel de definição das decisões políticas e na fixação de um planejamento, tendo como principais instituições de sua ação o Ministério das Minas e Energia, no qual se integram o CNPE – Conselho Nacional de Política Energética e o CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico. Surge a EPE – Empresa de Pesquisa Energética (Lei nº 10.847, de 15.03.2004), voltada para o desenvolvimento de soluções que reduzam a dependência da sociedade e do mercado de uma matriz energética.

São desenvolvidos programas de ação, como o PROCEL – Lei nº 10.295, de 17.10.2001, PPT – Programa Prioritário de Termeletricidade, PROINFA – Lei nº 10.438, de 26.04.2002, reforçando-se o papel estatal de fomento de novos empreendimentos, por

18 Sobre o tema ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp.. 263 e ss.

19 Sobre a qualidade do serviço IRAPUÃ DE OLIVEIRA COSTA explica que: "Primeiramente, é necessário ressaltar que o setor elétrico possui legislação específica no tocante à qualidade do fornecimento de energia elétrica, tratada na Resolução 505, de 26 de novembro de 2001, apontando os índices de DEC (Duração Equivalente de Interrupções por Unidade Consumidora), FEC (Freqüência Equivalente de Interrupções por Unidade Consumidora), DIC (Duração de Interrupção Individual por Unidade Consumidora) e FIC (Freqüência de Interrupções Individual por Unidade Consumidora), tratando, inclusive, das penalidades aplicadas às concessionárias que infringirem respectiva normatização. Esses indicadores visam a mensurar o desempenho dos sistemas de energia elétrica, podendo caracterizar a continuidade ou qualidade da prestação do serviço, tanto do ponto de vista do sistema elétrico corno sob a ótica dos consumidores." COSTA, Irapuã de Oliveira. Energia elétrica: a luz do consumidor. São Paulo: Segmento Farma, 2004, p. 14

via da ação do BNDES e do BNDESPar, bem como da pesquisa de eficiência energética – Lei nº 9.991, de 24.07.2000 e Dec. nº 3.867, de 16.07.2001.

A par do planejamento e do fomento, a nova ordem econômica no setor elétrico é calcada no fortalecimento da regulação, inclusive com o reconhecimento da autoregulação, prevendo o ordenamento mecanismos como a convenção de comercialização.

Nesse passo, a Lei nº 10.848/2004, antecipando-se ao PL nº 3.337/2004, reformulou a Lei nº 9.427/96, retomando o poder concedente, que agora passa a ser exercido pela União, por meio do MME[20].

Não há como deixar de reconhecer que essas mudanças abruptas de sistema regulatório, com esvaziamento de poderes das agências reguladoras, preocupa o investidor num momento em que o modelo busca a atração de investimentos num cenário de carência de recursos públicos.

O novo papel do Estado não descarta sua presença, ainda, como agente executor das ações de geração, transmissão e distribuição, dado que houve a preservação de FURNAS, CHESF, ELETROBRAS.

Foi, ainda, previsto um **novo papel da PETROBRAS**, com a inclusão de atividades de energia no seu objeto social. (**Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 resultante da Medida Provisória nº 14, de 21 de dezembro de 2001**, art. 26).

Conciliando tal dispositivo com os arts. 63 e 64 da Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997[21], a PETROBRÁS e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com outras empresas para expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo, bem como a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas.

A BR Distribuidora promoveu alteração nos seus estatutos para prever tal possibilidade[22].

O Decreto s/n, de 18 de julho de 1991, instituiu o Programa Nacional da Racionalização do Uso dos Derivados do Petróleo e do Gás Natural (Conpet), com a finalidade de desenvolver e integrar as ações que visem a racionalização do uso dos derivados de petróleo e do gás natural, em consonância com as diretrizes do Programa Nacional de

---

20 Sobre a versão original do PL, tema ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp.. 205 e ss e 219 e ss.

21 "Art. 63. A PETROBRÁS e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo. Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas"

22 Art. 3° - A Companhia tem por objeto, observados os preceitos legais:
(...)
V – a produção, o transporte, a distribuição, a comercialização de todas as formas de energia, bem como a prestação de serviços correlacionados;

Racionalização da Produção e do Uso da Energia. As ações do Programa serão supervisionadas pelo Grupo Coordenador do CONPET GCC. Cabe, por força do art. 6º do citado Decreto, à Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás prover o apoio técnico e administrativo necessário ao seu funcionamento (do GCC). Dentre suas atribuições estão as de acompanhar e avaliar as atividades desenvolvidas por órgãos e entidades públicas e privadas relacionadas com o programa e de promover e coordenar a realização de estudos e pesquisas relacionadas com o programa, no âmbito de suas atividades.

No campo da comercialização, foi criada a **CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial** – contratação de capacidade de geração ou potência (MP nº 2.209, de 29.08.2001 e Decreto nº 3.900, de 29.08.2001).

6. A contração emergencial de energia

É claro que esse novo papel do Estado deve contemplar espaço para as ações interventivas extraordinárias, especialmente as de caráter emergencial, buscando o aumento da oferta de energia, a racionalização e contenção do uso de energia e o estímulo a novas fontes.

A Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001 (ainda em tramitação), criou e instalou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, e estabeleceu diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica. Mais uma vez, se deu um golpe na ANEEL (e nos investidores que acreditaram no modelo proposto), com uma verdadeira captura política de função regulatória, para a qual já havia estrutura criada.

Em seu art. 5º, ao tratar do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, estabeleceu, no inciso II, o objetivo de **otimizar o consumo de energia**, priorizando **setores estratégicos**, enquanto no inciso IV preconiza a **imediata substituição de aparatos, equipamentos e instalações** tecnologicamente superados em seus níveis de consumo energético, bem como a **autoprodução** e a **produção independente de energia**.

O inciso IX do mesmo dispositivo explicita o objetivo do programa, na comercialização de energia elétrica, no sentido da **ampliação da oferta** ou **redução do consumo**.

Dando conta da seriedade da situação, o art 8º já tratava do **princípio da celeridade**.

A Lei nº 10.295, de 17 de outubro de 2001, instituiu a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia, que tem por objetivo a **alocação eficiente de recursos energéticos** e a preservação do meio ambiente, estabelecendo, em seu art. 4º, que o Poder Executivo desenvolverá mecanismos que promovam a **eficiência energética nas edificações** construídas no País.

Igualmente nessa linha de preocupações, a **Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002** (antiga **Medida Provisória nº 14, de 21 de dezembro de 2001**), dispôs sobre a expansão

da oferta de energia elétrica emergencial e sobre o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA).

Pelo art. 3º da Lei nº 10.438/2002, foi instituído o PROINFA, com o objetivo de aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos - aqueles que não são concessionários de qualquer espécie, não controlados ou coligados de concessionária de serviço público ou de uso do bem público de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, nem de seus controladores ou de outra sociedade controlada ou coligada com o controlador comum (conforme redação dada pela Lei nº 10.762, de 11.11.2003).

A crise do setor elétrico revelou a necessidade de se buscar novas fontes alternativas ao modelo político dominante, calcado em petróleo, gás natural e energia nuclear, citando três categorias de alternativas.

Joseph P. Tomain e Richard D. Cudahy apresentam três categorias de fontes. Na primeira, se encontram a energia solar e a energia eólica, que, por serem insumos de baixo custo e renováveis (sem dano ambiental), são as mais atraentes. O segundo conceito de energia alternativa é a gerada pela conservação e pela eficiência, que, também, não criam impactos no meio ambiente (no Brasil, é a preocupação do PROCEL e dos programas de gestão da crise já citados). A terceira, envolve o uso de energia em menor escala, de uso local e portável[23]. Os autores exemplificam como alternativa a energia gerada pela

23 JOSEPH P. TOMAIN e RICHARD D. CUDAHY: In Chapter 2, we describe the dominant energy policy in the United States as large-scale, capital intensive, and largely driven by fossil fuels. Oil, natural gas, coal, nuclear power, and the electricity generated by those resources are the paradigmatic examples of the dominant policy. In this chapter, we discuss alternative energy sources and policies. We use the phrase alternative energy sources fairly broadly to encompass three distinct concepts. The most popular concept of alternative energy involves renewable energy, such as solar power and wind power. These technologies rely on costless energy sources and, it would appear, have benign environmental consequences. Therefore, as cheap and relatively environmentally benign, renewable energy sources are attractive. The second conception of alternative energy involves conservation and energy efficiency. Conservation and energy efficiency are complementary sources of energy insofar as conservation can be simply defined as using less energy. Energy efficiency is defined as obtaining more energy from the resources that are used. Again, both conservation and energy efficiency have little or no environmental consequences except to the extent that they restrict the impacts of energy not used. Third, the last form of alternative energy that we will discuss involves alternatives to the dominant model. To the extent that energy production can be reduced in scale, made portable, used locally, such energy sources present alternatives to the dominant model. Additionally, we discuss alternative sources for fossil fuels and fossil fuel substitutes. We conclude by discussing alternative energy policies in general terms. At least since Thomas Malthus wrote his *Essay on Population* in 1798, the issue of population growth and its consequent potential harms to society has been with us. ln his essay, Malthus argued that population growth always exceeds the growth of the means of subsistence. ln brief, his argument was that population growth always tended to push beyond food supply with disastrous social consequences. The translation from population growth to energy consumption is an easy one and, as we will describe below, the idea that increasing energy consumption has disastrous consequences has had a significant impact on alternative theories of energy. The United States consumes approximately 97 quads of energy per year of which renewable energy accounts for 5.9 quads. While 6% appears to be a respectable portion of our energy picture, most of that figure is comprised of hydroelectricity. Further, renewable energy has maintained a fairly constant portion of energy production as shown in Figure 1 below. Fifty years ago, for example, renewable resources accounted for three quads of energy and we have approximately doubled our

biomassa (a partir de grãos e resíduos agrícolas, animais, aquáticos e lixo, que são transformados em gás metano por meio da decomposição dessa matéria orgânica)[24]. Citam, ainda, a energia geotérmica, gerada pelo calor no interior da terra, que faz movimentar turbinas geradoras de eletricidade, de maneira segura e limpa[25], bem como o uso do gás e óleo sintéticos, que podem substituir o petróleo e o gás natural a partir de transformações químicas e físicas sobre fontes domésticas[26].

---

total consumption since that time Tomain, Joseph P. Cudahy, Richard D. Energy law. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 354-355.

24 Joseph P. Tomain e Richard D. Cudahy: "Biomass" has been broadly defined as "any organic matter which is available on a renewable basis, including agricultural crops and agricultural wastes and residues, wood and wood wastes and residues, animal wastes, municipal wastes, and aquatic plants." 42 U.S.C.A. § 8802. Biomass is converted to methane gas through the decomposition of organic matter. The energy derived from biomass is originally solar energy stored in organic matter through the process of photosynthesiso This energy can be reclaimed from the harvesting of live plants or from wastes. Biomass comes from several possible sources including animal manure, landfills which are garbage depositories, coal which can be converted into gas, biomass which comes from aquatic sources, crop residue, peat, sewage, sludge, and ethanol which is produced from feed stalks such as com. For the most part, biomass is converted into methane gas. It can also be converted into liquid fuel ethanol used in the transportation industry. Tomain, Joseph P. Cudahy, Richard D. Energy law. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 362-363

25 Joseph P. Tomain e Richard D. Cudahy: Geothermal energy is generated by the heat from the earth's interior. This heat can be used to turn turbines to generate electricity. It is a relatively safe and clean fue!. The environmental repercussions in developing this resource include noise, odors, thermal pollution, the discharge of dissolved materiaIs into surface or ground waters, and subsidence. The relative environmental safety and cleanliness of this resource stem from the fact that these hazards occur principally at the site rather than throughout the fuel cycle, as is the case with coal or oil. Most geothermal heat resides in the earth's molten core and mantle below the earth's crust at depths incapable of being tapped by drilling. However, there are locations around the globe, called "hot spots," where the earth's protective crust is sufficiently shallow to permit human access to geothermal heat. In certain places, there are hot springs or geysers (like Old Faithful in Yellowstone National Park) where geothermal energy has broken the earth's surface. In the United States, as much as 1.3 million acres of land, including Alaska and Hawaii, have potential for power production from geothermal energy. Most of the potential domestic geothermal sites are located in the western United States, the most productive of which are in the Geysers region of California. In 1960, the Pacific Gas and Electric Company became the first American utility to generate electricity from geothermal steam in the Geysers region. In 1986, the Geysers region generated 10.3 billion kilowatt hours of electricity, and at a lower cost than fossil fuel generation in the same area. Electricity generated from geothermal sources peaked in 1987 at 11 billion kilowatt hours. Geothermal steam has high economic value. ln *Grace Geothermal v. Northern Cal. Power Agency* (N.D. Cal. 1985), one prospective purchaser offered $145 million for an interest in a federal geothermalleasehold. Geothermal energy comes from two sources. Electricity can be produced from hot dry rock under the earth's surface by locating the hot rocks, pumping water into and out of the area, and thus creating steam to turn a turbine to generate electricity. TOMAIN, Joseph P. CUDAHY, Richard D. Energy law. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 364-365.

26 Joseph P. Tomain e Richard D. Cudahy: Another "alternative fuel source" is conservation. Energy conservation has two meanings. First, energy is conserved simply by consuming less. Second, energy is conserved as energy production and use become more efficient. Conservation through greater efficiency can take place on a number of fronts. Retrofitting of buildings and appliances or producing more fuel efficient or alternative fuel cars can conserve energy. Tax credits and deductions can be used to encourage installation of conservation measures. Taxes can also be used to increase the cost of energy, thus reducing demand and use. TOMAIN, Joseph P. CUDAHY, Richard D. Energy law. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 367. (…) Earlier we mentioned two alternatives to traditional energy sources. One is an alternative to large-scale power praduction and the other is fossil fuel alternatives to coal, oil, and natural gas, which we discuss immediately below. **1. Distributed Generation** As the electric industry continues along the path *af* deregulation, one impediment to complete deregulation invalves the transmission segment as discussed in Chapter 8. To date, large-scale power facilities

O que deve ser objeto de maior preocupação no Brasil é o fato de que certas transformações (por exemplo, por meio de congelamento do gás para transporte para outras regiões), se por um lado estimulam a competição e a inventividade, por outro podem colocar em risco o atendimento da população de baixa renda, que não possa adquirir tais produtos, colocando em risco a prestação do serviço público. É importante lembrar que, no Brasil, a distribuição de gás canalizado é serviço público de competência dos Estados (CF, art. 25, §2º), enquanto a produção e o transporte do gás integram a competência federal (CF, art. 177). Ora, é fundamental que a disciplina federal, por conta do pacto federativo (que contempla a harmonia entre as entidades federadas), não aniquile o exercício da competência estadual sobre seus serviços, especialmente em função do fato de que a competição que se busca ampliar (até mesmo entre serviços públicos e atividades econômicas) não pode servir de base para que uma atividade destrua a outra. Afinal, é no conceito de serviço público que se busca garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente pelo atendimento das populações de baixa renda. Se os instrumentos de transformação, com emprego de modernas tecnologias, retirarem escala para que as concessionárias de serviço público invistam na construção de dutos que chegariam às regiões afastadas, a população menos abastada ficará privada do serviço de baixo custo (sem falar na exposição aos riscos do transporte de carga perigosa)[27].

Voltando à Lei nº 10.438/2002, o art. 4º, em seu § 6º, autoriza as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais a celebrar transações e a promover os atos necessários à solução de controvérsias contratuais e normativas. As normas citadas deixam evidente a conclusão de que (1) há necessidade de um esforço para a racionalização do

---

can generate electricity at a more efficient rate and the inability to store the product diminishes the possibility of more localized distribution. As a response to both constraints is the concept of distributed generation, which constitute smaller electric generators and generators that are closer to the load. In this way, reliance on the existing transmission network can be reduced and the cost of transmission can be lowered. Distributed generation involves new technologies for generating mostly under 50 megawatts, including photovoltaics, microturbines, fuel cells, as well as others, which can reduce the scale of the production as well as provide for the storage of the product in various ways. Distributed generation is also seen as a way of moving electricity toward a more competitive marketplace. Both industry and government projections indicate an increasing use of these technologies. Distributed generation technology can be used to achieve several purposes, including providing energy to consumers; meeting peak demand requirements; maintaining additional reserve capacity; contributing to power reliability; and serving as back-up and stand-by service. Perhaps not so ironically, the whole idea of distributed generation was exactly the idea that Edison tried to displace with the first central power station in New York City. The concept of the central power station was antithetical to the then prevalent isolated plants (forerunners of distributed generation). (...) **2. Synthetic Fuels -**The Energy Security Act of 1980 established the United States Synfuels Corporation to stimulate the commercialization of synthetic oil and gas. According to the Act, a "synthetic fuel" is defined as "any solid, liquid, or gas which can be used as a substitute for petroleum or natural gas and which is produced by chemical or physical transformation of domestic sources of coal, shale, tar sands, and water." TOMAIN, Joseph P. Cudahy, Richard D. Energy law. St. Paul: West-Thomson, 2004, p. 370-372.

27 Registre-se que, sobre o tema, o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro Leonardo Espíndola está desenvolvendo tese em defesa da competência estadual sobre a matéria, exatamente em função de sua atuação como Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Energia e Industria Naval do Estado do Rio de Janeiro.

uso da energia e (2) que tal esforço deve partir da União Federal; tanto que a norma movimenta diversas estruturas da Administração Federal e recursos do orçamento federal[28]. Em suma, é todo um contexto que deve partir da Administração Pública, para a solução de um problema que afeta a todos, exigindo o **imediato atendimento** e preservação de setores tidos como **prioritários**[29].

Tanto isso é certo, que o Decreto nº 4.131, de 14 de fevereiro de 2002, ao dispor sobre medidas emergenciais de redução do consumo de energia elétrica no âmbito da Administração Pública Federal, estabeleceu, em seu art. 2º, que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal deverão **diagnosticar** o grau de eficiência energética dos imóveis sob sua administração, com vistas à **identificação de soluções** e à **elaboração de projeto de redução do consumo de energia elétrica**, bem como, em seu art. 3º, que na aquisição de materiais e equipamentos ou contratação de obras e serviços, deverão ser adotadas especificações que atendam aos requisitos inerentes à eficiência energética.

---

28 Podem ser citadas, exemplificativamente, as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS, a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, o BNDES, BNDESPAR - BNDES Participações S.A., sem falar nas estruturas de direito público diretamente envolvidas no problema da crise energética, que receberam novas atribuições, como a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, a ANEEL, o Ministério de Minas Energia e o Ministério da Fazenda; além das estruturas, surgem os programas de geração de energia alternativa e adicional, a utilização de títulos da Dívida Pública Mobiliária Federal, os recursos da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, visando o desenvolvimento energético dos Estados e a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral nacional, nas áreas atendidas pelos sistemas interligados (Lei nº 10.762, de 11.11.2003), aportes a fundo perdido, visando a universalização do serviço, apoio a Cooperativas de Eletrificação Rural e a Cooperativas responsáveis pela implantação de infra-estrutura em projetos de reforma agrária, Consórcios Intermunicipais, recursos da RGR para concessão de financiamento, mediante projetos específicos de investimento.

29 Confira-se a norma posta em consulta pública pelo Comitê Executivo da CÂMARA DE GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA – GCE: " Nota de Introdução à Apresentação da Proposta do Programa de Redução de Consumo por Corte de Carga *("apagões")* (...) 1. O Comitê Executivo, ouvido o Exmo. Sr. Presidente da República, decidiu manter a divulgação da proposta deste programa em decorrência das seguintes razões: a. embora cada vez menores, **as chances de *"apagões"* ainda não são inexistentes;** (...) **PROJETO DE RESOLUÇÃO -** Dispõe sobre medidas adicionais de redução de consumo de energia elétrica necessárias à manutenção do armazenamento mínimo de segurança dos reservatórios do Sistema Interligado Nacional. (...) ANEXO I - ÁREAS E CARGAS ESSENCIAIS - Descrição das áreas ou cargas consideradas essenciais que não poderão ser desligadas tempestivamente, em função do corte de carga, ou que, em caso de desligamentos, deverão ser observadas condições especiais para tal. CARGAS NÃO INTERRUPTÍVEIS. (...) VII - Aeroportos Internacionais; VIII - Aeroportos Domésticos de cidades com população igual ou superior a 500.000 habitantes; (...) X - Centros de Controle de Tráfego Aéreo (...) **PROJETO DE RESOLUÇÃO-** Define as áreas consideradas como essenciais, que não podem sofrer interrupção programada do fornecimento de energia elétrica, dispõe sobre diretrizes para o seu atendimento e dá outras providências. (...) **R E S O L V E:** Art. 1º Para efeito desta Resolução, são consideradas áreas essenciais as seguintes: (...) XI - aeroportos internacionais e domésticos localizados em cidades com população superior a quinhentos mil habitantes; (...) XIII - centros de controle de tráfego aéreo; (...) Art. 2º Às áreas de que trata o artigo anterior deve ser assegurado o fornecimento de energia elétrica, seja diretamente pelas empresas distribuidoras, por geração própria ou por outro dispositivo que mantenha a carga. (...) Art. 4º Cabe aos responsáveis pelas instalações de áreas consideradas essenciais: (...) II - elaborar plano de emergência para o enfrentamento de eventual falha no fornecimento de energia elétrica; III - garantir a manutenção e operação dos equipamentos de geração de energia elétrica de que disponham; (...) Art. 10. Dúvidas e casos não contemplados nestas diretrizes serão resolvidos e decididos pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE.

Destaque-se, ainda, o Comitê Gestor de Indicadores e Níveis de Eficiência Energética – CGIEE (participação de representantes de órgãos públicos, de universidades e da sociedade, especialistas em energia).

Dentre os programas impostos, cabe destacar que o art. 24 da Lei nº **10.438/2002 deu nova redação ao** art. 2º da Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, obrigando que as concessionárias de geração e empresas autorizadas à produção independente de energia elétrica apliquem, anualmente, o montante de, no mínimo, 1% (um por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico. Tal linha de atuação já se vislumbrava desde a edição da **Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, que, em seu artigo 6º**, já previa o fomento de pesquisas com vistas ao desenvolvimento de fontes alternativas de energia e a otimização da distribuição de energia.

7. A contratação de energia elétrica pela Administração Pública

Um ponto a discutir é se, em função da necessidade de celeridade e de flexibilidade das negociações inerentes às compras de energia caberia a instauração de **processo seletivo para contratação direta** fundada no art. 24, XXII, da Lei nº 8.666/93, cuja redação é a seguinte:

> *Art. 24. É dispensável a licitação:*
> *(...)*
> *XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)*

O certo é que, se for utilizado tal procedimento, a competição não poderá ser frustrada por meio de um julgamento subjetivo ou imotivado, dando tratamento diferenciado entre os licitantes. Neste caso, o procedimento deverá se submeter ao Estatuto de Licitações e Contratos, que, em seu art. 3º, §1º, inc. I, ao dispor sobre o cerceamento do caráter competitivo inserido no ato convocatório, assevera:

> *"Art. 3º (...)*
> *§1º. É vedado aos agentes públicos:*
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato."*

O processo seletivo, no entanto, não parece ser o mais razoável para tais contratações.

A Lei nº 8.666/93 autoriza a contratação direta de fornecedor de energia, dispensando a licitação em seu art. 24, XXII; o dispositivo veio à baila em meio a um conjunto de reformas da Administração, com o intuito de assegurar celeridade e agilidade nas negociações para a obtenção de tal insumo, agilidade essa nem sempre compatível com o formalismo e os prazos inerentes ao procedimento licitatório.

Isso se reforça diante da necessidade de celeridade nessas contratações, em épocas de risco de abastecimento ainda não afastados. Neste caso, um processo seletivo formal representa inadequação entre meio e fim, sendo, pois, violador do princípio da razoabilidade, já que se dispensa a licitação para se viabilizar contratações imediatas.

No entanto, frise-se, se for estabelecido um procedimento formal, este deverá ser, em tudo, assemelhado a uma licitação, devendo estabelecer critérios objetivos para apreciação das propostas. Afinal, o conteúdo do **princípio da isonomia** indica que todas as pessoas que estejam na mesma posição jurídica devam receber o mesmo tratamento por parte dos entes que integram a Administração Pública. Trata-se, na verdade, de uma garantia constitucional abrangente, que deve nortear todos os ramos do Direito e que funciona como verdadeira mola do Estado Democrático de Direito, na qual a generalidade é um meio de aplicação finalística do ordenamento jurídico.

Outro ponto, nesse aspecto, decorre do tipo de formatação econômica do contrato de venda de energia.

Muitas vezes, para se viabilizar a operação, é necessária a construção da usina para produzi-la, hipótese em que o custo da energia inclui o pagamento da usina e a capacidade disponibilizada de energia (desde que o comprador seja exclusivo, ou seja, que a usina tenha sido construída apenas para o seu atendimento).

Para tanto, pode ser necessário, ainda, criar uma pessoa jurídica distinta do comprador, uma sociedade de propósito específico – segregando os riscos do investimento – que deverá obter uma autorização da ANEEL para a produção e comercialização da energia[30].

O esclarecimento é importante porque pode surgir o argumento de que tais sociedades não estariam autorizadas a vender capacidade, mas somente a energia elétrica efetivamente produzida e entregue, sem o que não haveria vantagem econômica para o comprador, representando uma compra, aluguel ou arrendamento de usina, com burla ao citado art. 24, XXII da Lei nº 8.666/93, posto que esses outros contratos devem ser previamente licitados.

É fundamental esclarecer que o princípio da legalidade não contempla, apenas, uma visão de que na lei consta um cardápio de ações e de receitas, que devem ser literalmente

30 Sobre o papel da ANEEL no controle da remuneração desses contratos, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Regulação da parceria para a produção independente de energia emergencial.* Direito administrativo das parcerias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 295 e ss

seguidas pela Administração e pelos seus parceiros. A lei, cada vez mais, é vista como um ponto de partida, autorizando as parcerias entre o setor público e o setor privado, que devem receber, no contrato, o devido tratamento jurídico de opções econômicas que tornem viáveis as decisões políticas e comerciais traçadas pelo Poder Público e pelas partes. Em síntese, a lei traça as grandes diretrizes, mas é na consensualidade, especialmente materializada nos contratos, que vai ser moldada a operação, prevendo-se uma relação de parceria, confiança, equilíbrio e justa retribuição de investimentos[31].

É nesse sentido que devem ser interpretados os contratos de produção e venda de energia, denominados na doutrina internacional de *power purchase agreement – PPA*.

Conclusões

O que se pretendeu demonstrar foi que o Brasil, em vários setores, seguindo uma tendência mundial, abriu atividades aos investimentos privados, em busca da ampliação da oferta de bens e serviços, não só para acompanhamento do aumento da demanda como para obter a competição que viabiliza o atendimento do princípio da eficiência. A realidade brasileira, de carência de recursos públicos suficientes para financiar esse incremento de oferta, buscava mais, ou seja, o investimento privado para suprir a carência desses capitais.

Isso implica na criação de um cenário que seja favorável à atração e manutenção dos investimentos; a desestatização, a quebra de barreiras à entrada de novos agentes (sejam as restrições ao capital estrangeiro, sejam as imposições de desconcentrações, sejam as disciplinas para o exercício dos monopólios naturais) devem ser acompanhadas por uma estrutura estatal confiável, sendo, pois, desejável a independência dos agentes reguladores (que deveriam ficar à salvo das capturas políticas e de interferências populistas nas políticas tarifárias).

Deve ser resguardado o direito à justa retribuição do capital investido e reconhecido que o processo de reforma pressupõe, ainda, a mudança de paradigmas de interpretação do princípio da legalidade, que deixa de ser vista como a única fonte de direito para se tornar a base para o desenvolvimento de outros ordenamentos jurídicos que caminham ao lado do ordenamento estatal, por meio da auto regulação e da consensualidade.

As idéias de confiança legítima e de parceria são fundamentais para viabilizar esse contexto, que vai dotar o país da infraestrutura capaz de levar ao desenvolvimento econômico, objetivo do Estado (CF, art. 3º).

31 Sobre o tema ver MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71-72

Liberalization of the Swiss Electricity Market

*Susanne Michel**
*James F. Reardon***

Introduction; Part I: Overview of the Electricity Market in Switzerland; 1. Sources of Electricity in Switzerland; 2. Structure of the Electricity Market in Switzerland; 2.1. Transmission Grid Network and Distribution Network; 2.2. Market Actors; 3. Importance of Cross-border Trade with Neighboring Countries; Part II: From Monopolies to a Liberalized Market – Historical Perspectives; 1. Legal and De Facto Monopolies; 2. Liberalization of the European Electricity Market; 3. Refusal by the Swiss Population of the Electricity Market Act ("EMA"); 4. Cartel Act's Role in Liberalizing the Electricity Market; 4.1. Cartel Act and Liberalization; 4.2. Supreme Court Decision in the case of Entreprises Électriques Fribourgeoises (ATF 129 II 497); 4.2.1. Facts; 4.2.2. Supreme Court Decision; Part III: Liberalized Market – Legal Basis and Facts; 1. Legal Origins; 1.1 In General; 1.2 Federal Law; 1.3 Cantonal Law; 2. Cooperation and Subsidiarity; 2.1 Cantonal Cooperation; 2.2. Cooperation with the Concerned Parties; 3. Promotion of the Production of New Renewable Energy; 4. Unbundling as an Instrument of Liberalization; 5. Electricity Supply; 5.1 Supply of Consumers in the Open Market; 5.2 Supply of Consumers according to the Basic Supply; 5.3 The Nature of the Electricity Price; 6. Transmission Grid Network; 7. Regulatory Oversight of the Electricity Market; 7.1 In General; 7.2 ElCom; 7.3 Other Regulatory Authorities; Part IV: Prospects; 1. 'Complete' Liberalization of the Electricity Market; 2. First Modifications of ESA; 3. Future Challenges; Conclusion.

Introduction

Switzerland is a small country in the middle of Europe. The Swiss population rejected in 1992 the proposal to join the European Economic Area.[1] Nevertheless, this rejection does not mean that Switzerland does not enjoy a high level of trade with the European Union.[2] One main area of trade with the European Union is electricity. In this market specifically, the interdependence between Switzerland and the European countries is very strong. Indeed, the achievement of a secure supply of electricity depends on the coordinated management and efforts of each country, with respect to the interconnected electricity transmission networks.

The liberalization (or opening-up) of the electricity market decided within the European Union was the starting point of a similar – albeit slower – liberalization of the

* *Attorney. In-House Counsel for a major Swiss electricity company. Former member of the Legal Department of the Association des entreprises électriques suisses (Swiss Electricity Industry Association, hereinafter: SEA).*

** *Ph.D. candidate at the University of Fribourg. Attorney. Former Academic Visitor at the Center for Socio-Legal Studies, Oxford University. Former Special Assistant to the President of the Swiss Competition Commission.Member of MethoIus Consultoría Juridíca International.*

1 See http://www.europa.admin.ch/themen/00499/00505/00610/index.html?lang=fr. Last accessed: 15.07.2011.

2 For example in 2010, Switzerland imported 78,0% from and exported 59,7% to the EU. Source: Office fédérale de la statistique (Swiss Federal Office of Statistics).
Available at: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/06/05/blank/key/handelsbilanz.html. Last accessed: 15.07.2011.

Swiss electricity market. It took about ten years for the project to achieve its current form. Still, the liberalization process is not yet over, and many obstacles remain before Switzerland can enjoy the full benefits of a complete liberalized electricity market.

This chapter comprises four main parts, namely a brief overview of the electricity market in Switzerland (Part I), the evolution of the legal perception of the electricity market (Part II), a presentation of the current regulatory system (Part III), and finally a discussion of the future of the electricity market (Part IV).

Part I: Overview of the Electricity Market in Switzerland

In this part, we will present a brief overview of the electricity market in Switzerland. We will present first the sources of electric energy (1). Then we will introduce the structure of the electricity market (2). The last section of this overview will examine the importance of cross-border trade between Switzerland and neighboring countries (3).

1. Sources of Electricity in Switzerland

Due to its geographic position at the heart of Europe and its sovereignty over significant parts of the Alps, Switzerland possesses many water sources from which to create electrical energy. Hydraulic energy is thus the most important source of domestically produced electricity.[3] The other main source of indigenous electricity originates from nuclear plants. Indeed, according to the Swiss Federal Office of the Energy's (hereinafter: SFOE) statistics for 2010, hydro plants created 56,5% of the total Swiss production, while the nuclear facilities produced 38,1% of the total production.[4] When combined, the production of these two sources amounts to 94,6% of the total electricity production.[5] Thermo plants and other sources of energy make up the remaining portion (*i.e.*, 5,4%) of the energy production. SFOE's 2010 report on renewable energy indicates that "new" renewable electricity produced 2.2% of the total electricity production.[6] There is an ambitious goal set for 2030, namely the increase of the production originating from new renewable energy to 5,4 TWh, which should cover about 7% of the total national consumption (see *infra* Part III.3).[7]

3 Hans M. Weltert, *Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung*, Bern 1989, p. 62. Rolf H. Weber, Brigitta Kratz, *Eletrizitätswirtschaftsrecht*, Bern 2005 (hereinafter: Weber/Kratz), p. 139. See also International Energy Agency, *Energy Policies of IEA Countries – Switzerland 2007 Review*, p. 75 (hereinafter: IEA). Available at: http://www.iea.org/publications/free_new_Desc.asp?PUBS_ID=1925. Last accessed: 15.07.2011.

4 SFOE, *Statistique suisse de l'électricité 2010*, p. 3. Available at: http://www.bfe.admin.ch/themen/00526/00541/00542/00630/index.html?lang=fr&dossier_id=00765. Last accessed : 10.7.2011..

5 These two sources of energy do not emit any CO2. Thus Switzerland's electricity production is quite environmentally friendly (although nuclear energy has other issues of great concern).

6 SFOE, *Schweizerische Statistik der erneuerbaren Energien*, Ausgabe 2010, Vorabzug, p. 6. Available at: http://www.bfe.admin.ch/themen/00526/00541/00543/index.html?lang=fr&dossier_id=00772. Last accessed: 10.7.2011.

7 SEA, *Avenir de l'électricité en Suisse, Factbook*, édition 2009 (hereinafter : Factbook), p. 37.

There are two main types of hydro plants, namely storage power plants and run-of-river plants. Storage power plants produce electricity at a given moment by releasing the water accumulated during a certain period of time. Electricity cannot be stored, but in the case of storage power plants, the product from which one harvests energy is stored. It enables the plants to produce and sell electricity when demand is high, and accumulate water when demand is low. Run-of-river plants, on the other hand, produce electricity on a continual basis. Their output depends on the flow of the river. Out of the 56,5% produced by hydro power, 32,3% derives from storage power plants, while 24,2% from run-of-river plants.[8]

In 2010, the total production of electricity in Switzerland was 66,3 TWh, and was slightly higher than the total consumption of end-consumers in Switzerland which amounted to 59,8 TWh.[9] The consumption of electricity is constantly increasing. Electricity currently covers 23,5% of domestic energy needs which ranks Switzerland as the fifth largest consumer of electricity.[10]

2. Structure of the Electricity Market in Switzerland

2.1. Transmission Grid Network and Distribution Network

One can divide the electricity network into various components. There is the high-voltage grid network (or the transmission grid network) and the distribution network. The high-voltage grid is the first of four levels of tension and enables electricity to circulate at long distance. The so-called transmission grid network's length approximates 7,000 km,[11] and includes for the most part aerial electrical power lines.[12] Indeed, for financial and technical reasons, only 1% of the high-voltage grid is underground.[13] The three other levels of tension comprise the distribution network. It enables the electricity flow to the end-consumers.[14] The distribution network extends over approximately 69,000 km.[15] About 80% of these lines are dug underground for environmental reasons. A

8 SFOE, *Statistique suisse de l'électricité 2010*, p. 3.
9 SFOE, *Statistique suisse de l'électricité 2010*, p. 2.
10 SEA, *Electricité 2009-2010 - Des chiffres et des faits*, Fribourg 2009 (hereinafter : SEA, *Electricité 2009-2010*), pp 4 and 7.
11 See https://www.swissgrid.ch/swissgrid/en/home/company/portrait/overview.html. Last accessed: 15.07.2011.
12 SEA, *Electricité 2009-2010*, p.10.
13 SEA, *Electricité 2009-2010*, p. 10.
14 Vincent S. Reardon, *Le nouveau régime juridique de l'électricité en Suisse et les problèmes qu'il soulève*, unpublished, on hand with the authors (hereinafter : Vincent Reardon), p. 7.
15 IEA, *Energy Policies of IEA Countries – Switzerland 2007 Review*, p. 84. Available at: http://www.iea.org/publications/free_new_Desc.asp?PUBS_ID=1925. Last accessed: 15.7.2011.

separate transformation level exists between each level of tension which lowers the voltage from 380/220 kV to 1 kV.[16] Thus, the whole network includes seven levels in total.

The first level of tension has a very important role to play within the entire network (see *infra* Part III.6). It is necessary for the interregional transport of electrical energy within Switzerland and for the interconnections with neighboring countries' networks (Article 4 § 1(h) of the Electricity Supply Act)[17]. At this level of tension, the electricity circulates at 380/220 kV. Even though consumers usually acquire their electricity at a level of medium to low tension, some energy intensive companies acquire their electricity directly from the transmission grid network.

The Swiss transmission grid network is linked by about 40 cross-border lines to the European transmission grid network and plays an important role within the international network.18 Thus, the Swiss electricity network is vital for the international trade of electricity and for the management of the networks' congestion within Switzerland as well as within the connected European networks. For decades, the Swiss transmission grid network has assumed the role of interface guaranteeing the equilibrium between the needs and the production of electricity and intends to continue to exercise said role in the future.[19]

In order to guarantee a secure supply of electricity, a performing network is crucial. There is a need to coordinate at the Federal level the building and extension of electrical lines, as they naturally impact on land management. The planning in Switzerland is done notably through the Transmission Lines Sectoral Plan.[20]

2.2. Market Actors

The Swiss electricity market is highly fragmented. Currently, nearly 900 different companies deal with electricity. These companies differ from one another with respect to their size, the area of activity (generation, transmission, distribution or sale), as well as their organization and legal structure (private corporations, public companies, state-owned corporations, either at the cantonal or communal level). There are seven large

16 SEA, Modèle de marché pour le courant électrique – Suisse (MMEE-CH 2011), p. 16. Available at: http://www.strom.ch/uploads/media/MMEE-CH_2011_D.pdf. Last accessed: 15.7.2011.

17 Loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (RS 734.7) (Electricity Supply Act, hereinafter: ESA). Available at: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c734_7.html. Last accessed: 15.07.2011.

18 See https://www.swissgrid.ch/swissgrid/en/home/europa/european_overview/ch_in_europe.html. Last accessed: 15.07.2011.

19 Weber/Kratz, p. 335.

20 See SFOE's website. Available at: http://www.bfe.admin.ch/themen/00544/00624/index.html?lang=fr. Last accessed: 15.07.2011. At the legislative level, see Article 75 of the Federal Constitution, Article 13 of the Land Management Act and Article 1 of the Land Management Ordinance. Both SFOE and the Federal Office for Spatial Development are responsible for the Transmission Lines Sectoral Plan.
Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (RS 101) (Federal Constitution of the Swiss Confederation, hereinafter : Federal Constitution). English version available at: www.admin.ch/ch/e/rs/c101.html. Last accessed: 15.07.2011.

regional vertically integrated companies and approximately 80 producers, as well as several hundred small communal distributors.[21]

Since discussions about the liberalization of the electricity markets began during the 1990's, a number of public companies reorganized themselves as incorporated companies, *i.e.*, under private law. But all in all, the market has not changed significantly – apart from certain mergers and examples of consortium to be examined below. There are still several hundred small (most of the time communal) companies. The public collectivities, namely the Cantons (as in the case of the Canton of Geneva with respect to the SIG), some towns and cities (as in the case of the city of Zürich with respect to EWZ) and the Communes, still own more than 80% of the electricity companies. Some companies created corporate entities in order to increase their bargaining power when negotiating *e.g.* the purchase of electricity from producers. Some mergers have occurred. For example at the communal level, in December 2007 the company Viteos was created as a result of the various Services industriels of the towns of Neuchâtel, La-Chaux-de-Fonds, and Le Locle with Gaz neuchâtelois SA.[22] A major merger at the beginning of 2009 was that of EOS (Energie Ouest Suisse) with Atel (Aare-Tessin Ltd for Electricity) creating Alpic.[23] Alpic is reportedly one of Europe's largest energy companies, which operates in 29 European countries, and generates approximately CHF 16 billion in revenue (2008).[24] The Axpo Group is another Swiss leading electricity company created in 2001 and regrouped *Axpo AG* (formerly *Nordostschweizerische Karftwerke AG*), *Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG* (EGL) and *Centralschweizerische Kraftwerke AG* (CKW).[25]

3. Importance of Cross-border Trade with Neighboring Countries

Even though Switzerland is not part of the European Union, Switzerland's electricity market, as mentioned above, is highly integrated with that of the European Union. Indeed, the international market needs Switzerland's electrical energy when demand is high at peaks with storage power plants (as developed hereunder), and Switzerland's transmission grid network is used to keep an equal amount of tension within the European grid. Otherwise, there would be risks of blackouts (see *infra* Part III.6). Thus, one may conclude that the existing interconnection enables each party to benefit from a safe supply of electricity.

21 Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, du 3 décembre 2004 (hereinafter : Message 2005 1493), Feuille fédérale, 2005 1493, p. 1498 et sequ. Available at: http://www.admin.ch/ch/f/ff/2005/1493.pdf. Last accessed: 15.07.2011.

22 See http://www.viteos.ch/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=0&Itemid=6. Last accessed: 15.07.2011.

23 See http://www.alpiq.com/about-alpiq/alpiq-at-a-glance/alpiq-at-a-glance.jsp. Last accessed: 15.07.2011.

24 See http://www.alpiq.com/about-alpiq/history/history.jsp. Last accessed: 15.07.2011.

25 See http://www.axpo.ch/axpo/en/home_multi/konzern/auf_einen_blick.html. Last accessed: 15.07.2011.

As mentioned above, hydro plants generate most of Switzerland's electricity output. Due to seasonal factors, electricity derived from hydraulic power produces 58% of its annual output during the summer and 42% during the winter. On the other hand, consumption of electricity is higher during the winter than in the summer. This translates in excess capacity between May and October and insufficient production between November and April. On a weekly basis and with the possibility, inherent to storage power plants, to choose when to produce energy, Switzerland exports electricity at peak hours to France, Germany, Italy and Austria and imports electricity during the night and the weekends. As an example, electricity exportation amounts to 15% of Switzerland's total export to Italy, and Alpic is currently building some electricity plants in Italy.[26] Moreover, the Swiss network transmits approximately twice the amount of domestic consumption. Thus, an important share of the electricity only passes through Switzerland.[27]

Part II: From Monopolies to a Liberalized Market – Historical Perspectives

In this section, we will present legal and factual monopolies (1), due to their historic importance in the production, transmission, distribution and sale of electricity. We will then analyze briefly the discussions at the EU level, and the subsequent liberalization and creation of the European common electricity market (2). Switzerland tried to open its market a first time, but this was rejected in 2002 by the Swiss population (3). Finally, the Cartel Act and a landmark case decided by the Swiss Supreme Court liberalized the electricity market to competition (4).

1. Legal and *De Facto* Monopolies

A monopoly is the exclusive exercise of an activity; it can be either contained within the law (legal monopoly) or based on the economic conditions of a given market (*de facto*).[28]

A legal monopoly is based on a law and the activity in question may be exercised only by the State or the State may delegate the exercise of the activity to a third party. A legal monopoly may thus either forbid third parties from engaging in a given type of activity or force the citizen and corporations to make use of the services of the appointed party.[29] Article 94 § 4 of the Federal Constitution states that "Any divergence from the

26 Willy Boder, *Un partenaire qui pèse lourd*, article published in Le Temps, 13.11.2009, p. 3.
27 For daily examples, see Swissgrid, *Le réseau* électrique *Suisse: l'épine dorsal de l'approvisionnement* énergétique, 2011, p. 14 et sequ. Available at: https://www.swissgrid.ch/dam/swissgrid/company/publications/fr/Netz-Booklet_französisch.pdf, Last accessed: 15.7.2011.
28 André Grisel, *Traité de droit administratif*, volume I, Neuchâtel 1984, p. 201 (hereinafter : André Grisel).
29 André Grisel, p. 201.

principle of economic freedom, and in particular measures designed to restrain competition, shall be permitted only if they are provided for in the Federal Constitution or based on cantonal monopoly rights."[30] This Article naturally applies to legal monopolies. Indeed, according to the Swiss Supreme Court's case law,[31] economic freedom may be limited not only by administrative safeguard measures, but also by other public interest measures tending towards creating a higher degree of welfare with respect to all or to a majority of citizens, or to enhance social welfare.

De facto monopolies are based on the assumption that the State, due to its sovereignty over the public domain, can exclusively exercise an economic activity that must use the public domain in a particular way, without having to legislate in order to exclude private citizens exercising this particular economic activity. The foundation is not the law but the State's general power over the public domain.[32] The distribution of electricity by a Commune that refuses individuals the right to use the public domain to this end is considered to be a *de facto* monopoly. A *de facto* monopoly would also exist if the State supplies a product or a service at a much lower price than the actual market price.[33]

The principles of proportionality and equality apply to both legal and factual monopolies. One respects equality when the choice of the third parties (agents) is based on objective criteria. Such criteria would in principle guarantee that the State is not acting in an arbitrary manner.[34]

Until the late 1990's, each and every segment of the electricity market was considered to be a natural monopoly – mostly at the Cantonal and Communal levels –, where competition was impossible due to the existence of an exclusive network and due to the fact that one cannot stock electricity.[35] Each Canton developed its own set of rules and regulations.[36] Nonetheless, the general trends in Europe demonstrated that the division of the electricity market into four specific segments, *i.e.*, production, transmission, distribution and sale, enables some segments to be subject to competition. Specifically, production and sale were thought to be the segments where competition would be most beneficial. In its 1999 Message on the Electricity Market Act,[37] the Federal Council decided that the transmission grid network would stay a natural monopoly, thus avoiding

30 See http://www.admin.ch/ch/e/rs/c101.html. Last accessed: 15.07.2011.
31 Arrêt du Tribunal fédéral, ATF 125 I 209, p. 221 *et sequ*. Available at: http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm. Last accessed: 15.07.2011.
32 Arrêt du Tribunal fédéral, ATF 125 I 209, p. 222.
33 André Grisel, p. 201.
34 Vincent Reardon, p. 21. André Grisel, p. 202 *et sequ*.
35 Message concernant la loi sur le marché de l'électricité (LME), du 7 juin 1999 (hereinafter : Message 1999 6646), Feuille fédérale, 1999 6646, p. 6666. Available at: http://www.admin.ch/ch/f/ff/1999/6646.pdf. Last accessed: 15.07.2011.
36 See Weber/Kratz, p. 96-110.
37 Message 1999 6646, p. 6667 *et sequ*.

expensive duplicative transmission grids and also for environmental reasons. Concerning access to the regulated markets at the production and supply levels, the Federal Council decided to favor of competitive markets in these fields.

2. Liberalization of the European Electricity Market

As mentioned earlier,[38] Switzerland's transmission grid network is very important for the European Union. At the same time, the European electricity market is not and cannot be ignored by Swiss electricity companies. Thus there is an interdependence between the two. Nevertheless, given the European Union's size, Switzerland has to take into account the evolution of the European electricity market structure as well as related legislative developments. Indeed, it is crucial for Switzerland that the international market is regulated as efficiently as possible and that the rules governing the access to the electricity market be clearly defined, taking into account the specificities of each country.[39] It is a foreign policy goal for the Swiss Government to further develop Switzerland as an interface of the electricity market within Europe. The Federal Council pursues three primary goals, namely (1) a secure supply of energy, (2) the guarantee of a competitive energy market, and (3) the promotion of a more environmentally responsible usage of energy.[40] Thus, the impact of European legislation on Switzerland is critical to properly understand Switzerland's domestic electricity policy.

In this section, we will briefly present Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity (hereinafter: Directive 96),[41] Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC (hereinafter: Directive 2003),[42] and Regulation (EC) No 1228/2003 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in

38 See Introduction and Part I.3 above.

39 PricewaterhouseCoopers, *Droit de l'électricité – Textes légaux sur la libéralisation* (hereinafter : PricewaterhouseCoopers), February 2009, p. 3.

40 PricewaterhouseCoopers, p. 10.

41 OJ L 027, 30/01/1997 P. 0020-0029.
Available at: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0092:EN:HTML.
Last accessed: 15.07.2011. Two previous Directives provided for a first phase for the completion of the internal market in electricity: Council Directive 90/547/EEC of 29 October 1990 on the transit of electricity through transmission grids and Council Directive 90/377/EEC of 29 June 1990 concerning a Community procedure to improve the transparency of gas and electricity prices charged to industrial end-users.

42 OJ L 176/37, 15.07.2003.
Available at: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:176:0037:0055:EN:PDF.
Last accessed: 15.07.2011.

electricity (hereinafter: Regulation 2003),[43] insofar as they impact on Switzerland's own reflection of an open electricity market. Indeed, as will be presented in subsequent sections, Switzerland's legislation "follows" the EU's, due to "Euro-compatibility" concerns.

It should be remembered that one of the most vital goals of the European Union, as Article B of the Maastricht Treaty – signed on 7 February 1992 and entered into force on 1 November 1993 – indicates, is to "to promote economic and social progress which is balanced and sustainable, in particular through the creation of an area without internal frontiers, through the strengthening of economic and social cohesion and through the establishment of economic and monetary union, ultimately including a single currency in accordance with the provisions of this Treaty."[44] A common electricity market must be understood within this framework. Indeed, Directive 96 indicates in its recitals (no. 1) that "it is important to adopt measures to ensure the smooth running of the internal market; whereas the internal market is to comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured." Moreover, it further states (no. 12) that "whatever the nature of prevailing market organization, access to the system must be open in accordance with this Directive and must lead to equivalent economic results in the States and hence to a directly comparable level of opening-up of markets and to a directly comparable degree of access to electricity markets." Article 1 of Directive 96 declares that it "establishes common rules for the generation, transmission and distribution of electricity. It lays down the rules relating to the organization and functioning of the electricity sector, access to the market." Article 3 § 1 of Directive 96 on the general rules for the organization of the sector states that "Member States shall ensure … that … electricity undertakings are operated in accordance with the principles of this Directive, with a view to achieving a competitive market in electricity, and shall not discriminate between these undertakings as regards either rights or obligations."

Both Directive 2003 and Regulation 2003 indicate a willingness to further the liberalization of the electricity market. Indeed, Directive 2003 states (recital no. 2) that "Experience in implementing [Directive 96] shows the benefits that may result from the internal market in electricity, in terms of efficiency gains, price reductions, higher standards of service and increased competitiveness. However, important shortcomings and possibilities for improving the functioning of the market remain, notably concrete provisions are needed to ensure a level playing field in generation and to reduce the risks of market dominance and predatory behavior, ensuring non-discriminatory transmission and

43 OJ L 176/1, 15.11.2003.
Available at: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:176:0001:0010:EN:PDF.
Last accessed: 15.07.2011.

44 See http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html.
Last accessed: 15.07.2011. The last of the series of Treaties is the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007. Article 2 § 3 of said Treaty states that "The Union shall establish an internal market." Available at: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:EN:PDF.
Last accessed: 15.07.2011.

distribution tariffs, through access to the network on the basis of tariffs published prior to their entry into force, and ensuring that the rights of small and vulnerable customers are protected and that information on energy sources for electricity generation is disclosed, as well as reference to sources, where available, giving information on their environmental impact." Moreover, Directive 2003 (at recital no. 6) clearly indicates that "For competition to function, network access must be non-discriminatory, transparent and fairly priced." Furthermore, according to Regulation 2003 (recital no. 7), "It is important that third countries that form part of the European electricity system comply with the rules contained in this regulation in order to increase the effective functioning of the internal market."

One significant change from Directive 96 to Directive 2003 is the focus on the regulatory authorities. Indeed, Article 22 of Directive 96 briefly mentions that "Member States shall create appropriate and efficient mechanisms for regulation, control and transparency so as to avoid any abuse of dominant position, in particular to the detriment of consumers, and any predatory behavior. …" On the other hand, Article 23 of Directive 2003 is more than two pages long and includes 12 paragraphs.[45] The emphasis has thus shifted from a simple liberalization to a new corpus of European regulatory measures concerning the electricity market. Another change relates to customer protection. Indeed, Article 3 § 3 of Directive 2003 indicates that "Member States shall ensure that all household customers... enjoy universal service, that is the right to be supplied with electricity of a specified quality within their territory at reasonable, easily and clearly comparable and transparent prices."

It should be noted that the European Union has replaced Directive 2003 by a new Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC. Regulation 2003 has equally been repealed by Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003.

3. Refusal by the Swiss Population of the Electricity Market Act ("EMA")

One must remember that Switzerland benefits from a strong tradition of direct democracy.[46] One of the consequences of direct democracy is the control by the People of Federal legislation via the "optional referendum" instrument. Indeed, Article 141 § 1(a) of the Federal Constitution states that "If within 100 days of the official publication of the enactment any 50,000 persons eligible to vote or any eight Cantons request it, [federal acts] shall be submitted to a vote of the People." Thus, the Swiss population can either

45 One can find the exact wording of Article 22 of Directive 96 in Article 23 § 8 of Directive 2003.

46 The famous *Landsgemeinde* (traditional public vote) is still used in parts of Switzerland.

confirm or reject the choice of the Legislator. The rejection of EMA by the People on 22 September 2002 illustrates this particular democratic instrument available in Switzerland.

The elaboration of EMA was a reaction to the liberalization of the European Union's electricity market and a consequence of Switzerland's strategic location within Europe as an electricity hub, with an export in 1999 output of 50%, the highest output in Europe. Moreover, the Government decided to assist Swiss large industrial consumers to remain competitive with their European counterparts.[47] EMA also reflected Switzerland's strategy – since the rejection of entry into the EU in 1992 – *vis-à-vis* the EU, *i.e.*, its laws should be "Euro-compatible" in order to enhance the free movement of people, products, services and capital between these two economic entities.

EMA's main goal was to increase the electricity output via competition. The liberalization of the domestic market and the free choice of supplier by consumers were key elements which aimed to ensure competition and the supply of electricity as efficiently as possible. EMA thus proposed to guarantee to every consumer and supplier free access to the network. The network, however, would have remained a monopoly because neither the economy nor the protection of the environment could permit the creation of parallel networks. EMA envisioned the creation of general agreements enabling efficient services and a free access to the network, while keeping the transmission and distribution within a monopolistic structure. Another goal was to create macro-economic advantages, not only to the big consumers, but to all consumers, whether "big" or "small". Nonetheless, the Swiss Government realized that competition does not by itself automatically guarantee an optimal supply nor does it necessarily take into account the macro-economic imperatives. Thus the Government decided it was necessary to draw up some general agreements taking these elements into account and address the difficulties of transiting from a closed market to an open one. EMA also encouraged the privatization of the public companies in order to limit political influences that might impact on the choice of supplier. Finally, as already mentioned, EMA planned to be "Euro-compatible".[48]

In its Message,[49] the Federal Council anticipated various effects that EMA would have on the Swiss electricity market. As generally expected with liberalization, consumers would profit from a diminution of price. With respect to electricity undertakings and the electricity infrastructure, two effects were expected, namely (1) prices should drop and (2) a concentration of the various actors would occur within the electricity market. These effects however would be different for (1) undertakings that produce electricity as opposed to (2) undertakings in charge of distributing electricity.

With respect to undertakings at the distribution level, even though the pressure to decrease the price of electricity should be less stringent than at the production level, one could

47 Message 1999 6646, p. 6649.
48 Message 1999 6646, p. 6649 *et sequ.*
49 Message 1999 6646, p. 6681.

also expect concentrations at this level of the market, in order to negotiate the supply of electricity at a competitive price. Equally important was the possibility of diversification to other markets and concentration with foreign undertakings, as was witnessed in other countries.[50]

The lobbies supporting the referendum were the political parties on the left, members from various trade unions, and consumers' organizations. They argued that liberalization would drive up electricity prices, imply risks with respect to the network's quality and investments, harm the public service, and cause massive and unjustified layoffs. Moreover, "small" consumers would be disadvantaged due to fact they would pay the amortization of the investments when the system would be functioning correctly and would be required to bear the increase of prices when there would be a shortage.[51] The People rejected EMA by 1,078,412 nays to 972,770 yeas on 22 September 2002.[52]

4. Cartel Act's Role in Liberalizing the Electricity Market

4.1. Cartel Act and Liberalization

As suggested earlier, there is significant interaction between competition (and competition law) and monopolies. Indeed, the opening-up of the electricity market is a prime example of the State disengaging itself from a market once thought unsuitable for competition and subsequently accepted – or at least tolerated – as appropriate for competition.

Switzerland enacted its first Cartel Act in 1962. The purpose of the Act was to enable private actions in competition matters to be filed before civil courts, either by a party not member of a cartel who was unable to enter a market, or by a member of a cartel who objected to overly rigid rules.[53] The inadequacies of the 1962 Cartel Act became evident, and consequently the 1985 Cartel Act focused on administrative measures in order to preserve competition as an institution of a market-based economy[54], and not solely as a means to protect the economic personality of the plaintiff.[55] The focus of the Cartel Act had thus shifted from protecting the economic personality of private parties to protecting competition as an institution of a market economy based on liberal principles. The Cartel Act was subsequently revised in 1995 (full revision) and in 2003 (partial revision). These

50 Message 1999 6646, p. 6681.
51 Vincent Reardon, p. 33.
52 Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 22 septembre 2002, du 26 novembre 2002, Feuille fédérale 2002 7264. Available at: http://www.admin.ch/ch/f/ff/2002/7264.pdf. Last accessed: 15.07.2011.
53 Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), du 23 novembre 1994 (hereinafter: Message LCart), Feuille fédérale 1995 I 472, p. 480. Available at: http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/showDoc.do. Last accessed: 15.07.2011.
54 Message LCart, p. 481.
55 Anne-Catherine Hahn in: *Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschänkungen*, Bern 2007, p. 146.

revisions were even more concerned with market efficiency.[56] The State may however still limit the application of the Cartel Act. An illustration of this possibility is Article 3 § 1 of the Cartel Act which states that "Statutory provisions that do not allow for competition in a market for certain goods or services take precedence over the provisions of this Act. Such statutory provisions include in particular:

a. provisions that establish an official market or price system; and
b. provisions that grant special rights to specific undertakings to enable them to fulfill public duties."[57]

This paradigmatic shift is also seen with respect to the electricity market. Indeed, in the 1980's for example, the Supreme Court decided against the application of the 1962 Cartel Act in a civil case arguing that the monopoly was in fact performing a public duty.[58] The Supreme Court upheld a communal decision refusing to grant a mandatory authorization to a potential competitor of the electricity monopoly. Nowadays, the tendency is to reconcile public duty with competition, such as granting an authorization to a certain number of competitors.[59] Indeed, when a public service is *a priori* admissible, it has to be set up and managed in such a way as to preserve, within reason, competition within that market. Other monopolies or exclusivities should be forbidden.[60]

4.2. Supreme Court Decision in the case of *Entreprises Électriques Fribourgeoises* (ATF 129 II 497)[61]

4.2.1. Facts

Entreprises Électriques Fribourgeoises (hereinafter: EEF) had transformed itself from a state-owned company into an incorporated company by popular vote in 2001 (with ownership remaining in the hands of the Canton of Fribourg). EEF produces and runs

56 Walter A. Stoffel, *Das revidierte Wettbewerbsgestz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts – Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn jahren*, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (edit.), *Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen*, Zürich/Genève 2004, p. 1, 21.

57 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition, hereinafter : Cartel Act). English translation available at: http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/251.en.pdf. Last accessed: 19.11.2009.

58 Arrêt du Tribunal fédéral, ATF 110 II 220, 224. Available at: http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm. Last accessed: 15.07.2011.

59 Vincent Martenet, *La notion de service public en droit suisse*, in: Thierry Tanquerel/François Bellanger (edit.), *Le service public*, Genève/Zürich/Bâle 2006, p. 9 (hereinafter : Vincent Martenet), 16.

60 Vincent Martenet, p. 29.

61 Arrêt du Tribunal fédéral, ATF 129 II 497. Available at: http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm. Last accessed: 19.11.2009. This whole subsection derives from the abovementioned Supreme Court Decision.

an electrical network in the Canton of Fribourg. Migros, which is a major food and other household items retailer in Switzerland, owns daughter companies within the Canton of Fribourg. Until 1999, two of its daughter companies (ELSA and Micarna)[62] were supplied with electricity by EEF. Migros had agreed with Watt Suisse AG (hereinafter: Watt), however, that Watt would supply certain of Migros' affiliated companies with electricity. Consequently, ELSA and Micarna terminated their agreements with EEF and asked EEF to permit Watt's electricity to transit through its network. EEF refused to comply with said demands until the possible entry into force of EMA.

Watt and Migros denounced EEF's refusal to deal to the Swiss Competition Commission[63] as an abuse of a dominant position in accordance with Article 7 of the Cartel Act. According to Watt and Migros, this market did not enjoy any established official market or price system, as provided by Article 3 § 1 of the Cartel Act. EEF argued, among others, that the Canton of Fribourg had established a particular market regime for the transmission of electricity. ComCo found that EEF had a dominant position according to Article 4 § 2 of the Cartel Act in the regional and supra-regional transmission of electricity and in the distribution of electricity within that area and that EEF had abused its dominant position. EEF appealed to the competent authority but the appeal was rejected on the merits. EEF then appealed to the Supreme Court which also rejected it on the merits.

4.2.2. Supreme Court Decision

In its decision, the Supreme Court had to verify whether the Cartel Act was applicable, in principle, to undertakings that distribute and supply electricity, most notably in transmitting and using third party electricity facilities.

The Supreme Court recognized that Switzerland's electricity production comes mainly from the hydraulic energy. Contracts have been handed out by the State (either Communes, Cantons or, rarely, the Confederation) to third parties to harvest this energy. The Supreme Court concluded this is the reason why the electricity market has evolved in such close collaboration with the public authorities. Moreover, many entities harvesting hydraulic force are in public hands. This situation resulted in an exclusion of third parties either producing energy or being able to sell their electricity to customers within a given territory via these local entities' networks.

The Supreme Court acknowledged that it had decided in 1984 against applying the 1962 Cartel Act in a civil case by stating that electricity undertakings were fulfilling a public duty. Nonetheless, this point of view had been challenged at the EU level with Directive 96 and within Switzerland, with the proposal of EMA. The purpose of both Di-

62 Estavayer Lait SA (hereinafter: ELSA) and Micarna SA (hereinafter: Micarna).

63 Commission fédérale de la concurrence (Swiss Competition Commission, hereinafter : ComCo). Information available at : http://www.weko.admin.ch/index.html?lang=en. Last accessed : 15.07.2011.

rective 96 and EMA was to oblige the transmission network operator and the distributor to transmit, in a non-discriminatory manner, the electricity of other producers as well. The opening-up of the market would have been accomplished in stages, according to EMA, and a specific federal commission would have been created to rule on litigation in this matter. Consequently, EMA would have been a *lex specialis* with respect to the Cartel Act and the Cartel Act would thus not have been applicable to the electricity market.

The Supreme Court acknowledged that the Swiss population rejected EMA on the 22 September 2002 and that EMA had not come into force. The question before the Supreme Court was whether the Cartel Act now applied to the electricity market in general or whether ComCo's decision to open-up the electricity market was contrary to the vote of the Swiss population. Indeed, according to Article 164 § 1 of the Swiss Federal Constitution, "All significant provisions that establish binding legal rule must be enacted in the form of a federal act." The Supreme Court weighed whether the opening-up of the electricity market should necessitate the coming into force of a federal act or whether it could be decided by ComCo on a case-by-case basis. The Supreme Court indicated that during the debates before the referendum the Federal Council had told the People that a rejection of EMA would not mean that the market would not be liberalized. The Supreme Court summed up its reasoning by declaring that the Swiss population rejected EMA with full knowledge of the possible consequences, and the Supreme Court declared that the Cartel Act was in principle applicable to the electricity market.

Even though the electricity market was in principle subject to the Cartel Act, the Supreme Court had to verify whether Article 3 § 1 of the Cartel Act (*i.e.*, the market under investigation enjoyed an established official market or price system) applied to the case before it, as argued by EEF. The Supreme Court analyzed whether the electricity market in the Canton of Fribourg was a legal or factual monopoly, and in case of a factual monopoly, what analysis should be made of the legislative corpus.

Regarding the notion of factual monopoly, the Supreme Court admitted that EEF had a factual monopoly in the electricity market in the Canton of Fribourg. Nevertheless, in line with the existing legal theories, a factual monopoly does not exclude the application of the Cartel Act. Yet, the monopoly existed only in the context of the construction and maintenance of the electricity network, not necessarily the usage of said network.

The last argument that the Supreme Court analyzed with respect to the electricity infrastructure was the notion of public duties. Given that there was no clear rule applicable to the case before it, the Supreme Court reasoned that the main criteria was to determine whether the fact that the market under investigation is subject to the Cartel Act necessarily obstructs the exercise of the undertaking's public duties. The Supreme Court decided against this interpretation indicating that EEF had even admitted that it produced only half the electricity it sold. The Supreme Court decided that third parties could sell directly to end-consumers by using EEF's network.

The Supreme Court also determined that EEF had a dominant position and that it had abused said position. The liberalization of the Swiss electricity market arrived through the back door. Indeed, the Supreme Court's decision opened the electricity market to competition, notwithstanding the absence of any precise rules. The Federal Legislator subsequently acted to regulate the opening up of the electricity market notwithstanding EMA's refusal by the Swiss population (see *infra* Part III.).

Part III: Liberalized Market – Legal Basis and Facts

On 1 January 2009 Switzerland fundamentally changed its electricity market structure in order to adapt it, in a two-phase approach, to the European electricity market. A new Act, the Electricity Supply Act (ESA), regulates the key points of electricity supply in Switzerland. The new Federal regulation extensively amended the Cantons' jurisdiction over the electricity sector. Different laws, originating as much from the Federal level as from the Cantonal level, created a whole *corpus* regulating the electricity market (1). According to the principle of subsidiarity, the Cantons as well as the parties concerned continued to exercise many specific tasks (2). One significant aspect accompanying the liberalization of the electricity market is the increase of the production of clean energy (3). Moreover, an open market must be transparent. In order to achieve this goal, the various segments of the market have been separated (4). During the first phase of the current liberalization of the electricity market, major consumers may choose to supply themselves with electricity in the open market, while other consumers, such as companies consuming less than 100 MWh and households, are still confined to the regulated market. Furthermore, the separation of the different segments has created a transparent invoicing system (5). The supply of electricity requires a high-performance infrastructure. Most notably, the transmission network grid system is a crucial link in order to secure the necessary amount of electricity. In order to achieve this goal, a national company, owner and operator of this transmission grid, has been set up (6). Finally, in order to secure the proper functioning of the liberalized of the electricity market, the Federal Electricity Commission (ElCom) was created. It oversees all of the regulated markets and rates, while other regulators, namely ComCo and the Price Supervisor, oversee the open market (7).

1. Legal Origins

1.1. In General

Switzerland is a Confederation within which the legislative competencies are divided between the Confederation, acting as the national center of power, and the Cantons,

the 26 regional powers. Thus, it is important to understand the partition of the various competencies between the Confederation and the Cantons, before investigating more fully the liberalization of the electricity market.

According to the first sentence of Article 3 of the Federal Constitution, the Cantons are sovereign except to the extent that their sovereignty is limited by the Federal Constitution. Thus, the Confederation has jurisdiction over a given area of law only where the Constitution provides it. As long as an area of law is not allocated to the Confederation, or the Confederation has refrained from exercising its powers to regulate over a given area, the Cantons remain competent over said area of law and may choose to legislate in any specific way that they wish, provided they respect the Federal Constitution, the Federal legislative *corpus*, and their own Cantonal Constitution. According to this reasoning, an area of law may be subject to exclusive Federal jurisdiction, to exclusive Cantonal jurisdiction, or to both Federal and Cantonal jurisdiction. One refers to this last case as concurrent jurisdiction. It is understood that the Cantons continue to regulate specific points within that given area of law, as long as the Confederation does not regulate such specific points of law.[64]

Historically, the electricity sector was regulated at the Cantonal level. Nowadays, the regulatory oversight of the Cantons is still very much present. Consequently, the electricity sector is subject to concurrent regulatory oversight of the Confederation and the Cantons.

The regulation of the electricity sector is set forth in many different acts.[65] It is not limited solely to the regulatory oversight of the electricity market, but also takes into account the needs of energy policy and measures related to the environment. The Cantons maintain a regulatory oversight in many different areas, either exclusively or concurrently with the Confederation. Both at the Federal and Cantonal level, the legislation covering the electricity market is very dispersed without either a substantive or a formal unity.

1.2. Federal Law

Article 89 of the Federal Constitution sets forth for the general objectives of the Federal energy policy. It establishes the principle of a sufficient, diverse, safe, economic and environmentally sustainable energy supply as well as the economic and efficient use of energy. Article 91 of the Federal Constitution grants the Confederation the necessary powers to regulate the transmission and supply of electricity. Based on this Article, the Confederation may create a monopoly for the transport of electricity, fix rates, regulate activities of the electricity companies, establish a right to access the network, and plan security measures

64 Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5ed, Zurich, 2001, p. 299 *et sequ*.

65 For an overview of the Federal legislation, see: SFOE, *Bases légales de la politique fédérale*. Available at: http://www.bfe.admin.ch/themen/00490/00497/00498/index.html?lang=fr. Last accessed: 15.07.2011.

governing the supply of electricity, such as the mandatory linkage to the network or the distribution of electricity.[66] Since Article 91 influences the Swiss economy, the Articles related to the Swiss economy (Articles 94-107 of the Federal Constitution) have to be taken into account. Article 90 of the Federal Constitution grants the exclusive power to the Confederation to regulate nuclear energy. It is indeed clear that the use of such source of energy for civilian means requires a unified regulation.[67] Article 76 of the Federal Constitution provides the guiding principles for the use of water as a source of energy. Regarding the remaining areas of the electricity sector, the Cantons are mostly competent (see *infra* 1.3.).

The Energy Act[68] (and its Execution Ordinance, the Energy Ordinance) establish the necessary framework for energy policy, as well as its guiding principles. It states that the energy is supplied by companies operating within the electricity market and requires the Confederation and the Cantons to establish the general conditions enabling these companies to assume their responsibility, bearing the public interest in mind. The guiding principles of Article 89 of the Federal Constitution are mentioned in Article 5 of the Energy Act: a secure supply implies a sufficient and diversified offer of energy as well as a secure and effective system of technical distribution. An economic supply is to be based on market forces – including the international competitiveness of the electricity supply companies – as well as coordinated energy policies at the international level. A supply in line with environmental requirements includes a prudent use of natural resources, the usage of renewable energies, and the prevention of lasting or harmful consequences for the environment and for mankind. The Energy Act in effect aims to achieve the promotion of renewable sources of energy as well as energy savings (see *infra* 3.).

The ESA (Electricity Supply Act) and its execution Ordinance regulate the objectives of supplying electrical energy in Switzerland.[69] The objectives of ESA are to secure a sufficient, diverse, sustainable, and safe electricity supply, to create an electricity market based on competition and to reinforce the competitiveness of the Swiss electricity companies at the international level. Moreover, ESA provides a legal right to be linked to the network for the producers and consumers alike.[70] ESA guarantees the freedom of access to the network and fixes the corresponding terms and conditions for such access. The consumers who opt for a basic supply benefit from a right to be supplied with the

66 Message 2005 1493, p. 1558 *et sequ.*

67 Giovanni Biaggini, *BV – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zurich 2007, ad art. 90, no 2.

68 Loi sur l'Energie du 26 juin 1998 (RS 730.0) (hereinafter : Energy Act). Available at : http://www.admin.ch/ch/f/rs/c730_0.html. Last accessed: 15.07.2011.

69 Ordonnance sur l'approvisionnement en électricité du 14 mars 2008 (RS 734.71) (Electricity Supply Ordinance). Available at: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c734_71.html. Last accessed: 15.07.2011.

70 The legal protection to free linkage of the electricity supply is not boundless. In principle, ESA does not require the network's manager to grant linkage to his network for parcels outside of constructible zones. Moreover, minimal requirements with respect to the linkage must be fulfilled. Federal, Cantonal, or Communal provisions may forbid or grant, subject to authorization, the linkage of specific electrical equipments for security reasons or due to policy concerns. Source: Message 2005 1493, pp 1528-1529. See also *infra* 2.1.

requested amount of electricity by the network's manager, based on quality standards and fair rates. The liberalization of the electricity market will occur in two phases. The first phase started on 1 January 2009 and limited itself to the electricity supply companies and major consumers. Thus, only the above two categories of companies can currently choose their electricity supplier in the open market. The second phase, which covers all electricity consumers, is scheduled to come into force on 1 January 2014.[71] Households will be able to either opt for the supplier of their choice within the rules of the market or to automatically be entered into a regulated market, the so-called "Model of guaranteed electricity supply". Households which opt for the second alternative will benefit from extended guarantees. Indeed, they will continue to rely on the local network manager to deliver the desired quantity of electricity which will comply with certain quality standards and fair prices.

Other Federal Acts are applicable to the electricity sector, but a complete enumeration would go well beyond the scope of this chapter. Notwithstanding, the following Acts will be briefly mentioned, namely the Electricity Facilities Act,[72] the Usage of Hydraulic Forces Act,[73] and the CO^2 Act.[74] The Electricity Facilities Act provides the Confederation with exclusive jurisdiction over the oversight of the construction, usage, and maintenance of electricity facilities with high or low voltage and regulates the liability of the companies operating these facilities.[75] The Usage of Hydraulic Forces Act provides the Confederation with exclusive jurisdiction over the oversight and regulation of the usage of hydraulic power and the agreements covering the usage of such power. One has to bear in mind that the hydraulic fees paid by the parties to the agreements amount to approximately CHF 400 million per year.[76] The CO^2 Act aims at reducing CO^2 emissions caused by the burning of fossil energies by taxing such acts. The CO^2 Act encourages the conservation of fossil energies and the use of "clean" sources of energy, such as renewable electricity.

1.3. Cantonal Law

As seen above, the Cantons can legislate only in areas where the Confederation does not benefit from exclusive jurisdiction by virtue of the Federal Constitution. With

71 However, the Federal Council reserved the possibility to postpone the second phase for another year. See *infra* Part IV.2.

72 Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant du 24 juin 1902 (RS 734.0) (hereinafter: Electricity Facilities Act). Available at: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c734_0.html. Last accessed: 15.07.2011.

73 Loi fédérale sur l'utilisation de la force hydraulique du 22 décembre 1916 (RS 721.80) (Hereinafter: Usage of Hydraulic Forces Act). Available at: http://www.admin.ch/ch/f/rs/7/721.80.fr.pdf. Last accessed: 15.07.2011.

74 Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO^2 du 8 octobre 1999 (RS 641.71) (Hereinafter: CO^2 Act). Available at: http://www.admin.ch/ch/f/rs/6/641.71.fr.pdf. Last accessed: 15.07.2011. The CO^2 Act is currently being revised.

75 The liability is a strict one, *i.e.*, the operator is liable as soon as a damage occurs and the cause originates from the electricity facility. The operator does not need to have done anything wrong.

76 Ruedi Sigg/Werner Röthlisberger, *La redevance hydraulique – principale taxe frappant l'utilisation de la force hydraulique en Suisse*, Bienne 2002, p. 5.

the entry into force of ESA, the Confederation has exercised its jurisdiction according to Article 91 of the Federal Constitution. Thus, the Cantons cannot edict any provisions restricting the market conditions established by ESA. The existing Cantonal provisions on this issue have become null and void as soon as ESA came into force, and these Cantonal provisions had to be repealed.

The Cantonal competencies regarding the production, and the sustainable and safe consumption of electricity are however not affected by the entry into force of ESA.[77] For example, the Cantons may create provisions allowing further taxes on the price in order to encourage sustainable consumption of electricity and use of green sources of energy.[78] Similarly, the Cantons have jurisdiction over the public land grants regarding the transmission and distribution networks for the supply of electricity including agreements related thereto.[79] The competencies of the Cantons include the possibility for them to impose specific conditions for the agreements on the usage of hydraulic forces in accordance with the Usage of Hydraulic Forces Act (see *supra* 1.2.).[80] Finally, the Cantons work hand in hand with the Confederation in order to execute some provisions of ESA (see *infra* 2.1.).

2. Cooperation and Subsidiarity

2.1. Cantonal Cooperation

The Swiss political system relies on extended cooperation in many different areas between the Confederation and the Cantons. The Cantons are thus frequently invited to execute some tasks related to Federal law.[81] With respect to its application, ESA contains provisions which are to be enforced by the Cantons (see Article 30 ESA).

The main task the Cantons have with respect to ESA is the designation of the territories of the network's managers working within their borders (Article 5 ESA). A territory covers, in principle, the geographic area in which a network's manager must link his clients to the network.[82] The goal is to prevent territories known as orphan territories. Notwithstanding a few exceptions, only final consumers located within a constructible zone and the producers must be linked to the network. Nevertheless, the Cantons may enact provisions regarding the linkage to the network outside of the building zones. Further, the Cantons may force network managers to link consumers outside of said manag-

77 Articles 76 and 89 of the Federal Constitution expressly reserve some Cantonal competencies on these issues.
78 Message 2005 1493, p. 1562.
79 Message 2005 1493, p. 1563.
80 Message 2005 1493, p. 1563.
81 According to Article 46 § 1 of the Federal Constitution, the Cantons shall implement Federal law in accordance with the Federal Constitution and Federal legislation.
82 Message 2005 1493, p. 1528.

ers' area of service. Moreover, the cantons may exempt some specific cases to the obligation to link, for example for very remote areas where the costs of linkage would be excessively high and where one can reasonably expect the inhabitants to support the operation of a power plant covering their electricity needs.[83] Within the territory, the network's manager must also secure supply for consumers who did not opt for the open market. As a general rule, the Cantons award the territories to the historic network's managers.[84]

Very few Cantons, such as the Canton of Geneva, have an exclusive network's manager. In most of the Cantons, a certain number of network's manager operate at a regional or communal level. The price of electricity may differ from one manager to another within very small territories. That is the reason why the Cantons are obliged to take some measures to reduce disproportionate differences between the various prices on their territory.

A large number of Cantons (as well as Communes) are also owners of electricity supply companies. These publicly-held companies have the same rights and obligations than their private counterparts.

Finally, the Cantons benefit from certain rights within Swissgrid. The Cantons have a pre-emptive right on the shares of Swissgrid and have two representatives on the board of directors of Swissgrid (see *infra* 6.).

2.2. Cooperation with the Concerned Parties

Article 3 ESA states that the concerned parties should be associated with the Confederation and the Cantons in order to apply the law. In other words, prior to enacting execution decrees, the Confederation and the Cantons must first consult with the concerned parties to determine whether the parties have already adopted, or are planning to adopt, comparable measures. This approach aims to profit from synergies, agreements and expertise of the members operating existing structures.[85] Following this reasoning, ESA, as well as its Execution Ordinance, do not go into so many details but instead refer to the directives of the network's managers.[86] In conformity with the subsidiarity principle described above, SFOE may enact execution provisions in these areas only when the network's managers disagree concerning the regulation to enact or in the event the proposed regulation is not adapted to the evolution of the market (Article 27 § 4 of the Electricity Supply Ordinance).

The actors in the electricity market have, within SEA – their parent association, already published detailed regulatory guidelines.[87] These guidelines most notably con-

83 Message 2005 1493, p. 1529.
84 Message 2005 1493, p. 1528.
85 Message 2005 1493, p. 1513.
86 Article 27 § 4 of the Electricity Supply Ordinance lists the provisions that enable the network's managers to create their own regulation after mandatory consultation with representatives of the final consumers and producers.
87 See http://www.electricite.ch/fr/dossiers/marche-de-lelectricite.html. Last accessed: 15.07.2011.

cern technical and accounting standards already applied in the sector but currently only approved in part by the representatives of the final consumers and producers.[88]

These guidelines – elaborated within a private association – do not benefit from the same protection as Acts of the Federal Assembly. The proposed rules have an authoritative standing only when an administrative authority or a court refers to it. This regulation is thus only considered as a source of inspiration for the administrative authorities and the courts.[89] In practice, the authority and court usually do not ignore these guidelines easily, without any reason. Indeed, ElCom has already had the opportunity to refer to the SEA guidelines in its ruling.[90]

3. Promotion of the Production of New Renewable Energy

An important element of the Energy Act is the promotion of the production of new renewable energy. This Act states that the electricity production originating from new renewable sources of energy should increase by at least 5,4 billion kWh from present levels until 2030. This amounts to approximately 7% of the current level of electricity consumption.[91] The following sources of energy are included in this amount, namely solar, geothermal, wind, hydraulic up to a power of 10 MW, biomass and waste resulting from biomass energy (Article 7a of the Energy Act). On the contrary, the large hydro plants do not benefit from this regime provided in Article 7a of the Energy Act.

In order to achieve this objective, the Energy Act combines a number of measures in order to favor the construction of new renewable energy plants and their expansion in their effectiveness. Thus, owners of such plants enjoy a right to sell their energy on a cost-covering remuneration basis. The cost-covering remuneration is based on the cost price of a typical plant using the best technologies for each type of plant (Article 3b of the Energy Ordinance). The owners of older plants continue to benefit from the fixed rate of 15 centimes per kWh that was granted under the previous regulation. The producers can also choose to sell their electricity on the market as green energy. In this case, the amount of the payment must be negotiated with the network's manager.[92]

88 The structure of the SEA Guidelines is the following: a main document, called 'MMEE-CH' describes the main principles. Further key-documents reveal in detail the technical aspects of the topic under study. The application documents as well as the Instruments, Software et Manuals are considered support products.

89 SFOE, Questions et réponses (FAQ) concernant la législation sur l'approvisionnement en électricité (hereinafter: SFOE, Questions et réponses).
Available at: http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/00613/index.html?lang=fr&dossier_id=02090, p. 2. Last accessed: 15.07.2011.

90 As a first example, cf. ElCom Decision dated 14 May 2009, *Zuordnung zu einer Netzebene, Netznutzungsentgelt und Systemdienstleistungen*. Available at: http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00013/index.html?lang=fr, p. 7. Last accessed: 15.07.2011.

91 SEA, *Électricité 2009-2010*, p. 5.

92 See SFOE, *Fiche d'information 2 du 17 mars 2008, Rétribution du courant injecté à prix coûtant*.
Available at: http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/02073/index.html?lang=fr&dossier_id=02090. Last accessed: 15.07.2011.

The mandatory trade-in regarding electricity produced by new renewable sources is financed by a tax on each kWh of consumed electricity (Article 15b of the Energy Act). This supplement currently stands at 0.45 centimes per kWh and can be passed on to the final consumers.[93]

4. Unbundling as an Instrument of Liberalization

The liberalization of the electricity market means that consumers may choose their electricity supply from the supplier of their own choice, notwithstanding the preferences of the owner or the manager of the network. Thus, consumers enjoy a free access to the network and pay the network's manager in return for the usage of said network.[94] As the network constitutes a natural monopoly, the network's managers, operating at various levels, might be tempted to cross-subsidize their activities between their monopolistic duties and their services subject to the rules of the market. The unbundling of the management of the network from the other commercial activities hinders the risk of such market distortion.

Unbundling creates the necessary transparency enabling consumers to access the network in a non-discriminatory manner. Articles 10 *et sequ*. ESA cover the unbundling requirements. Indeed, the network's manager must separate the transmission and distribution from the other levels of the creation of value.

Regarding the distribution network, the unbundling concerns the accounting and the economic data related to the network, but does not include either the organization (legal unbundling) or the ownership of the actual physical property. The unbundling of the accounting is mandatory for all the network's managers, notwithstanding their size. The companies comply with this unbundling principle by creating separate annual reports and distinct analytical accounting, by keeping the economic data regarding the usage of the network separate from its other activities as well as by creating a separate invoicing mechanism. Keeping the data separate means that sensitive economic information obtained by a network manager must be analyzed in a confidential manner and cannot be used by other segments of the same company. The unbundling of information has been a technical challenge. The investments required to comply with this type of unbundling have been immense, most notably for small-scale electricity supply companies.

Regarding the transmission network, the unbundling is far more comprehensive. It operates at both the organizational and ownership levels (see *infra* 6.).

93 See http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=fr&msg-id=28572. Last accessed: 15.07.2011.

94 The regulation of the network's access terms and the ways to calculate the amount of the remuneration of the network's manager constitute the main aspects of ESA. The access to the network is thus free and its remuneration regulated (cf. articles 13 *et sequ*. ESA).

5. Electricity Supply

5.1. Supply of Consumers in the Open Market

Switzerland chose to liberalize its market in two distinct phases. During the first phase,[95] started 1 January 2009, the electricity supply companies[96] and major consumers may opt, but are not obliged, to supply themselves with electricity from the open market (Article 11 of the Electricity Supply Ordinance). Major consumers are defined as end-consumers who use more than 100 MWh per year on a consumption site.

In concrete terms, the supply of electricity on the open market supposes a free and, for the time being, voluntary access to the network. The free access to the network corresponds to the right to transport electricity through third parties' networks in exchange for a remuneration for the usage of said networks. It means that end-consumers have the right to freely choose their electricity supplier according to the rules of the market. Moreover, the network's managers are paid for granting access to their networks with their rates overseen by ElCom.

The free access to the network is not automatic. The major consumers willing to obtain their electricity according to the rules of the market system must exercise their right to do so. Each year, the major consumers can advise their respective network's manager by October 31st of their desire to supply themselves according to the rules of the market system starting January 1st of the following year. The consumers having done so are not obliged to change their supplier and may remain with the network's manager within their territory.[97] In this case, the cost of the electricity is not based on the fixed rate but on the market value (or negotiated price). It is important to note that by making use of the right to access the market system, consumers cannot subsequently rescind this decision and benefit from the fixed rate system. Thus, major consumers who chose to operate within the open market system must ensure that they will continue to receive an adequate supply (both in quantity and quality) of amounts of electricity according to their respective agreements.

The legal relationships between the various actors of the market are of a contractual nature. The end-consumers in the open market will enter into a linkage and usage agreement with the network's manager in their territory with respect to the network, and into a supply and purchase agreement with the electricity supplier. In principle, the electricity supplier and the network's manager resort to separate invoicing. Nevertheless, the consumers may request that the network's manager send its invoice to the electricity supplier in order for the consumer to receive only one invoice (Article 9 of the Electricity

95 For explanations concerning the second phase of the opening-up of the electricity market, see *infra* Part IV.1.

96 Message 2005 1493, p. 1530.

97 ElCom Decision, dated 25.06.2009, *Lieferpflicht und Tarifgestaltung für feste Endverbraucher nach Artikel 6 StromVG; Qualifikation der (…) als Endverbraucherin, die auf Netzzugang im Sinne des StromVG verzichtet*, p. 8. Available at: http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00013/00064/00068/index.html?lang=fr. Last accessed: 15.07.2011.

Supply Ordinance). The network's manager and the electricity supplier have a special interest in entering into a mutual general agreement in order to clarify their relationship in respect of their common clients.[98]

5.2. Supply of Consumers according to the Basic Supply

During the first phase of the liberalization of the electricity market, the basic supply is the main system of supplying the consumers.[99] Consumers who benefit from the basic supply system are those consumers who consume less than 100 MWh per year and those who decide not to exercise their right to the free access of the market system (Article 6 § 1 ESA).

In the basic supply system, consumers have a legal right to the supply at all time of any amount of electricity they use, at a regulated quality and at a fair rate. Every network's manager secures for its territory the basic supply in electricity. The definition of fair rate is found in the Electricity Supply Ordinance and requires that the network's manager supplies the electricity according to the 'fair' price.[100] This does not mean that the rates must be the same for all the consumers of a same network's manager, but they must be similar for consumers having the same characteristics of consumption. Indeed, a certain differentiation in fixing the rate is possible in order to take into account the costs of the network for every kind of consumption.[101] The rates are also valid for at least one year, and each increase must be motivated and provided to ElCom (see *infra* 7.).

Consumers within the basic supply system have only one interlocutor for all the aspects of electricity supply, which is the network's manager within their respective territories. The relationship between the two parties may be considered as administrative in nature, characterized by a subordinate relationship, or as contractual in nature which is based on an equal relationship. The qualification of the one or the other depends on the will of the Cantonal or Communal legislator within whose boundary the network's manager operates.[102]

5.3. The Nature of the Electricity Price

The separation of the various segments of the electricity market is also reflected in the pricing of the electricity. While previously a global rate comprised all the elements of

98 SEA published on its website model agreements. Available at: http://www.strom.ch/uploads/media/MVBM_02.pdf. Last accessed: 15.07.2011.

99 For explanations concerning the second phase of the opening-up of the electricity market, see *infra* Part IV. 1.

100 The rate is fair if it is based on the costs of production and on the long-term purchase agreements of the network's manager, and not on the market price. Nevertheless, if the costs of production are higher than the market prices, the rate will be based on the market price (Article 4 § 1 of the Electricity Supply Ordinance).

101 See: http://www.strom.ch/uploads/media/Guide-pour-structure-des-prix_CH_2009_F.pdf. Last accessed: 15.07.2011.

102 Susanne Michel, *Contrat de droit privé ou règlement de droit public?*, in: Bulletin, Revue spécialisée et informations des associations electrosuisse et AES, 1/2010, pp 66-67.

the electricity market, the new legislation sets up precise conditions with respect to the details of the invoicing. In concrete terms, an electricity invoice is divided into at least the three following parts: the use of the network, the supply of electricity, as well as the amount of taxes due to the public collectivities.[103]

According to the data available, an invoice for an average household would include the following information, namely, the use of the network would comprise about 46% of the total price, the supply of energy about 40%, and public taxes 14% including a tax of 2% for the cost-covering remuneration for feed-in to the electricity grid with new renewable energy[104] (see *supra* 3.).

Article 14 ESA provides for the principles which regulate the remuneration for the usage of the network. Pursuant to Article 15 ESA, the costs of the network taken into account in the electricity invoice comprise operating costs, capital costs related to the security of the network as well as its overall performance and effectiveness. Articles 15 ESA and 13 et seq. and 31a et seq. of the Electricity Supply Ordinance specify the method of calculating the accepted operating and capital costs (see also *infra* 7.2.). Managers of high level networks bill the managers of lower level networks as well as end-consumers who are directly connected to their grids. Managers of lower level networks then bill said rates to their own end-consumers connected to lower-voltage grids. The component of the electricity invoice regarding the remuneration of the network must in principle be considered as a consumption tax (centimes per kWh, non-degressive). Under specific circumstances, a basic amount is equally claimed.

Regarding the aspect of supply of energy to end-consumers within the basic supply system, Article 4 of the Electricity Supply Ordinance stipulates a particular rule which is very advantageous to the end-consumers. Pursuant to said provision, the supply component of the electricity invoice is based on production costs of an effective power plant and on long-term purchase agreements of the network's manager. Moreover, where the operating costs become more expensive than the market prices, then the supply component of the electricity invoice would be based on the lower market prices. Hence, network's managers who produce their own energy or who have financial stakes in low cost power plants are required to transfer their competitive advantages to their own end-consumers within the basic supply system and cannot therefore sell their energy at the market price (which is usually higher).[105]

Taxes may vary from one Canton to another and even between one Commune to another as each Canton and Commune has the liberty to fix its own tax rate. The most

103 For a comparison between the electricity prices' practice within Switzerland, see: http://www.prix-electricite.elcom.admin.ch/Start.aspx?lang=fr. Last accessed: 15.07.2011.

104 See https://www.swissgrid.ch/swissgrid/en/home/reliability/prices.html. Last accessed: 15.07.2011.

105 Directive 5/2008 de l'ElCom dated 4 August 2008. Available at: http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00077/00080/00082/index.html?lang=fr. Last accessed: 12.7.2011.

common taxes are the royalties to build and operate the network on the public domain and taxes to enhance energy savings' programs. One should note that the taxes indicated in the invoice are only part of the many taxes on electricity consumption. In reality, the taxes due to the public collectivities are higher, because some taxes, such as the hydraulic taxes and regular taxes, figure in the 46% of the use of the network and in the 40% of the supply of electricity. When one takes into account these 'hidden' taxes, the total amount of taxes approaches 25% of the total invoice.[106]

With the change in system, an increase – sometimes very significant – in the electricity price has been announced for different reasons. A legislative loophole could have been used by some network's managers to recoup the costs of installations already fully recouped and to calculate the rate to take into account this second recoup. The change in system also added new taxes to the electricity rates, such as the tax for the cost-covering remuneration for feed-in to the electricity grid with new renewable energy (see *supra* 3) and the tax for the service-systems (see *infra* 6). This increase in the price of electricity, especially during the difficult economic conditions prevailing at the end of 2008, created a wave of economic, political and public criticism. In order to counter these criticisms and after consultation of the Cantons, the Communes and the representatives of the electricity companies, the Federal Council decided on 5 December 2008 to modify the Electricity Supply Ordinance by introducing a section 4 entitled 'Transitory Provisions related to the Modifications of 12 December 2008'.[107] This modification enabled a decrease of the rates for the usage of the network[108] and the tax for the service-systems before the entry into force of the new legislation.[109] These modifications resulted in the

106 BSG Unternehmensberatung, *Finanzielle Belastung 2007 der Schweizer Elektrizität durch öffentliche Gemeinwesen*, p. 7. Available at: http://www.strom.ch/uploads/media/BSG_Studie_11-2009_d.pdf. Last accessed: 15.07.2011.

107 Confédération Suisse, *Le Conseil fédéral veut reviser la loi sur le marché de l'électricité d'ici 2014*, p. 2. Available at: http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/?lang=fr&msg-id=30167. Last accessed 15.07.2011. Moreover, Article 13 of the Electricity Supply Ordinance has been amended in the following, namely that if the network's manager must use the so-called synthetic method of calculation because he/she is unable to determine the basis of the initial costs of acquisition or of production of the electricity, the network's manager must first deduct the costs already billed to his/her clients and afterwards deduct 20% of the amount so obtained (the penalty discussed *infra* 7.2.).

108 According to Article 13 of the Electricity Supply Ordinance, the interest rate of the monetary value (capital and bonds) which are necessary to the maintenance of the networks equals the average return, percentage wise, of ten-year bonds emitted by the Swiss Confederation during the last 60 months, increased by a risk premium of 1,93 basis points. This amounts to a WACC (Weight Average Cost of Capital) of 4.14% for 2012. Source: ElCOm Directive 1/2011, dated 17 March 2011. Available at: http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00077/00080/00105/index.html?lang=fr. Last accessed: 15.07.2011.
The new Article 31a of the Electricity Supply Ordinance imposes on the network's managers the requirement to decrease by one basis point the interest rate for the plants in use before 1 January 2004. For the mode of calculation, see ElCom Directive 3/2009, dated 8 May 2009, *Calcul du taux d'intérêt des valeurs patrimoniales nécessaires à l'exploitation des réseaux*.
Available at: http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00042/index.html?lang=fr.
Last accessed: 15.07.2011.

109 According to Article 31b of the Electricity Supply Ordinance, the tax for the service-systems was lowered from the initial amount of 0.9 centimes per kWh to 0.4 centimes per kWh. The costs not covered by this new

lowering of 40% of the price increases announced for the 2009 rates.[110] This being said, the current electricity prices are lower than in 1995, when the debate over the liberalization of the electricity market commenced.[111]

6. Transmission Grid Network

The independence of the transmission grid network is a condition *sine qua non* in order to benefit from a freely functioning electricity market. The structure of the Swiss transmission grid network with multiple large regional companies legally distinct from each other and acting as network's managers no longer satisfied the requirements of the integrated electricity market with Europe.[112] Even before the liberalization of the electricity market, the necessity of having only one actor was a foregone conclusion. Thus, in 2006, the national grid company, Swissgrid AG (hereinafter: Swissgrid), succeeded to the previous coordinating ETRANS AG company.[113]

The organization and purposes of Swissgrid are defined in Articles 18 *et sequ.* ESA. The regulation must ensure the highest degree of independence of Swissgrid. Swissgrid is a private incorporated company having imperatively its seat in Switzerland. With the setting up of Swissgrid, the legal separation of the segment related to the transmission grid network with respect to the other segments of the electricity market came into force. In a second stage, the separation will also take place with respect to the ownership rights. Prior to 1 January 2013, the shareholders of Swissgrid will be required to transfer to Swissgrid the ownership rights of the transmission grid network against full compensation (Article 33 § 4 ESA). The social capital of Swissgrid cannot be quoted in the stock market and must be held in majority, directly or indirectly, by the Cantons and the Communes. The current shareholders of Swissgrid, Atel, EOS, Axpo AG, CKW, EGL, RE, BKW, and EWZ are owned at 100% or by an overwhelming majority by the Cantons and the Communes.[114] Moreover, the Cantons and Communes as well as the electricity supply companies held by a majority

pricing are carried over by the owners of electricity plants producing over 50 MW, proportionate to their share of electricity production. Yet, it should be noted that the validity of this provision was rejected by the Federal Administrative Tribunal; the case is now pending before the Swiss Supreme Court (see *infra* 7.2.).

110 Confédération Suisse, *Le Conseil fédéral veut reviser la loi sur le marché de l'électricité d'ici 2014*, p. 2. Available at: http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00013/00064/00068/index.html?lang=fr. Last accessed: 15.07.2011.

111 SEA, Press Release dated 25 November 2009. Available at: http://www.electricite.ch/fr/medias/communiques-de-presse/media-detail/news/ein-viertel-des-strompreises-sind-oeffentliche-abgaben/100.html?cHash=cba1883733. Last accessed: 15.07.2011.

112 Message 2005 1493, p. 1542.

113 See https://www.swissgrid.ch/swissgrid/en/home/company/portrait/history/history_swissgrid.html. Last accessed: 15.07.2011.

114 See https://www.swissgrid.ch/swissgrid/en/home/company/portrait/history/history_swissgrid.html. Last accessed: 15.07.2011.

of Swiss owners have a preemptive right regarding the shares of Swissgrid. Swissgrid cannot produce, distribute or sell electricity, nor can it have interests in companies performing such activities. The president and the majority of the members of the board of directors of Swissgrid must be independent. The same rules apply to the managers of Swissgrid. Moreover, Swissgrid must grant the Cantons two seats on the board of directors.[115] Swissgrid may modify its bylaws, but every modification is subject to the approval of the Federal Council.

Swissgrid is responsible for the operation of the transmission grid network and the activities related thereto (Article 20 § 1 ESA). For this main purpose, Swissgrid is responsible for the planning and control of the transmission grid network, and is responsible for the service-systems,[116] manages the network's congestions, takes care of the payment of the cost-covering remuneration for feed-in to the electricity grid with new renewable sources (see *supra* 3.) and guarantees the exchanges of electricity with foreign countries.

It is a well known fact that electricity cannot be stored. Thus, the current generated must constantly correspond very precisely to the current consumed. The service-systems maintain this equilibrium notably by adjusting the frequency of the grid at 50 hertz (Hz) and thereby guaranteeing the safe operation of the electricity network at said constant frequency. In order to compensate unforeseen fluctuations between the feed-in and the consumption of electricity on the network, Swissgrid secures from the electricity suppliers adjusting electricity to increase or decrease momentarily the frequency of the network.[117]

The electricity brokers and producers export their energy surplus to – or acquire energy from – foreign countries. In order to transport the current over the border, they use the Swiss transmission grid network. Its transmission capacity is however limited and sometimes congestions result. The management of congestions aims to avoid any disruption of the network. Swissgrid's management of congestions rests on one main instrument, namely auctions, in which the transnational transmission capacities are sold to the highest bidder. The auctions under the surveillance of Swissgrid guarantee a transparent attribution and the same conditions for every interested broker and producer. Nowadays, almost all of the European countries use the auction principle to avoid congestions.[118] A preventive management of congestions helps stabilize the network and the security of the electricity supply in Switzerland.[119]

---

115 The current composition of the board of directors is available at: https://www.swissgrid.ch/swissgrid/fr/home/company/governance/board_of_directors.html. Last accessed: 15.07.2011.

116 One has to understand service-systems as being the necessary services to benefit from secure operating networks (Article 4 ESA). One important example is the availability of energy used for maintaining the frequency of the grid at 50 hertz.

117 See https://www.swissgrid.ch/swissgrid/en/home/reliability/grid_stability.html. Last accessed: 15.07.2011.

118 In the European Union, Directive 2003 and the Regulation 2003 give the main guidelines.

119 See https://www.swissgrid.ch/swissgrid/en/home/reliability/congestion_mgmt.html. Last accessed: 15.07.2011.

The Swiss transmission grid network is well connected within the European interconnection network and plays a crucial role for the international trade of electricity. It is Swissgrid's responsibility to work with the members of the interconnection network and represent Switzerland's interests in the international arena. Switzerland is one of the founding members of European Network of Transmission System Operators for Electricity ENTSO-E that includes 42 transmission grid network operators from 34 European countries.[120] The ENTSO-E created some common rules and standards, referred as UCTE Operation Handbook which became indispensable for the reliable international operation of the high voltage grids which uniformly work at one 'heart beat': the 50 Hz frequency related to the nominal balance between the generation and the electricity demand of some 500 million people.[121]

7. Regulatory Oversight of the Electricity Market

7.1. In General

The liberalization of the electricity market goes hand in hand with an extended regulatory oversight. Regulatory oversight is not only limited to the electricity market. Indeed, many other markets benefit from regulatory oversight. Alongside general regulatory authorities, such as ComCo and the Price Supervisor,[122] a new authority was created: the Federal Electricity Commission (ElCom).[123] The Federal Council established ElCom on 15 July 2007, a year and a half before the first phase of the liberalization of the electricity market. As a specific regulator related to the electricity market, ElCom's sole function is to oversee the electricity market.

7.2. ElCom

ElCom is a federal authority independent from the general administration with respect to its organization and financing. It comprises seven members elected by the Federal Council. These members must be experts independent from the companies operating within the electricity market. Alongside these neutral experts, one member represents the consumers' interests and another member those of the electricity companies. ElCom

120 See https://www.swissgrid.ch/swissgrid/en/home/europa/cooperations/entso-e.html. Last accessed: 15.07.2011. For further information, see: http://www.entsoe.eu/. Last accessed: 15.07.2011.

121 See http://www.entsoe.eu/. Last accessed: 15.07.2011.

122 Surveillance des prix (Price Supervision). Information available at : http://www.preisueberwacher.admin.ch/index.html?lang=fr. Last accessed : 15.07.2011.

123 Information available at: www.elcom.admin.ch. Last accessed: 15.07.2011.

benefits from the support of a technical secretariat, currently comprising 30 employees. The secretariat handles the cases and prepares the decisions which ElCom considers.

Article 22 ESA articulates in a non-exhaustive manner ElCom's various tasks. In sum, ElCom oversees the correct implementation of ESA and the Energy Act by the electricity companies. In this perspective, it enjoys the necessary powers to publish directives and to render decisions.[124]

ElCom oversees, in a more precise way, the electricity rates of the consumers according to the basic supply system, but not the prices paid by the consumers in the open market system which remain under the oversight of the Price Supervisor or ComCo (see *infra* 7.3.). ElCom also supervises the remuneration for the usage of the network. Every August 31st, the electricity supply companies declare to ElCom their new electricity rates and the remuneration for the network usage for the following calendar year. These rates and remunerations do not need any approval by ElCom which only investigates some of the rates, remunerations and information received. ElCom may also intervene *a posteriori*, *ex officio* or following a complaint, and forbid an increase in the rates or the remunerations or require a decrease in rates or remunerations with retroactive effect when said rates or remunerations are deemed excessive. ElCom works hand in hand with the Price Supervisor. Thus, in accordance with Article 15 of the Price Supervision Act,[125] ElCom consults the Price Supervisor before rendering a decision.

Moreover, ElCom rules in the following cases, namely when there is litigation over the network access, the change of service provider or the determination of the network level on which the consumers are connected. It also decides when there is a disagreement over the payment of the cost-covering remuneration for feed-in to the electricity grid with renewable energies.[126] With respect to the obligation to transfer the ownership of the transmission grid network over to Swissgrid (see *supra* 6.), ElCom has jurisdiction over the terms of the transfer, such as determining the value of the transmission grid network's various parts. If the electricity supply companies, which are currently the owners of the transmission grid network, fail to transfer the network over to Swissgrid by the end of 2013, ElCom would have the necessary legal powers to expropriate the transmission grid network, as *ultima ratio*.

One of ElCom's general responsibilities consists in supervising the electricity markets' evolution in order to secure an affordable supply in all regions of Switzerland. In order to do so, ElCom checks in particular the state and maintenance of the networks and supervises compliance with the international standards on networks management. If necessary, ElCom suggests to the Federal Council to take adequate measures, in order to

124 ElCom's directives and decisions are published at: http://www.elcom.admin.ch/dokumentation/00012/index.html?lang=en. Last accessed: 15.07.2011.

125 Loi concernant la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (RS 942.20) (Price Supervision Act). Available at: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c942_20.html. Last accessed: 15.07.2011.

126 The Energy Act regulates this specific question.

comply with said standards. In case of transnational network congestion, ElCom has jurisdiction to regulate the procedure of capacities' assignment. Finally, ElCom coordinates its activity with those of foreign regulatory authorities and represents Switzerland within the corresponding international fora.

On the other hand, the Price Supervisor – and not ElCom – has jurisdiction over examining the taxes due to the public collectivities.

At the entry into force of ESA on 1 January 2008, ElCom took over six cases from the Price Supervisor. Subsequently, the number of cases investigated by ElCom increased significantly. These cases originated not only from companies, but also from private citizens. The disclosure of the increase in rates and remunerations for the usage of the network during the autumn of 2008 for the calendar year 2009 was marked by a flux of demands and complaints to ElCom.

One may appeal ElCom's decisions to the Federal Administrative Tribunal. The judgments rendered by this Tribunal may equally be appealed to the Swiss Supreme Court.

Several decisions taken by ElCom had been challenged before the Federal Administrative Tribunal which has already rendered very instructive judgments. In a first test case regarding prices of electricity, the Federal Administrative Tribunal decided that Article 31b § 2 of the Electricity Supply Ordinance was unconstitutional and therefore illegal. Indeed, this provision had been added as a quick fix in December 2008 in order to limit a price increase of electricity for the end-consumers which was supposed to be shouldered by companies using power plants equal or superior to 50 MW (see *supra* 5.3.).[127]

In a second test case on the price of electricity, the Federal Administrative Tribunal decided that Articles 13 § 4 and 31a of the Electricity Supply Ordinance on the determination of the price of electricity are constitutionally valid.[128] In principle, the costs related to the network must be calculated on the basis of the initial costs of acquisition or of the construction of the network. In the case where such costs may not be determined, network managers may use the so-called synthetic method of calculation as provided by Article 13 § 4 of the Electricity Supply Ordinance. The Federal Council decided in December 2008 (again, just before a predictable price hike) to incorporate in the synthetic calculation method a penalty of 20%. Further, the Federal Council amended Article 31a of the Electricity Supply Ordinance to lower by one basis point the interest rate on the operational assets of electricity companies for a five-year period (see *supra* 5.3.).

A third case discusses the notion of end-consumer entitled to the basic supply. In this case, the Federal Administrative Tribunal determined that Article 11 § 2 of the Electricity Supply Ordinance was contrary to Article 6 § 1 of the ESA. Further, the Federal Administrative Tribunal ruled that Article 11 § 2 of the Electricity Supply Ordinance

127 Arrêt du Tribunal fédéral administratif dated 8 July 2010, TAF A-2607/2009. Available at: http://www.bvger.ch/publiws/pub/cache.jsf. Last accessed:a 7.7.2011.

128 Arrêt du Tribunal administratif fédéral dated 11 November 2010, TAF A-2606/2009. Available at: http://www.bvger.ch/publiws/pub/cache.jsf. Last accessed: 7.7.2011.

was unconstitutional as it provided that major electricity consumers with individually negotiated agreements were considered to be in the free market even though they did not declare their intention to participate in the free market (see *supra* 5.1.).[129]

The three discussed judgments are currently pending before the Swiss Supreme Court.

7.3. Other Regulatory Authorities

As from its inception, ElCom is the main regulatory authority of the electricity market in Switzerland. Concurrently, two other authorities continue to play an important role within this market: the Price Supervisor and ComCo. The author of the new legislation, SFOE[130] is, in contrast, not a regulator. In this area, SFOE's main function is to act as a think tank reflecting upon energy supply issues as well as the efficient use of energy.

The Price Supervisor officially supervises the prices requested by the dominant companies or those which benefit from a monopoly. The Price Supervisor also examines the prices fixed or approved by the authorities, such as taxes due to the public collectivities. From the entry into force of ESA, both the regulatory oversight of the remuneration for the usage of the network as well as oversight of the electricity rates of the consumers within the basic supply system were transferred to ElCom. The Price Supervisor continues to oversee the price of electricity set by the rules of the market and applicable to the consumers in the open market as well as the taxes levied by the public collectivities. The Price Supervisor does not only cooperate with ElCom, but also with ComCo where it participates in important decisions with an advisory vote.

ComCo's main task is to combat harmful cartels, to uncover the abuses committed by companies enjoying a dominant position in a given market, to supervise mergers of companies, and to prevent the public authorities from hindering competition.[131] ComCo's enforcement powers within the electricity market were equally revised since the market's liberalization. Indeed, as mentioned in Part II.4 above, ComCo played a significant role in opening up the electricity market to competition in deciding the *Watt & Migros v. EEF* case, a decision that opened the monopolistic electricity networks to third parties. With the coming into force of ESA, the issues concerning the usage of the network are no longer in the hands of ComCo, but are under ElCom's exclusive jurisdiction. On the other hand, ComCo continues to oversee the price of electricity for the consumers in the open market system. Thus, ComCo examines the agreements and restrictions which may permit the electricity supply companies to maintain an unfair advantage over possible competitors.

129 Arrêt du Tribunal administratif fédéral dated 19 August 2010, TAF A-5452/2009. Available at: http://www.bvger.ch/publiws/pub/cache.jsf. Last accessed: 7.7.2011.
130 Information available at: http://www.bfe.admin.ch/index.html?lang=en. Last accessed: 15.07.2011.
131 See http://www.weko.admin.ch/index.html?lang=en. Last accessed: 15.07.2011.

Part IV: Prospects

The complete liberalization of the electricity market should occur on 1 January 2014. By this date, the second stage of the liberalization will come into force if the Federal Assembly and the Swiss population approve (1). Nearly a year following the first phase of the liberalization of the market, the Federal Council analyzed the situation of the electricity market and announced a calendar for a first revision of the new legislation (2). The energy, and in particular the electricity sectors, are confronted with huge challenges in order to ensure an electricity supply which is both secure and lasting, at affordable prices and respecting the environment (3).

1. 'Complete' Liberalization of the Electricity Market

As mentioned above, ESA has a two-phased approach for the liberalization of the electricity market, based on differentiating the type of consumer. The first phase started 1 January 2009 and limited itself to the electricity supply companies and major consumers. Thus, only the two above categories can currently choose their electricity provider in the open market. ESA schedules the entry into force of the second phase which covers all electricity consumers on 1 January 2014. It is however probable that the date of entry into force of said second phase will be postponed by a year (see *infra* 2.). Nevertheless, this second phase will not come automatically, but is subject to the entry into force of Article 7 ESA and the simultaneous repeal of Article 6 ESA by the Federal Assembly.[132] The Federal Assembly will promulgate its decision by way of a Simple Federal Decree[133] which will be subject to the Optional Referendum (see *supra* Part II.3.). In case of a Referendum, the question will be submitted to the Swiss population which will have the last word concerning the second phase of the liberalization of the electricity market. As this issue is highly emotional, one should not exclude that the Swiss population rejects the second phase of the liberalization of the electricity market. The possible reasons for such a choice consist, on the one hand, in relative low current prices when compared to other European countries, and on the other hand, in the rise of said prices that accompanied the first phase of the liberalization of the electricity market (see *supra* Part III.5.3.). Moreover, a not insignificant number of small, local electricity supply companies – not being interested in the international market – do not favor the opening-up of the electricity

132 The Federal Assembly is the Federal Legislator and comprises two chambers, the National Chamber (representing the People) and the Senate (representing the Cantons).

133 A Federal Decree is another type of legislative provision that the Federal Assembly can promulgate, in addition to Acts and Ordinances (Article 163 § 2 of the Federal Constitution).

market or the new legislation.[134] Furthermore, a major political party has already shown its interest in seeking a Referendum.[135] Thus, the second phase of the liberalization of the electricity market, and consequently the complete liberalization of the electricity market, is not a foregone conclusion.

The second stage of the liberalization will have an impact on all consumers, whether or not they chose to have free access to the network in the first phase of the liberalization. Thus, the major consumers which, nowadays, are still not in the open market will automatically enter the open market and will have to supply themselves according to the rules of the market system. The same is true concerning companies consuming less than 100 MWh a year which are currently unable to choose their supplier. Households will be able to opt for the supplier of their choice within the rules of the market system. Households may also give up this possibility and will automatically enter a regulated market, the so-called 'Model of guaranteed electricity supply' (Article 7 ESA not yet entered into force). Households which opt for this model will benefit from extended guarantees. Indeed, they will, as they are doing so currently, count on the local network manager to deliver the desired quantity of electricity which will comply with some quality standards and fair prices. Moreover, ESA includes the solidarity principle when calculating the households' prices. In light of this principle, the same level of electricity consumption which is located within the same area must benefit from the same conditions. Equally important is the ban on unpredictable seasonal variations.[136]

The legal agreements binding the network's manager and the electricity supplier with the clients will be of a contractual nature (as opposed to being based on public law). This is not only the case for the actors operating within the open market system, but is equally valid – as far as the interpretation of ESA – with respect to the principles for the Model of guaranteed electricity supply.

2. First Modifications of ESA

The entry into force of the first phase of the liberalization of the electricity market was in fact a fundamental change of systems. The various parties involved in the first phase have realized an impressive performance. The early stages of ESA have shown

134 Indeed, the new legislation creates a favourable framework for the transnational exchange of electricity, and opens the door to foreign competitors.

135 Declaration made by the President of the Socialist Party of Switzerland. Available at: *L'échec de la loi sur l'électricité relance de débat sur la libéralisation*, Tribune de Genève, dated 19.11.2009, p. 8.

136 Differentiated prices, such as a summer and winter prices or a day and night price, are nonetheless possible. See: Message 2005 1493, p. 1530. See also Part *infra* III. 5.2. For detailed information on the various possibilities of creating rates, see SEA, Guide pour la structure des prix dans le marché ouvert (Guide for the structure of rates in the open market). Available at : http://www.electricite.ch/fr/dossiers/marche-de-lelectricite.html. Last accessed: 15.07.2011.

some imperfections. After less than a year since the entry into force of the first phase of the liberalization of the electricity market, the Federal Council assessed the initial experiences. In its expert report dated 18 November 2009, the Federal Council stated that the market was not sufficiently transparent, that competition did not increase sufficiently in the electricity market and that the threat persisted of a massive increase in the price of electricity that would imperil the international competitiveness of the big electricity consumers within Switzerland.[137] It seems to be a severe appraisal after the relatively short time since the liberalization of the electricity market and one has to take into account the relatively high prices on the market which do not entice the major consumers to change their supplier. On the basis of its expert report, the Federal Council has given a mandate to SFOE to set out a calendar for the revision of ESA. It was originally planned that revised ESA would enter into force with the second phase of the liberalization, i.e., in 2014. Nonetheless, the federal department in charge with the revision of said Act realized that it would take more time to amend such technically complex and politically sensitive Act. Hence, at the end of 2010, the Federal Council decided to postpone these amendments by a year. The Federal Council equally reserved the possibility to postpone by a year the entry into force of the second phase of the liberalization of the electricity market.[138] It is however generally agreed that it would be better to coordinate the entry into force of the second phase of the liberalization of the electricity market with that of amended ESA. Therefore, it should be admitted that the second phase of the liberalization of the electricity market will equally come into force in 2015.

In order to revise ESA, three objectives were set, namely the increase in the powers of ElCom, a better control over costs, and the improvement of Swissgrid's independence.[139]

The increase in the powers of ElCom should be made possible by enabling it to investigate in an *ex ante* manner with respect to the rates and the remuneration for the usage of the network, instead of the current incomplete *ex post* analysis. The costs control should be realized by the use of benchmarking. ElCom should be able to fix a superior ceiling of valid costs based on the most performing electricity supply companies. ElCom should moreover be able to sanction parties, most notably electricity supply companies which infringe the rules.[140] A greater independence of Swissgrid, most notably with respect to the electricity companies, should enable greater transparency regarding the market shares of the various companies operating within the electricity market.[141]

137 Confédération Suisse, *Le Conseil fédéral veut reviser la loi sur le marché de l'électricité d'ici 2014*, p.1.

138 Confédération Suisse, *La révision de la loi sur le marché de l'électricité agendée pour 2015*, p. 1. Available at : http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=fr&msg-id=36786. Last accessed: 5.7.2011.

139 Confédération Suisse, *Le Conseil fédéral veut reviser la loi sur le marché de l'électricité d'ici 2014*, pp 1-2.

140 Confédération Suisse, *Le Conseil fédéral veut reviser la loi sur le marché de l'électricité d'ici 2014*, p. 1.

141 The Cantons hold more than 100 participations in the electricity market and most notably 80% of shares in companies which are the owners of the transmission network and shareholders of Swissgrid. Due to the

3. Future Challenges

The most important challenge is to ensure a secure supply of electricity, while respecting in the upmost manner the environment. First, the energy infrastructure comprises electricity networks and plants which have only a limited life. Secondly, the demand for electricity will continue to increase despite efforts to limit waste by consumers. One should expect electricity to become a more important part of our lives, because electricity will replace little by little other sources of energy, such as oil and natural gas, in a number of different ways. This being said, SFOE is forecasting an electricity shortage by the winter of 2020 if Switzerland does not increase its production of electricity.[142] That is why energy producers and networks' managers are preparing for a massive increase of the electricity infrastructure. In 2009, the SEA launched a major information campaign on this topic. Known as the 30-30-30 formula, the energy producers anticipated a minimal investment amounting to CHF 30 billion in the next 30 years which should generate 30 billion KWh.[143] The 30-30-30 formula included heavy investments in new renewable energies (see *supra* Part I.1. and III.3.), hydraulic energy and the successive replacement of the three oldest – out of the five existing – nuclear plants, by two new nuclear plants.[144] Three projects were submitted and had received preliminary approval.[145] With the devastating earthquake, tsunami, and ensuing nuclear disaster at the Fukushima nuclear plant in Japan, the Federal Council dramatically revised its stance on nuclear power. Indeed, the Federal Council decided to progressively abandon nuclear energy. If Parliament endorses the Federal Council's plan, the existing nuclear plants would be gradually shut down without being replaced by new ones.[146] A better security with respect to the supply of electricity does not solely take into account the increase of production capabilities, but also requires sufficient quality in the networks' capacity to transmit electricity.

---

cross participation or indirect participation, the distribution of the market shares within the energy sector is very complicated. Source: PricewaterhouseCoopers, *Energy Notes*, November 2009 Edition. For further information, see the Study made by Avenir Suisse Kantonsmonitoring dated May 2009, *Kantone als Konzerne, Einblick in die kantonalen Unternehmensbeteiligungen und deren Steuerung*. Available at: http://www.avenir-suisse.ch/content/themen/effizienz-der-institutionen/kt-monitoring2/mainColumnParagraphs/0/document1/as_kantonsmonitoring_0905.pdf. Last accessed: 15.07.2011.

142 SFOE, *Perspectives énergétiques 2035 – tome 1, synthèse*, Berne 2007, p. 103. Available at: http://www.bfe.admin.ch/themen/00526/00538/index.html?dossier_id=01100&lang=fr. Last accessed: 15.07.2011.
The forecasts vary according to which scenario is chosen. Shortages are forecasted between 2013 and 2030.

143 SEA, *Factbook*, p. 20.

144 SEA, *Factbook*, p. 13.

145 SFOE, *Nouvelles centrales nucléaires: selon IFSN, les trois sites proposés seraient adéquats*. Available at: http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=fr&msg-id=36219. Last accessed : 5.7.2011.

146 SFOE, *Dans sa nouvelle stratégie, le Conseil fédéral se décide pour l'abandon progressif du nucléaire*. Available at: http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=fr&msg-id=39337. Last accessed : 5.7.2011.

Thus, important investments are equally required for the transmission and distribution networks, in order to optimize and extend said networks.[147]

The existence of significant investments from the actors in the electricity sector will not suffice to overcome the challenges ahead. Citizens must also get involved in these various projects. Indeed, the construction of new major power plants requires the formal agreement of the Federal Assembly and is subject to the Obligatory or Optional Referendum. Equally important – though less dramatic – are the smaller projects creating new renewable energy plants and projects extending the various networks. These should be able to rely on the support of local citizens.[148] In order to rally citizens around these various projects, a transparent information policy must be implemented and respected, and measures to increase public-awareness should be adopted in order to promote the value of electricity.

Conclusion

The time of the electricity monopoly is over, not only within the European Union, but also in Switzerland. The first step of liberalization is completed. The fundamental overhaul of the whole system has been quite demanding on the market actors and generated further costs. But the new legislation has positive effects in terms of further securing the electricity supply, of greater opportunities for the actors within this sector and of reinforcing and promoting the production of new renewable electricity. Nonetheless, the challenges facing the complete liberalized market are not yet mastered. As in the European Member States, the electricity market has some difficulty in effectively opening-up. That being said, the second phase of the liberalization in Switzerland may very well not take place. Moreover, other challenges face both the Government and the actors in the electricity market, because the future scarcity of electricity must be filled, whenever possible in the most environmentally friendly way, and the networks will need additional financial resources. Thus, the new legislation has given Switzerland the general direction, but further political as well as financial decisions could still change the final outcome.

147 SEA, *Factbook*, p. 20. For the projects on the Transmission Grid Network, see: http://www.bfe.admin.ch/themen/00544/00624/index.html?lang=fr. Last accessed: 15.07.2011.

148 Indeed, owners who might be affected in their ownership rights by interferences coming from neighboring plants and facilities as well as environmental associations have the right to challenge the projects by extended legal means.

Propostas Legislativas do Novo Marco Regulatório do Pré-Sal

*Marcos Juruena Villela Souto**

Introdução; 1. Evolução da disciplina constitucional do monopólio do petróleo; 2. Evolução do regime constitucional das concessões de recursos minerais; 3. Exame da sede constitucional do modelo de concessão de petróleo; 4. A motivação para a proposta de modelos complementares à concessão; 5. A mudança dos marcos e o princípio da segurança jurídica; 6. O impacto generalizado na economia e o controle de proporcionalidade das medidas; 7. A frustração dos princípios da isonomia e da livre concorrência; 7.1. Das hipóteses de contratação direta da PETROBRÁS; 7.2. As interpretações juridicamente aceitáveis das propostas; 7.3. O princípio da autonomia da vontade e a obrigatoriedade de formação de consórcios com a PETROBRÁS; 7.4. O contrato de cessão de direitos para a capitalização da PETROBRÁS; 8. A criação da PETROSAL e o risco à economicidade; 9. A criação do Fundo Social; 10. O risco ao princípio federativo nos critérios de partilha de receitas; Conclusões.

Introdução

O Exmo Sr. Presidente da República submeteu ao Congresso Nacional quatro projetos de lei de sua iniciativa, com vistas a ser instituído um novo marco regulatório para as riquezas encontradas na área do pré-sal.

O **Projeto de Lei nº 5.938/2009** dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o **regime de partilha de produção**, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, alterando dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

O referido projeto, em seu artigo 2º, define "partilha de produção"; "área do pré-sal"; "operador", "contratado", dentre outros.

Nos artigos 3º ao 8º propõe que **a PETROBRÁS, sem prévia licitação, será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção**, sendo-lhe **assegurada**, a este título, **participação mínima no consórcio a ser constituído com empresa privada vencedora da licitação**; também se propõe a **possibilidade de ser contratada diretamente para realizar estudos exploratórios** necessários à avaliação das áreas do pré-sal; dispõe, ainda, que **a União não assumirá os riscos** das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção decorrentes

* *Professor de Direito Administrativo Regulatório da Universidade Candido Mendes; Doutor em Direito.*

dos contratos de partilha de produção, cabendo ao contratado suportar todos os custos e os investimentos necessários à sua execução; tais contratos serão celebrados pela União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, que **poderá contratar diretamente com a PETROBRÁS**, ou mediante licitação na modalidade leilão; propõe, ainda, que a **PETRO-SAL** (empresa pública a ser criada)**, será a responsável pela gestão desses contratos**.

Nos artigos 9º, 10 e 11 são estipuladas as competências do Conselho Nacional de Políticas Energéticas– CNPE, do Ministério de Minas e Energia e da Agência Nacional do Petróleo– ANP.

No artigo 12 ficam disciplinadas as hipóteses nas quais o CNPE proporá ao Presidente da República os **casos em que a PETROBRAS poderá ser contratada diretamente pela União**; já os artigos 13, 14, 15, 16, 17 e 18 abordam, especificamente, aspectos relacionados ao procedimento licitatório.

Nos artigos 19, 20, 21, 22, 23, 24,25 e 26 se estipula a **obrigatoriedade de o licitante vencedor constituir um consórcio com a PETROBRÁS e com a PETRO-SAL**, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Já os artigos 27, 28,29, 30, 31 e 32 trazem o regramento do Contrato de Partilha de Produção, delimitando as suas fases, cláusulas essenciais, obrigações da PETROBRÁS, na condição de operadora deste contrato, e possibilidade de cessão do contrato mediante prévia autorização do Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP.

Os artigos 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 41 tratam do procedimento de individualização da produção de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, que deverá ser instaurado quando se identificar que a jazida se estende além do bloco concedido ou contratado sob o regime de partilha de produção.

Fechando a proposição, os artigos 42, 43, 44, 45, 46, 47,48 e 49 tratam das receitas governamentais no regime de partilha de produção, que se limitam aos royalties e aos bônus de assinatura, além de abordarem o aspecto da comercialização do petróleo, por meio de contratos privados, nos quais **a PETRO-SÁL poderá contratar a PETROBRÁS, dispensada a licitação, como agente comercializador do petróleo e do gás natural**. No mais, têm-se disposições transitórias que visam a adaptar o novo modelo de exploração ao ordenamento jurídico vigente.

O **Projeto de Lei nº 5.941/2009** autoriza a União a celebrar um **contrato de cessão onerosa com a PETROBRÁS**, com vistas ao exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

Já o **Projeto de Lei nº 5.939/2009** autoriza o Poder Executivo a criar a **Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – PETRO-**

-SAL[1], vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado.

Nesse projeto é disciplinado o objeto da futura empresa pública, que será a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo e gás natural, competências, **possibilidade de dispensa de licitação para a contratação desta estatal pela própria Administração Pública**, regime de pessoal, constituição de recursos e estrutura societária.

Por fim, o **Projeto de Lei nº 5.940/2009** cria o **Fundo Social – FS**, para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental.

Esse fundo será formado pela parcela do valor do bônus de assinatura que lhe for destinada pelos contratos de partilha de produção, pela parcela dos royalties que cabem à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção, pela receita advinda da comercialização do petróleo e do gás natural da União, conforme definido em lei, pelos resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades e por outros recursos que lhe sejam destinados em lei.

Cabe, pois, oferecer um exame sobre tais proposições.

1. Evolução da disciplina constitucional do monopólio do petróleo

A disciplina constitucional das atividades econômicas tem como fundamento o princípio da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, CF).

Tal princípio traz como corolários, dois subprincípios, a saber: o da **abstenção**, pelo qual é defeso ao Estado explorar atividades econômicas em competição ou em substituição aos agentes privados, e o da **subsidiariedade**, por força do qual o dever de abstenção é atenuado e excepcionado, nas hipóteses de **relevante interesse coletivo** ou **imperativos de segurança nacional**, definidos em lei (CF, art. 173) ou na própria Constituição (CF, art. 177). No primeiro caso, tem-se um regime de intervenção concorrencial do Estado na economia; no segundo, uma intervenção monopolística.

Em síntese, na intervenção monopolística, o próprio constituinte elegeu determinadas atividades econômicas, de caráter nitidamente estratégico, para que o Estado assuma a titularidade e, com isso, decida, nos termos da Constituição, sobre o exercício da atividade.

1 A sigla já é objeto de questionamento, por já haver sociedade empresária com tal denominação.

Não se pode olvidar que, por se tratar de restrição ao princípio fundamental da livre iniciativa[2], os monopólios somente se justificam em caráter excepcional[3] - e como norma de exceção, não admite alargamento pela via de sua interpretação ou aplicação prática. A lógica, portanto, é a maximização do princípio fundamental da livre iniciativa, e do setorial, da livre concorrência (artigo 1º, inciso IV e 170, inciso IV, da CF), posto que o tema trata de atividade econômica.

A conseqüência prática dessa intervenção por absorção é que o setor privado não pode desenvolver as atividades definidas constitucionalmente como monopólios, salvo nas situações em que receba do Estado um título jurídico habilitante para tanto.

Durante um bom período da história do Brasil, esse título jurídico habilitador de pessoas jurídicas distintas da União a desenvolverem atividades no âmbito do petróleo era restrito a empresas sob controle da União Federal, valendo percorrer brevemente a evolução normativa do tema para a compreensão do contexto atual.

A primeira Constituição que tratou especificamente do tema foi a de 1946, que dispunha que a União, por meio de lei especial, poderia intervir monopolisticamente do domínio econômico[4].

Naquele regime se via, claramente, uma autorização constitucional contemplando hipótese da sede legal para instituição de um monopólio. Em outras palavras, **naquela realidade constitucional**, havia uma discricionariedade legislativa, confe-

---

2 Sobre o dever de limitação da intervenção do Estado na economia pelo princípio da livre iniciativa, são as lições de GASPAR ARIÑO ORTIZ: A este respecto se debe senalar la relación entre libertad de empresa y libertad de competencia. En el art. 38 de la Constitución se declara la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Ello supone no sólo el rechazo a una economía planificada, sino sobre todo el marco de un sistema competitivo leal. Resulta hoy evidente que el derecho de propiedad, la libertad de empresa y un mercado abierto y competitivo constituyen tres de esas paredes maestras sobre las que se construye una sociedad libre y próspera. El mercado debe quedar garantizado no de manera ficticia, sino real. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. ***Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación econômica***. Granada: Comares, 1999, p. 215).

3 O **Supremo Tribunal Federal** é taxativo ao limitar a atuação do Estado pela livre iniciativa: A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. (STF – Segunda Turma - RE 422941/DF - Relator Min. CARLOS VELLOSO - Julg. 06/12/2005). No mesmo sentido, já teve a oportunidade de se manifestar o **Superior Tribunal de Justiça**: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR. (...) 8. A Carta Magna de 1988 recepciona a intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos. Contudo, essa intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão se encontra no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). (STJ - Primeira Turma - REsp 744077/DF – Rel. Min. Luiz Fux – Julg. 10/10/2006).

4 Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico **e monopolizar determinada indústria ou atividade**. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

rida **expressamente** pela Constituição, para, **por meio de lei ordinária**, se instituir monopólios.

Daí porque, **com base em expressa autorização constitucional**, o então Presidente Getúlio Vargas enviou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 469, que resultou na Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953. Ali se dispôs sobre a Política Nacional do Petróleo e foi instituída a Petróleo Brasileiro S. A. – PETROBRÁS, por meio da qual a União passou a personificar o monopólio da exploração do petróleo[5].

A Constituição de 1967[6], a Emenda Constitucional nº 1 de 1969[7] e a redação original da Constituição de 1988[8] mantiveram o monopólio destas atividades em poder da União, mantendo a vedação da participação de outros agentes econômicos no setor.

Vale registrar que mesmo no auge da estatização do petróleo – dando ampla aplicabilidade à doutrina do petróleo como bem estratégico à segurança nacional (e não como uma mercadoria) – se admitiu participação privada da sua exploração por meio dos contratos de risco[9].

O final dos anos 90 trouxe a constatação de que o Estado não tinha os recursos financeiros nem os meios materiais para se desincumbir, sozinho, de todas as prestações exigidas pela sociedade para propiciar o bem-estar geral. Mais que isso, a idéia de que o monopólio não estimulava a eficiência induziu à criação de cenários jurídicos voltados para a indução à competitividade.

Foram, então, aprovadas diversas reformas no ordenamento jurídico, de modo a introduzir espaços para a inversão de recursos privados, em regime de competição, com

---

5 Lei nº 2004/1953 - art. 2º A União exercerá, **o monopólio** estabelecido no artigo anterior: (...) II – **por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A.** e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.

6 Art 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional **constituem monopólio da União,** nos termos da lei.

7 Art. 169. A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional **constituem monopólio da União**, nos têrmos da lei.

8 Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. § 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, **sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural**, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.

9 Confira-se o ADCT da Constituição de 1988: Art. 45. Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953. Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição.

vistas a ampliar não só os capitais como a eficiência em atividades desenvolvidas em regime de concorrência.

Nesse contexto veio à baila a Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995, que, sem pôr fim ao monopólio da União, passou a admitir a **contratação** da exploração das atividades a ele inerentes com empresas estatais ou privadas, observadas as **condições** estabelecidas em lei.

Como visto, embora continuando a ser considerada uma atividade estratégica, a nova disciplina constitucional fixou uma orientação de admissibilidade do capital privado, num regime de competição, a ser disciplinado em lei ordinária.

2. Evolução do regime constitucional das concessões de recursos minerais

Essa mesma linha de evoluções em torno da abertura se percebe no tratamento do regime jurídico constitucional da exploração de minerais.

O primeiro regramento constitucional do tema veio com a Carta de 1934, que já previa, em seu artigo 119, que o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, **dependia de autorização ou concessão**[10].

De forma diversa, a Constituição de 1937[11] restringiu tal exploração ao regime das **autorizações**. As concessões só retornaram com a Constituição de 1946[12]. Foram preservadas com a Carta de 1967, que previa o regime dúplice e assegurava ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra, sendo certo que a exploração das jazidas e minas constituía monopólio da União[13].

---

10 Art. 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, **depende de autorização ou concessão federal,** na forma da lei.

11 Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, **depende de autorização federal.**

§ 1º - A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

12 Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de **autorização ou concessão federal** na forma da lei.

§ 1º - **As autorizações ou concessões** serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.

13 Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Assim permaneceu o tratamento do tema pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969[14], e pela redação original da Constituição de 1988[15].

No contexto de abertura econômica, a Emenda Constitucional nº 06, de 1995[16], dispensou a exigência do controle do capital nacional para a concessão e autorização de pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica a empresas constituídas sob as leis brasileiras.

Como se pode observar, ao contrário do que acontecia com o petróleo e gás natural, ali sempre se admitiu concessão ou autorização, ampliando-se a abertura do setor para admitir empresas de capital estrangeiro, desde que constituídas sob as leis brasileiras.

3. Exame da sede constitucional do modelo de concessão de petróleo

É, pois, neste cenário de evolução constitucional, voltada para a abertura econômica, que devem ser avaliadas as propostas apresentadas pelo Presidente da República para a exploração do petróleo e gás natural na área do pré-sal.

Como visto, o artigo 177, CF, não previa expressamente o contrato de concessão. O instituto só era mencionado no art. 176, que, até o advento da Lei nº 9.478/1997[17], só era empregado para os setores elétrico e minerário (e nem sempre teve natureza contratual).

---

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem **de autorização ou concessão federal,** na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a, participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

14 Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão **de autorização ou concessão federal,** na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

15 Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. §1º. A pesquisa e a lavra dos recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, **por brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional**, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

16 Art. 176, § 1º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. Redação dada pela EC nº 6/95.

17 Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens,

Cabe, pois, examinar se as concessões de petróleo e gás estariam inseridas em sede constitucional ou se apenas em sede de lei ordinária; neste segundo caso, cabe, ainda, examinar se seria admissível, em tese, um novo modelo por lei superveniente, mudando radicalmente o marco regulatório vigente.

Em resumo, o art. 176 poderia sugerir ser a "concessão" o modelo para a exploração dos minerais em geral. Isto levaria a crer que o dispositivo da Lei Maior se aplicaria às concessões de petróleo[18].

Isto não é tão evidente e por isso comporta interpretações díspares.

A controvérsia decorre do fato de que a Emenda Constitucional nº 9/1995, ao dar nova redação ao artigo 177, § 1º, estabeleceu que a União poderá **contratar com empresas estatais** ou privadas.

Ali não se teria estipulado, expressamente, qualquer obrigatoriedade da adoção do regime das "concessões" para a exploração o petróleo[19].

Portanto, o tema do modelo de exploração teria ficado a cargo do legislador ordinário.

Assim, a modulação contratual se daria de acordo com as peculiaridades econômicas, técnicas e logísticas à luz da realidade do setor.

Nesse passo, a tese da inconstitucionalidade na mudança do regime de concessão poderia esbarrar em entendimento diverso.

---

após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

18 CARLOS ARI SUNDFELD: O conceito de depósito (ou reservatório) nos conduz ao de jazidas, este último presente na Constituição (arts. 22, XII, 176, caput, e 177, I). O deposito representa área em que há petróleo ou gás natural, mas ainda sem identificação ou sem condições de ser posto em produção imediata. O conceito de jazida, por sua vez, é utilizado para designar depósitos aptos à exploração, por já estarem determinados. No momento em que se inicia a exploração da jazida tem-se aquilo que se chama campo petrolífero. (SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do Setor petrolífero in ***Direito Administrativo econômico.*** Coordenador: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 388.). No mesmo sentido, ALFREDO RUY BARBOSA: Parece, portanto, não restar duvidas quanto ao tratamento legal-jurídico adotado, no Brasil, para o petróleo e o gás natural, tanto pelo legislador constituinte como pelo legislador ordinário. Por essas razões, não hesitamos em afirmar que se aplicam à concessão para a pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, em nosso País, os mesmos princípios constitucionais, legais e doutrinários que disciplinam e orientam a concessão mineral propriamente dita, conforme acima exposto. BARBOSA, Alfredo Ruy Barbosa. A natureza jurídica da concessão para a exploração de petróleo e gás natural. In ***Temas de Direito do Petróleo II.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 21.

19 Esta orientação se confirma com a leitura do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na ADI 3273/DF item 11, p. 220 "Essas contratações ---contratações, note-se bem; não concessões ---(...) no quadro das inúmeras modalidades de contraprestação atribuíveis ao contratado, a opção por uma das quais efetivamente consubstancia, como anteriormente afirmado, uma escolha política. O que não cabe é reduzir as contratações com empresas estatais ou privadas, nos termos do § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, ao modelo de prestação de serviços"; no item 14, prossegue "(...) a Constituição não coloca esse a quem estou a chamar de 'concessionário' sob o regime do disposto no art. 176" – p. 16. Mais adiante, sugerindo a existência de opções sobre o modelo de contrato, prossegue o Ministro: "A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não pertence ao Poder Judiciário; este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. Opção pelo tipo de contrato a ser celebrado pela União e as empresas é, sem dúvida, opção política." Item 18 pp. 20-21.

Vale citar que o Supremo Tribunal Federal[20] concluiu que *os "preceitos veiculados pelos §§ 1º e 2º do artigo 177 da Constituição são específicos em relação ao artigo 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o §1º não podem ser chamadas de "concessionárias". Trata-se de titularidades de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art.176 da Constituição do Brasil".*

Concluiu a Corte Suprema que a *"opção de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário"*[21].

Assim, não se pode vislumbrar que o Eg. STF tenha reconhecido, de forma expressa, sede constitucional às concessões de petróleo e gás.

Cabe, então, indagar se, à luz da evolução constitucional do tema, seria possível afirmar que o constituinte teria atribuído ao legislador ordinário uma discricionariedade legislativa ilimitada, a ponto de se poder estabelecer uma radical mudança nos marcos regulatórios vigentes para o setor – em especial, se a manutenção ou não de um regime de monopólio poderia ser decidido em sede de lei ordinária, mesmo após as emendas de reforma do Estado.

4. A motivação para a proposta de modelos complementares à concessão

O Projeto de Lei nº 5.938/2009 parte da premissa de que uma eventual ausência de sede constitucional para as concessões de petróleo o autoriza a instituir não só um novo modelo contratual, de "partilha de produção"[22], como ainda outros mecanismos de funcionamento do setor.

---

20 ADI nº. 3.273-9/DF, ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná, julgada em 16 de março de 2005.

21 Tal linha argumentativa resultou na seguinte ementa: CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I a IV e §§ 1º E 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, § 3º, DA LEI N. 9.478/97. MATÉRIA DE LEI FEDERAL. ART. 60, CAPUT, DA LEI N. 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88].

22 Art. 2º Para os fins desta Lei, ficam estabelecidas as seguintes definições: I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à restituição do custo em óleo, bem como a parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato; (...) Art. 27. O contrato de partilha de

Vale registrar que o contrato de partilha de produção representa um dos modelos já reconhecidos no mercado[23] para a exploração de petróleo, mas a diferença para a concessão é sensível.

Nos termos expressos em lei, a concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a **propriedade de todos esses bens**, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

Já o modelo de partilha de produção, segundo o Projeto de Lei nº 5.938/2009, corresponde "*ao regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à restituição do custo em óleo, bem como a parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato*".

Mas se o contrato de partilha de produção já é praticado em alguns países, o mesmo não se pode dizer acerca do reconhecimento doutrinário do "contrato de cessão de direitos da União à exploração do petróleo". Tal contrato, na forma idealizada nas propostas, seria firmado sem licitação, em favor da PETROBRÁS, como forma de capitalização da empresa por meio da entrega de um direito de valor econômico (a isso se voltará adiante).

Duas seriam as razões apontadas para as mudanças; a primeira, no fato de que a concessão não seria adequada para a exploração das áreas localizadas no pré-sal; a segunda, de que é necessário partilhar com a sociedade os ganhos decorrentes das novas descobertas. Afinal, a quantidade de petróleo descoberto pode mudar destinos e colocar o país dentre os maiores produtores do mundo, beneficiando atuais e futuras gerações.

É sobre tal finalidade que se devem pautar as análises.

A concessão envolve a delegação de um negócio, de titularidade do Estado, para exploração por um particular por sua "conta e risco".

Assim, considerando uma presunção de que não haveria "risco", a justificar o "prêmio" da apropriação das riquezas pesquisadas e exploradas, tendo em vista que há certeza da existência do bem, o modelo não seria justo e voltado aos interesses nacionais.

---

produção preverá duas fases: I - a de exploração, que incluirá as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, para determinação de sua comercialidade; e
II - a de produção, que incluirá as atividades de desenvolvimento.

23 Os modelos podem ser classificados nas seguintes categoriais: a) concessões tradicionais, em que são transferidos os riscos para o concessionário, mas que este será o proprietário do petróleo extraído; b) *Production-sharing contracts*, ou contrato de partilha, no qual o risco é integral do concessionário, que tem o direito de dividir a produção do petróleo; c) Contrato de *Joint Venture*, no qual o risco é do concessionário, mas há a possibilidade de divisão dos riscos da produção do petróleo, notadamente pela criação de sociedades de propósitos específicos (JOA´s) ou por meio de associações (*non-incorporate joint venture*).
Cf. BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve panorama dos contratos no setor de petróleo. In ***Temas de Direito do Petróleo e Gás natura***l. Organizador (Paulo Valouis). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 31-46.

A presunção está longe de parecer absoluta; uma eventual ausência de risco acerca da existência da riqueza não afasta outros riscos incidentes sobre a operação, tais como a quantidade, a tecnologia e os insumos para a exploração.

Fala-se, por exemplo, que a base industrial ainda não atenderia todas as etapas do processo produtivo e que o Brasil não teria auto-suficiência em peças, sondas e plataformas. Também se cogita do preço do produto cair, em função das novas descobertas em outras partes do mundo, ou, ainda, em decorrência da adoção de outros modelos de combustíveis, para atendimento de legislações ambientais mais rígidas e fomentadoras de meios alternativos.

Da mesma forma (como se voltará adiante), a participação da sociedade nas receitas auferidas com as descobertas também já pode ser obtida por meio das participações governamentais; talvez possa se cogitar de ajustes nos percentuais previstos em lei ou decreto.

Enfim, são aspectos a provar ou debater.

Há questões técnicas e econômicas que melhor seriam equacionadas no âmbito técnico da regulação[24], e não no cenário político do Congresso Nacional, que passa a deliberar sobre questões para as quais não tem a devida formação – e, o que é pior, em prazos absolutamente incompatíveis com a complexidade dos temas tratados.

Eis aqui uma das dificuldades práticas que a consulta solicita verem levantadas.

O fato é que, além das riquezas, tudo o que envolve a produção e a quantidade de riqueza envolvida é risco do negócio.

Todavia, admitindo-se que todas as questões em jogo possam ser avaliadas apenas sob a ótica política, é preciso fixar a óbvia noção de que qualquer política pública infraconstitucional deve respeito às diretrizes constitucionalmente fixadas. Logo, não há que se falar numa absoluta discricionariedade legislativa, como se o legislador ordinário pudesse decidir, já sem as amarras constitucionais, manter ou não o monopólio da PETROBRÁS.

O monopólio está mantido, nas mãos da União; é, pois, o poder central quem decide abrir ou não licitações, explorar ou não jazidas, sob tal ou qual modelo. Contudo, em tomando a decisão de iniciar tal exploração de atividade econômica, por meio de contratações, estas, pela própria previsão do art. 177, em sua nova redação, devem ser licitadas. Afinal, como se insistirá adiante, a licitação é um instrumento que tem por objetivo dar concreção aos princípios da eficiência e da economicidade, além do princípio da isonomia e da livre concorrência.

Tudo isso se submete a um controle da constitucionalidade que não se limita ao exame da sede constitucional do modelo de concessão.

Os projetos enviados precisam ser avaliados à luz do fundamento da liberdade de iniciativa e de diversos outros princípios constitucionais, em especial, o da isonomia, da

24 Não foi sem razão que a EC nº 9/95, ao dar nova redação ao art. 177, CF, previu a criação de um órgão regulador.

segurança jurídica (e da sua vertente, confiança legítima), da proporcionalidade e da autonomia da vontade[25].

5. A mudança dos marcos e o princípio da segurança jurídica

O problema maior não parece ser a introdução de um novo modelo. O mercado já se acostumou a trabalhar em diversos cenários, com ou sem a parceria de empresas estatais.

O que é grave é a insegurança que surge com a mudança de marcos num cenário que envolve vultosas quantias e emprego de tecnologias e pesquisas sofisticadas, com retorno em prazos longos. A decisão de investir num cenário como esse exige uma maior estabilidade.

Considerando que a EC nº 9/95 criou um novo cenário jurídico para as atividades econômicas, num contexto de flexibilização dos monopólios e estímulo à competição, até mesmo uma emenda constitucional prevendo o retorno a um modelo estatizante poderia ser repudiável sob o aspecto da segurança jurídica.

Portanto, não há que se falar que a Lei Maior não falou em concorrência, mas, meramente, na possibilidade de firmar contratos e, mais ainda, que tal a implementação de tal possibilidade de contratar estaria autorizada a se adotar com afastamento da competitividade, mediante licitação.

Basta se ler a Exposição de Motivos da EC nº 9/95 e a própria evolução do tratamento constitucional do tema para desautorizar tal interpretação:

> *A Emenda visa a flexibilizar o monopólio do petróleo de forma que a União possa* ***contratar com empresas privadas*** *a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural, refino de petróleo, importação e exportação de petróleo, gás e derivados, bem como o transporte marítimo de petróleo, derivados e gás natural, inclusive por meio de dutos. Assevere-se que a lei ordinária deverá regular as condições e relações contratuais concernentes. Nesta medida, a flexibilização a ser implementada em nível infraconstitucional implica a ampliação da competência do Poder Legislativo na discussão dos rumos da política governamental voltada para o setor do petróleo. (...)* ***Tal flexibilização permitira a atração de capitais privados*** *para determinadas atividades em que se requer a*

25 Portanto, no mínimo, o princípio democrático exigiria um maior aprofundamento do debate, com audiências públicas e seminários técnicos, explicando aos parlamentares e à população em geral sobre os subsídios necessários a uma decisão política de tamanha relevância. Tudo isso é incompatível com a celeridade dos prazos impostos para a deliberação do Congresso Nacional. Aqui mais um dos embaraços práticos impostos pelas propostas, qual seja, a dificuldade de sua assimilação e compreensão para uma deliberação consciente sobre questão que define os rumos da economia de um país.

> ***expansão dos investimentos*** *em volume insuscetível de financiamento exclusivo por parte da PETROBRÁS.*" (os grifos não são do original)

É que se poderia sustentar que, com a flexibilização do monopólio, havia sido meramente rompida a obrigatoriedade de se fazer concessões a empresa sob controle do Estado – mas a manutenção de tal concessão não estaria proibida; ou seja, só com a edição de uma nova Lei do Petróleo – a Lei nº 9.472/97 – teria, finalmente, por lei ordinária, acabado o monopólio do petróleo. Assim, se essa foi uma decisão do legislador ordinário, autorizado por uma discricionariedade legislativa, outra lei poderia modificar tal decisão e, até mesmo, autorizar uma preservação ou retomada do modelo existente ao tempo do monopólio.

Isso seria desconsiderar qualquer evolução do modelo **de Estado,** e não uma mera política **de governo** – de gerir o petróleo diretamente, por meio de estatais, por meio de concessões ou outro contrato, em regime de competição ou não.

Bem diferente do que aconteceu na flexibilização do monopólio dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado (e, leia-se, serviços **públicos**), em que se removeu a obrigatoriedade da concessão de tais serviços a empresas sob controle do Estado (e mais não disse a norma constitucional), no petróleo, **além** de se remover tal obrigação, se falou em contratação com empresas estatais **ou privadas** – o que se faz dentro da regra geral da licitação, como se vê de uma interpretação sistemática da Constituição (a isso também se voltará).

Logo, não se autorizou o legislador ordinário, diante da Emenda Constitucional, silenciar, para preservar a vigência da Lei nº 2.004/53. A omissão, preservadora da lei ordinária monopolizante, incidiria em inconstitucionalidade e poderia ser, perfeitamente, submetida a exame do Poder Judiciário, nos termos do art. 103, CF.

De discricionariedade legislativa se pode falar quanto à escolha da modulação contratual – por exemplo, de concessão ou de partilha e em qual formatação das características de tais contratos e quando podem ser adotados – mas, nunca, de restaurar o monopólio[26].

Tudo isso buscaria a preservação da segurança jurídica no cenário de reformas econômicas, com as correspondentes formatações jurídicas. Afinal, o país acaba de conquistar a confiança dos investidores e de adquirir o *status* de "grau de investimento".

De sua parte, a própria PETROBRÁS tem feito enorme esforço para demonstrar, no mercado e perante seus acionistas, que, embora controlada pelo Estado, não é um espaço de interferência política, preservando sua autonomia legalmente estabelecida. Essa autonomia contra a interferência política é fundamental para demonstrar transparência e,

---

26 A vedação de retrocesso também já é um direito reconhecido. Ainda que a liberdade de iniciativa possa não ser considerada como um direito social, tal como saúde e educação, não se concebe que, em qualquer setor, se retire direitos já incorporados ao patrimônio jurídico, mormente quando em jogo um fundamento da República. Sobre o tema, em sede social, ver DERBLI, Felipe. ***O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988***. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

com ela, captar recursos no mercado de valores mobiliários; a confiança dos investidores poderá ficar minada diante desse novo projeto político apresentado para a estatal.

O patrimônio moral do país e a defesa das gerações futuras são conquistados, entre outros, pelo respeito à segurança jurídica e pela estabilidade dos marcos regulatórios como um todo.

Não é razoável imaginar que num segmento dominado pelas intensas pesquisas e investimentos em aprimoramento tecnológico, a cada descoberta de novas riquezas ou tecnologias seja necessário mudar a legislação. Isso só desestimularia as pesquisas, com produção de efeito inverso àquele desejado pelos arts. 218 e 219, CF[27] (o que representaria nova inconstitucionalidade).

Exatamente para a disciplina desse tipo de questão surgiram as agências reguladoras, de modo a tornarem o ordenamento jurídico sempre atualizado e compatível com as "melhores práticas da indústria".

A mudança radical, inclusive à revelia da existência de uma agência reguladora setorial, acaba por reforçar o temor dos investidores, especialmente os estrangeiros, atuais e futuros; isso se reforça quando se tem a imagem de modelos adotados, na maioria dos casos, em países pobres e dependentes de petróleo.

Numa economia globalizada, em que as ofertas de cenários positivos são múltiplas, a mudança de regras, de forma tão radical e tão célere, impedindo um debate político com prazos compatíveis com o princípio democrático, demonstra uma visão arbitrária, radical e estatizante, tal como está a ocorrer em outros países da América do Sul.

Resta evidente, portanto, que as alterações legislativas no regime de exploração do petróleo trazem toda a sorte de insegurança jurídica[28].

---

27 Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.§ 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.§ 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

28 Nesse sentido, VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO ressalta o dever de preservação da segurança jurídica nas alterações legislativas: A supressão da tutela de expectativas com base nesse pensamento esvaziaria, por completo, o princípio da segurança jurídica. Embora as leis não sejam perpetuas, especialmente nos dias de hoje, as alterações que elas sofrem devem levar em consideração a confiança que nelas foi depositada pelos seus destinatários. (...) A Constituição, portanto, também desempenha um relevante papel para o alcance da estabilidade das relações sociais e deve servir como instrumento para possibilitar uma firme tutela das expectativas dos cidadãos contra inesperadas alterações legais. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. ***O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado***. Niterói: Impetus, 2009, pp. 172-173.

Isso tudo afeta a legítima expectativa dos agentes econômicos de confiar nas políticas de Estado – fixadas com sede constitucional – voltadas à atração de investimentos privados a setores em abertura.

Esse é um dado fundamental a se destacar.

É nítido o embate entre o modelo de abertura – instaurado pelo Programa de Reforma do Estado (por meio das citadas Emendas Constitucionais) – e o modelo estatizante – proposto pelos projetos que atribuem tratamento diferenciado a companhias sob controle do Estado.

Ocorre que o primeiro foi decorrente de uma política de **Estado**, com sede **constitucional**, e o segundo reflete uma política de **governo** e, portanto, conjuntural.

Em síntese, as políticas de governo devem se conciliar com as políticas de Estado e quando o modelo tem sede constitucional, os programas partidários e as políticas governamentais devem se amoldar aos princípios e regras previstos na Lei Maior[29].

Ora, se a evolução das normas constitucionais caminhou para um modelo de atração de investimentos privados, especialmente os voltados para o longo prazo, nacionais e estrangeiros, essa é uma linha que preside o exame de constitucionalidade de propostas apresentadas em lei ordinária – as quais deveriam ser voltadas para dar concreção aos comandos constitucionais, e não para negá-los.

Quando se adota a opção diversa daquela desejada pelo comando constitucional, mais que uma inconstitucionalidade – casuística – se atinge um bem maior, que é a legítima confiança do administrado em relação ao Estado.

É essa confiança que direciona recursos e investimentos, atuais e futuros, que proporcionarão o desenvolvimento econômico do País – CF, art. 3º. Minada essa confiança, gerações atuais e futuras sofrerão as conseqüências de decisões infraconstitucionais, de maiorias episódicas. Daí porque a confiança legítima é um bem tutelado pelo ordenamento jurídico[30].

---

29 Essa orientação se confirma na leitura do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na ADI 3.273/DF: "É que nas democracias, estruturadas também --- mas não exclusivamente --- sobre o princípio da interdependência e harmonia entre os poderes, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade dos atos e procedimentos do Executivo, na implementação de suas políticas públicas. Incumbe-lhe rechaçar a implementação de opções políticas, pelo Executivo, que não sejam plenamente adequadas ao todo orgânico que a Constituição é." Item 21 – p. 27.

30 Como leciona CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. Daí se vê que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. ***Constituição e segurança jurídica***. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17. No mesmo sentido, PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA:

A brusca mudança de cenários, por lei ordinária, não pela mudança de modelo contratual, mas, sobretudo, pela recriação de um modelo estatizante de exploração de um setor, cria um cenário que, além de não ser atrativo aos investimentos, afugenta investidores neste e em outros setores. Não foi esse o cenário idealizado pelas emendas constitucionais flexibilizadoras das barreiras aos investimentos privados de interesse estratégico.

6. O impacto generalizado na economia e o controle de proporcionalidade das medidas

Não se pode desconsiderar o fato de que uma proposta de mudança num cenário regulatório exige um exercício de seus reflexos sobre outros segmentos regulados pelo Estado. Há, pois, um dever de interpretação prospectiva acerca das conseqüências da decisão a ser tomada – qualquer que seja o cenário para tal decisão (político, jurisdicional ou regulatório).

No caso em exame, propõe-se a realização de mudanças bruscas, de um modelo de competição para um modelo de favores e privilégios em relação a empresas sob controle do Estado.

Isto quebra o valor fundamental da isonomia num cenário em que a livre iniciativa é um fundamento e a livre concorrência é um princípio setorial do ordenamento econômico.

Como apontado acima, os reflexos são inegáveis quando minada a confiança do investidor, se um modelo de Estado fixado na Constituição deixa de ser implementado e passa até a ser negado pela legislação ordinária.

Como dito, uma das motivações das medidas propostas estaria numa maior partilha, em favor do Estado e da sociedade, das novas riquezas descobertas em bens da União; isso permitiria que o povo brasileiro melhor usufruísse dos ganhos decorrentes dessas novas

---

A tutela da confiança se impõe ao ordenamento jurídico porque, como observa Karl Larenz, "poder confiar (...) é condição fundamental para uma vida coletiva pacífica e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica". A ausência de proteção à confiança depositada no tráfico jurídico despertaria o germe da desconfiança geral, de todos contra todos, incompatível com o ambiente de estabilidade que se almeja estabelecer em um Estado de Direito. Nesse sentido, a tutela da confiança aparece como um elemento integrante da teoria geral do direito, inerente ao ideal de segurança jurídica, e que se irradia para os seus diversos sub-ordenamentos. Inspirada por esse objetivo de tutela da confiança despertada nas relações jurídicas a jurisprudência dos Tribunais alemães e da União Européia cunhou nas últimas décadas o princípio da proteção da confiança legítima. Trata-se, em linhas bem gerais, de um instrumento para assegurar aos cidadãos a previsibilidade e a constância da ação administrativa. Tal mecanismo está inserido no processo de substantivação do direito administrativo iniciado na segunda metade do século XX. Por seu intermédio, opera-se a concretização da segurança jurídica subjetiva nas relações Administração-administrados. Esta, a razão pela qual, o princípio da proteção da confiança legítima é apontado como um princípio do direito público, que tem no direito administrativo um dos seus campos de atuação mais profícuos. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. ***Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro***. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Profª Drª. Odete Medauar. São Paulo: USP, 2006, pp. 71-72.

riquezas – daí a proposta de criação de um fundo social, para o qual seriam direcionados esses recursos.

A questão é saber se somente pela mudança de modelo se pode atingir tal finalidade – de aumentar os ganhos da população – ou, ao revés, se o modelo em vigor permitiria se obter os mesmos resultados, a um menor custo.

O "custo" em jogo, como dito, é a desconfiança generalizada sobre a possibilidade de constantes mudanças de marcos regulatórios em segmentos de alta tecnologia, que demandam pesquisas e investimentos de longo prazo. Isso acarreta o afastamento de investidores e pode representar o sucateamento do aprimoramento tecnológico da mão-de-obra brasileira – neste e noutros setores – afetando, pois, o desenvolvimento econômico – objetivo constitucional do Estado.

Evidente que tal mudança gera uma onerosidade excessiva para o País. Essa onerosidade será suportada pelas gerações atuais e futuras, especialmente estas últimas, que sofrerão as conseqüências das fugas atuais de investidores, pela quebra de cenários favoráveis aos investimentos, à pesquisa, à produção de tecnologia, à geração de empregos e qualificação de mão-de-obra, em nome de uma opção em que somente pela centralização nas empresas do Estado a riqueza seria bem distribuída – esta foi uma doutrina que não resolveu os problemas sociais do país em nenhum dos setores em que foi aplicada (daí as mudanças). Desconhecer a história é condenar a sociedade a reviver os erros do passado.

Daí porque o exame da constitucionalidade das propostas exige que elas passem pelo crivo da proporcionalidade, a saber, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito das medidas submetidas ao Congresso Nacional.

A busca de mecanismos para aumento do beneficio social das novas riquezas pode até passar pelo critério da **necessidade** e, com boa vontade, pela **adequação** – afinal, já é prevista a presença de estatais no setor e o modelo proposto, de partilha de produção, é internacionalmente reconhecido.

Todavia, não passa pelo critério da **proporcionalidade em sentido estrito**, que exigiria a adoção da solução que **menor onerosidade** traga para os envolvidos.

O custo da desconfiança não justifica os benefícios que se pretende alcançar, que, frise-se, já podem ser atingidos com o próprio modelo vigente. Bastaria, quando muito, uma proposta de mudança dos critérios já previstos em lei ordinária para a remuneração do Estado concedente.

A atual redação do artigo 45 da Lei nº 9.478/1998 prevê as seguintes formas de participação governamental nos contratos de concessão de petróleo: bônus de assinatura; *royalties*; participação especial; pagamento pela ocupação ou retenção de área.

O *Bônus de Assinatura* corresponde ao pagamento realizado pelo licitante vencedor para a obtenção da concessão de petróleo, ou seja, é o valor que deve ser pago à ANP antes da adjudicação do contrato de concessão ao licitante vencedor[31].

Diferentemente, os *royalties* são valores pagos, mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

Ressalte-se, por relevante, que estes valores serão pagos levando-se em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, sendo que a ANP poderá prever, no edital de licitação, a redução do valor dos *royalties* a um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

As *participações especiais*, por seu turno, são obtidas sobre a receita bruta da produção do petróleo, abatidos os valores dos royalties, que visam a compensar **o grande volume de produção ou de rentabilidade da extração do petróleo**, devendo ser cobrada de acordo com receitas progressivas[32].

Por fim, o pagamento *pela ocupação ou retenção de áreas*[33] é devido pelo contratado, anualmente, à ANP, pela utilização de terrenos afetos à exploração da concessão.

Na hipótese em exame, o próprio ordenamento já admite que uma das formas de remuneração do concedente – as participações especiais – possa ser majorada até mesmo por decreto.

Portanto, a anunciada maior rentabilidade das áreas do pré-sal poderia ser, perfeitamente, submetida a um critério diferenciado de remuneração, sem subversão do modelo de mercado para um modelo estatizante, centralizado em empresas sob controle do Estado, que receberiam contratos sem se submeter a mecanismos constitucionalmente estabelecidos para a competição.

Além disso, o ordenamento em vigor já permite o estabelecimento de índices de nacionalização, que não só gera empregos no país como força o desenvolvimento de pesquisas e tecnologias nacionais.

Sem dúvida que a redução desse tipo de investimentos é um risco.

---

31 Lei nº 9478/1997 - Art. 46. O bônus de assinatura terá seu valor mínimo estabelecido no edital e corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão, devendo ser pago no ato da assinatura do contrato.

32 Lei nº 9478/1997 - Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República. (Vide Lei nº 10.261, de 2001)
§ 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os royalties, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor.

33 Lei nº 9478/1997 - Art. 51. O edital e o contrato disporão sobre o pagamento pela ocupação ou retenção de área, a ser feito anualmente, fixado por quilômetro quadrado ou fração da superfície do bloco, na forma da regulamentação por decreto do Presidente da República.
Parágrafo único. O valor do pagamento pela ocupação ou retenção de área será aumentado em percentual a ser estabelecido pela ANP, sempre que houver prorrogação do prazo de exploração.

Outra dificuldade prática para o exercício da liberdade empresarial decorre do fato de que os fornecedores ficarão nas mãos de um único operador, assim imposto por lei – quando a Lei Maior impõe a competição por via da licitação.

Para o único operador também há dificuldades, posto que a PETROBRÁS já tem grande parte do pós-sal; se ficar com todo o pré-sal, terá dificuldades operacionais e logísticas que exigirão parcerias; o problema será obter parceiros num cenário em que o consórcio é obrigatório, a participação mínima é assegurada à estatal, o comitê gestor é integrado em 50% por indicados de outra estatal, que não assume riscos mas tem voto de qualidade. Nada convidativo.

Em síntese, além de não ser indispensável a mudança de marco regulatório para a obtenção dos resultados almejados – de maior participação da população nas riquezas – o custo do risco da insegurança jurídica não passa pelo crivo da razoabilidade e da proporcionalidade[34].

7. A frustração dos princípios da isonomia e da livre concorrência

O modelo de livre iniciativa previsto na Constituição admite a presença de monopólios e de empresas sob controle do Estado, mas sob o influxo do princípio da subsidiariedade[35], em regime de competição e sob as mesmas condições disciplinadoras das atividades das empresas do setor privado.

---

34 Essa linha já era defendida por JOSÉ CARLOS VASCONCELLOS DOS REIS: Portanto, uma alteração de tal envergadura na legislação atual só seria possível se antecedida de profunda análise técnica de todas as vantagens e desvantagens desses modelos, à luz das concretas circunstâncias da realidade brasileira, e mediante aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de interesses. Ao cabo e ao fim, a grande questão de fundo envolvida na discussão a respeito das reservas petrolíferas do pré-sal é a sempre tormentosa definição de que parcela do valor da produção, descontados os custos, fica para o governo e que parcela fica para a concessionária — as conhecidas expressões inglesas government take e contractor take. O que, afinal, se cogita, com relação às reservas do pré-sal, é a elevação do government take. E, para resolver essa questão, talvez não seja necessária nenhuma alteração de vulto no alicerce normativo já em vigor, com vistas ao melhor proveito possível das reservas do pré-sal. Basta que se aplique adequadamente o instituto das participações especiais, já anteriormente referidas, inclusive no percentual máximo possível, considerando os campos do pré-sal como de alta produtividade. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As concessões de exploração de petróleo no direito brasileiro: Algumas reflexões sobre as perspectivas do pré-sal *in* SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord). ***Direito administrativo. Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp 496 -497.

35 SILVIA FABER TORRES, em trabalho específico sobre o tema, traça as implicações da subsidiariedade na intervenção do Estado na ordem econômica: Embora a subsidiariedade não seja um princípio estritamente diretivo da ordem econômica, ela a tem como um de seus objetos precípuos, orientando, nesse âmbito, a atuação estatal e informando a relação entre o Estado e o particular, de modo a harmonizar a coexistência do poder público e da liberdade de que goza a iniciativa privada. A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça. (TORRES, Silvia Faber. ***O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo***. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 152).

A própria Lei Maior estabelece, no art. 173, § 2º, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais (leia-se, não apenas benefícios de natureza tributária, mas financeira) não extensivos às do setor privado, bem como, no § 4º, que a lei reprimirá eliminação da concorrência. Tudo isso decorre não só do princípio da livre iniciativa, fundamento da República – CF, art. 1º, IV – como do princípio da livre concorrência – CF, art. 170, IV.

Essa lógica se reforçou com a EC nº 9/95, que introduziu o regime de competição para a exploração do monopólio da União, dele participando empresas estatais e privadas.

Daí porque na orientação do Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU ficou assentado que *"a Petrobrás não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas (artigo §1º, II, do art.173 da CB/88). Atua em regime de competição com as empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatório (artigo 37, inciso XXI, da CB/88), as contratações previstas no §1º do art. 177 da Constituição do Brasil"*.

Logo, a previsão de um afastamento da competição em favor das empresas sob controle do Estado representa flagrante violação dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e, em última instância, da isonomia. Assim, impõe-se esclarecer que, se poderia haver alguma interpretação de que a exploração direta (por meio de estatais) estaria mantida, esta interpretação não parece contar com o respaldo do Supremo Tribunal Federal; o monopólio se dá sobre a titularidade da atividade, sobre o poder de decidir quando e como explorar – os modelos contratuais não foram constitucionalizados – mas o regime de afastamento da competição, em se decidindo pela exploração, não parece ter sido contemplado na sistemática constitucional.

Partindo-se dessas premissas, passa-se ao exame do tratamento diferenciado conferido às empresas sob controle estatal, que estariam orientados pela lógica de uma discricionariedade legislativa que autorizaria a lei ordinária a definir o tamanho do monopólio e da competição desejados.

7.1. Das hipóteses de contratação direta da PETROBRÁS

O Projeto de Lei nº 5.938/2009, em seu artigo 7º, parágrafo único, prevê que a PETROBRÁS poderá ser **contratada diretamente**, isto é, **sem licitação**, para promover a avaliação do potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas, nos seguintes termos:

> *Art. 7º Previamente à contratação sob o regime de partilha de produção, o Ministério de Minas e Energia, diretamente ou por meio da ANP, poderá promover a avaliação do potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas.*

> *Parágrafo único.* ***A PETROBRAS poderá ser contratada diretamente*** *para realizar estudos exploratórios necessários à avaliação prevista no caput.*

O ponto mais relevante e sensível é que o mesmo Projeto prevê, ainda, que esta estatal poderá ser contratada diretamente para a celebração de contratos de partilha de produção[36]:

> *Art. 8º A União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, celebrará os contratos de partilha de produção:*
> *I -* ***diretamente com a PETROBRAS, dispensada a licitação; ou***
> *II - mediante licitação na modalidade leilão.*

Aumentando as prerrogativas conferidas a esta estatal, o referido projeto possibilita a contratação direta desta entidade para a realização de avaliação de jazidas que não se localizem na área do pré-sal ou em áreas estratégicas:

> *Art. 38. A ANP poderá* ***contratar diretamente a PETROBRAS*** *para realizar as atividades de avaliação das jazidas previstas nos arts. 36 e 37.*

Na linha do incremento da insegurança jurídica, vê-se exemplo que mais uma vez se repete na história do país, com intervenção legislativa na autonomia e independência política da agência reguladora, interferindo em sua liberdade de escolha dos prestadores de serviços (não há imposição, mas um "doce constrangimento").

O referido projeto ainda possibilita que a PETRO-SAL **contrate diretamente a PETROBRAS** como agente comercializador do petróleo e do gás natural extraído:

> *Art. 44. O petróleo e o gás natural destinados à União serão comercializados de acordo com as normas do direito privado, dispensada a licitação, segundo a política de comercialização referida nos incisos VI e VII do art. 9º.*
> *Parágrafo único. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º, representando a União,* ***poderá contratar diretamente a PETROBRAS,*** *dispensada a licitação, como agente comercializador do petróleo e do gás natural referidos no* caput.

---

36 Tal contratação direta poderá, inclusive, ocorrer por provocação do CNPE: Art. 12. O CNPE proporá ao Presidente da República os casos em que, com vistas à preservação do interesse nacional e ao atendimento dos demais objetivos da política energética, **a PETROBRAS será contratada diretamente pela União para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção.**

Na mesma linha de prerrogativas conferidas unicamente a esta estatal, o Projeto de Lei 5.941/2009 prevê um novo modelo de exploração – a cessão onerosa do exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos à PETROBRÁS, **dispensada a licitação**:

> *Art. 1º Fica a União autorizada a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, **dispensada a licitação**, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.*

Tais propostas atentam contra os princípios invocados e contra a própria evolução normativa do tema – que substituiu a figura da personificação do monopólio na PETROBRÁS, para admitir a continuidade da existência da empresa como um agente competidor – afastando o que ocorreu em outros setores, nos quais a tendência foi a privatização de empresas estatais[37].

O que é extremamente grave é que a proposta viola o **princípio democrático** e o **Estado de Direito**, posto que se pretende implementar uma política pública incompatível com o modelo implementado na Constituição, que, nesse passo, mereceu modificação específica para que fosse implementado um modelo de competição.

7.2. As interpretações juridicamente aceitáveis das propostas

Como dito, num primeiro momento se poderia acreditar que a redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995 – que prevê que a União "poderá contratar" com empresas estatais ou privadas – admitiria a contratação direta. Afinal, numa **interpretação literal**, quem pode contratar com empresas estatais ou privadas "poderia" optar pelas estatais; neste caso, não haveria licitação.

Ocorre que, segundo regras basilares de hermenêutica, a interpretação literal é a primeira, e não a última das interpretações, e nem, muito menos, a melhor.

Daí se cogitar dos métodos histórico[38], teleológico e sistemático, na busca da origem e da finalidade das normas.

---

37 Vide Plano Nacional de Desestatização (disciplinado pela Lei nº 8.031. de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997), que traçou as diretrizes para o desenvolvimento de um Estado Gerencial Regulador.

38 LUÍS ROBERTO BARROSO traz as principais características desse método de interpretação: "A interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da occasio legis. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos. O elemento histórico desempenha na inter-

Nesse passo, a **interpretação histórica** das **mudanças** no Texto Constitucional em nada autoriza que sejam conferidas prerrogativas que induzam o retorno a um regime de monopólio de exploração em favor de empresa sob controle estatal[39].

Pela **interpretação teleológica** se confirma a **intenção** do constituinte em flexibilizar este monopólio público, num contexto de introdução da competição com vistas à obtenção de novos investimentos e para o atingimento de um dever de eficiência, ditada por fatores de mercado.

Basta ver, como dito, que a Exposição de Motivos[40] que deu origem à Emenda Constitucional nº 9/1995 ratificou essa orientação geral.

Como se pode observar e frisar, a intenção do **Constituinte** derivado foi flexibilizar o monopólio da exploração do petróleo e do gás natural, possibilitando a contratação de empresas privadas para a realização dessas atividades.

Por esta razão, não poderia o legislador ordinário, subvertendo a vontade do legislador constitucional, retornar a um regime em que a União, por intermédio da PETROBRÁS, possuía a exclusividade para o desenvolvimento das atividades de exploração do petróleo[41].

Como se não bastasse, numa **interpretação sistemática** do texto já se vislumbra que, ao se disciplinar a presença de estatais no domínio das atividades econômicas, que *a norma do artigo 173, §1º, CF, foi editada com intuito de proteção ao particular, almejando que às entidades não fossem atribuídas vantagens e favores não extensíveis às demais empresas privadas*[42]. Se, por um lado, é certo que os comandos dos artigos 173 e 177 são distintos – um para proteger o mercado e outro para definir uma titularidade originária do Estado sobre uma atividade econômica – não é menos exato que o fundamento da República é a livre

---

pretação constitucional um papel mais destacado do que na interpretação das leis. Isso se torna especialmente verdadeiro em relação a Constituições ainda recentes. Fórmulas e institutos aparentemente incompreensíveis encontram explicação na identificação de sua causa histórica." (BARROSO, Luís Roberto. ***Interpretação e aplicação da Constituição***. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136).

39 Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO: "Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto o antigo". BARROSO, Luís Roberto. ***Interpretação e aplicação da Constituição***. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

40 O texto da Proposta de Emenda à Constituição nº 06/95, que altera o §1º do art. 177 da Constituição Federal foi enviada pelo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 62, II, da CF/88, através da Mensagem nº 194, de 1995, ao Congresso Nacional para apreciação., que teve a Exposição de Motivos nº 39, de 1995, dos Senhores Ministros de Estado da Justiça, do Planejamento e Orçamento, da Fazenda, de Minas e Energia, da Previdência e Assistência Social e da Administração Federal e Reforma de Estado.

41 Mais uma vez vale mencionar que essa orientação se confirma com a leitura do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, quando expõe que "ela atua, no regime instalado pelo § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, redação da EC 9/95, na qualidade de empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito e não serviço público; **em regime de competição com a empresa privada, portanto.** (...). Tornado relativo o monopólio, a Petrobrás perdeu a qualidade de sua executora, que lhe fora atribuída pela Lei n. 2004/53". item 18 p. 21 – (o grifo não é do original)

42 SOUTO, Marcos Juruena Villela. ***Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico***. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 116.

iniciativa e é tal princípio que deve inspirar a interpretação constitucional acerca dos critérios que devem inspirar o legislador ordinário no exercício da aplicação de eventual discricionariedade legislativa. Ou seja, o caso não precisa ser de aplicação do art. 173, § 1º, CF, ou de aplicação do princípio da subsidiariedade, mas de interpretação sistemática, histórica e teleológica do próprio artigo 177, CF, na redação dada pelas reformas constitucionais. A regra do artigo 173, ainda que não diretamente aplicável ao problema, fixa uma lógica, decorrente do fundamento da República – que não nega o mercado para privilegiar a opção da empresa estatal, mormente quando o dispositivo específico (art. 177) contempla a convivência.

Ainda numa visão **sistemática**, não se vislumbra mais nenhum fundamento jurídico para as hipóteses de contração direta dessa estatal, haja vista que a regra é a prévia realização de procedimentos licitatórios para as contratações do Poder Público, sendo a contratação direta exceção[43].

Qualquer exceção com sede em lei deveria decorrer de norma **geral** – consoante disposto no art. 22, XXVII, CF – e não de uma norma **específica**, **direcionada** para **uma** empresa **nominada** no texto legal.

Nem se diga que o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 seria a norma autorizadora da contratação direta da exploração; primeiro, porque tal norma não se aplica a este tipo de contrato; segundo, e mais importante, porque o dispositivo representa mera aplicação do princípio da descentralização administrativa – autorização para a contratação com entidades criadas para personificar funções do Estado e apenas para o seu próprio atendimento – e não para frustrar a competição no mercado.

Enfim, a licitação não se impõe apenas como regra; ela se destina a garantir os princípios constitucionais da **eficiência** e da **economicidade** – além de resguardar a livre concorrência e a isonomia (nem se questiona o objetivo de também atender o princípio da moralidade, porque a imoralidade não se presume).

7.3. O princípio da autonomia da vontade e a obrigatoriedade de formação de consórcios com a PETROBRÁS

O Projeto de Lei nº 5.938/2009 prevê que a PETROBRÁS será a **operadora de todos os blocos** contratados sob o regime de partilha de produção; caso haja outra empresa vencedora da licitação, esta deverá constituir, **obrigatoriamente**, um consórcio com a estatal:

43 Vide, por exemplo, o artigo 37, inciso XXI, e 175, CF. Confirmando essa linha, recorra-se, mais uma vez, ao voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na DI 3273/DF, quando afirma, à luz da Constituição, que: "A União não poderá, ex vi do disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição, contratá-la senão mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, observadas as condições estabelecidas na lei prevista no § 1º do artigo 177 da Constituição" – item 19, p. 22.

> *Art. 4º - A PETROBRAS **será a operadora de todos os blocos** contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurada, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20.*
>
> *Art. 20. O licitante vencedor **deverá constituir consórcio com a PETROBRAS** e com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976.*
> *§ 1º A participação da PETROBRAS no consórcio implicará sua adesão às regras do edital e à proposta vencedora.*
> *§ 2º Os direitos e obrigações patrimoniais da PETROBRAS e demais contratados serão proporcionais à sua participação no consórcio.*
> *§ 3º O contrato de constituição de **consórcio deverá indicar a PETROBRAS como responsável** pela execução do contrato, sem prejuízo da responsabilidade solidária das consorciadas perante o contratante ou terceiros, observado o disposto no § 2º do art. 8º.*

Não resta dúvida de que esta obrigatoriedade da formação de consórcios das empresas privadas vitoriosas nas licitações do pré-sal com a PETROBRÁS viola o sistema constitucional de atuação da empresas estatais, a **liberdade de associação** e a **liberdade de contratar** das licitantes vencedoras.

Trata-se, em última análise, de uma intervenção indevida na liberdade de empresa das licitantes vencedoras, que corresponde a uma das facetas da liberdade iniciativa[44].

Enfim, todos são valores inerentes ao fundamento da liberdade de iniciativa.

De outro lado, esta obrigatoriedade de formação de um consórcio com a PETROBRÁS se apresenta, mais uma vez, como uma **violação ao princípio da proporcionalidade**; isto porque se cria ônus e risco excessivos, tanto para a estatal como para empresa vencedora da rodada de licitações. A proposta também retira da PETROBRÁS, uma empresa constitucionalmente submetida ao direito privado, a autonomia para a escolha dos blocos que desejar operar, em função de critérios empresariais voltados para a rentabilidade. Isso, como dito e repetido, aniquila todo um esforço na imagem de empresa autônoma e blindada contra as indevidas ingerências políticas. De sua parte, a empresa

---

44 Como leciona EROS ROBERTO GRAU: "Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva a distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de **exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):** a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei-liberdade pública; b) Liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada." (o grifo não é do original). GRAU, Eros Roberto. ***A ordem Econômica na Constituição de 1988***. Malheiros, 2003, 8º ed., p. 184.

do setor privado deixa de ter a liberdade de escolha estratégica da parceria com a estatal (como já vinha acontecendo por decisões de mercado) para ser obrigada a tanto[45].

Tudo isso interfere na **autonomia da vontade** de formação das sociedades, traduzida pela *affectio societatis*, da qual não se pode prescindir[46].

Assim, não poderia uma lei intervir na formatação societária dos agentes econômicos do setor petrolífero, de maneira a obrigar que estas pessoas jurídicas se associem a uma empresa estatal.

Deve-se considerar, portanto, o fato de que, embora a associação, em sentido lato, seja livre, ninguém pode ser obrigado a manter-se associado.

Frise-se que a PETROBRAS, uma das maiores empresas do mundo, pode ter sua imagem arranhada no mercado, junto a fornecedores e investidores, por conta de um projeto que abusa do poder de usar uma estatal como instrumento de uma política de **governo** (que é diversa da política de **Estado**, constitucionalmente estabelecida).

Nesse aspecto, os referidos projetos violam não só o regime constitucional das empresas estatais, como, também, o **princípio da liberdade de iniciativa**, manifestado pela **liberdade de empresa**, modificando, sobretudo, a organização das sociedades empresarias[47].

---

45 Daí porque GILMAR FERREIRA MENDES, ao discorrer sobre os limites ou sobre as restrições a que estão sujeitas as liberdades, garantias, poderes, direitos individuais, adverte que: "É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou limites dos limites (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. Mais adiante: De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de **restrições** descabidas, **desmesuradas** ou **desproporcionais**. (o grifo não é do original). MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, Branco, Paulo Gustavo Gonet. ***Curso de direito constitucional.*** São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 304 e 306.

46 LUÍS ROBERTO BARROSO (BARROSO, Luis Roberto. ***Temas de direito constitucional. Tomo I.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 411 a 419) afirma que em uma associação não se pode prescindir da *affectio societatis,* elemento indissociável que identifica, em meio a outros aspectos, a *afinidade* entre as partes e a motivação pela qual decidem somar esforços para produzir um resultado de interesse comum, citando, para tanto, a lição de Rubens Requião: *Esse elemento característico do contrato societário é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato presumida. O conceito é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir dos reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi de unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos.* REQUIÃO, Rubens ***Curso de direito comercial***. Vol. 10. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 289.

47 Nesse passo, deve se trazer o ensinamento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que bem lembra que todo princípio – aqui se destaca o da livre iniciativa – tem uma eficácia imediata, obstando que produzam efeito dentro de uma ordem jurídica atos que com ele sejam antagônicos; é a "eficácia impediente" do princípio, pela qual se veda a produção de efeitos incompatíveis com o conteúdo de valor do princípio. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. ***Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno.*** Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 88.

7.4. O contrato de cessão de direitos para a capitalização da PETROBRÁS

O Projeto de Lei nº 5.941/2009 propõe a capitalização da PETROBRÁS, autorizando a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o direito ao exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos:

> *Art. 1º Fica a União autorizada a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS,* ***dispensada a licitação****, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.*
> *§ 1º A cessão de que trata o* **caput** *será limitada ao volume máximo de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo.*
> *§ 2º O pagamento devido pela PETROBRAS pela cessão de que trata o* **caput** *poderá ser efetivado em títulos da dívida pública mobiliária federal, precificados a valor de mercado.*
> *§ 3º As condições para pagamento em títulos da dívida pública mobiliária federal serão fixadas em ato do Ministro de Estado da Fazenda.*
> *§ 4º A cessão de que trata o* ***caput*** *é intransferível.*

Tal intenção se justificaria pelo fato de ter a PETROBRÁS descoberto os campos e possuir, em tese, maior capacidade técnica para explorar a área do pré-sal.

Primeiramente, o aumento da participação da União[48] no capital da PETROBRÁS força que os investidores privados também aumentem sua participação, sob pena de terem diluídos os dividendos.

Poderia se imaginar que é da essência da sociedade de economia mista que os acionistas privados devam conviver com as decisões políticas, dentre as quais a decisão de aumento de sua participação no capital social da estatal.

De fato, isso é uma realidade.

48 Não se trata de uma operação automática. Devem ser seguidos os trâmites da Lei de Sociedades por Ações, que exigem a convocação de assembléias extraordinárias para avaliação do direito a ser transferido para esta estatal (art. 8° da LSA) e para aprovação do laudo de avaliação (art. 122, VI, com a redação dada pela Lei n° 10.303/2001), nas quais a União não poderá votar (art. 115, § 1° c/c art. 8°§ 5° da LSA) para não caracterizar conflito de interesses. É, aliás, esse conflito de interesses que expõe, em muito, a imagem da PETROBRAS perante seus acionistas privados, podendo criar dificuldades para futuras capitalizações no mercado de valores, dada a forte ingerência governamental que se projeta com as propostas submetidas ao Congresso.

Aqui, a justificativa para o aumento de capital decorre da preocupação de que a PETROBRAS é uma sociedade de economia mista e, por isso, o acionista privado receberia as riquezas do pré-sal.

Essa justificativa menospreza o fato de que a sociedade de economia mista só existe porque houve um prévio gesto de confiança do acionista privado (suportando o risco do conflito de interesses que representa um dilema existencial[49] nas sociedades de economia mista); o Estado só cria uma sociedade de economia mista porque, sozinho, não poderia desenvolver a atividade (sob a forma de empresa pública); por isso, oferece uma oportunidade de lucro ao parceiro privado. Foi essa sociedade, com acionistas privados, que desenvolveu as atividades que levaram às descobertas do pré-sal.

Essa oportunidade de lucros, agora, resta frustrada se seu patrimônio é, repentinamente, diluído.

O que é mais grave é que vários foram os investidores atraídos pelo discurso do capitalismo popular, investindo o seu FGTS em ações da PETROBRÁS, que, agora, terão tal investimento diluído, salvo se tiverem capitais próprios para participar do aumento de capital. Isto porque, neste momento de boas notícias, lhes é negado o acesso à mesma fonte de financiamentos (o uso do FGTS)[50].

Todas essas prerrogativas, mais uma vez, violam o princípio da segurança jurídica.

Não é só isso.

Trata-se de uma imposição da União sobre um capital social que é majoritariamente privado, ainda que a maioria das ações com direito a voto estejam sob controle do Estado.

Demais disso, sequer se tem noção do valor do bem; há riscos ambientais, da aceitação de mais combustível no mercado, riscos de produção, de preço etc.

Ou seja, a capitalização, além de diluir a participação dos acionistas privados que não consigam exercer seus direitos de preferência, ainda coloca em risco o novo valor do capital da empresa.

Mas esses nem são os pontos mais importantes da crítica.

---

49 No modelo de livre iniciativa, o Estado não nasce para perseguir o lucro, mas, sim, produzir o bem-estar geral; o lucro é objetivo do setor privado; esta diversidade de objetivos nem sempre é de fácil convivência no interior da sociedade.

50 Some-se a isso as observações feitas por RAFAEL BAPTISTA BALERONI e JORGE ANTÔNIO PEDROSO JUNIOR: Além disso, os horizontes do pré-sal são bens de valor mensurável - ainda há elevada incerteza quanto à extensão total das reservas, à qualidade dos hidrocarbonetos e, principalmente, aos custos de extração, sem se cogitar da influência do preço futuro do petróleo sobre essa questão, de forma que qualquer avaliação atual teria altas chances de se mostrar equivocada. O aporte desses bens no capital social da Petrobras significaria uma transferência de um valor imensurável para uma empresa privada e uma diluição dos demais acionistas com aporte de um bem de valor incerto. Por fim, o aporte dos horizontes do pré-sal na Petrobras traria um serio risco de perda de controle de políticas públicas ligadas a esse horizonte.BALERONI, Rafael Baptista. PEDROSO, Jorge Antonio. Pré-sal: Desafios em uma proposta de regulação para o setor. In ***Novos Rumos do Direito do Petróleo***. Organizadora: Marilda Rosado de Sá. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 165.

O fato é que, por esse formato, se instituiu verdadeira subversão dos modelos doutrinária e internacionalmente aceitos para a exploração de petróleo e de gás natural.

Pelo modelo de "cessão", sem licitação, a PETROBRÁS recebe um direito, como nos melhores dias do monopólio. Cuida-se, novamente, da personificação da atividade na estatal, como se a Ordem Constitucional não tivesse sido mudada. A estatal recebe um "brinde" de valor desconhecido.

Claro que o Estado pode integralizar o capital de suas sociedades e, para tanto, pode fazê-lo em recursos ou em bens.

No entanto, há bens que se submetem a um regime especial de exploração e de comercialização, como, no caso em exame, se dá com o petróleo e gás natural; sua exploração se dá num regime de competição e sua comercialização se submete a decisões do Conselho Nacional de Política Energética[51].

Logo, a integralização do capital de uma estatal com esse bem exige a sua utilização no formato constitucionalmente estabelecido para o emprego de tal propriedade em alguma atividade. Não basta a vontade do acionista controlador – ainda que ele não estivesse sujeito a uma assembléia geral, aceitando a integralização e o valor do bem.

O fato de a PETROBRÁS ter missões, de garantir o abastecimento nacional, entre outros, não a autoriza a ter privilégios que diluam a importância do acionista privado e, menos ainda, que o tratamento diferenciado possa subverter o mercado; não está vedado um tratamento diferenciado, mas não se pode ir a ponto de afastar competidores do mercado, para atribuir à estatal todos os direitos ali presentes. Por exemplo, pode a União ou empresa estatal sob seu controle (em decorrência e para atendimento dessas missões), atribuir à PETROBRAS, sem licitação, o direito à exploração de um terreno ou de um porto (ou benefício não fiscal), como uma decorrência de suas missões (à qual seus competidores não estão), mas não pode afastar-lhe os competidores diretos (reservando-lhe um mercado) na atividade econômica para a qual ela foi criada – especialmente pela via de um contrato de cessão de bem[52], não reconhecido pela doutrina do direito do petróleo, mormente quando esse bem se submete a regime especial de exploração.

A capitalização da PETROBRÁS, com valores calculados em barris de petróleo, também sofre o risco de desvalorização do petróleo, já que o aumento da oferta – e de

51 É este conselho que opina em caráter de orientação da fixação da política de exploração do monopólio, o que afasta a crítica de que o modelo de concessão permitiria o esgotamento dos recursos do subsolo, por conta de uma exploração especulativa de tais riquezas; esta a característica do monopólio, qual seja, submeter à decisão da União a decisão de explorar ou não o recurso, o momento da exploração e o modelo contratual; no entanto, se houver tal decisão, esta exploração só pode se dar um regime de competição.

52 A cessão de direitos exploratórios de petróleo no Recôncavo Baiano, por ocasião da criação da PETROBRÁS, não é um exemplo aceitável para justificar a atual proposta de cessão, posto que, ali, a realidade era de monopólio constitucional e a PETROBRAS era a personificação do monopólio; tal modelo, de personificação do monopólio da União numa estatal, não mais existe.

novas descobertas mundo afora – podem afetar a lei da oferta e da procura (dada a busca por outros tipos de energia, de menor impacto ambiental).

8. A criação da PETROSAL e o risco à economicidade

O Projeto de Lei nº 5.939/2009 prevê a criação de mais uma empresa pública (sem, portanto, acionistas do setor privado) que terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo e gás natural da União:

> *Art. 2º A PETRO-SAL terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo e gás natural da União.*
> *Parágrafo único. A PETRO-SAL não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo e gás natural.*

A criação de uma entidade da Administração Indireta tem fundamento na decisão de iniciativa do Chefe do Executivo em realizar a descentralização administrativa, por meio de pessoas jurídicas autônomas em face do Poder central. Destarte, enquanto mera personificação de uma função de gerir contratos da União na área de produção de petróleo, não haveria, num primeiro exame, maior entrave jurídico[53].

Claro que é, no mínimo, curioso que se crie uma "empresa" estabelecendo, por lei, que ela não está exposta a riscos; se o Estado explora atividade econômica – a gestão de um ativo ou de um contrato – o faz por meio de estatais; o risco é inerente à atividade econômica; a diferença está no objetivo de busca (ou não) do lucro; na sociedade de economia mista (pelo fato de ela só existir porque há acionistas privados), o objetivo do lucro é imperativo, mas isto não ocorre na empresa pública – uma decorrência natural do princípio da livre iniciativa (o Estado não nasce para produzir lucros, mas para buscar o bem-estar geral); em síntese, pode ser afastado o lucro como objetivo de uma empresa

53 No entanto, ainda assim, poderia haver questionamentos calcados na orientação que se extrai do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na DI 3273/DF, quando afirma que "(...) *não sendo prestadora de serviço público, a Petrobras não pode ser concebida como delegada da União*" – item 19, p. 22. O argumento que pode, perfeitamente, ser aplicado à PETRO-SAL que pretende, como ponto de partida, além de outras funções questionáveis, representar os interesses da União nesses contratos. Trata-se, pois, de situação bem diversa daquela que envolve a prorrogação de contratos de concessão de serviços públicos a estatais do setor elétrico ou no que concerne às demais personificações de serviços públicos – que já estão fora do mercado e a ele só se submetem por decisão estatal; não se equiparam às situações de monopólio cuja exploração pode ser contratada com empresas estatais ou privadas.

pública, mas o risco é inerente ao conceito de atividade empresarial; do contrário, cria-se uma autarquia (daí a ANP) ou fundação.

Nesse passo, é claro, ainda, que o inchaço da máquina administrativa[54] pode representar violação do **princípio da economicidade**. Algumas das funções poderiam continuar a ser exercidas pela ANP, autarquia criada para fins semelhantes.

Exemplificativamente, à autarquia (sem risco ou intuito de lucro ou desenvolvimento de atividade empresarial) já cabe verificar o cumprimento pelos contratados da política de comercialização de petróleo e gás natural da União, bem como monitorar e auditar as operações, custos e preços de venda de petróleo e gás natural.

Implementar e verificar o atendimento das políticas públicas, em especial pela fiscalização do cumprimento dos contratos é atribuição básica de uma agência reguladora.

Para tanto, o método regulatório se dá com ampla participação, transparência e motivação técnica; nada disso é exigível da empresa pública; ainda que submetida aos ditames da Lei de Sociedades Anônimas, há risco ao princípio democrático, pela supressão do método participativo, inerente à regulação, quando se decide entregar a uma estatal uma função que poderia, perfeitamente, ser implementada pela agência reguladora (ainda que não se trate, efetivamente, de uma usurpação de funções).

Também a criação de espaço para interferências políticas pode resultar em violação do **princípio da moralidade**. Isso só o futuro dirá (a imoralidade não se presume).

No entanto, de imediato, mais uma vez, sem norma **geral**, se tem o afastamento do procedimento licitatório – e, consequentemente, da **isonomia** e da **livre concorrência**:

> *Art. 5º É **dispensada a licitação** para a contratação da PETRO-SAL pela administração pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto.*

Por incrível que pareça, isso nem é o mais grave.

O que é complexo é o conjunto de direitos atribuídos à PETRO-SAL para gerir os contratos.

Entre esses está um **poder de veto**, que acaba por representar uma drástica interferência sobre atividades empresariais e tipicamente negociais, o que é incompatível com uma empresa que "*não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo e gás natural.*" (art. 2º, p. único do Projeto de Lei nº 5.939/2009).

---

54 Claudia Safatle, ao comentar que "Faltam razões para a Petro-sal", bem lembra que estatais nascem com o compromisso de serem enxutas; com o passar dos anos, vão inchando o seu quadro funcional para acomodar pressões político-partidárias e terminam, com raríssimas exceções, apropriadas por um partido político. Valor, 11 de setembro de 2009, p. A-2.

> *Art. 20. O licitante vencedor deverá constituir consórcio com a PETROBRAS e com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976.*
> *Art. 21. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º integrará o consórcio como representante dos interesses da União no contrato de partilha de produção.*
> *Art. 22. A administração do consórcio caberá ao seu comitê operacional.*
> *Art. 23. O comitê operacional será composto por representantes da empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º e dos demais consorciados.*
> *Parágrafo único. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º indicará a metade dos integrantes do comitê operacional, inclusive o seu presidente, cabendo aos demais consorciados a indicação dos outros integrantes.*
> *Art. 25. O presidente do comitê operacional terá poder* ***de veto*** *e voto de qualidade, conforme previsto no contrato de partilha de produção.*

Pelo que se vê, a entidade, que não assume riscos, tem metade do comitê operacional e o voto de qualidade; ou seja, o comitê é um mero fornecedor de debates, mas a decisão será tomada por ato de força, sem regras de transparência.

Mesmo quando se admitia, no Programa Nacional de Desestatização, o uso de ações de classe especial (*golden shares*), se tinha a certeza de que seria nos atos constitutivos – portanto, por manifestação da vontade dos acionistas – que seriam definidos os poderes conferidos por tal ação. Aqui, a **vontade** – isto é, **liberdade de empresa** e **autonomia contratual** – é absolutamente desprezada, à revelia dos valores, fundamentos e princípios constitucionais.

Outro ponto envolve o aspecto concorrencial (e, assim, o **princípio da livre concorrência**). A PETRO-SAL, **sem licitação**, recebe seu pagamento em óleo; por ele não paga *royalties* e nem bônus de assinatura e poderá, portanto, colocar tal produto no mercado[55], provavelmente, a um custo menor[56].

Ocorre que a colocação dessa propriedade no mercado não é um direito absoluto – o tema é tratado no âmbito dos regimes especiais de bens – e não só deve obediência às diretrizes do Conselho Nacional de Política Energética, com vistas a assegurar o abastecimento nacional, de modo a se estabelecer diretrizes para a importação e exportação, como se submeter à regulação da Agência Nacional do Petróleo, que administra a comer-

55 Como se extrai do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na DI 3273/DF, "o argumento segundo o qual esta poderia comercializar o petróleo da União porque a sua propriedade, dela Petrobras, é detida pela União não se sustenta. Pois é certo que mesmo para contratar unicamente a comercialização de petróleo a União teria de licitá-la."

56 OLIVEIRA, Adilson. PETROBRAS X PETROSSAL – Ser operadora única pode se tornar um cavalo de Tróia para a empresa. Valor Econômico, 11 de setembro de 2009, p. A-10.

cialização da propriedade adquirida, que não se confunde com a do bem da qual ela é extraída[57].

Ora, ao se reduzir a competência da ANP, cria-se um conflito de atribuições exatamente numa função para a qual a Lei Maior exigiu que fosse especificamente estruturada no âmbito da Administração Pública Federal um órgão regulador – sendo certo e sabido que o Eg. STF já decidiu que as funções de regulação não podem ser exercidas por pessoas jurídicas de direito privado.

Evidente, pois, o choque de atribuições no que concerne à comercialização da produção, com provável impacto na livre concorrência, amesquinhando uma competência do Estado para intervir no domínio econômico por meio da regulação (CF, art. 174).

9. A criação do Fundo Social

A verdadeira motivação de todos os projetos é obter recursos, com as novas descobertas, para desenvolver programas de relevante teor social.

Daí o Projeto de Lei nº 5.940/2009 pretender criar o Fundo Social - FS, de *natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte regular de recursos para a realização de projetos e programas nas áreas de* ***combate à pobreza*** *e* ***desenvolvimento da educação***, ***da cultura***, *da* ***ciência*** *e* ***tecnologia*** *e da* ***sustentabilidade ambiental.***

Este fundo terá por recursos *o valor do bônus de assinatura que lhe for destinada pelos contratos de partilha de produção, parcela dos royalties que cabe à União, receita advinda da comercialização do petróleo e do gás natural da União, os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; além outros recursos que lhe sejam destinados em lei.*

Claro que os interesses sociais a serem atendidos são nobres e relevantes (ainda que possa ocorrer algum **desvio de finalidade**, de cunho demagógico, em mudar todo um cenário jurídico-econômico para captar votos em período pré-eleitoral).

No entanto, o verdadeiro ganho social decorre da ampla atividade econômica, que gera empregos e, com eles, inserção social, capacidade de consumo e alimentação do círculo virtuoso; isso fica bastante debilitado quando, ao invés de se abrir o mercado, se coloca todos os fornecedores nas mãos das decisões de empresas estatais, reduzindo a importância do mercado e da diversificação econômica[58]. O mercado interno também é um patrimônio público – CF, art. 219 – e sua proteção e incentivo, mais uma vez, representam decorrência da opção fundamental da República pela livre iniciativa.

---

57 Tal como, mais uma vez, se extrai do voto do Exmo. Sr. Ministro Eros Grau, na ADI 3273/DF – item 16, p. 19.

58 O caderno de Economia do Jornal O GLOBO, de 20.09.2009, p. 25, publicou matéria com o título "Com petróleo e sem ganho social", dando conta de que diversos países ricos em reservas de petróleo não obtiveram melhorias no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). A matéria sugere que é pela diversificação econômica que se reduz a corrupção e se obtem maior transparência.

O fato é que angariar recursos já é uma finalidade que pode ser alcançada pela mera modificação da lei ordinária que prevê as participações governamentais nas concessões. Nesse passo, o **interesse público secundário**, de alimentar um fundo, não poderia superar o **interesse público primário**, na segurança jurídica em prol do desenvolvimento econômico, objetivo do Estado.

A presunção de constitucionalidade deve prevalecer, tendo em vista que o combate à pobreza (artigo 3º, inciso III, da CRFB), o desenvolvimento da educação (artigo 205 da CRFB), a cultura (artigo 215 da CRFB), da ciência e tecnologia (artigo 218 da CRFB) e a sustentabilidade ambiental (225 da CRFB) são valores constitucionalmente assegurados; mas todos podem conviver com o mercado.

Assim, não parece haver empecilhos para criação de fundo cujo objeto seja a implementação de políticas públicas, previamente delimitadas pela Constituição, que devem servir como diretrizes para a atuação do legislador.

Claro que o enorme número de setores previstos pode acabar por pulverizar recursos (reduzindo a efetividade e a melhor relação de economicidade) e criar disputas políticas em torno de sua partilha e destinação entre os ministérios, órgãos e entidades da Administração.

Por isso deve haver mecanismos de controle, de modo a evitar os tradicionais direcionamentos diversos das finalidades, tais como já aconteceu em tantas outras "receitas carimbadas".

Aqui mais uma das dificuldades práticas que se impõe apontar.

Nesse passo, o "controle social" não deveria se limitar à participação de "representantes da sociedade civil" no Conselho Deliberativo do Fundo Social, devendo haver outros mecanismos de transparência na aprovação de projetos financiados, na sua gestão e na sua prestação de contas. Afinal, toda a urgência constitucional para a deliberação acontece num período pré-eleitoral e não é novidade na história do Brasil o uso demagógico de fundos públicos

O importante é frisar que os recursos para esse fundo já poderiam ser obtidos, a um custo de segurança jurídica bem menor que o imposto às gerações atuais e, especialmente, futuras, com a drástica alteração do marco regulatório.

10. O risco ao princípio federativo nos critérios de partilha de receitas

O projeto de novo modelo de exploração não contempla o pagamento de "participações especiais"; trata-se de remuneração adicional, paga à União, pelo resultado favorável na exploração, que ultrapasse a média estimada. Esta receita é, posteriormente, partilhada com as entidades produtoras.

Com a sua não previsão, os projetos podem interferir nas receitas das entidades federadas.

A natureza jurídica dessas receitas partilhadas com os Estados produtores não é de "prêmio" por terem sido bem aquinhoados pela natureza; o regime é indenizatório, pelos custos e riscos ambientais atuais suportados em decorrência da exploração de tais atividades, bem como pelos riscos futuros, de lidar com as questões sociais decorrentes da exploração de recursos finitos, que, ao se esgotarem, geram para essas entidades o dever de lidar com a população com um poderio econômico esvaziado.

Ademais, a redução de receitas das entidades federadas já contempladas implica significativo impacto sobre programas sociais a elas atrelados, bem como à estabilidade de fundos de previdência que custeiam a aposentadoria de servidores públicos. Vale lembrar que, em alguns casos, tais receitas representam a segunda maior fonte de recursos – como é o caso do Estado do Rio de Janeiro.

São, pois, duplamente penalizadas as entidades federadas, em prol de um argumento frágil, de tratar igualmente as entidades, quando estas não suportam os mesmos ônus que afetam os Estados produtores.

O pior é que, para preservar suas finanças, as entidades federadas afetadas poderão movimentar parlamentares para instituir um aumento de carga tributária – notadamente com aumento do ICMS, atualmente não incidente – como forma de compensar a perda de receitas.

Neste caso, o açodamento penalizaria, também, o contribuinte.

O fato de os Estados produtores serem em menor número não justifica a alteração, até porque um dos preceitos do Estado Democrático de Direito também é a proteção das minorias.

Dada a radical mudança de marco regulatório, com todos os impactos destacados sobre o princípio da confiança legítima do investidor, melhor seria obter maiores proveitos com as riquezas do pré-sal, mantendo o regime de concessão e aumentando as participações especiais – partilhadas com as entidades produtoras.

A fuga a esse regime de partilha, mais uma vez, demonstra o desapego ao princípio federativo, tal como já acontece com as constantes criações de contribuições (como alternativa aos impostos), de modo a não partilhar suas receitas com Estados e Municípios.

Não socorre o argumento o fato de que só a União pode desenvolver uma política estratégica no setor (o que também pode ser solucionado pela via de abrir ou não uma licitação); afinal, há outros projetos sociais relevantes, desenvolvidos no âmbito de Estados e Municípios, que precisam ser desenvolvidos e ampliados, posto que ligados diretamente à inclusão social e, com isso, à dignidade da pessoa humana – objetivo do Estado (CF, art. 3º).

Tudo caminha para uma idéia de Estado concentrador de riquezas – quando o princípio da livre iniciativa reserva à iniciativa privada tal papel de produzir riquezas.

Enfim, em meio às graves violações à Constituição, esta é, sem dúvida, mais uma das questões que mereceriam maior debate.

Conclusões

Destarte, podem ser oferecidas as seguintes conclusões.

Acerca da possibilidade de modificação da Lei do Petróleo, de modo a instituir o Modelo de Partilha de Produção, não parece que seria necessária uma Emenda Constitucional.

A orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema foi no sentido da autonomia entre os dois dispositivos, reconhecendo, inclusive, a existência de opções de contratos, sob o critério político em relação ao qual não caberia o Judiciário se intrometer. Essa opção, contudo, não autorizaria a mudança de modelagem contratual apenas para impor a figura do operador único, como se verá adiante.

Quanto a ser legalmente possível tornar a PETROBRÁS uma "operadora única", diretamente apontada pela União, sem certame licitatório, fazendo com que as "áreas estratégicas" fossem exploradas unicamente por esta empresa, parece que não. Uma inovação legislativa nesse sentido violaria o princípio da livre concorrência e da isonomia.

A interpretação histórica e sistemática do tema não autoriza o retorno ao modelo anterior à EC nº 9/95, quando ainda vigorava a da Lei nº 2.004/53.

Pior, viola o próprio princípio democrático e o Estado de Direito, posto que se pretende implementar uma política pública incompatível com o modelo implementado na Constituição, que, nesse passo, mereceu modificação específica para que fosse implementado um modelo de competição.

Sobre ser legalmente possível, ainda que houvesse licitação, fazer com que a PETROBRÁS fosse sempre parte operadora nos blocos, sendo que as demais companhias disputariam o direito de fazer parceria com esta sociedade de economia mista, igualmente parece que não. Tal medida violaria o princípio da livre iniciativa, o princípio da liberdade de associação e o princípio da autonomia da vontade. Também deve se registrar que a regra da licitação tem por objetivo dar concreção aos princípios da eficiência e da economicidade e as exceções a essa regra devem vir por norma geral.

Por fim, parece que também não seria legalmente possível que a Empresa de Petróleo Estatal a ser criada pelo governo tivesse poder de veto nos consórcios, de modo a controlar o óleo custo (*cost oil*), posto que isso também violaria o princípio da livre iniciativa e o princípio da autonomia da vontade.

Em síntese, os Projetos de Lei vêm no bojo de um conjunto de medidas que visa a reinstituir, por lei ordinária, um modelo estatizante já afastado por norma constitucional.

Pode se concluir que tal alteração legislativa viola o princípio da segurança jurídica, princípio da confiança legítima e o princípio da livre iniciativa, em especial.

A mudança de modelo contratual, como núcleo de um marco regulatório, seria violadora, ainda, do princípio da **proporcionalidade**, pois os objetivos almejados com a mudança poderiam ser alcançados de maneira menos onerosa para a sociedade que suportará os riscos com um cenário de afastamento de investidores.

El Marco Normativo de la Utilización de las Energías Renovables

*Josefina Cortés Campos**

Introducción; 1. El contexto de decisión y las estrategias regulatorias de la lafre; 1.1 Objeto de regulación (actividad, medios y sujetos autorizados); 1.2 Condiciones de incorporación de la energía generada a través de er a la red eléctrica nacional; 1.3 Esquema de costos, incentivos y precios; 1.4 Planeación sectorial; 1.5 Coordinación interregional; 1.6 Desarrollo regional y cargas de orden público; 1.7 Esquemas de financiamiento; 1.8 Distribución de competencias y convergencia institucional; 2. Cláusulas generales y dependencia normativa: notas para una evaluación limitada; 3. Las energías renovables: límites tecnolócios, legales y constitucionales; 4. Eficacia transversal de la lafre; 5. La lectura de las barreras de entrada y/o títulos habilitantes en términos estrictamente jurídicos; 6. Reflexiones finales; Bibliografía.

Introducción

El desarrollo de las energías renovables (ER)[1], entre las que figuran la solar, eólica, geotérmica, minihidrúalica, maremotriz, biomasa y biogás, en el entorno global constituye un imperativo o componente medular de las políticas energéticas nacionales. Lo anterior, puesto que al menos a primera vista pareciera que la difícil conjunción de los principios de la política energética contemporánea, por la vía de las ER, es factible[2]:

a. Las ER, por definición de bajo impacto ambiental, cumplen con el requisito de sustentabilidad al satisfacer, en su escala de aprovechamiento, las necesidades vigentes de la población sin poner en riesgo la capacidad de las futuras generaciones para dar cobertura a sus necesidades[3]. Tal condición plantea, además,

* *Profesora e Investigadora del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México y Directora de la Maestría en Derecho Administrativo y de la Regulación.* *Agradezco las atinadas reflexiones y comentarios recibidos de parte del Profesor Ramiro Tovar Landa en la elaboración de este trabajo que tiene sy versión original en la publicación del mismo título por parte de USAID-ITAM.*

1 Otros conceptos utilizados para referirse a las ER, son los de energías verdes, energías alternativas, o energías sustentables.

2 La traducción normativa de estos principios se encuentra, por ejemplo, en el artículo 4º. del Reglamento de la Ley para el Aprovechamiento de las Fuentes Renovables de Energía y el Financiamiento de la Transición Energética (LAFRE).

3 Tal y como refiere García Ochoa (2008:240), el concepto clásico de desarrollo sustentable se acuñó mundialmente en la Cumbre de Río en 1992, para referirse a "aquel que satisface las necesidades del presente sin afectar la capacidad de futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades"

una alternativa de política pública dirigida a mitigar el cambio climático debido a la reducción de gases de efecto invernadero[4].

b. En el plano de la eficiencia, las ER presentan una reducción de riesgos frente a la volatilidad de precios que caracteriza a las energías convencionales.
c. Por lo que toca a la independencia energética que ha de asegurar cualquier país y que exige el desarrollo de nuevas tecnologías, adviértase que la diversificación energética es viable mediante el impulso de la utilización de fuentes alternas de energía, a partir de fuentes como la solar, la eólica, la minihidráulica y la biomasa[5].
d. La plena cobertura de la demanda energética es condición de desarrollo económico y social para cualquier país; de ahí que para aquéllos países que pretendan resolver el problema de abasto energético en aquéllas zonas que muestran difícil acceso a tecnologías tradicionales, las ER se presenten como una alternativa a explorar[6].

Es precisamente por tales consideraciones que las políticas energéticas nacionales se han orientado no sólo a diseñar instrumentos y mecanismos financieros, con el fin de eliminar barreras y abrir ventanas de oportunidad para proyectos basados en la utilización de las ER, sino también a desarrollar un marco normativo e institucional eficaz frente a tales objetivos.

En México, las estimaciones de diversas instituciones parecen coincidir en el importante potencial que muestran las ER. La energía solar en nuestro país cuenta con una insolación media de 5 kWh/m2[7]una de las más altas en el mundo; el potencial de energía eólica, de acuerdo la Asociación Mexicana de Energía Eólica puede llegar hasta los 10,000 MW, siendo las regiones con mayor potencial, el Istmo de Tehuantepec y las penínsulas de Yucatán y Baja California; el potencial de energía geotérmica se estima,

4 Sener (2009)

5 La prospectiva para ER elaborada por la SENER prevé como escenario base que la oferta de energía primaria se duplicará entre 2002 y 2030. El gas natural tendrá una tasa de crecimiento anual del 3.5%, la demanda de petróleo para el año 2030 se estima en 3.4 millones de barriles diarios y en cuanto a ER, la hidroenergía crecerá 2.3% por año, la biomasa y desechos 3.7% y otras renovables 4.1%. Por su parte, las ER no utilizadas en la generación eléctrica alcanzarán sólo el 5% del total de la mezcla, reduciendo su participación la biomasa y desechos del 8% al 4% entre 2002 y 2030, debido a que el uso principal de la biomasa en México al 2004, es en el sector residencial23 (leña para la cocción de alimentos); si bien habrá una reducción en el consumo total de biomasa, el avance será que de usar leña se pasará a un mayor uso de biomasa proveniente de residuos agronómicos y urbanos. En cuanto a la biomasa y los desechos, se prevé un incremento para llegar a ser tan importante como la geotermia en 2030 (36% y 38% del total generado por ER excluyendo la hidroenergía) y el doble de la contribución del viento (19%). La contribución de la hidroenergía a la generación eléctrica se duplicará entre 2002 y 2030. Cfr. Secretaría de Energía- GTZ (Cooperación Técnica Alemana), *Energías Renovables para el desarrollo sustentable en México,* México 2006.

6 En México se ha alcanzado una cobertura en servicio eléctrico del 96%, quedando aproximadamente 5 Millones de personas sin electricidad en sus hogares. Gran parte de ellos habitan en localidades aisladas, donde la extensión de la Red Convencional no representa una solución económicamente viable.

7 De acuerdo con la información contenida en el Programa Especial para el Aprovechamiento de Energías Renovables, la radiación media se estima en índices que van de los 4.4 kWh/m2 por día en la zona centro, a los 6.3 kW/m2 por día en el norte del país.

según datos de la CFE, en aproximadamente 1395 MW y, por último, tratándose de la energía minihidráulica, es decir, las centrales con capacidades menores a los 10 MW, la Comisión Nacional para el Ahorro de Energía ha estimado un potencial de 3,250 MW.[8]

Ante cifras tan positivas, surge necesariamente la pregunta de si el ordenamiento jurídico mexicano cuenta con instrumentos de regulación capaces de incentivar la utilización de las ER.

El pasado 28 de noviembre de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la Ley para el Aprovechamiento de las Fuentes Renovables de Energía y el Financiamiento de la Transición Energética (LAFRE)[9]. Si bien la impronta legislativa podría calificarse de acertada "no sólo por cuanto supera el vacío legislativo antes existente y atiende también a los compromisos internacionales de nuestro país en el ámbito del desarrollo sustentable y la preservación del medio ambiente[10], sino además en tanto que reconoce el potencial de las ER en nuestro país"[11] cuando se trata de evaluar con precisión el mapa normativo de este segmento de generación de energía, han de identificarse aquéllos elementos o indicadores que mejor permitan dicho ejercicio. A tal objetivo dedicaremos las páginas siguientes.

1. El contexto de decisión y las estrategias regulatorias de la LAFRE

Por lo que se refiere al contexto en el que se incorpora al ordenamiento jurídico mexicano la LAFRE es pertinente señalar que se trata de un proceso legislativo que se desarrolla con el impulso y en medio del debate y aprobación de la reforma más reciente del sector hidrocarburos[12].

---

8 Víd. Exposición de Motivos de la Ley para el Aprovechamiento de las Fuentes Renovables de Energía y el Financiamiento de la Transición Energética, publicada en el DOF el 28 de noviembre de 2008 y CONAE (2001:10)

9 Víd. DOF 28 de noviembre de 2008.

10 Algunos de los compromisos que México ha adquirido en el ámbito referido son en el contexto de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC) y su Protocolo de Kyoto, así como en el marco de la Conferencia Internacional de Energías Renovables de Bonn 2004.

11 La meta propuesta en la LAFRE es del 8% de participación de las ER en la generación de electricidad, y en el Programa Especial para el Aprovechamiento de Energías Renovables es del 7.6%. Tales cifras parecen viables si se consideran las metas internacionales que están sobre el 10%, con 12% para la Unión Europea y casos particulares como el de Brasil y Canadá, tienen ya una participación mayor al 25%. Cfr. Secretaría de Energía- GTZ (Cooperación Técnica Alemana), Energías Renovables para el desarrollo sustentable en México, México 2006.

12 El paquete de reformas al que nos referimos se publica en el DOF el 28 de noviembre de 2008 y está integrado por las siguientes reformas: 1. Decreto por el que se expide la Ley de Petróleos Mexicanos y se adicionan el artículo 3o. de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; el artículo 1 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y un párrafo tercero al artículo 1 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; 2. Decreto por el que se expide la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética; 3. Decreto por el que se expide la Ley para el Aprovechamiento Sustentable de la Energía; 4. Decreto por el que se expide la Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos; 5. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo; 6. Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo

Específicamente, el Proyecto de Decreto de la LAFRE se presentó en la Cámara de Senadores (origen) con fecha de 23 de octubre de 2008 y es resultado de la decisión de integrar en una sola propuesta dos iniciativas preexistentes:

A. Iniciativa con proyecto de decreto que presentó el Diputado Manlio Fabio Beltrones Rivera a nombre senadores y diputados del Grupo Parlamentario el Partido Revolucionario Institucional (PRI) para reformar diversas disposiciones y expedir nuevas leyes en materia energética (23 de julio de 2008). Concretamente, y como parte de un conjunto de reforma energéticas, la Ley para el Financiamiento de la Transición Energética, se proponía incentivar el aprovechamiento de ER mediante la creación de un esquema de financiamiento de la denominada "transición energética" que se instrumentaría a través del Fondo Nacional para la Transición Energética diseñado para apoyar proyectos relacionados con la preservación del medio ambiente y que operaría bajo la categoría de fideicomiso público de la Secretaría de Energía; y
B. Iniciativa con Proyecto de Decreto que presenta el senador Arturo Escobar y Vega del Partido Verde Ecologista de México por el que expide específicamente la Ley para el Aprovechamiento de las Energías Renovables del PVEM (2 de octubre de 2008).

En términos generales puede afirmarse que en los trabajos legislativos la LAFRE contó con un amplio respaldo de las diferentes fuerzas políticas nacionales producto, quizá, del trabajo conjunto y de comunicación intensa entre los distintos actores del sector energético que participaron en la larga jornada de debates públicos que organizó el Senado de la República sobre la denominada "reforma energética"[13].

33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 7 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de la Comisión Reguladora de Energía; y 8. Decreto que modifica y amplía la vigencia hasta el 31 de diciembre de 2008, del Decreto por el que se sujeta el gas licuado de petróleo a precios máximos de venta de primera mano y de venta a usuarios finales, publicado el 28 de diciembre de 2007.

13 Tal afirmación se comprueba de manera directa al considerar que en la Cámara de Senadores el Proyecto de Dictamen quedó de Primera Lectura y fue aprobado en lo general y en lo particular por 113 votos en pro; 5 en contra. Por su parte en la Cámara de Diputados: a) En votación económica se le dispensó la Segunda Lectura; b) Fueron aprobados en lo general y en lo particular los artículos no impugnados, en votación nominal por 407 votos y 68 en contra; c) EL dictamen en Cámara de Diputados fue objeto de un solo voto particular por parte del Diputado José Antonio Almazán González (PRD) considerando al Proyecto de Ley contrario al espíritu de artículo 27 constitucional; y d) En cuanto a la propuesta del Dip. Rojas Gutiérrez "relativo a que el Fondo para la transición energética tuviera un comité técnico diferente al propuesto e incorporara a representantes de la UNAM, del IPN y otras universidades públicas, incluyendo a la Academia Mexicana de Ciencias" se desechó en votación económica aprobándose el citado precepto en los términos del dictamen, en votación nominal por 327 votos, 128 en contra y 11 abstenciones. De la fecha en que se presentó el Dictamen en la Cámara de Senadores (23 de octubre) a la fecha en la que la Cámara de Diputados la pasó al Ejecutivo Federal para sus efectos constitucionales sólo transcurrieron 5 días (28 de octubre).

Por lo que se refiere al objetivo central de la LAFRE, en palabras de legislador, éste consiste en regular y fomentar el aprovechamiento de las energías renovables, de manera compatible con el entorno social y ambiental; lo anterior, no sólo estableciendo las modalidades de participación pública y privada, sino también concretos instrumentos regulatorios y de financiamiento para el aprovechamiento de las ER.

Frente a tales objetivos, y en el entendido de que la diversificación de fuentes energéticas requiere de un proceso gradual y sostenido –de ahí la utilización del concepto de "transición energética"[14]–, el legislador mexicano formuló las siguientes estrategias de regulación:

1.1. Objeto de regulación (actividad, medios y sujetos autorizados)

La LAFRE dirige sus estrategias de regulación y fomento a una actividad en concreto: el aprovechamiento de fuentes de energía renovables y las *tecnologías limpias*[15] para generar electricidad con fines distintos a la prestación del servicio público de energía eléctrica (Art. 1)

Obsérvese que el aprovechamiento al que se refiere el legislador se despliega a través de las ER; en ese sentido, la legislación parte por definir que las ER son "aquéllas cuya fuente reside en fenómenos de la naturaleza, procesos o materiales susceptibles de ser transformados en energía aprovechable por la humanidad, que se regeneran naturalmente, por lo que se encuentran disponibles de forma continua o periódica". Concretamente el conjunto seleccionado por el legislador de fuentes renovables son (Art. 3):

a) El viento;
b) La radiación solar, en todas sus formas;
c) El movimiento del agua en cauces naturales o artificiales;
d) La energía oceánica en sus distintas formas, a saber: maremotriz, maremotérmica, de las olas, de las corrientes marinas y del gradiente de concentración de sal;
e) El calor de los yacimientos geotérmicos;
f) Los bioenergéticos, que determine la Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos[16], y

14 En el Dictamen de la LAFRE realizado por los senadores (23 de octubre de 2008), se explica que la transición energética debe identificarse con el proceso que conduce a sustituir y diversificar las fuentes primarias de energía utilizadas en las diferentes regiones del país. El objeto es acudir a recursos que son también abundantes, como la fuerza eólica, la microhidráulica o la solar, pero atendiendo también la relación de precios de mercado y el rendimiento, y contemplando también factores exógenos, especialmente las externalidades sociales y ambientales de dichos proyectos.

15 Llama la atención que tratándose de lo que la LAFRE denominó como *tecnologías limpias* no haya una mayor regulación ni en la Ley ni en el reglamento relativo. Al respecto, podría pensarse que la omisión del legislador obedece a que en la regulación de las ER ya va implícito el impulso y desarrollo de tecnologías limpias. Puede suceder, sin embargo, que el legislador en su típica deferencia reglamentaria anime al Ejecutivo para que, a través de instrumentos administrativos convergentes, desarrolle una vertiente normativa referida a las tecnologías limpias.

16 A propósito de esta fuente de generación en adición al conjunto de normas que derivan de la LAFRE, el potencial generador ha de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley de Bioenergéticos y su Reglamento.

g) Aquellas otras que, en su caso, determine la Secretaría de Energía (Sener), cuya fuente cumpla con las características definidas en ley para las ER.

También con el propósito de delimitar el objeto de aplicación de la Ley, el legislador excluyó de su ámbito material de validez a las siguientes fuentes primarias: Minerales radioactivos para generar energía nuclear; energía hidráulica de fuentes con capacidad de generar más de 30 megawatts; residuos industriales o de cualquier tipo cuando sean incinerados o reciban algún otro tipo de tratamiento térmico, y aprovechamiento de rellenos sanitarios que no cumplan con la normatividad ambiental. (Art. 1)

Por lo que se refiere a los sujetos autorizados para el aprovechamiento de las ER, la Ley señala que será generador la persona física de nacionalidad mexicana o persona moral constituida conforme a las leyes mexicanas y con domicilio en el territorio nacional, que genere electricidad a partir de energías renovables (Art. 3)

Finalmente, por lo que toca a la naturaleza jurídica del aprovechamiento de ER, la Ley establece con carácter general que el aprovechamiento de las energías renovables es de utilidad pública y responderá a los principios de eficiencia, sustentabilidad e independencia de los hidrocarburos como fuente primaria de energía[17] (Art. 2)

1.2. Condiciones de incorporación de la energía generada a través de ER a la red eléctrica nacional

En los términos de la LAFRE, el aprovechamiento de ER puede ser dirigido a dos supuestos de consumo: 1. El consumo propio por parte del generador; 2. La incorporación de la energía eléctrica a la red nacional para el consumo general.

Para fundamentar los dos supuestos de utilización de la energía generada, a partir de renovables, la LAFRE opera en convergencia con los supuestos de generación establecidos en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (LSPEE)[18] "autoabastecimiento y cogeneración, tratándose de excedentes" abriéndose, por esa vía, la posibilidad de que el Sistema Eléctrico Nacional (SEN) incorpore en su operación la electricidad generada a partir de ER (Artículos 17 y 18). Con este objetivo el legislador establece que:

a) La Comisión Federal de Electricidad (CFE) y Luz y Fuerza del Centro (LyFC) deberán adecuar la operación del Sistema Eléctrico Nacional (SEN) a las condiciones particulares de escala, de distribución geográfica y de variabilidad en el tiempo de las distintas tecnologías para el aprovechamiento de las energías

17 Según cifras de la Sener (2007) el 90% del total de energía primaria proviene de recursos fósiles.
18 Víd. Art. 36bis de la LSPEE

renovables, atendiendo a sus responsabilidades de garantizar la calidad y la estabilidad en el suministro (Art. 19).

b) La Comisión Reguladora de Energía (CRE) habrá de proveer las metodologías, requerimientos técnicos, reglas de despacho para la entrega de electricidad, procedimientos de intercambio de energía, y directrices relativas a los esquemas contractuales entre generadores y suministradores (Art. 15 a 18)[19].

En materia de contratos de suministro a partir de ER, la ley distingue entre aquéllos proyectos incluidos en la planeación de la Comisión Federal de Electricidad y Luz y Fuerza del Centro, que se gestionarán a través de contratos de largo plazo, y aquéllos otros contratos derivados de la compra, por parte de los suministradores, de excedentes en los supuestos de autoabastecimiento o cogeneración mediante energías renovables (Artículos 17 a 20 de la Ley).

1.3. Esquema de costos, incentivos y precios

Según el esquema de distribución de competencias que señala la Ley, corresponde a la CRE, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y la Secretaría de Energía (SENER), determinar las contraprestaciones máximas que pagarán los suministradores (CFE y LyFC) a los generadores que utilicen energías renovables. Dichas contraprestaciones, contenidas en contratos de largo plazo, y según los lineamientos de la CRE, deberán incluir pagos por los costos derivados de la capacidad de generación y por la generación de energía asociada al proyecto. Las contraprestaciones podrán depender de la tecnología y de la ubicación geográfica de los proyectos (Art. 14)[20].

Tomando en cuenta la importante contribución que las energías renovables aportan a la estabilidad de los precios del sector, la Ley señala como una de las competencias de la SENER elaborar una metodología que permita evaluar las ventajas económicas que representa la estabilidad de precios en el largo plazo de las tecnologías para el aprovechamiento de las ER; este factor operará como criterio de evaluación de los proyectos de aprovechamiento de ER que realicen los suministradores (Art. 12 y 13)

---

19 En esta materia, y prácticamente sin mayores contenidos que los de la LAFRE, el reglamento dispone en los artículos 25 y 26, que la Secretaría de Economía, en coordinación con la Sener, definirá las políticas y medidas para fomentar una mayor integración nacional de equipos y componentes para el aprovechamiento de las Energías renovables y su transformación eficiente, rindiendo un informe anual sobre los avances de la materia.

20 El Reglamento de la LAFRE, artículos 29 a 35, señala que la Comisión, escuchando la opinión de la SHCP, establecerá las metodologías para el cálculo de las contraprestaciones por los servicios que se presten entre sí el Suministrador y los generadores renovables o cogeneradores eficientes. Al efecto la Comisión deberá tomar en consideración los *costos eficientes* asociados a la prestación de dichos servicios. Adicionalmente, la Comisión podrá considerar total o parcialmente los Beneficios Económicos Netos que derivan de la relación de costos, efectos positivos y riesgos relativos, directos e indirectos, de la generación renovable, en el contexto de la transición energética (Artículo 44).

Adicionalmente, la SENER, con la opinión de la SHCP, de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARN) y de la Secretaría de Salud (SS), elaborará una metodología para valorar las externalidades asociadas con la generación de electricidad, basada en energías renovables, en sus distintas escalas, así como las acciones de política a que se refiere esta Ley, relacionadas con dichas externalidades. A partir de esa metodología y de acciones concretas de política energética, la SEMARN diseñará mecanismos de regulación ambiental para el aprovechamiento de energías renovables[21] (Art. 10)[22]

1.4. Planeación Sectorial

El aprovechamiento de energías renovables, en los términos de la Ley, se realizará en el marco de una política energética integral de largo plazo a través del "Programa Especial para el Aprovechamiento de la Energías Renovables" (Programa)[23], instrumento que establecerá objetivos y metas específicas, con fundamento en su viabilidad económica[24], además de incluir y actualizar el Inventario Nacional de las Energías Renovables,

21 En el Proyecto de Reglamento de la LAFRE, de fecha de 18 de junio de 2009, artículo14, se establece que las Externalidades de las tecnologías de generación renovable se evaluarán comparativamente con aquellas basadas en combustibles fósiles que estén siendo consideradas por la Secretaría para la instalación de nuevas centrales de generación.

22 En un plazo no mayor de seis meses a partir de la publicación de la presente Ley, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales publicará los mecanismos aquí referidos (Transitorio Sexto). En esta materia conviene recordar que México ha desplegado una actividad intensa y comprometida frente al reto que supone el cambio climático. En 1993 México se adhiere a la Convención Marco de Naciones Unidas para el cambio climático; en 2000 ratifica el protocolo de Kyoto; en 2004 se creó el Comité Mexicano ara Proyectos de Reducción de Emisiones y de Captura de Gases de Efecto invernadero; en la Cumbre Mundial de desarrollo sustentable en Johannesburgo, se apoyó la Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sostenible en la que se establece la meta para 2010 de utilizar al menos un 10% de energía renovable respecto de la oferta total de energía. Al respecto adviértase también que si bien nuestro país no tiene la obligación de reducir sus emisiones de carbono, si puede participar en el mercado de emisiones vendiendo las reducciones de emisiones que realice a países que si tengan tal obligación; lo anterior generaría, además, un valor económico adicional para proyectos a partir de ER. Vid. SENER (2008).

23 Según lo dispuesto en el artículo Transitorio Tercero de la LAFRE, en un plazo no mayor de seis meses a partir de la publicación de la presente Ley, la Secretaría someterá, de acuerdo con las disposiciones aplicables, el Programa a la consideración y aprobación del Presidente de la República. Por su parte, el artículo Transitorio Décimo establece que la Secretaría, para el establecimiento de las metas de participación de las energías renovables, considerará los recursos financieros previstos por las convenciones y tratados de los que México sea parte, así como los programas internacionales de financiamiento que se hayan diseñado o puesto en marcha antes de la fecha de publicación de la presente Ley.

24 A propósito del Programa, el Reglamento de la LAFRE, dispone en los artículos 17 a 23, que la Secretaría elaborará anualmente el citado instrumento, mismo que analizará la penetración de las ER en el país, servirá de guía para la elaboración del Programa Sectorial de Energía y especificará: I. Metas para la Generación Renovable, para las distintas tecnologías; II. Metas para proyectos de Cogeneración Eficiente como parte de la expansión de la capacidad de generación del Sistema Eléctrico Nacional; III. Las obras de conducción de energía eléctrica y elementos que permitan aprovechar las Energías renovables y mantener una óptima estabilidad, calidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional; IV. Las estrategias y acciones que se llevarán a cabo para promover las diferentes fuentes de Energías renovables y así alcanzar las metas establecidas en el Programa; V. Metas de electrificación rural con Energías renovables; VI. Objetivos, metas y líneas de acción a cargo de las dependencias de la Administración Pública Federal competentes en materia de desarrollo rural y social, de

con planes de desarrollo y perspectivas de largo plazo que respondan al principio de máxima diversificación y desarrollo regional[25].

Es en esa línea, y con el objetivo de garantizar una mayor participación de las ER en la satisfacción de la demanda y la seguridad energética del país, se definió como meta para el 2012, un porcentaje mínimo de participación de las ER en sus distintas modalidades, respecto a la generación total de electricidad, del 7.6%, sin incluir las grandes hidroeléctricas (Art. 11, fr. III).

Finalmente, la Ley dispone que, tratándose de las propuestas de planeación del SEN, a cargo de la SENER, la CFE y LyFC deben incluir los proyectos de expansión de las redes de transmisión y distribución, necesarios para asegurar el cumplimiento de las metas que establezca el Programa Especial para el Aprovechamiento de las Energías Renovables (Art. 11, fr. IV).

1.5. Coordinación interregional

La Sener, en coordinación con las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal (APF), y los diversos órdenes de gobierno, establecerá incentivos para fomentar el aprovechamiento de las energías renovables. Asimismo, se faculta a los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus competencias, a celebrar convenios con los suministradores a fin de que, de manera conjunta, se lleven a cabo proyectos de aprovechamiento de las energías renovables disponibles en su territorio (Art. 8 y 30).

1.6. Desarrollo regional y cargas de orden público

La Ley dispone que en todo proyecto de generación de electricidad con una capacidad mayor a los 2.5 MW, y previo a la autorización de cambio de uso de suelo, se deberá asegurar la participación de las comunidades locales y regionales, de los grupos potencialmente afectados y de los grupos e individuos interesados en el seguimiento de

---

acuerdo a lo señalado en el Capítulo II del Título Tercero del presente ordenamiento, y VII. Acciones para el apoyo a la investigación y el desarrollo tecnológico nacionales, según lo establecido en el Capítulo III del Título Tercero de este reglamento. Cuando exista justificación para ello, las metas a las que se refieren las fracciones I y II del presente artículo podrán establecerse de manera diferenciada para las distintas regiones del país.

25 El artículo 6o., fracción VI, dispone que el Inventario Nacional de las Energías Renovables se actualizará e integrará con programas a corto plazo y planes y perspectivas a mediano y largo plazo comprendidas en el Programa Especial para el Aprovechamiento de Energías Renovables y en la Estrategia Nacional para la Transición Energética y el Aprovechamiento Sustentable de la Energía Por su parte, el reglamento de la Ley, en su artículo 14, dispone que la Secretaría establecerá el Inventario, el cual integrará la información disponible acerca del potencial de las distintas fuentes de Energías renovables que sean aprovechables en diferentes regiones del territorio nacional y zonas donde el Estado Mexicano ejerce soberanía y jurisdicción. La información básica del Inventario será publicada en la página electrónica de la Secretaría.

los proyectos (Art. 21). Tales estrategias responden al objetivo de conciliar el desarrollo rural sustentable, la protección del medio ambiente y loa derechos agrarios[26].

1.7. Esquemas de financiamiento

A fin de impulsar las políticas, programas, acciones y proyectos encaminados a conseguir una mayor utilización y aprovechamiento de las fuentes de energía renovables y las tecnologías limpias, promover la eficiencia y sustentabilidad energética, así como la reducción de la dependencia de México de los hidrocarburos como fuente primaria de energía, el legislador consideró necesario desplegar y garantizar la permanencia de un conjunto de esquemas financieros y presupuestales que, en los términos de la Ley, aparecen bajo el concepto de "Estrategia" (Art. 22,23,25)[27].

Las principales acciones que darán contenido a la "Estrategia" son las siguientes (Art. 24):

I. Promover e incentivar el uso y la aplicación de tecnologías para el aprovechamiento de las energías renovables, la eficiencia y el ahorro de energía;
II. Promover y difundir el uso y la aplicación de tecnologías limpias en todas las actividades productivas y en el uso doméstico;
III. Promover la diversificación de fuentes primarias de energía, incrementando la oferta de las fuentes de energía renovable;
IV. Establecer un programa de normalización para la eficiencia energética;
V. Promover y difundir medidas para la eficiencia energética, así como el ahorro de energía, y
VI. Proponer las medidas necesarias para que la población tenga acceso a información confiable, oportuna y de fácil consulta en relación con el consumo energético de los equipos, aparatos y vehículos que requieren del suministro de energía para su funcionamiento.

26 En materia de desarrollo social y rural, el Reglamento de la LAFRE dispone, en su artículo 27 y nuevamente con escaso contenido, que la Secretaría promoverá la Generación Renovable como un medio para dar acceso a la energía eléctrica en aquellas comunidades que no cuenten con este servicio, mediante: I. Información y asesoría a las comunidades interesadas en proyectos de Generación Renovable, y II. Mecanismos de promoción para facilitar la implementación de dichos proyectos.

27 Sobre la "Estrategia" el Reglamento de la LAFRE , en su artículo 24, dispone que La Estrategia comprenderá los recursos del sector público consolidados para el cumplimiento de los fines indicados en el artículo 22 de la Ley, incluyendo los previstos en el Fondo para la Transición Energética y el Aprovechamiento Sustentable de la Energía. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en términos de las disposiciones aplicables, será la encargada de realizar la consolidación de provisiones del sector público en el Presupuesto de Egresos de la Federación a que se refiere el artículo 24 de la Ley.

Cada año la Sener llevará a cabo la actualización de la Estrategia y presentará una prospectiva sobre los avances logrados en la transición energética y el aprovechamiento sustentable de las energías renovables, incluyendo un diagnóstico sobre las aplicaciones de las tecnologías limpias y las energías renovables, así como sobre el ahorro y uso óptimo de toda clase de energía (Art. 26).

Por lo que se refiere al esquema presupuestal que dará operatividad al los objetivos de la Ley, se establece que El Ejecutivo Federal, al enviar a la Cámara de Diputados el proyecto de Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal que corresponda, consolidará los recursos del sector público que proponga establecer dentro de la Estrategia. El monto mínimo de recursos a ser programado para los subsecuentes ejercicios fiscales será actualizado cada tres años, considerando entre otros, el crecimiento real de la economía y el crecimiento real del gasto programable del sector público, de conformidad con las disposiciones que se establezcan en el Presupuesto de Egresos de la Federación correspondiente (Art. 25).

Adicionalmente, dispone la Ley que la Cámara de Diputados proveerá lo necesario en el Presupuesto de Egresos de la Federación para que la Sener cuente con los recursos humanos y materiales para dar cabal cumplimiento a las atribuciones conferidas por la Ley (Transitorio Segundo)[28].

Como uno de los elementos centrales de la LAFRE, artículo 27, figura la creación del Fondo para la Transición Energética y el Aprovechamiento Sustentable de la Energía (FTE) [29]. Mediante este instrumento financiero, se llevará a cabo la administración, asignación y distribución de los recursos públicos y privados, de origen nacional o extranjero,

28 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo Transitorio Décimo Primero de la LAFRE, en el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009, se destinarán tres mil millones de pesos para el Fondo para la Transición Energética y el Aprovechamiento Sustentable de la Energía. Antes del 30 de junio de 2009, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público consolidará la información sobre las provisiones de recursos del sector público incluidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009, a que se refiere el artículo 24 de la Ley. Con base en dicha información se establecerá el monto mínimo de recursos a ser programado en los subsecuentes ejercicios fiscales. La información antes señalada se enviará al Congreso de la Unión para su conocimiento. Además, para cada uno de los ejercicios fiscales del 2010 y 2011, el monto propuesto en el proyecto de Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Fondo a que se refiere el artículo 27 de esta Ley será de tres mil millones de pesos. El monto anterior deberá actualizarse por la variación esperada del Índice Nacional de Precios al Consumidor entre 2009 y el año que se presupuesta.

29 De acuerdo con este precepto, el Fondo contará con un comité técnico integrado por representantes de las Secretarías de Energía, quien lo presidirá, de Hacienda y Crédito Público, de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, de Medio Ambiente y Recursos Naturales, de la Comisión Federal de Electricidad, de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, del Instituto Mexicano del Petróleo, del Instituto de Investigaciones Eléctricas y del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. El comité emitirá las reglas para la administración, asignación y distribución de los recursos en el Fondo, con el fin de promover los objetivos de la Estrategia. Asimismo, con el propósito de potenciar el financiamiento disponible para la transición energética, el ahorro de energía, las tecnologías limpias y el aprovechamiento de las energías renovables, el comité técnico a que se refiere este artículo, podrá acordar que con cargo al Fondo se utilicen recursos no recuperables para el otorgamiento de garantías de crédito u otro tipo de apoyos financieros para los proyectos que cumplan con el objeto de la Estrategia.

destinados a cumplir los objetivos de la Estrategia. Asimismo, y con el propósito de potenciar el financiamiento disponible para la transición energética, el ahorro de energía, las tecnologías limpias y el aprovechamiento de las energías renovables, podrán utilizarse recursos no recuperables para el otorgamiento de garantías de crédito u otro tipo de apoyos financieros para los proyectos de ER.

La LAFRE posibilita la venta nacional e internacional de certificados de energías renovables mediante un sistema de certificación que definirán las Sener. Al efecto, el Ejecutivo Federal diseñará e instrumentará las políticas y medidas para facilitar el flujo de recursos derivados de los mecanismos internacionales de financiamiento relacionados con la mitigación del cambio climático[30].

Las políticas y medidas arriba señaladas promoverán la aplicación de los mecanismos internacionales orientados a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, de conformidad con la legislación ambiental aplicable[31]. Las Dependencias y entidades competentes podrán desempeñar al igual que los suministradores, el papel de intermediarios entre los proyectos de aprovechamiento de las energías renovables y los compradores de certificados de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en el mercado internacional (Art. 31)[32]

Finalmente, la LAFRE dispone que los recursos financieros y presupuestales deberán ser ejercidos con base en los principios de honestidad, legalidad, productividad, eficiencia, eficacia, rendición de cuentas, transparencia gubernamental y máxima publicidad; quedando, en consecuencia, sujetos a los mecanismos de control, auditoria, evaluación y rendición de cuentas que establezcan las disposiciones legales (Art. 28 y 29)

1.8. Distribución de competencias y convergencia institucional

De la lectura de la LAFRE resulta evidente que tratándose del aprovechamiento de ER es preciso garantizar la concurrencia y convergencia de atribuciones derivadas de

30 El artículo Transitorio Décimo señala que la Sener para el establecimiento de las metas de participación de las energías renovables, considerará los recursos financieros previstos por las convenciones y tratados de los que México sea parte, así como los programas internacionales de financiamiento que se hayan diseñado o puesto en marcha antes de la fecha de publicación de la LAFRE.

31 Al respect, explican los especialistas que "Mexico is a Non-Annex I country and has no GHG reduction obligations. This is exactly the country's main incentive to seek benefits from the carbon trading global market. Mexico's participation in this area is currently limited to the generation and sale of Certified Emission Reductions (CERs) or "carbon credits," mainly through projects under the Clean Development Mechanism (CDM)—and to a lesser extent through the Voluntary Emission Reductions (VER) scheme. According to the UNFCCC Mexico currently supplies about 3.2 percent of expected annual CERs globally and is the fourth largest supplier of carbon credits, with 112 CDM projects (or 7.83 percent of the total) under way. As the world's thirteenth largest GHG emitter, Mexico has significant potential to intensify current annual emission reductions from 8.5 mt of CO2 to nearly 100 mt.. Víd. Falcón, R- Cera (2009:14)

32 En un plazo no mayor de seis meses a partir de la publicación de la presente Ley, el Ejecutivo Federal constituirá el mecanismo referido en el artículo 31 y publicará sus reglas de operación (Art. Transitorio Cuarto)

los distintos agentes públicos que intervienen en ese sector. Entre los principales actores involucrados con las ER "señalados de manera directa por las LAFRE"[33], se encuentran la Secretaria de Energía (SENER), la Comisión Reguladora de Energía (CRE), la Comisión Federal de Electricidad (CFE), la Compañía de Luz y Fuerza del Centro (LFC), El Consejo Nacional de Energía (CNE)[34], el Consejo Consultivo de Energías Renovables[35], la Secretaria del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), la Secretaria de Desarrollo Social (SEDESOL), y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

A la luz de las diferentes competencias con que cuenta cada uno de los órganos administrativos señalados es posible distinguir los siguientes ámbitos de regulación:

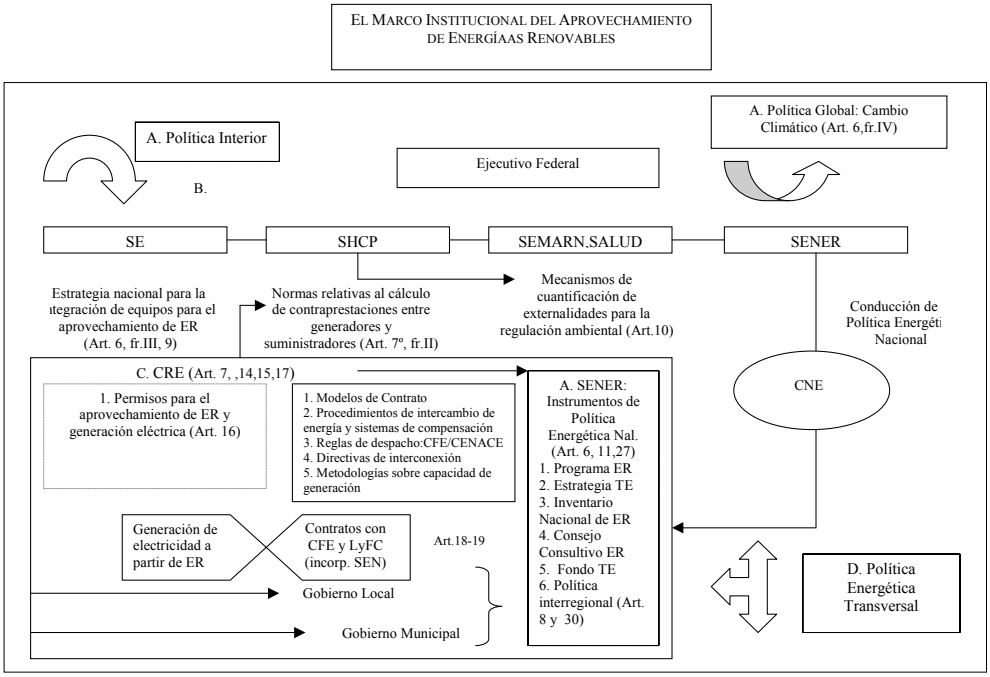
A. Diseño e implementación de la política energética nacional y global (por la vía de Planes, programas y vehículos financieros)
B. Facultades de regulación directa sobre generadores y suministradores
C. Facultades convergentes por materia
D. Facultades de coordinación interregional

A partir de tales categorías podemos derivar el siguiente esquema institucional:

33 Debe advertirse que no se trata de un listado exhaustivo de los órganos que despliegan competencias en el sector de las ER puesto que, de referirnos a otros ordenamientos aplicables a la materia, tendríamos que incluir también a la Comisión Nacional para el Ahorro de la Energía (CONAE) en tanto que promueve el ahorro de energía, la eficiencia energética y fomenta el uso de ER; al Instituto de Investigaciones Eléctricas (IIE) por su labor en el ámbito de la investigación tecnológica en el sector eléctrico, incluyendo la vinculada a las ER; al Fideicomiso de Riesgo Compartido (FIRCO) como un fideicomiso de apoyo especializado en programas de desarrollo rural, entre los cuales se incluye el uso de ER en actividades productivas agronómicas. Adicionalmente, en el ámbito privado, las asociaciones más relevantes de fomento a las ER destacan la Asociación Nacional de Energía Solar (ANES), la Asociación Mexicana de Energía Eólica (AMDEE), la Red Mexicana de Bioenergía y la Asociación Mexicana de Economía Energética (AMEE).

34 Órgano de reciente creación cuyas reglas de funcionamiento fueron publicadas en el DOF con fecha de 31 de julio de 2009. Sus atribuciones se centran en proponer a la Secretaría de Energía criterios y elementos de política energética; apoyar a la Secretaría de Energía en el diseño de la planeación energética a mediano y largo plazos, y participar en la elaboración de la Estrategia Nacional de Energía. Se trata de un órgano integrado por prácticamente todas las autoridades del sector energético: El Titular de la Secretaría de Energía; el Subsecretario de Planeación Energética y Desarrollo Tecnológico de la Secretaría de Energía; el Subsecretario de Hidrocarburos de la Secretaría de Energía; el Subsecretario de Electricidad de la Secretaría de Energía; el Oficial Mayor de la Secretaría de Energía; el Presidente de la Comisión Nacional de Hidrocarburos; el Presidente de la Comisión Reguladora de Energía; el Director General de la Comisión Nacional para el Uso Eficiente de la Energía; el Director General de la Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias; el Director General de Petróleos Mexicanos; el Director General de la Comisión Federal de Electricidad; el Director General de Luz y Fuerza del Centro; el Director Ejecutivo del Instituto de Investigaciones Eléctricas; el Director General del Instituto Mexicano del Petróleo; el Director General del Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares, y el Director General de la Comisión Nacional del Agua.

35 Este órgano se integra conforme a las disposiciones del Reglamento de la Ley para el Aprovechamiento de las Fuentes Renovables de Energía y el Financiamiento de la Transición Energética (LAFRE), artículos 7 a 13, y que señalan como integrantes del Consejo a un servidor público de la Sener, a un representante de cada una de las secretarías involucradas en los términos de la Ley (SHCP, SEMARN, SE, SAGARPA), a un representante de la CNE, de la CONAE, de LyFc y de la CFE, y a los representantes de los sectores sociales involucrados en la promoción, desarrollo y aplicación de ER.



Hasta aquí, nos hemos referido de manera descriptiva a los elementos con los que el legislador concibió a la LAFRE. A continuación presentamos, sobre la misma base, lo que consideramos son los aspectos que mejor permiten reflexionar sobre el alcance y la eficacia del citado instrumento normativo.

2. Cláusulas Generales y Dependencia normativa: Notas para una evaluación Limitada

> En vez de acometer resueltamente la modificación constitucional, indispensable para dar asiento sólido a la nueva ley, se acudió al artificio, muy socorrido en los accesos de fiebre legislativa, tan frecuentes en el país, de hacer de la parte sustantiva de la ley una simple declaración de principios, como tal, de alcances administrativos imprecisos; y reservar para el reglamento futuro la enunciación completa de las atribuciones que el mismo ordenamiento da al poder público, la enumeración de facultades de que éste gozará y los procedimientos para ejercerlas […] esa práctica viciosa conduce al resultado de que los reglamentos de una ley innovan ésta o la amplían; se apartan de sus funciones propias de servir de complemento a la ley, sustituyéndola en muchos casos de sus aspectos esenciales. En cam-

> bio, el procedimiento tiene las cualidades vergonzantes de no lastimar los escrúpulos fetichistas que ordinariamente se tributan a la Constitución; de eludir, aplazándolos para la reglamentación posterior, los puntos espinosos de difícil aplicación práctica; de dulcificar la oposición y calmar las naturales alarmas que suscita toda nueva legislación en los medios interesados[36].

Lo primero que debe señalarse es que si consideramos de nueva cuenta el esquema de competencias que utilizó el legislador en la integración de la LAFRE, pero esta vez para revisar el conjunto de instrumentos normativos de los que depende la eficacia de este ordenamiento, tendríamos como premisa que la evaluación que puede hacerse hasta este momento de la LAFRE es necesariamente limitada.

Lo anterior se explica por sí mismo en la medida en que al cierre de este trabajo no se han emitido la totalidad de disposiciones secundarias de las que depende definitivamente la eficacia de la Ley; es tal condición normativa la que permite también formular la cita con la que se abrió este apartado. A mayor abundamiento, véase el siguiente esquema.

	Tipo de ordenamiento	**Vigencia/ fecha de publicación (DOF)**	**dependencia responsable**	**Artículo o Disposición transitoria**	**Emisión**
1	LAFRE	28 de noviembre de 2008	-	-	Ö
2	Programa Especial de Energías Renovables	6 de agosto de 2009	Secretaría de Energía	Artículo 11 y Transitorio Tercero	Ö
3	Reglas de Operación del Fondo para la Transición Energética	A más tardar 28 de mayo de 2009	Ejecutivo Federal	Artículo 27 y Transitorio Cuarto	X
4	Mecanismos de Regulación Ambiental	A más tardar 28 de mayo de 2009	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales	Artículo 10 y Transitorio Sexto	X
5	Reglamento	2 de septiembre de 2009	Ejecutivo Federal	Artículo 2, 6 fr. II y Transitorio Quinto	Ö
6	Estrategia nacional de transición energética	A más tardar 30 de junio de 2009	Secretaría de Energía	Décimo Segundo	X
7	Políticas y medidas para la integración de equipos y componentes	A más tardar 28 de agosto de 2009	Secretaría de Energía	Artículo 9 y Transitorio Séptimo	X

36 *Vid.* HERRERA y LASSO, J. (1933:130)

8	Metodología para evaluar externalidades	A más tardar 28 de agosto de 2009	Secretaría de Energía	Artículo 10 y Transitorio Noveno	X
9	Modelos de Contrato de suministro	20 de agosto de 2009	Comisión Reguladora de Energía	Artículo 15,16 y Transitorio Octavo	Ö
10	Normas relativas al cálculo de contraprestaciones entre generadores y suministradores	Sin fecha límite de publicación	Comisión Reguladora de Energía	Artículo 7 fr.II, 17	X
11	Procedimientos de intercambio de energía y sistemas de compensación	Sin fecha límite de publicación	Comisión Reguladora de Energía	Artículo 7, fr. VII	X
12	Adecuaciones a Reglas de despacho	Sin fecha límite de publicación	Comisión Reguladora de Energía	Artículo 7 fr. III y IV	X
13	Directivas de Interconexión	Sin fecha límite de publicación	Comisión Reguladora de Energía	Artículo 7 fr. VI	X
14	Metodologías capacidad de generación	Sin fecha límite de publicación	Comisión Reguladora de Energía	Artículo 7 fr. V	X
15	Inventario nal. energias renovables	Sin fecha límite de publicación	Secretaría de Energía	Artículo 6 fr. VI	X

En consideración al estado normativo que guarda el ordenamiento jurídico mexicano, a propósito de la ER, las páginas siguientes se dedicarán a evaluar aquéllos temas de la LAFRE que plantean por sí mismos, o por su relación con el Reglamento, una delicada, compleja o, de plano, inviable, articulación de la política energética asociada a las energías renovables. Asimismo, se incorporan al estudio una serie de recomendaciones aplicables al conjunto de normas administrativas generales que han de dictarse en fecha próxima.

3. Las energías renovables: límites tecnolócios, legales y constitucionales

Habiendo anticipado el alcance necesariamente limitado de las apreciaciones que a continuación presentamos, y entrando de lleno al análisis de la LAFRE, el primer punto de reflexión que en nuestra opinión ha de abordarse es el relativo a ¿Cuáles son los límites normativos que acotan la libertad de generación de electricidad a partir de ER?

Tal y como señala la propia LAFRE, el margen de libertad de generación de electricidad ya sea para autoconsumo o para su incorporación al SEN, está dado, de manera directa, por la LSPEE; sin embargo, es claro que este ordenamiento se cimienta y encuentra sus límites en las normas constitucionales.

En este sentido, si partimos de un ejercicio de interpretación constitucional que busque derivar los espacios públicos y privados de intervención económica (artículos 5, 25, 26, 27 y 28), se llega a las siguientes conclusiones:

1. La libertad de industria y comercio se desarrolla en aquellos segmentos no calificados como áreas estratégicas o áreas prioritarias.
2. Las áreas estratégicas son de exclusividad pública —no admiten concesiones—. El gobierno federal mantendrá en todo tiempo no sólo el control, sino también la propiedad sobre los organismos que se establezcan para atender dichas áreas estratégicas. Por disposición constitucional, las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas, no constituirán monopolios, en tanto que éstos están prohibidos por el propio ordenamiento. Las áreas estratégicas no se determinan taxativamente en la Constitución puesto que el propio ordenamiento otorga competencias legislativas en ese sentido.
3. Las áreas prioritarias, además de la participación pública, admiten al sector social y privado —mediante concesión y salvando la reserva legal—. En este segmento se admiten incentivos y subsidios respetando ciertas condiciones constitucionales (generalidad, temporalidad, y sustentabilidad financiera). Las áreas prioritarias tampoco se determinan taxativamente por la Constitución, dejando al legislador facultades convergentes en la materia.
4. El régimen de los servicios públicos, queda reservado para su determinación a la norma constitucional y al legislador. Las notas constitucionales del servicio público derivarán de que éste se sitúen en áreas estratégicas o áreas prioritarias.

Concretamente, cuando de la generación de energía eléctrica se trata, se observa que los artículos 27 y 28 de la Constitución, salvando la dificultad de una interpretación sistemática[37], reservan la calificación de área estratégica, esto es de titularidad exclusiva del Estado, y no sujeta a concesiones, la generación, conducción, transformación, distribución y abasto de energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En este punto, obviamente, la pregunta que se plantea es la siguiente ¿En qué supuestos la energía eléctrica está destinada al servicio público y cuándo no?

37 Para un estudio sobre la complejidad de la interpretación del Capítulo Económico de la constitución mexicana, particularmente en el sector eléctrico, nos referimos a Cortes Campos, J. (2007).

En la materia, el propio artículo 28 constitucional señala: "La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley". Resulta así que, al no contenerse en la Constitución otro precepto relativo al servicio público eléctrico, aparte de los artículos 27 y 28, prácticamente todo el régimen jurídico del servicio público eléctrico quedó en manos de la legislación secundaria y de sus disposiciones reglamentarias.

Es en este punto donde empieza la aplicación directa en la LSPEE en la materia que venimos analizando. En otras palabras, la aplicación de ER para la generación de electricidad, queda constreñida, normativamente a los supuestos calificados por la LSPEE como no constitutivos de servicio público y de conformidad con las disposiciones reglamentarias de la ley citada; a saber[38]:

a) *El autoabastecimiento*. Que consiste en la utilización de energía eléctrica para la satisfacción de las necesidades propias del permisionario o del conjunto de copropietarios o socios (Artículo 101 del Reglamento).

b) La *cogeneración*. Es aquélla que se obtiene del potencial energético generado por la industria mediante la utilización eficiente de la energía secundaria para la producción de energía eléctrica como subproducto. Puede ser producida conjuntamente con vapor u otro tipo de energía térmica secundaria, o ambos; o cuando la energía térmica no aprovechada en los procesos se utilice para la producción directa o indirecta de energía eléctrica o si se utilizan combustibles producidos en sus procesos; y siempre que la electricidad se destine a la satisfacción de sus necesidades o de los establecimientos asociados a la cogeneración. Tal generación será fomentada por el Estado a fin de incrementar la eficiencia energética con un menor deterioro del ambiente (Artículos 103 a 107 del Reglamento).

c) La *pequeña producción* (Artículos 111 a 115 del Reglamento): es la generación de energía eléctrica producida en: c.1) Plantas con capacidad menor o igual a 30 MW y que la energía eléctrica se destine en su totalidad para su venta al suministrador o a la exportación, o c.2) Plantas con capacidad menor o igual a 1 MW, y que la energía eléctrica se destine al autoabastecimiento de pequeñas comunidades rurales o áreas aisladas que carezcan de servicio de energía eléctrica.

d) La *producción independiente*. Consiste en la generación de energía eléctrica en plantas con capacidad mayor de 30 MW, siempre que la energía eléctrica se destine para su venta al suministrador, bajo un contrato de venta de energía de largo plazo, o a la exportación (Artículo 36 fracción III, inciso c) de la Ley). A través de esta figura se permite que particulares generen energía eléctrica para

38 Artículos 3, 36 a 39 de la LSPEE y Capítulo IX del Reglamento de la LSPEE.

destinarla, en su totalidad y en forma exclusiva, a la venta a la CFE quien la canalizará para la prestación del servicio público encomendado. Si bien se generará energía eléctrica por parte de los particulares a fin de ser incorporada a la red nacional, no existirá relación jurídica alguna entre éstos y los usuarios del servicio público (Artículos 108 a 110 del Reglamento).

e) La *exportación* de energía eléctrica. Es la generación de energía eléctrica en territorio nacional, derivada de la cogeneración, de la producción independiente o de la pequeña producción, para su aprovechamiento en otro país. Esta actividad facilita el aprovechamiento total de la energía. (Artículos 116 a 119 del Reglamento)

f) La *importación* de energía eléctrica. En este supuesto se ubica la energía eléctrica proveniente de plantas generadoras establecidas en el extranjero para su aprovechamiento en territorio nacional, por parte de personas físicas o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios (Artículos 120 a 123 del Reglamento).

g) Generación de energía eléctrica destinada al uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica (Artículo 141 del Reglamento).

En este punto, debe analizarse el menú de posibilidades de generación de electricidad dispuesto por la LSPEE de frente a lo dispuesto por la LAFRE, concretamente en los siguientes preceptos normativos:

> Artículo 16.- Los Suministradores deberán celebrar contratos de largo plazo con los Generadores que utilizan energías renovables que cuenten con un permiso de la Comisión, conforme a las directrices que expida la misma Comisión.
>
> Artículo 17.- En el caso de venta de la energía que sobra racionalmente después del autoconsumo de la producción, de conformidad con lo establecido en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica de proyectos de autoabastecimiento con energías renovables o de cogeneración de electricidad, las contraprestaciones se fijarán de acuerdo con la metodología que a tal efecto apruebe la Comisión.
>
> Artículo 18.- El Sistema Eléctrico Nacional recibirá la electricidad producida con energías renovables excedentes de proyectos de autoabastecimiento o por proyectos de cogeneración de electricidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 bis de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y conforme a lo señalado en el presente ordenamiento.

> Los Generadores se sujetarán a las condiciones que establezca la Comisión para los servicios de conducción, transformación y entrega de energía eléctrica, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de la Comisión Reguladora de Energía.

Tal y como podrá advertir el lector a primera vista resulta que el legislador no excluye ninguno de los supuestos de generación de electricidad que la LSPEE, señala como no constitutivos de servicio público. Resultaría entonces que las ER pueden aprovecharse legalmente bajo cualquiera de las modalidades arriba señaladas. Sin embargo, en una segunda revisión, con la incorporación de otros preceptos de la LSPEE, sumados a la LAFRE y su Reglamento, la respuesta podría variar por las razones siguientes:

1. En los términos de la LAFRE, y según el concepto que utiliza de "generador" – persona física de nacionalidad mexicana o persona moral constituida conforme a las leyes mexicanas y con domicilio en el territorio nacional, que genere electricidad a partir de energías renovables (Art. 3) –, el supuesto de importación de energía eléctrica previsto por la LSPEE, no quedaría cubierto por la LAFRE.
2. Tratándose de Productores Independientes de Energía, su actividad quedaría fuera de los alcances de la LAFRE cuando la electricidad derive de energía hidráulica utilizada en fuentes con capacidad de generación de más de 30 megawatts.

No es casualidad que a propósito de los dos supuestos de generación arriba señalados la LAFRE y su Reglamento se caractericen por una parca referencia normativa que conduciría al arriesgado ejercicio de interpretación sobre el alcance y los límites de la Ley.

Adicionalmente, ha de considerarse que si bien casi todas las modalidades de generación de electricidad previstas en la LSPEE pueden ser utilizadas en el aprovechamiento de ER, al aspecto normativo se le impondrán cuestiones financieras, económicas y tecnológicas que limitan aún más el alcance y los propósitos del citado ordenamiento[39].

En este sentido, si pudiéramos caracterizar brevemente a las ER tendríamos que, en términos de costos, se trata de una tecnología a la que le son propias inversiones intensivas en costos fijos y de naturaleza hundida, con bajísimos costos marginales pero elevados costos medios, dado el componente de costos fijos; y se trata, en general, de proyectos con una vida útil extensa que puede superar los 30 años promedio[40].

---

39 En este sentido, el Reglamento de la LAFRE, artículo 28, señala como una de las competencias de la Sener, en coordinación con el CONACYT, promover la investigación aplicada y el desarrollo de tecnologías para la generación con fuentes de ER.

40 Víd. Secretaría de Energía- GTZ Cooperación Técnica Alemana (2006)

A las notas anteriores, se suman dos elementos clave: la intermitencia de algunos tipos de energías, lo que supone la necesidad de contar con un respaldo fijo a fin de evitar interrupciones del servicio y obliga a reflexionar el despacho que ha de operar en este tipo de energías, y la ubicación tradicional de este tipo de plantas de generación, nota que impactará en las condiciones de transmisión de la energía[41].

Frente a tales condicionamientos es claro, en primer lugar, que para el desarrollo de la ER es preciso operar a través de contratos de largo plazo entre generadores y suministradores, como condición de recuperación de la inversión. Sin embargo, veamos cómo operan otros de los elementos antes señalados frente a la legislación.

Con carácter general la LAFRE, artículo 19, dispone que los suministradores recibirán los excedentes *razonables*, de conformidad con las condiciones de operación y de economía del sistema eléctrico, así como de distribución geográfica y de variabilidad en el tiempo de las distintas tecnologías para el aprovechamiento de las energías renovables. Sin embargo, y sin dejar de notar la discrecionalidad que deposita la ley en manos del regulador, en lo relativo al criterio de "razonabilidad", lo cierto es que uno de los principales retos para el ordenamiento jurídico consiste en asegurar que las ER obtengan la retribución económica correspondiente a fin de impulsar su aprovechamiento y hacer posible la transición energética.

En esta materia, de la articulación de preceptos legales y reglamentarios (la LAFRE y su Reglamento[42]) resulta que el centro de reflexión está dado por el artículo 36 bis de la LSPEE. Lo anterior, puesto que si bien los ordenamientos citados señalan que, para el cálculo de las contraprestaciones por los servicios que se presten entre sí el suministrador y los generadores deberán, considerarse los *costos eficientes* asociados a la prestación de dichos servicios, también disponen que tal concepto derivará de lo dispuesto en el artículo 36 bis de la LSPEE.

Concretamente, la LSPEE dispone que para la prestación del servicio público de energía eléctrica deberá aprovecharse tanto en el corto como en el largo plazo, la producción de energía eléctrica que resulte de menor costo para la Comisión Federal de Electricidad y que ofrezca, además, óptima estabilidad, calidad y seguridad del servicio público.

---

41 En este sentido, la literatura especializada señala que "renewables have significant operational challenges, in particularly with reliability. Wind, for example, has hidden operational costs associated with a low capacity factor, usually demanding additional investment in turbines in order to compensate for the randomness of the power they generate—wind turbines can generate power at any time of the day, and that includes those hours when outputs are not needed. Any ambitious wind program in Mexico would require more stable fossil fuel generation capacity to back up wind turbines' low capacity factors and unreliability.* These operational challenges call for huge financial commitments, and the risk here is the inadequacy of public funds to invest in renewable energy projects that certainly cost more than conventional fuel-based projects. At a time of low oil prices but still-high industry costs, expensive projects involving renewables are likely to be put on hold by the government, inhibiting movement toward energy diversification. Víd. Falcón, R.-Cera (2009:13)

42 Víd. Artículo 2 y 29 del Reglamento.

Es aquí donde los condicionamientos técnicos de las ER juegan en sentido contrario al impulso de las ER, y no deja de sorprender que la LAFRE carezca de un régimen diferenciado para cuando de la adquisición de energía eléctrica, a partir de ER, se trata.

El porteo, por ejemplo, representa un costo significativo para los proyectos de ER que se ven condicionadas no sólo por el hecho de que no estén disponibles todo el tiempo por la naturaleza del recurso energético en que se basan –condición que podría ir en contra del principio de óptima estabilidad según la LSPEE–; sino además, porque en la mayoría de los casos la energía generada ha de transportarse desde el área de generación –generalmente distante al centro de consumo– a través de la Red de transmisión del SEN y, en algunos casos, también mediante la utilización de las redes de distribución locales.

Es llamativo, entonces, que las normas relativas al costo de este porteo no distingan si se trata de energía generada a partir de fuentes renovables o de proyectos convencionales, puesto que CFE tiene definido un costo de porteo mínimo y, en función de la forma en la que la energía inyectada afecta a la estabilidad de la red, se determinarán cargos adicionales que conforman el costo total de un proyecto que se aplica a la energía transportada.

Por otro lado, el hecho de que el suministrador está obligado a pagar por la energía entregada a la red el más bajo costo marginal de corto plazo en el nodo de interconexión, podría no hacer viable el aprovechamiento de ER. En este sentido, algunos expertos consideran que en defecto de la LAFRE, y no sin riesgos de legalidad y constitucionalidad, el Reglamento tendría que contemplar un esquema que permita a los generadores, a partir de ER, entregar la totalidad de su energía a la red a un precio mayor al costo marginal de referencia; por ejemplo, al costo sobre la curva de oferta en un momento dado (P/E demanda pico) de esta forma, sin renunciar al criterio de eficiencia, se permitiría la viabilidad económica de los proyectos. Una alternativa adicional ensayada en otras latitudes va en el sentido de disminuir los costos de interconexión acreditando la inversión en infraestructura realizada puesto que la expansión de redes genera una externalidad positiva que ha de operar a favor del desarrollador del proyecto.

Tal vez es en este sentido que el Reglamento de la LAFRE, en sus artículos 31 a 34, contempla la posibilidad de variar tanto las reglas de interconexión como de despacho y ampliación de infraestructura a la luz de las características y condicionamientos de la generación a partir de ER. Sin embargo debe advertirse que tales variaciones no podrían suponer, por el principio de jerarquía normativa, una excepción a las reglas contenidas en la LSPEE. Adicionalmente debe evitarse que los instrumentos regulatorios a los que alude la ley (lineamientos, modelos, metodologías) se traduzcan en un ejercicio de regulación absolutamente casuístico en detrimento de la seguridad jurídica de los generadores que utilicen ER.

En suma, dado que el factor costo es una de las principales barreras económicas de las ER, y conforme al marco jurídico vigente no encontramos un régimen jurídico

diferenciado para la adquisición de ER, éstas pueden ser excluidas por energía generada a partir de fuentes convencionales lo que impediría alcanzar uno de los objetivos centrales de la Ley y que es el relativo a la transición energética[43].

En el reconocimiento de tales barreras, la legislación ha de contar adicionalmente con mecanismos que permitan fomentar el aprovechamiento de ER tales como incentivos económicos y fiscales[44]; sin embargo, también en esta materia, encontramos ejemplos que ponen a prueba el alcance o la eficacia de la LAFRE. Veamos las razones que hay detrás de tal afirmación.

Uno de los obstáculos que deriva de las políticas energéticas tradicionales se relaciona con el hecho de que la planeación energética del país está basada en metodologías que evalúan sólo el costo económico de corto plazo de la generación de energía. En otras palabras, la falta de valoración de los beneficios que las energías renovables aportan a la economía nacional, tales como la estabilidad de precios de la energía en largo plazo, y la reducción de riesgos en el abasto energético, aunado al hecho de contar con importantes recursos energéticos fósiles nacionales, hace que las políticas y prospectivas energéticas nacionales sigan basándose en combustibles fósiles[45].

Es frente a tales condicionamientos que la LAFRE, tal y como se anticipó, plantea como estrategia elaborar una metodología para evaluar las ventajas económicas que representa la estabilidad de precios en el largo plazo que es un elemento característico de las ER.

---

43 Tal vez, frente a este reto regulatorio, el Proyecto de Reglamento de la LAFRE dispone, en su artículo 35, y de manera general, que la Comisión solicitará a la Comisión Federal de Electricidad, la revisión y, en su caso, la adecuación de las reglas de despacho aplicables a la Generación Renovable y a la Cogeneración Eficiente, justificando los ajustes que estime necesarios. El Centro Nacional de Control de Energía realizará las gestiones necesarias para que se efectúe dicha adecuación, dentro del plazo que la Comisión determine y que no deberá exceder de cincuenta días hábiles a partir de la recepción de la solicitud. Asimismo se propone en el artículo 45 que los proyectos de generación puedan recibir una contraprestación por capacidad y energía asociada de acuerdo a las normas administrativas y criterios que se fijen al efecto.

44 Algunos de los ejemplos que ha ensayado la legislación mexicana, incluso con anterioridad a la LAFRE, son tanto el establecimiento de vehículos financieros como el Fondo de Inversión en Infraestructura (FINFRA)-BANOBRAS, como concretas estrategias fiscales. Señalamos algunos ejemplos:

a. Ley del ISR (art. 40 fr. XII): Depreciación acelerada del 100% para inversiones en maquinaria y equipo para la generación de energía proveniente de fuentes renovables. Asimismo y del lado de consumo (vivienda), se ha propuesto el establecimiento de un crédito fiscal del 30% a la inversión en equipos para la generación de energía proveniente de ER.

b. Ley Especial sobre Producción y Servicios: Impuesto especial del 0.5% a las enajenaciones o importaciones de energía eléctrica, y que los recursos recaudados se destinen al fomento de las ER en la generación de electricidad.

c. Ley Federal de Derechos: Los combustibles fósiles podrían pagar un derecho en función del Bióxido de Carbono (CO_2) liberado en su combustión, gravando su consumo, bajo el principio de que "el que contamina paga". Para combustibles líquidos, propone derechos de 0.52¢ a 0.97¢ de peso por litro, y un mayor gravamen para los combustibles sólidos. Para el gas natural propone 19.7¢ de peso por millar de pies cúbicos. Los ingresos recaudados se destinarían a la promoción de las ER.

45 Flores García, R. (2008:8-9)

El elemento central en esta materia se referirá a lo que la LAFRE califica como "beneficios económicos netos" materia en la que el Reglamento de la Ley, en su artículo 15, dispone:

> "La Secretaría a efecto de determinar los Beneficios Económicos Netos potenciales de la Generación Renovable, que serán tomados en cuenta en la elaboración y evaluación del Programa, la Secretaría considerará lo siguiente: I. Los ahorros generados, en su caso, en el Sistema Eléctrico Nacional por la Generación Renovable; II. El aporte de capacidad estimado para cada una de las distintas tecnologías de Generación Renovable, de acuerdo con la metodología que elabore la Comisión, referida en la fracción III del artículo 31 del presente Reglamento; III. Los beneficios económicos del uso de Energías renovables en comunidades sin acceso a la Red Eléctrica; IV. Los riesgos y costos de las diferentes combinaciones de tecnologías de generación para el Sistema Eléctrico Nacional en su conjunto; V. Las Externalidades evaluadas conforme a la metodología referida en el artículo siguiente[46]; VI. En su caso, los beneficios derivados de los bonos de carbono u otros recursos que provengan de mecanismos internacionales de financiamiento, y VII. Los demás aspectos que determine la Secretaría. .

Se trata, si bien se observa, de un ejercicio centrado en estimaciones. En un interesante ensayo de García Ochoa (2008), se reflexiona sobre lo frágiles que pueden ser los presupuestos de los que parte el legislador para regular el sector de las ER. A lo que a nuestro estudio interesa destacamos las siguientes reflexiones:

La estabilidad de precios en el largo plazo, con las que parece caracterizarse a las ER, suele presentarse como una de las ventajas comparativas respecto de los recursos fósiles por considerar que en el mediano y largo plazo los precios de tales insumos seguirán presentando una tendencia inestable pero siempre a la alza, debido a la escasez del recurso y su creciente demanda; de comprobarse lo anterior las ER contarían con factibilidad económica y, en consecuencia, mayor participación en el mercado energético.

46 A propósito de metodología con la que serán valoradas las externalidades, el Reglamento de la LAFRE, muestra una deficiente densidad normativa en la medida en la que sólo dispone, en el artículo 16, que la Secretaría elaborará la metodología para la valoración de Externalidades asociadas con la generación de electricidad y la revisará cada tres años. Las Externalidades de las tecnologías de Generación Renovable se evaluarán comparativamente con aquellas basadas en combustibles fósiles que estén siendo consideradas por la Secretaría para la instalación de nuevas centrales de generación. La metodología propuesta por la Secretaría será remitida a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y a la Secretaría de Salud, para que en el ámbito de sus competencias emitan la opinión que resulte aplicable dentro de los tres meses siguientes. En suma, la metodología a la que refiere el precepto citado queda prácticamente sin elementos de regulación.

Sin embargo, si se consultan estadísticas internacionales, y considerando de entrada lo complejo que resulta la formulación de una política energética en escenarios de crisis, se observa que. 1. No es posible establecer un marco de referencia que permita evaluar ventajas económicas de la estabilidad de precios en un futuro. 2. En una prospectiva de política energética global, a mediano plazo, la participación de los recursos fósiles, lejos de disminuir aumentaría[47] y, por lo que toca a las ER, si bien se espera un ligero aumento en su participación en la oferta energética mundial el aumento no es tan significativo como para apostar por la transición energética en base a la estabilidad de precios; y 3.Es cuestionable el hecho de que la LAFRE no reconozca el peso específico que tienen los diferentes sectores en el consumo energético nacional[48].

Así, de considerar que en nuestro país el consumo energético final refiere las siguientes cifras: 75.2% de hidrocarburos, 14.9% de electricidad, 5.8 de leña, 4.1% de otros combustibles, es evidente la orientación y los márgenes estrechos en los que opera la LAFRE en la medida en la que sólo se incide en el sector eléctrico y no de los sectores productivos de mayor impacto ambiental de frente al consumo.

4. Eficacia Transversal de la Lafre

Otro de los aspectos que merece destacarse, a propósito de la eficacia de la LAFRE, tiene que ver con el hecho de que toda política pública que pretenda detonar efectivamente el aprovechamiento de ER, ha de considerar el sistema de división de competencias al que responde el ordenamiento jurídico de que se trate.

En términos concretos, tratándose de un sistema federal, caracterizado por la convergencia de atribuciones, es previsible que los proyectos de generación eléctrica a partir de ER, deban sortear un conjunto de decisiones administrativas relativas a competencias

47 A partir de datos de la Agencia Internacional de la Energía el autor refiere que: La participación de los recursos fósiles para el periodo 2008-2030, pasa de 40.3 a 44%; por su parte la energía nuclear y la hidroenergía permanecen prácticamente sin cambios 1.2 y 0,3 respectivamente; las ER muestran un ligero aumento pasando de 4.3 a 8%.

48 En el mismo sentido Falcón, R- Cera (2009:15-16) explica que "Under the current financial crisis"the first negative signs for further carbon market growth have appeared, and Mexico will undoubtedly bear the brunt of withdrawn investment. Since mid-2008 average spot market prices for carbon credits dropped from a record 22 to less than 8 in February 2009. It may be too soon to anticipate a general trend for the next years, but short-term forecasts suggestthat low CER prices could remain through much of 2010 […]Today it accounts for about 61 percent of total carbon emissions in Mexico, with around 90 percent of energy generated through fossil fuels. Because of the aging infrastructure and the heavy fiscal burden in the energy industry, public utilities such as PEMEX and the Federal Electricity Commission (CFE) will find it difficult to reinvest their profits in energy efficiency projects through the 2008 energy reform plans. As long as oil prices remain low, costly efficiency-oriented projects will likely be deferred or abandoned in favor of projects already online—which are perhaps the most capital- and emissions-intensive ones. Thus, the country's movement toward energy efficiency and sustainability could go through a major slowdown. This makes the reform's goals hard to achieve, especially given Mexico's prevailing dependence on fossil fuels for economic development, which also threatens energy mix diversification goals".

genéricas como la electricidad, el medioambiente, agua, uso de suelo. Materias, en particular la relativa al uso de suelo, en la que las autoridades locales y municipales tendrán un papel determinante, incluso, frente a organizaciones sociales que pudieran intentar frenar los proyectos. Véase el siguiente esquema[49]:

Área de regulación	*Competencia Federal*	*Competencia Local*	*Competencia Municipal*
Defensa Nacional	X		
Relaciones Exteriores	X		
Comercio Internacional	X		
Política Monetaria	X		
Transporte Aéreo	X		
Transporte Ferroviario	X		
Servicio Postal	X		
Comercio Interno	X	X	
Cultura	X	X	
Industria y Agricultura	X	X	
Medio Ambiente	X	X	X
Agua	X	X	X
Planeación Urbana		X	X
Salud	X	X	X
Transporte Público	X	X	X
Educación	X	X	X
Vivienda	X	X	X
Mercados			X
Rastros			X
Basura			X

En este contexto, si bien se estiman pertinentes la disposición de la LAFRE, artículos 8 y 30, dirigidas a lograr, mediante mecanismos de coordinación institucional, la convergencia de atribuciones a fin de promover el desarrollo de los proyectos de generación eléctrica a partir de ER, lo cierto es que los mecanismos de coordinación, previstos en Ley, y también en las disposiciones reglamentarias (artículo 5), están lejos de contar con una regulación que optimice su eficacia y vinculatoriedad, quedando prácticamente sin contenido la estrategia que ha de armonizar el conjunto de competencias que abrirán paso a los proyectos de generación eléctrica a partir de renovables[50].

49 Este esquema toma como base el contenido en la publicación de OECD (1998: 76) así como la revisión del esquema de competencias constitucionales Art. 73, 1115, 117, 118 y 124.

50 Obsérvese que se trata de meras actividades de fomento de las que difícilmente puede esperarse una política energética coordinada: Art. 8. El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Energía podrá suscribir convenios y acuerdos de coordinación con los gobiernos del Distrito Federal o de los Estados, con la participación en su caso de los Municipios, con el objeto de que, en el ámbito de sus respectivas competencias: I. Establezcan bases de participación para instrumentar las disposiciones que emita el Ejecutivo Federal de conformidad con la presente Ley; II. Promuevan acciones de apoyo al desarrollo industrial para el aprovecha-

Así, por ejemplo, si se advierte que para proyectos que requieren grandes extensiones de terreno para el aprovechamiento de recursos naturales renovables, particularmente eólicos e hidroeléctricos y que, por regla general, requieren de un estudio técnico dirigido a evaluar la viabilidad del proyecto (en las áreas de medioambiente, geología, costos) con suficiente antelación respecto del inicio del trámite administrativo correspondiente, y mediante la aplicación de recursos económicos por parte del potencial desarrollador, sería deseable contar con una estrategia de simplificación administrativa definida desde la Ley y con el objetivo de homologar las decisiones de las distintas dependencias administrativas involucradas (Semarnat, Sagarpa, Conagua) generando, así, certeza en el desarrollador del proyecto. Como parte de estas estrategias se han señalado por estudiosos de la materia la implementación de una Ventanilla Única y la posibilidad de que este tipo de proyectos cuente con una dictaminación preliminar, o factibilidad, salvando, en todo caso, la confidencialidad del proyecto en los ámbitos que así lo ameriten.

En la misma línea, consideramos que cuando de evaluar la eficacia de la LAFRE se trata, juega en contra un esquema institucional tan complejo como el que describimos páginas arriba, particularmente en lo relativo a la segmentación de atribuciones entre la CRE y los suministradores; pensemos, por ejemplo, en lo relativo a los trámites derivados de la interconexión, puesto que de no lograrse la convergencia y clara delimitación entre las disposiciones emitidas por la CRE y las obligaciones a las que se sujeta el suministrador en los términos de la LSPEE (Art. 36 bis)[51] el desarrollador del proyecto podría experimentar bloqueos normativos y decisiones administrativas contrarias.

---

miento de las energías renovables; III. Faciliten el acceso a aquellas zonas con un alto potencial de fuentes de energías renovables para su aprovechamiento y promuevan la compatibilidad de los usos de suelo para tales fines; IV. Establezcan regulaciones de uso del suelo y de construcciones, que tomen en cuenta los intereses de los propietarios o poseedores de terrenos para el aprovechamiento de las energías renovables, y V. Simplifiquen los procedimientos administrativos para la obtención de permisos y licencias para los proyectos de aprovechamiento de energías renovables.

Art. 30. El Ejecutivo Federal, los gobiernos de las entidades federativas, del Distrito Federal y de los Municipios, podrán firmar convenios con los Suministradores con objeto de que, de manera conjunta, se lleven a cabo proyectos de aprovechamiento de las energías renovables disponibles en su territorio.

51 Artículo 36-Bis.—Para la prestación del servicio público de energía eléctrica deberá aprovecharse tanto en el corto como en el largo plazo, la producción de energía eléctrica que resulte de menor costo para la Comisión Federal de Electricidad y que ofrezca, además, óptima estabilidad, calidad y seguridad del servicio público, a cuyo efecto se observará lo siguiente:

I. Con base en la planeación del Sistema Eléctrico Nacional elaborada por la Comisión Federal de Electricidad, la Secretaria de Energía, Minas e Industria Paraestatal determinará las necesidades de crecimiento o de substitución de la capacidad de generación del sistema;

II. Cuando dicha planeación requiera la construcción de nuevas instalaciones de generación de energía eléctrica, la Comisión Federal de Electricidad informará de las características de los proyectos a la Secretaria de Energía, Minas e Industria Paraestatal. Con base en criterios comparativos de costos, dicha Dependencia determinará si la instalación será ejecutada por la Comisión Federal de Electricidad o si se debe convocar a particulares para suministrar la energía eléctrica necesaria;

III. Para la adquisición de energía eléctrica que se destine al servicio público, deberá considerarse la que generen los particulares bajo cualesquiera de las modalidades reconocidas en el artículo 36 de esta Ley;

Para ilustrar la observación anterior, ha de evaluarse, además, la discrecionalidad con la que la LAFRE permite operar a la SENER y particularmente a CFE en lo relativo al desarrollo de la infraestructura necesaria para hacer posible la interconexión del proyecto de ER (Art.. 19 y 11 fr. IV). En efecto, podría resultar que el generador tenga que absorber en exceso el costo de la rehabilitación o nueva construcción de infraestructura con fundamento en las condiciones que permiten la interconexión.

También en materia de infraestructura, debe advertirse la difícil alineación de objetivos entre generador y suministrador. Tradicionalmente CFE da cobertura al servicio público de suministro eléctrico, y a los numerosos usuarios involucrados, con apoyo en proyectos que por sí solos tengan una gran capacidad de generación; se trata de una característica que no es predicable de los supuestos de aprovechamiento de ER que muestran una escala de generación menor. En este sentido, probablemente la legislación podría potenciar el aprovechamiento de ER si la energía generada encuentra destino en otros agentes como pueden ser los propios autoabastecedores; esto, acompañado de una fuerte estrategia de inversión para desarrollar la infraestructura necesaria para transportar la energía generada en esas ubicaciones remotas donde suele concentrarse este tipo de energías[52].

Por último, y también en la línea de acotar los costos a los que el desarrollador de este tipo de proyecto puede verse expuesto, es pertinente referirnos a lo que entendemos son cargas de interés público.

Tal y como anticipamos, en los términos de la Ley, artículo 2º, el aprovechamiento de las fuentes de energía renovable y el uso de tecnologías limpias es de utilidad pública; con fundamento en dicha cláusula el Estado, por un lado, puede desarrollar diversas estrategias de fomento para el aprovechamiento de ER como la aplicación de subsidios, mecanismos impositivos y vehículos de financiamiento (Art. 24); sin embargo, también se habilita al poder público para operar con mecanismos como los contenidos en el artículo 21 cuando señala que:

> Los proyectos de generación de electricidad a partir de energías renovables con una capacidad mayor de 2.5 Megawatts, procurarán:
> I. Asegurar la participación de las comunidades locales y regionales, mediante reuniones y consultas públicas convocadas por las autoridades mu-

IV. Los términos y condiciones de los convenios por los que, en su caso, la Comisión Federal de Electricidad adquiera la energía eléctrica de los particulares, se ajustarán a lo que disponga el Reglamento, considerando la firmeza de las entregas; y
V. Las obras, instalaciones y demás componentes serán objeto de Normas Oficiales Mexicanas o autorizadas previamente por la Secretaria de Energía, Minas e Industria Paraestatal.

52 Víd. CONAE (2001:10)

nicipales, ejidales o comunales; en dichas reuniones deberán convenir la participación de los proyectos en el desarrollo social de la comunidad;
II. Según se convenga en el contrato respectivo, pagar el arrendamiento a los propietarios de los predios o terrenos ocupados por el proyecto de energía renovable; la periodicidad de los pagos podrá ser convenida con los interesados, pero en ningún caso será inferior a dos veces por año;
III. Promover el desarrollo social en la comunidad, en la que se ejecuten los proyectos de generación con energías renovables, conforme a las mejores prácticas internacionales y atender a la normatividad aplicable en materia de desarrollo rural sustentable, protección del medio ambiente y derechos agrarios.

Consideramos que se trata de una disposición que puede operar a través de un espacio ilimitado de discrecionalidad administrativa que, si bien por sí sólo no excluye de la oferta energética a los generadores, de no alinearse con otras disposiciones de la LAFRE, a fin de equilibrar cargas e incentivos, si podría comprometer el desarrollo y viabilidad de este tipo de proyectos.

5. La lectura de las barreras de entrada y/o títulos habilitantes en términos estrictamente jurídicos

Tal y como lo señalamos en páginas anteriores, en ausencia del conjunto de normas administrativas generales, de las que depende el legislador para completar el marco jurídico aplicable al aprovechamiento de ER, y aún cuando se ha emitido tanto el Reglamento de la Ley como el Programa Especial para el Aprovechamiento de Energías Renovables, y el Modelo de Contrato entre suministradores y generadores que utilizan ER, es difícil referirse con certeza a la eficacia de la LAFRE. En todo caso, si una observación ha de ser hecha es la de que el conjunto de títulos habilitantes que se apliquen al generador, serán la barrera o el impulso certero para el desarrollador de proyectos. Así, por ejemplo:

a. Las reglas relativas a las licitaciones para proyectos de generación a partir de energías renovables, son el primer incentivo o desincentivo para los desarrolladores de proyectos. En este sentido, el Reglamento de la LAFRE muestra algunos elementos que pueden considerarse como atractivos para el desarrollador de este tipo de proyectos; particularmente nos referimos a lo dispuesto en el artículo 36 cuando señala: a) Entre los principios a los que deberán sujetarse las bases de licitación establece la "máxima flexibilidad" a fin de que los interesados planteen el contenido técnico de sus propuestas en cuanto a tecnología

específica, diseño, ingeniería, construcción y ubicación de las instalaciones; b) Los participantes podrán ofrecer la capacidad total solicitada o una capacidad parcial; c) Se incluirán mecanismos para fomentar tanto a aquellos proyectos de generación que aporten capacidad en firme al sistema como a aquellos que puedan estar disponibles en la horas de mayor demanda de la Red Eléctrica. En todo caso, también conforme al Reglamento, artículo 39, el convenio se adjudicará a quien ofrezca la energía eléctrica requerida al menor costo, cuestión ya analizada en este estudio[53].

b. Mediante los permisos y los *modelos de contrato*[54] se definirán el conjunto de derechos y obligaciones a las que se sujetarán tanto generador como suministrador; se trata de instrumentos jurídicos que, para convertirse en incentivos, dependerán también del sistema de contraprestaciones que dicte la CRE, previa opinión de la SHCP.

   Al respecto, el Reglamento de la LAFFRE dispone en su artículo 37 que para la determinación de dichas contraprestaciones se tomarán como base los costos eficientes estimados para el desarrollo de los proyectos *más una utilidad razonable* (énfasis añadido)[55].

c. Con las directivas de interconexión y metodologías dictadas en la materia por la CRE, se calculará y acreditará el aporte de capacidad que estos proyectos proporcionan a la red eléctrica. Esta materia junto con las reglas de despacho son una cuestión sustantiva en términos de costos y recuperación de la inversión.

d. A través de Normas Oficiales Mexicanas (NOM) pretende lograrse la integración de componentes y equipos desde una perspectiva de planeación energética nacional; sin embargo, se trata en definitiva de requerimientos técnicos que pueden funcionar como barreras regulatorias al mercado de ER[56]; y

---

53 El concepto de más bajo costo variará según se trate de contraprestaciones por capacidad y energía (caso en el que las propuestas se compararán con base en el costo económico total de largo plazo), o bien, por contraprestación por unidad de energía que incorpore las retribuciones por concepto de capacidad y de energía (caso en el que las propuestas se compararán con base en la contraprestación incluida en cada una de ellas). Víd. Artículos 37 y 39 del Reglamento de la LAFRE.

54 Víd. la Resolución de la CRE, publicada en el DOF el día 20 de agosto de 2009, en la que se contienen las directrices a las que se sujetarán los Modelos de Contrato entre Suministradores y Generadores que utilicen Energías Renovables.

55 El artículo citado dispone además que la determinación de las contraprestaciones máximas podrá sujetarse a cualquiera de los siguientes esquemas: I. Contraprestaciones por capacidad y energía que reflejen, respectivamente, los costos fijos, incluyendo el rendimiento sobre la inversión, y los variables en que incurra el permisionario, y II. Una contraprestación por unidad de energía que incorpore las retribuciones por concepto de capacidad y de energía.

56 En el ordenamiento jurídico mexicano ya existen las siguientes Normas Oficiales Mexicanas: (1) NOM para la protección al medio ambiente durante la construcción, explotación y abandono en el uso de energía eólica (fase de aprobación). (2) NOM para determinar el rendimiento térmico y funcionalidad de calentadores solares (en vigor). (3) NOM para calentadores solares, que tiene por objeto establecer los criterios para el aprovechamiento de la energía solar en establecimientos nuevos y remodelaciones en el D.F. (en vigor).

e. Por la vía de las Reglas de Operación del Fondo de Transición Energética se establecerán los destinatarios del fondo, y las condiciones para aplicar los estímulos que de él deriven.

Lo llamativo en esta materia es que la LAFRE operó con una escasa, por no decir deficiente, densidad normativa; de esta forma, las condiciones para la implementación de los proyectos de ER no se encuentran en Ley pero, en sentido estricto, tampoco en el Reglamento sino que se definirán mediante normas de menor jerarquía[57]. Véanse por ejemplo los artículos 16 y 17 de la LAFRE que directamente dejan a las disposiciones normativas que emitirá la CRE, con escasos criterios señalados en Ley y en el Reglamento[58], tanto los modelos de contrato como las contraprestaciones entre suministradores y generadores.

Consideramos que la decisión del legislador, sumada a una práctica reglamentaria de la Administración Pública no sólo poco articulada, sino también caracterizada por operar muy en el límite de la Ley, permite anticipar escenarios caracterizados por la litigiosidad y la escasa eficacia normativa. En otras palabras, en la medida en la que las normas administrativas encuentren su fundamento en la "carta blanca" que otorgó el legislador, su validez dependerá de ejercicios interpretativos y de las posibilidades de justificar la máxima discrecionalidad administrativa.

Adicionalmente, adviértase que tales mecanismos de regulación suelen traducirse en la fuente directa de afectación a los derechos de propiedad y libertad de los desarro-

57 Particularmente nos referimos a las disposiciones que ha de emitir la CRE y que se establecen en el artículo 7 de la LAFRE, conforme a lo siguiente: I. Expedir las normas, directivas, metodologías y demás disposiciones de carácter administrativo que regulen la generación de electricidad a partir de energías renovables, de conformidad con lo establecido en esta Ley, atendiendo a la política energética establecida por la Secretaría;
II. Establecer, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Energía, los instrumentos de regulación para el cálculo de las contraprestaciones por los servicios que se presten entre sí los Suministradores y los Generadores;
III. Solicitar al Suministrador la revisión y, en su caso, la modificación de las reglas de despacho, para dar cumplimiento a las disposiciones de esta Ley;
IV. Solicitar al Centro Nacional de Control de Energía la adecuación de las reglas de despacho para garantizar el cumplimiento de la Ley;
V. Expedir las metodologías para determinar la aportación de capacidad de generación de las tecnologías de energías renovables al Sistema Eléctrico Nacional. Para la elaboración de dichas metodologías considerará la información proporcionada por los Suministradores, las investigaciones realizadas por institutos especializados, las mejores prácticas de la industria y demás evidencia nacional e internacional;
VI. Expedir las reglas generales de interconexión al Sistema Eléctrico Nacional que le deberán proponer los Suministradores, escuchando la opinión de los Generadores, y
VII. Expedir los procedimientos de intercambio de energía y los sistemas correspondientes de compensaciones, para todos los proyectos y sistemas de autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción por energías renovables, que estén conectados con las redes del Sistema Eléctrico Nacional.

58 El artículo 14 de la LAFRE dispone que las contraprestaciones deberán incluir pagos por los costos derivados de la capacidad de generación y por la generación de energía asociada al proyecto. Las contraprestaciones podrán depender de la tecnología y de la ubicación geográfica de los proyectos.

lladores de proyectos; lo anterior, plantea interrogantes a la luz de principios como el de legalidad y reserva de ley. Tomemos como ejemplo de tal afirmación los dispuesto por el Reglamento de la LAFRE a propósito de los proyectos de generación fuera de convocatoria (artículos 41 y 42); es claro que tales disposiciones generan un régimen paralelo de contratación que no cuenta con suficiente sustento legal, ni en los términos de la LAFRE, ni en consideración a la LSPEE, operando, claro está, muy en los límites del artículo 134 de la Constitución en la medida en la que la excepción a la licitación no encuentra su plena justificación en Ley[59].

Por último, obsérvese que si el contenido esencial de la regulación proyectos de generación a partir de ER se deja en manos de instrumentos normativos de menor jerarquía habrá que estar dispuesto a enfrentar los costos de la captura regulatoria, lo que puede propiciar condiciones de inequidad e inseguridad jurídica entre los distintos desarrolladores de proyectos.

Para concluir esta sección es importante señalar que en materia de ER el ordenamiento jurídico mexicano, con anterioridad a la vigencia de la LAFRE, ya contaba con algunos instrumentos de regulación dirigidos al aprovechamiento de ER. Concretamente, nos referimos a el contrato de interconexión para fuentes de energía renovables; el convenio para el servicios de transmisión de energía eléctrica para fuentes de energía renovables; el modelo de contrato de interconexión de energía solar a pequeña escala; y la metodología para la determinación de cargos por servicios de transmisión de energía eléctrica para fuentes renovables de energía.

De los citados instrumentos normativos podrían rescatarse algunos elementos como el incentivo para almacenar la energía renovable producida a fin de disponer de ella en un periodo tarifario distinto a aquél en el que fue producida, y con una mejor retribución; el establecimiento de un "banco de energía" operado según los balances entre energía faltante y sobrante, con la posibilidad de que la intermitencia sea superada a partir de la

59 En la materia los artículos aplicables son: Artículo 41.- La Comisión publicará los modelos de contrato y las reglas de procedencia que regirán la adquisición por parte del Suministrador de energía eléctrica producida por los generadores renovables y por los cogeneradores eficientes fuera de convocatoria. Artículo 42.- La entrega de electricidad al Sistema Eléctrico Nacional por generadores renovables y por cogeneradores eficientes fuera de convocatoria se podrá llevar a cabo con los permisos correspondientes otorgados por la Comisión, conforme a lo establecido en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y su Reglamento, en lo que resulten procedentes. Artículo 43.- Los proyectos a los que se refiere este Capítulo podrán recibir una contraprestación por capacidad y energía asociada, cuando se encuentren dentro de las metas establecidas en el Programa y mencionadas en las fracciones I y II del artículo 19 de este reglamento, de acuerdo a las disposiciones administrativas que expida la Comisión. Los proyectos que no se encuentren incluidos en el Programa, únicamente recibirán pago por la energía entregada al Suministrador, en los términos que emita la Comisión. Artículo 44.- La Comisión determinará las contraprestaciones por energía y capacidad, para los proyectos de Generación Renovable y las metodologías para la determinación de las contraprestaciones de los proyectos de Cogeneración Eficiente materia de este Capítulo. Para tales efectos, la Comisión podrá considerar total o parcialmente los Beneficios Económicos Netos referidos en el artículo 15 del presente reglamento, según el grado de cumplimiento de las metas establecidas en las fracciones I y II del artículo 19 de este ordenamiento.

utilización de la energía convencional disponible en la red, con un efecto favorable en la tarifa de electricidad (en horas punta, por ejemplo), y con efecto directo respecto de la volatilidad de precios; y, en materia de transmisión, pagar sólo la capacidad de planta efectivamente empleada.

6. Reflexiones finales

El hecho de que la evaluación de la LAFRE, hasta el día de hoy, no pueda sino referirse a un análisis limitado del citado ordenamiento jurídico, no impide calificar de acertada la decisión del legislador de regular, a través de un ordenamiento específico, el aprovechamiento de ER.

Sin embargo, de acuerdo a nuestra exposición y sin haberse emitido aún el conjunto de normas administrativas de las que depende la eficacia de la LAFRE, todo parece apuntar a que el legislador y el Ejecutivo, tras operar por la vía de cláusulas generales, no hacen frente de manera directa al conjunto de condicionamientos económicos, financieros y tecnológicos de este segmento de generación energética. Tal afirmación se sustenta particularmente al reconocer que el esquema de participación de los generadores queda dibujado por la LSPEE, en vez de haber establecido en Ley un esquema propio para ER.

Esperemos que el panorama resulte más halagüeño, tanto en términos de certeza jurídica como de viabilidad operativa, una vez dictadas las normas administrativas de las que depende la eficacia de la LAFRE.

En todo caso, se estima indispensable que el legislador acompañe a la LAFRE de una serie de mecanismos de regulación convergentes entre los que podrían encontrarse, no sólo mecanismos que cuantifiquen las externalidades de las ER y/o implanten un sistema de certificados de emisiones contaminantes sino, además, esquemas impositivos y arancelarios más ágiles que premien el uso de este tipo de tecnologías y desincentiven, en equilibrio con la demanda energética, el uso de tecnologías convencionales; contenidos obligatorios mínimos de generación eléctrica a partir de ER; límites mínimos de eficiencia en la producción industrial; sistema de pagos voluntarios por energía no contaminante; y, desde luego, tendría que configurarse una política convergente de eficiencia y ahorro energético del lado del consumo.

Finalmente, hay que considerar que, desde una perspectiva global, el paso que ha dado el legislador al emitir la LAFRE puede potenciarse aún más de dictarse las normas administrativas generales pertinentes, en el marco del TLC y tomando en consideración la orientación de la política energética estadounidense que parece privilegiar el desarrollo de ER[60].

60 Cfr. Falcón, R.- Cera (2009:18)

Bibliografía

CONAE, *Las energías renovables en México y el mundo*, Semblanza, 16 pp. www.conae.gob.mx/work/sites/CONAE/.../4830/.../semblanza.pdf

Cortes Campos, J. (2007), Derecho Administrativo y Sector Eléctrico: Elementos de Regulación, Porrúa, México, 277 pp.

Falcón, R. –CERA- (2009), *Ten Big Questions Facing Mexico's Energy Reform*, Decision Brief, May, 21 pp.

Flores García, R. (2008), *Regulación en el sector energético: energéticos renovables,* XIV Seminario de Ahorro de la Energía, cogeneración y energía renovable, México, 32pp.

García Ochoa, R. (2008), <El papel de las energía renovables en la política energética nacional>, *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, Vol. 1, Núm. 2, diciembre, pp. 225-250

Herrera y Lasso, J. (1933), *La industria eléctrica. Lo que al público interesa saber*, México, Cultura, 269 pp.

OCDE (1998), *Descentralisation and Local Infraestructure in Mexico. A New Policy for Development*, Paris, 145 pp.

Sasse, D. (2009), *Nueva Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el financiamiento de la Transición Energética*, Reporte Goodrich Riquelme y Asociados, enero 12, México, 7 pp. goodrichriquelme.com/PDF/Nueva%20Ley%20%20Transicion%20Energetica.pdf

Secretaría de Energía- GTZ Cooperación Técnica Alemana (2006), *Energías Renovables para el desarrollo sustentable en México,* México, 42 pp.

Secretaría de Energía (2005), *Prospectiva sobre la utilización de las energías renovables en México. Una visión al año 2030*, México.

———. (2005), *Energías renovables para el desarrollo sustentable en México,* México, 20 pp. www.sener.gob.mx/webSener/res/PE.../e_**renovables_mexico**.pdf

———. (2007), *Programa Sectorial de la Energía 2007-2012*, México, 52 pp.

———. (2009), Proyecto de Reglamento de la LAFRE, de fecha de 18 de junio. México. www.sener.gob.mx/webSener/res/0/RLAERFTE_GT.pdf,

Textos y Documentos Legislativos

- Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética.

———. Exposición de Motivos

———. Dictamen de la Cámara de Senadores, Gaceta del Senado, Sesión 23 de octubre de 2008

———. Dictamen de la Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, Sesión 28 de octubre de 2008

- Reglamento de la Ley para el Aprovechamiento de Energías Renovables y el Financiamiento de la Transición Energética, DOF, 2 de septiembre de 2009.
- Programa Especial para el Aprovechamiento de Energías Renovables, Sener, DOF, 6 de agosto de 2009.
- Modelo de Contrato entre suministradores y generadores que utilicen energías renovables, CRE, DOF, 20 de agosto de 2009.

Quarta Parte
Regulação das Comunicações

Las Obligaciones de Servicio Público en el Derecho Español de las Telecomunicaciones

*Miguel Ángel Sendín García**

I. Introducción. *II. Significado de la clasificación de las telecomunicaciones como servicios de interés general. III. Los servicios públicos del art. 4 Lgt. Iv. Las obligaciones de servicio público. 4.1. Delimitación conceptual. 4.2. Delimitación de las obligaciones de servicio público. 4.2.1. El servicio universal. 4.2.2. Otras obligaciones de servicio público.*

I. Introducción

Las telecomunicaciones, que tradicionalmente han sido considerada como un servicio público monopolizado, debido a su carácter de monopolio natural, han sido, sin duda, el sector que ha recibido un mayor impacto como consecuencia del proceso de liberalización y privatización[1] que desde finales de los años ochenta, y especialmente a partir de los años noventa del pasado siglo, ha tenido lugar en la Europa Comunitaria, y en la mayor parte del mundo.

El objetivo y resultado principal de ese proceso ha sido la transformación de dicho sector en una actividad competitiva, en la que desaparece la calificación global de ésta como servicio público, y sólo marginalmente, cuando la concurrencia mercantil no produce un resultado satisfactorio, aparece el servicio público para salvaguardar los intereses públicos especialmente relevantes presentes en el sector.

Hasta que se pusó en marcha el proceso desregulador, esta actividad constituía un ámbito sujeto a gestión monopolística, mediante diferentes formas[2]. En Europa, lo

* *Profesor de la Universidad Europea Miguel de Cervantes (Valladolid).*

1 Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, pocos "sectores, si es que alguno, ha experimentado nunca una transformación más espectacular como el de las telecomunicaciones. La rapidísima evolución de la técnica, la mundialización, aquí más vertiginosa y efectiva que en cualquier otro campo de la economía, las demandas crecientes de este servicio, que es un instrumento imprescindible para el desarrollo general, han hecho saltar por los aires los cómodos esquemas con que han venido encuadrándose las telecomunicaciones tradicionales". "Prólogo", al libro *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley. Madrid, 1997. Pág. 5. En la misma línea, señala J. BOLÁS ALFONSO que, quizás "no exista un caso más claro que el de las telecomunicaciones (...) para explicitar la evolución de la Economía y el Derecho Público que las regula ha experimentado a lo largo de muy pocos años". "Epílogo", en *Comentarios a la Ley General de telecomunicaciones*. Directores: J. Cremades y J. Rodríguez-Arana. La Ley. Madrid, 2004. Pág. 1064.

2 Como señala L. LADA DÍAZ, el "pasado de las telecomunicaciones en España y en el mundo (...), viene íntimamente ligado a una palabra que en la actualidad ha adquirido un matiz claramente peyorativo: El mo-

normal era que se llevase a cabo su prestación directa por parte de la Administración, normalmente la Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos (PTT). Mientras que en Estados Unidos se encomendaba ésta a una empresa privada que disfrutaba de un monopolio público (ATT), si bien sujeta a regulación económica a través de una Agencia Reguladora (Federal Communications Commission). En España regía un sistema intermedio, en el que el suministro de servicios de telecomunicaciones se encomendaba a una Compañía privada participada por el Estado (Telefónica), que actuaba como concesionaria de un servicio público esencial, por lo que se encontraba, en realidad, más próxima al modelo europeo que al norteamericano[3].

Desde el punto de visto jurídico, esto daba lugar en España a la consideración de este sector como un servicio público reservado, *ex* art. 128. 2, sobre el que pesaba una *publicatio*, que reservaba la titularidad de dicha actividad al sector público.

Con el paso del tiempo, sin embargo, este carácter necesariamente monopolístico de las telecomunicaciones comienza a cuestionarse. Factor importante al respecto era que la extensión del servicio se había convertido en una realidad, de tal forma que cualquier avance en la cobertura del servicio se realizaba, en realidad, a costes muy bajos, como consecuencia de las cuantiosas inversiones que previamente se habían realizado, y que permitían que prácticamente todos los núcleos urbanos dispusieran del servicio[4].

La liberalización supone la *despublicatio* del sector, que pasa a convertirse, con carácter general, en una actividad libre, respecto a la cual, los sujetos privados ostentan un derecho originario a su desarrollo, rigiendo en la misma, por tanto, la libre iniciativa y las reglas de la competencia mercantil[5].

Clara muestra de esta transformación la da el art. 2.1 de la vigente LGT[6], que establece que las "telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia". A lo que añade el art. 2.2 LGT que sólo "tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 4 y en el título III de esta ley".

---

nopolio". *Régimen de las telecomunicaciones*. Coordinadores: J. F. Merino Merchán y M. Pérez-Ugena Coromina. Tecnos. Madrid, 1998. Pág. 45.

3 CREMADES GARCÍA, J.: "El Derecho de las telecomunicaciones en Europa y en España", en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley. Madrid, 1997. Pág. 9. REMÓN PEÑALVER, J.; BUITRAGO MONTORO, A. I.: "La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de las Telecomunicaciones", en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley. Madrid, 1997. Pág. 823. MAYOR MENÉNDEZ, P.: "La nueva Ley General de Telecomunicaciones", en *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*. Directora: G. Calvo Días. CGPJ. Madrid, 1999. Pág. 84.

4 CASTEJÓN MARTÍN, L.: "Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de telecomunicaciones", en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Directores: A. Arpón de Mendívil Aldana y A. Carrasco Perera. Aranzadi, 1999. Pág. 47.

5 REMÓN PEÑALVER; BUITRAGO MONTORO: *La posición del...* Pág. 834.

6 *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* **(en adelante LGT).**

Nótese que ello no supone la total desaparición del servicio público del mundo de las telecomunicaciones, para convertirse en un sector sometido en su totalidad a las reglas de la competencia[7], sino un simple repliegue del primero, que ya no asume un carácter global, sino que afecta tan sólo a algunas prestaciones.

Ello es así, porque en este ámbito, por más que haya sufrido transformaciones que han eliminado su necesaria explotación monopolística, permitiendo una gestión adecuada a través de los mecanismos de ordenación que ofrece el juego de la competencia, siguen persistiendo elementos a los que ésta no va a dar una respuesta satisfactoria.

Siguen existiendo fallos de mercado a los que no puede darse solución creando competencia, y que demandan una intervención pública que los haga valer, mediante mecanismos engarzados en el ámbito de la técnica del servicio público.

Ahora bien, tras la liberalización el entorno sobre los que ese servicio público persistente va a operar es, obviamente, muy diferente. Lo que determina una rotunda transformación de las técnicas y régimen jurídico en que se plasma[8]. Dando lugar a la aparición de nuevas figuras, no totalmente perfiladas aún por la doctrina jurídica[9].

Antes de continuar adelante conviene hacer una diferenciación. La propia LGT acota la pervivencia del servicio público a un ámbito muy concreto, las actividades recogidas en el art. 4 LGT y en el Título III. Dichas actividades no tienen, sin embargo, como se deduce ya de la simple lectura del art. 2 LGT, un régimen uniforme, pues unas dice que son servicios públicos (las del art. 4 LGT) y otras las considera sujetas a obligaciones de servicio público (las del Título III LGT).

El precepto trata, en nuestra opinión, de eludir la polémica acerca de si el nuevo modelo de gestión de servicios públicos surgido tras la liberalización es o no servicio público. De una forma un tanto extraña, quiere decir sin decir, pues pretende dejar claro que en ese ámbito el servicio público persiste, pero sin atreverse a declarar las actividades sujetas a obligaciones de servicio público como servicio público.

En cualquier caso, en lo que a nosotros interesa, sirve ya de base para hacer una primera distinción. En el vigente marco regulador de las telecomunicaciones hay dos ámbitos de permanencia del servicio público claramente diferenciados.

---

7 Como señalan C. CHINCHILLA MARÍN y M. CARLÓN RUIZ, "desaparece la calificación de servicio público y el sometimiento de la actividad por los empresarios al régimen de concesión. Ahora bien, el tránsito no es del servicio público a la actividad económica prestada en régimen de competencia, sin más". "Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones", en *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Director: T. Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo. CGPJ. Madrid, 2003. Pág. 157.

8 MARTÍNEZ GARCÍA, C.: *La intervención administrativa en las telecomunicaciones*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2002. Pág. 192. MESTRE DELGADO, J. F., en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Coordinadores: E. García de Enterría y T. de la Quadra-Salcedo. Civitas. Madrid, 1999. Pág. 47.

9 Señala R. CABALLERO SÁNCHEZ, que estas nuevas categorías "no gozan todavía de una definición clara en nuestro Derecho interno, que no esté circunscrita a un sector particular, y cada vez va a ser más necesaria su depuración doctrinal". *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. INAP. Madrid, 2003. Pág. 355.

Por un lado, en primer lugar, nos encontramos con un conjunto de prestaciones que no se han visto afectadas por la liberalización, y siguen, por tanto, sujetas a un régimen de prestación engarzado en los mecanismos del servicio público tradicional. Nos estamos refiriendo, obviamente, a los servicios incluidos en el art. 4 LGT.

Frente a ellos, tenemos, en segundo lugar, una serie de actividades plenamente afectadas por el proceso de liberalización, pero en las que siguen existiendo mecanismos susceptibles de inclusión en la figura del servicio público, pero no en el viejo servicio público monopolístico, sino en el nuevo servicio público surgido tras el proceso liberalizador[10].

Esto ha servido a SOUVIRÓN MORENILLA para distinguir en el ámbito de las telecomunicaciones una escala de *publicatio* con tres niveles: a) los servicios de interés general, que se configuran como actividades libres, que se desarrollan en un régimen de competencia, sujetas a una mera regulación de policía administrativa; b) las reconducidas al servicio público en sentido estricto (art. 4 LGT); c) las obligaciones de servicio público, que son actividades de titularidad y gestión privada, sujetas a una regulación especialmente intensa[11].

Antes de examinar cada una de ellas debemos hacer una precisión previa: determinar cual es el sentido de la calificación de las telecomunicaciones como servicio de interés general.

II. Significado de la Clasificación de las Telecomunicaciones como Servicios de Interés General

Algunos autores, de dicha calificación extraen consecuencias jurídicas respecto a su régimen jurídico. Así, hay quien considera que esto convierte a estas actividades en sectores de titularidad privada, que pasan a convertirse en actividades reglamentadas, sujetas a intervención administrativa, pero no a través de la técnica del servicio público, sino mediante mecanismos de policía administrativa y de ordenación de la actividad económica[12].

Estas afirmaciones nos parecen, sin embargo, totalmente erróneas, pues lo cierto es que la consideración de una actividad como servicio de interés general no determina en sentido estricto el régimen jurídico en que se va a prestar.

---

10 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: "En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (A propósito de la nueva LGT y sus sistema conceptual)", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. D. Ramón Martín Mateo*. Coordinador: F. Sosa Wagner. Tirant lo blanch. Valencia, 2000. Pág. 2807.

11 SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: "Las obligaciones de servicio público y el servicio universal en el ámbito de las telecomunicaciones", *Seminario Derecho, Telecomunicaciones y Municipio*, Febrero de 2005. Pág. 16.

12 MARTÍNEZ GARCÍA: *La intervención administrativa...* Pág. 193. CARRASCO PERERA, A.; MENDOZA LOSANA, A. I.: "La protección de los consumidores y usuarios en el nuevo régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones: estudio comparativo de las leyes 32/2003 y 11/1998", en *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Aranzadi. Navarra, 2005. Págs. 100-101.

En la disciplina del Derecho comunitario, de donde procede en puridad dicha calificación, la idea de servicio de interés económico general no viene necesariamente unida a la prestación de un servicio en régimen de concurrencia competitiva. Este concepto, que viene a coincidir en esencia con lo que en nuestro interno se ha venido calificando tradicionalmente como servicio esencial[13], hace referencia a la necesidad de garantizar su prestación, aunque la iniciativa privada no esté interesada en prestarla. Lo que genera una responsabilidad estatal de articular mecanismos que faciliten su prestación satisfactoria, cuando el libre funcionamiento del mercado no lo haga[14].

El Derecho europeo no condiciona, por ello, la forma de su prestación, sino que se limita a establecer una regla de general de sujeción a las reglas de mercado para dichas actividades, estableciendo al mismo tiempo una excepción a esa regla general. El texto del art. 86 TCE es muy claro al respecto, pues señala que las "empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (...) quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia", lo que supone sujeción con carácter general a las reglas de la competencia. Pero a ello añade que ese sometimiento se produce sólo "en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada". Luego, podrán excluirse del régimen de mercado en la medida en que las necesidades del servicio justificadamente así lo exijan.

No hay, por tanto, una consecuencia necesaria entre servicio de interés económico general y prestación a través de mercados regulados. Son servicios de interés económico general todas las actividades que, teniendo un carácter esencial para el desenvolvimiento social, deben ser prestadas en determinadas condiciones, con independencia de que ello interese o no al mercado.

Fuera de ello, el concreto régimen de prestación dependerá de las características propias de cada sector. Comprendiendo actividades susceptibles de ser prestadas en un entorno general competitivo, como ocurre con los mercados liberalizados convertidos ahora en mercados regulados; o en un régimen monopolístico dentro de la tradición del viejo servicio público.

La propia LGT da prueba de lo dicho, pues son servicio de interés general tanto los servicios del art. 4 LGT, prestados con los mecanismos propios del servicio público tradicional; como el resto de las actividades de telecomunicaciones, que constituyen un mercado regulado, la propia dicción del art. 2 LGT así lo indica.

---

13 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *En torno a la...* Pág. 2799.

14 Como señala J. C. LAGUNA DE PAZ, "no hay que dudar que las comunicaciones electrónicas son servicios de interés general (art. 2. 1 LGT), cuya prestación –ahora en régimen de competencia- no puede faltar a los ciudadanos. De ahí que los Poderes públicos no puedan conformarse con suprimir los derechos exclusivos y afirmar la libertad de empresa, sino que –ante las carencias del mercado- deben prever mecanismos para garantizar dicha prestación". *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Aranzadi. Navarra, 2004. Pág. 229.

Esto no impide, no obstante, que en la actualidad, las telecomunicaciones sean, salvo en los supuestos específicos en que por excepción constituyen servicios públicos, actividades en las que existe una titularidad privada originaria, sujetas, en consecuencia a las normas reguladoras de la libre competencia. Pero ello no como una consecuencia de su carácter de servicio de interés general. Así lo expresa con claridad el art. 2.1 LGT, que no se limita a indicar que las telecomunicaciones son un servicio de interés económico general, pues añade a dicha calificación que "se prestan en régimen de libre competencia".

Esto no impide, por lo demás, el desarrollo de esta actividad por parte de los poderes públicos. Lo que impide, en puridad, es que puedan desarrollarla sujetos a un régimen privilegiado. De tal forma que podrán, si lo consideran oportuno, prestar servicios de telecomunicaciones, pero en un régimen de mercado y en condiciones de paridad con los empresarios privados[15].

Nítidamente lo refleja el art. 8.4 LGT, según el cual la "explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, se ajustará a lo dispuesto en esta ley y sus normas de desarrollo y se realizará con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia".

III. Los Servicios Públicos del Art. 4 LGT.

Los diversos apartados del art. 4 LGT hacen referencia a una pluralidad de servicios que tienen como nota común estar situados en la orbita del servicio público entendido en su sentido más tradicional. Son, por tanto, un conjunto de supuestos marginales que no se han visto afectados propiamente por la liberalización y siguen, por tanto, incursos en las técnicas tradicionales de prestación[16].

La exclusión de estos servicios de las reglas de la competencia encuentra plena justificación en la necesidad de subordinar la política de telecomunicaciones a las necesidades de la defensa nacional[17]. Ámbito en el que las telecomunicaciones juegan un papel

15 REMÓN PEÑALVER; BUITRAGO MONTORO: *La posición del...* Pág. 834.

16 Como señalan J. CREMADES; M. GARCÍA-VALDECASAS SOLÍS, en estos servicios "se mantienen todas las notas características del concepto clásico de servicio público". En *Comentarios a la Ley General de telecomunicaciones*. Directores: J. Cremades y J. Rodríguez-Arana. La Ley. Madrid, 2004. Pág. 99. En sentido similar, CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 107.

17 Considera MESTRE DELGADO que existe "una regla general que subyace a toda la regulación de las telecomunicaciones, en cuya virtud todos los recursos y servicios vinculados a las telecomunicaciones se encuentran, finalmente, supeditados a las exigencias de la defensa nacional. Ésta es la justificación en la que se basa la regulación de este precepto". *Comentarios a la...* Pág. 59.

especialmente relevante, por lo que no puede negarse el buen sentido de la decisión de mantener estos servicios al margen de las reglas de la competencia[18].

No obstante, esta regulación ha sido objeto de algunas críticas, en cuanto se considera poco adecuado calificar estas actividades como servicios públicos, pues es ésta una noción que, por un lado, la ley trata de superar y; por otro, poco adecuada para estas actividades, que conllevan ejercicio de poder público, lo que determina que deban ser consideradas funciones públicas[19].

Dentro de los supuestos regulados en el art. 4 LGT se deben distinguir dos supuestos diferentes.

En primer lugar, el art. 4.1 LGT establece que las "redes, servicios, instalaciones y equipos de telecomunicaciones que desarrollen actividades esenciales para la defensa nacional integran los medios destinados a ésta, se reservan al Estado".

Se establece de esta forma una auténtica *publicatio* en el sentido más estricto del término, con base en el art. 128.2 CE, de tal forma que debe entenderse que estas actividades son de titularidad estatal, que ostenta un monopolio exclusivo para su realización. Quedando, por tanto, fuera del ámbito del derecho de libertad de empresa, y eliminando cualquier derecho de los particulares a su realización, salvo que medie la atribución del correspondiente título administrativo que permita su gestión por parte de éstos (concesión).

Sin embargo, no deja de ser extraña dicha opción, pues, como señala la mejor doctrina, difícilmente se puede ver una reserva en el sentido propio del término, ya que es objeto de *publicatio* un ámbito material dotado de caracteres objetivos determinados, no un conjunto de servicios y redes que tienen en común tan sólo su valor instrumental para la defensa nacional, sin que dicha reserva impida que servicios o instalaciones similares o iguales sean utilizados para otros fines por otros sujetos. Más que ante un sector reservado estamos, por ello, ante un servicio administrativo interno del Estado[20].

Estos servicios no se rigen por la LGT sino por su normativa específica (art. 4.1 LGT).

Por lo demás, la regulación de la LGT respecto a estos servicios se limita a coordinar la acción de los distintos sujetos con competencias en este ámbito.

---

18 Señala M. GARCÍA-VALDECASAS SOLÍS que "todos los recursos y servicios de telecomunicaciones son un instrumento estratégico de indiscutible importancia en cualquier territorio, que históricamente se han visto vinculados y supeditados a las exigencias de la defensa nacional". En *Comentarios a la Ley General de telecomunicaciones*. Directores: J. Cremades y J. Rodríguez-Arana. La Ley. Madrid, 2004. Pág. 127.

19 En tal sentido, MARTÍNEZ GARCÍA señala que no "parece muy acertada la calificación de estas actividades como servicios públicos; no sólo porque se trata de un régimen que conscientemente se quiere superar mediante la liberalización del sector, sino, sobre todo, en este caso, porque las actividades de defensa nacional y de seguridad pública y protección civil no responden a dicho concepto, en sentido estricto. Tradicionalmente la doctrina las ha englobado en la categoría de las funciones públicas, a las que es inherente el ejercicio de autoridad, careciendo del contenido económico que, en cambio, caracteriza a los servicios públicos". *La intervención administrativa…* Pág. 203.

20 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *En torno a la…* Págs. 2808-2809.

El segundo supuesto contemplado en el art. 4 LGT, hace referencia a la posibilidad de que el Gobierno acuerde "la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa de determinados servicios o de la explotación de ciertas redes de comunicaciones electrónicas, de acuerdo" con la legislación de contratos públicos (art. 4.5 LGT).

Debiéndose entender que esto no supone que la Administración asuma la titularidad de esa actividad, no hay *publicatio* en sentido estricto, sino tan sólo el recurso a un medio excepcional de gestión de la misma[21].

Dos son los presupuestos que permiten la adopción de esta medida. En primer lugar, podrá tener su origen en la necesidad de "garantizar la seguridad pública y la defensa nacional" (art. 4.5 LGT). En segundo lugar, puede derivarse del "incumplimiento de las obligaciones de servicio público a las que se refiere el título III" LGT.

En este segundo supuesto también podrá, "con las mismas condiciones, intervenir la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas" (art. 4.5 LGT). Se trataría de un supuesto de intervención de empresas en los términos del art. 128 CE, consistente en afectar transitoria y excepcionalmente a la gestión y administración ordinarias de la empresa, desplazando los órganos y decisiones de ésta[22].

En cualquiera de los dos supuestos esta medida podrá ser acordada exclusivamente "con carácter excepcional y transitorio" (art. 4.5 LGT).

También en ambos casos, el acuerdo deberá ser adoptado "por el Gobierno por propia iniciativa o a instancia de una Administración pública territorial. En este último caso será preciso que la Administración pública territorial tenga competencias en materia de seguridad o para la prestación de los servicios públicos afectados por el anormal funcionamiento del servicio o de la red de comunicaciones electrónicas. En el supuesto de que el procedimiento se inicie a instancia de una Administración distinta de la del Estado, aquélla tendrá la consideración de interesada y podrá evacuar informe con carácter previo a la resolución final" (art. 4.5 LGT).

Cuando la gestión directa se acuerde por incumplimiento de las obligaciones de servicio público, se requerirá, además, "previo informe preceptivo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones" (art. 4.5 LGT). No otorga la Ley carácter vinculante a este informe, por lo que aplicando la regla contenida en el art. 83.1 LPC[23], debe entenderse que es preceptivo y no vinculante.

---

21 MARTÍNEZ GARCÍA: *La intervención administrativa...* Pág. 204. SOUVIRÓN MORENILLA: *Las obligaciones de...* Pág. 18. Una parte de la doctrina considera que se produce una expropiación. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *En torno a la...* Pág. 2809. Dado que es una mera asunción temporal, nos parece más adecuada la primera explicación.

22 FERNANDO PABLO, M. M.: *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Editorial Colex. Madrid, 1998. Pág. 151.

23 *Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (en adelante LPC).

IV. Las Obligaciones de Servicio Público

4.1. Delimitación conceptual.

La noción de obligación de servicio público era ciertamente desconocida para nuestro ordenamiento jurídico hasta la puesta en marcha de los procesos de liberalización, tras los que ha hecho, en buena medida a instancia de las instituciones comunitarias, una entrada triunfal en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, por los que se ha extendido de forma fulminante. Hoy en día es, por ello, un concepto firmemente asentado, a pesar de que algunos critican la utilización de dicho término, que ven demasiado próximo a la vieja institución del servicio público[24].

El concepto de obligaciones de servicio público viene determinado por un doble componente formal y material. Es un concepto que se define tanto por sus aspectos formales y su régimen jurídico, como por la finalidad objetiva que con él se persigue. Ambos elementos serán examinados por separado, para dar una mayor claridad a la exposición, pero tiene que tenerse presente que ambos aspectos están estrictamente unidos, de tal forma que cada uno de ellos condiciona al otro, y que no tendrían sentido por separado.

Esto es así porque esta institución cobra su sentido no sólo por su objeto, que es, obviamente la defensa del interés público, sino también por el ámbito en el que desarrolla esa labor que le es propia, un contexto liberalizado[25]. Esto condiciona todo su régimen jurídico, pues deberá articularse en condiciones que no afecten al desarrollo de las actividades competitivas que son ajenas al servicio universal. Convirtiéndose, de esta forma, en un instrumento que trata de conciliar las demandas del interés público con las del mercado[26].

En el viejo modelo de prestación del servicio público de telecomunicaciones se operaba desde una perspectiva global. De tal modo que la salvaguarda de los intereses públicos se articulaban mediante el establecimiento de una serie de condicionantes que

---

24 En tal sentido CABALLERO SÁNCHEZ, que considera que "el término no resulta muy adecuado por equívoco, ya que parece que este tipo de condicionantes deberían acompañar a las actividades propiamente calificadas como servicios públicos (...), pero es el que ha adoptado el Derecho comunitario y tenderá a generalizarse". *Infraestructuras en red...* Pág. 356.

25 La Exposición de Motivos de la LGT'1998 ha sabido plasmar excelentemente este factor, señalando que las obligaciones de servicio público garantizan "la protección del interés general en un mercado liberalizado". La misma idea en la doctrina, CREMADES, J.; RODRÍGUEZ-ARANA, J.: "Introducción", en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Directores: J. Cremades y J. Rodríguez-Arana. La Ley. Madrid, 2004. Pág. 72.

26 ARPÓN DE MENDÍVIL, A.; CRESPO, M.: "Finalidad y ámbito de aplicación de la ley", en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Directores: A. Arpón de Mendívil Aldana y A. Carrasco Perera. Aranzadi, 1999. Pág. 117. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte*. Comares. Granada, 2001. Pág. 207.

pesaban sobre el gestor de la actividad, que encontraban compensación en el disfrute por parte de éste del monopolio de la actividad[27].

Desaparecido el carácter monopolístico del servicio, se deja de actuar desde una concepción global de la actividad, y se pasa a hacerlo mediante la articulación de medidas concretas, dirigidas a salvaguardar concretos intereses públicos en ese sector de actividad. Dicho en otras palabras, se pasa de una configuración de la totalidad del sector como servicio público, a la consideración como tal tan sólo de algunas prestaciones concretas y determinadas[28].

De este dato se derivan importantes consecuencias a la hora de determinar el régimen de las obligaciones de servicio público. No debe olvidarse que se trata de simples elementos aislados sujetos a un régimen público, en un sector generalmente liberalizado, islas de régimen público en un océano de competencia. Esto determina que su imposición debe realizarse en términos que aseguren que no va a afectar al régimen competitivo de las actividades liberalizadas.

De aquí se derivan una serie de condicionantes básicos, que operan respecto a diferentes factores. En primer lugar, respecto al propio operador al que se imponen esas obligaciones, que no podrá verse afectado negativamente en su actividad comercial competitiva por dicha imposición.

Esto determina que, en general, el operador no debe sufrir ninguna desventaja competitiva a consecuencia de la imposición de estas obligaciones. Así lo establece el art. 26.3.c RSU[29], según el cual, la imposición de obligaciones de servicio público no puede implicar "discriminación entre los distintos operadores, procurando mantener el equilibrio en el mercado de forma tal que ningún operador obtenga (...) desventajas en su actuación en el mercado, como consecuencia de las obligaciones impuestas".

De aquí se deriva, en primer lugar, que las obligaciones de servicio público se deben imponer en los mismos términos a todos los operadores de la misma categoría. Pudiéndose dar un tratamiento diferenciado tan sólo a los operadores que se encuentren una situación objetiva diferente (como por ejemplo, aquel que se encuentre en una posición de dominio)[30].

Lo que se traduce, en particular, en la obligación de compensar al operador sobre el que pesen estas obligaciones cuando de ellas se derive "una carga injustificada" para éste (art. 24.1 LGT).

---

27 FERNANDO PABLO: *Derecho general...* Pág. 197.

28 ARIÑO ORTIZ, G.: "Servicio público y servicio universal en las Telecomunicaciones", en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley. Madrid, 1997. Pág. 762.

29 *Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios* **(en adelante RSU).**

30 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 111.

También supone que la imposición de estas obligaciones no puede conllevar gravar al operador con "cargas excesivas a los operadores que puedan afectar sustancialmente la posibilidad de su acceso al mercado" (art. 26.3.a RSU).

En segundo lugar, se deben articular medidas de tutela para los competidores del operador obligado, asegurando que éste no va a obtener ventaja competitiva alguna como consecuencia de su prestación. Pues estas medidas constituyen obligaciones, no privilegios a favor del operador seleccionado[31].

De ahí que el art. 26.3.c RSU exija no "discriminación entre los distintos operadores, procurando mantener el equilibrio en el mercado de forma tal que ningún operador obtenga ventajas (...) en su actuación en el mercado, como consecuencia de las obligaciones impuestas".

En tercer lugar, respecto al sector en su conjunto. De tal forma que, como exige el art. 26.3.d RSU, se debe procurar la neutralidad "económica y, en la medida de lo posible, tecnológica de las obligaciones impuestas y de las ayudas y financiación otorgadas".

Para lograr todos estos objetivos, resulta esencial que el proceso de imposición y financiación de las obligaciones de servicio público se desarrolle en un marco de absoluta objetividad y transparencia. De ahí que el art. 26.3.b RSU exija objetividad "y transparencia en los métodos utilizados para determinar el operador obligado, las ayudas y financiación de la que disfrutará, y el momento y condiciones en que debe producirse".

En el sistema anterior la Administración operaba, a su vez, desde la posición de *dominus* de la actividad, pues sobre el sector de las telecomunicaciones pesaba una *publicatio*, que otorgaba a la Administración la titularidad de dicha actividad. En la actualidad, sin embargo, las telecomunicaciones son una actividad libre, cuya titularidad corresponde a los sujetos privados. De tal forma que la intervención pública no tiene un carácter subjetivo, esto es, no se justifica en que la Administración tenga la condición de dueño de la actividad; sino que se manifiesta en un sentido funcional u objetivo, esto es, son un conjunto de imposiciones concretas, amparadas en los concretos intereses públicos que pretenden hacer valer[32].

Esto marca una diferencia trascendental en la forma en la que se articula esta intervención pública. Si en el sistema tradicional se articulaba como una intervención interna, que se decidía y se imponía desde dentro de la actividad por la propia Administración (que al mismo tiempo que regulador era gestor de la actividad, bien directamente o a través de un sujeto interpuesto, denominado concesionario); en el nuevo sistema es una

31 Como señala la CMT, estas "condiciones, (...), deben ser aplicadas por el operador obligado al servicio universal. Ahora bien, hay que reiterar que no son un privilegio, sino una obligación para el operador que presta el servicio universal, y su finalidad no es la de proporcionar un lucro a tal operador sino garantizar la satisfacción de un interés general que no sería satisfecho por el mercado y que hace necesaria su imposición". Resolución de 28 de noviembre de 2002.

32 SOUVIRÓN MORENILLA: *Las obligaciones de...* Pág. 25.

decisión externa, adoptada por un sujeto externo (la Administración, que opera como regulador) que se impone a unos sujetos (los operadores), que desarrollan esa actividad en ejercicio de su derecho a la libertad de empresa.

Esto determina, a su vez, otro elemento que distancia al servicio público en concesión y las obligaciones de servicio público. En el primero, los imperativos de interés público se imponen como condiciones del contrato de concesión celebrado entre la Administración y la empresa concesionaria, impuestas *ad casum*. En el nuevo modelo, sin embargo, se imponen a través de una acto administrativo adoptado en el marco de una disposición legal[33].

En el nuevo marco legal de las telecomunicaciones, que encuentra unos de sus cambios más significativos en la eliminación de los títulos habilitantes, la imposición de estas obligaciones no se opera, obviamente, a través de éstos, sino mediante un mandato de naturaleza represiva o *ex post*[34].

De igual modo, si en el modelo tradicional no se articulan como limitaciones a la libertad de empresa del gestor, pues éste no tiene un derecho originario a realizar esa actividad, de la que es un simple gestor, en el modelo tradicional son una clara restricción a ese derecho[35].

Las obligaciones de servicio público son medidas de carácter singular, en cuanto se imponen a unos sujetos concretos y determinados, y no a la totalidad de operadores que se encuentran en una misma situación objetiva[36].

Constituyen limitaciones anormales, en el sentido de que no pueden considerarse como simples delimitaciones del contenido del derecho de libertad de empresa, sino que implican un sacrifico especial de ese derecho[37].

Como consecuencia de lo anterior, debe considerarse que tienen un carácter ablatorio que exige la correspondiente compensación económica, que permita que el operador sobre el que recaen quede indemne de los posibles daños que pueda ocasionar esa imposición[38].

---

33 CARRASCO PERERA, A.; ARROYO JIMÉNEZ, L.; MENDOZA LOSANA, A. I.: "Impacto de la evolución de la liberalización de las telecomunicaciones en la protección del consumidor", en *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Aranzadi. Navarra, 2005. Págs. 188-189.

34 CARRASCO PERERA; ARROYO JIMÉNEZ; MENDOZA LOSANA: *Impacto de...* Pág. 188.

35 CARRASCO PERERA; ARROYO JIMÉNEZ; MENDOZA LOSANA: *Impacto de la...* Pág. 188.

36 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *En torno a la...* Pág. 2811. LAGUNA DE PAZ: *Telecomunicaciones: Regulación...* Pág. 230. FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y.: "Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red", en *Revista de Administración Pública* 163 (enero-abril de 2004). Págs. 131-133.

37 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *En torno a la...* Pág. 2811. LAGUNA DE PAZ: *Telecomunicaciones: Regulación...* Pág. 230. FERNÁNDEZ GARCÍA: *Las obligaciones especiales...* Págs. 131-133.

38 ARIÑO ORTIZ: *Servicio público y...* Págs. 762-763. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *En torno a la...* Pág. 2813. LAGUNA DE PAZ: *Telecomunicaciones: Regulación...* Pág. 231. FERNÁNDEZ GARCÍA: *Las obligaciones especiales...* Págs. 133-134. CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Págs. 162-163.

Ahora bien, debe tenerse presente que ese derecho a la indemnidad constituye un mero derecho a recibir, en su caso, una compensación por los sobrecostes que ocasiona la satisfacción de las obligaciones de servicio publico al operador designado, pero no condiciona su contenido. Las obligaciones de servicio público son fijadas imperativamente por los poderes públicos, y los operadores sobre los que recaen quedan, con ello, obligados a cumplirlas, sin poder alegar para eludir su cumplimiento la onerosidad de esa prestación[39].

El art. 20.2 LGT establece que, cuando se impongan obligaciones de servicio público, "se aplicará con carácter supletorio el régimen establecido para la concesión de servicio público".

Este factor no trae consigo, sin embargo, en opinión de algunos, implicación alguna en orden a la calificación de la actividad, sino que sería una simple llamada instrumental al régimen de la concesión de servicio público, que no modifica su naturaleza[40].

Hasta ahora hemos visto los elementos que podríamos denominar formales que caracterizan a las obligaciones de servicio público, pero éstos no son suficientes, en nuestra opinión, para definir dicha institución. Para comprender su verdadero sentido hay que atender también a la finalidad por ellas perseguida.

En realidad, en un mercado regulado de servicios públicos van a confluir tres tipos de medidas regulatorias: a) medidas dirigidas a proteger la competencia, pues como en todo mercado pueden darse conductas tendentes a acabar con ésta; b) medidas a hacer posible la competencia, pues existen en estos mercados elementos que de no ser contrarrestados vía regulación impedirían la competencia; c) regulación dirigida a la obtención de los objetivos de interés público que el mercado no va a satisfacer, por no implicar una rentabilidad económica.

Solo el último tipo de regulación entra dentro de lo que, en sentido estricto, debe calificarse como obligaciones de servicio público.

Esto excluye de nuestro concepto algunas obligaciones que cabe imponer a los operadores en el ámbito de las telecomunicaciones, como por ejemplo, las que se pueden imponer a un operador con un poder significativo de mercado (obligaciones para mantener la competencia); o las derivadas de las necesidades de asegurar la interconexión (obligaciones impuestas para hacer posible la competencia).

---

39 En tal sentido, ha señalado la CMT que "cumple aclarar que el principio de neutralidad económica no actúa sobre la determinación de cuáles son las condiciones mínimas en que el servicio universal debe ser satisfecho (pues dichas condiciones vienen determinadas por la normativa de telecomunicaciones de una forma imperativa), sino que este principio lo que determina es la existencia de una eventual compensación del coste neto que origine, precisamente, por dar cumplimiento del servicio universal en las condiciones mínimas a las que se ha hecho alusión". Resolución de 21 de diciembre de 2000.

40 MOLLINEDO CHOCANO, J. J.: "Los servicios de telecomunicaciones", en *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*. Directora: G. Calvo Días. CGPJ. Madrid, 1999. Pág. 185.

La imposición de obligaciones de servicio público encuentra su sentido y justificación, por ello, en el hecho de que las telecomunicaciones tienen el carácter de servicio de interés general[41], esto es, en cuanto son actividades en las que existen intereses públicos que deben prevalecer con independencia de los intereses del mercado. Esto proporciona un título legitimador de la intervención coactiva de los poderes públicos para hacer valer esos intereses, ante una carencia del mercado.

La imposición de este tipo de obligaciones responde, por ello, a un doble presupuesto: a) carácter de servicio de interés general de las telecomunicaciones, con la existencia de intereses públicos que deben prevaler sobre los del mercado; b) una situación insatisfactoria en la prestación del servicio de telecomunicaciones, bien porque falte su prestación, o porque su extensión, precio o calidad sea inadecuada[42].

Así lo acredita el art. 20.1 LGT, que establece que la imposición de obligaciones de servicio público "tiene por objeto garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de adecuada calidad en todo el territorio nacional a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado".

Constituyen, por ello, un vehículo para la igualdad social, en cuanto tratan de asegurar un adecuado acceso por parte de todos los ciudadanos a los servicios de telecomunicaciones. Objetivo especialmente importante en este ámbito, en el que un acceso desigual produciría una brecha tecnológica, de dramáticas consecuencias, entre los ciudadanos que tienen acceso a estos servicios y los que no[43].

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la finalidad que se persigue con la imposición de estas obligaciones es no sólo la prestación de los servicios de que se trate, sino también su prestación adecuada. Para lo cual su funcionamiento de los servicios de que se trate debe dar satisfacción a un conjunto de principios, equiparables en lo esencial a los tradicionales principios del servicio público[44].

Así lo acredita la propia LGT, que somete las obligaciones de servicio público a una serie de principios que vienen a coincidir, en esencia, con aquellas reglas tradicionales, estableciendo que el "cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la explotación de redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para los que aquéllas sean exigibles se efectuará con respeto a los principios de igualdad,

41 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 108.

42 LAGUNA DE PAZ: *Telecomunicaciones: Regulación...* Pág. 237.

43 VILLAR URÍBARRI, J. M.: "El servicio universal de telecomunicaciones y su financiación", en *La nueva Regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet.* Aranzadi. Navarra. Pág. 155.

44 CHINCHICHA MARÍN, C., en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Coordinadores: E. García de Enterría y T. de la Quadra-Salcedo. Civitas. Madrid, 1999. Pág. 265. CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 111.

transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen" (art. 20.3 LGT).

Esta larga y detallada enumeración de principios, que en buena medida se solapan entre sí, acaba concretándose en las tradicionales reglas de igualdad, continuidad y adaptación. En primer lugar, los principios de igualdad y no discriminación se traducen en la necesidad que todos los usuarios puedan acceder y usar el servicio en condiciones de igualdad, y sin sufrir discriminación alguna[45].

En segundo lugar, los principios de continuidad, disponibilidad y permanencia, acaban confluyendo en el tradicional principio de continuidad, demandando una prestación eficaz y estable del servicio, que no podrá ser objeto de interrupciones o suspensiones, ni ser alterado en su contenido, salvo que medie la correspondiente autorización de la Administración[46].

En tercer lugar, el principio de adaptabilidad viene a dar concreción a la tradicional cláusula de progreso, que implica la necesidad de adaptar el servicio a las necesidades demandadas en cada momento por el interés público[47].

A estas reglas clásicas se añade con un peso específico el principio de transparencia. La peculiaridad de los mercados regulados de servicios públicos que, como sabemos, son ámbitos donde conviven las actividades competitivas con actividades no competitivas, hace preciso una clara distinción de las contraprestaciones recibidas para compensar el sobrecoste que trae consigo el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, para evitar que éstas se puedan utilizar para lograr una ventaja competitiva en el mercado. El principio de transparencia se convierte, con ello, en un elemento clave en la imposición de obligaciones de servicio público, en cuanto permite conocer esa información, evitando que se puedan producir perturbaciones en el mercado por dicha causa[48].

Manifestación de este principio es el reconocimiento de intensos poderes para la obtención de información al regulador. En tal sentido, el art. 21.1 RSU, reconoce a las autoridades nacionales de reglamentación y los organismos con competencias inspectoras derivadas de la LGT la capacidad de requerir a los operadores la información, incluso financiera, necesaria para el cumplimiento, entre otras, de las siguientes finalidades: a) elaborar análisis que permitan la definición de los mercados de referencia, la determinación de los operadores encargados de prestar el servicio universal y el establecimiento de condiciones específicas a los operadores con poder significativo de mercado (art. 21.1.e);

45 ARPÓN DE MENDÍVIL; CRESPO: *Finalidad y ámbito...* Pág. 117.
46 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 112.
47 ARPÓN DE MENDÍVIL; CRESPO: *Finalidad y ámbito...* Pág. 119. CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 113.
48 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 112.

b) comprobar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la LGT, en especial el cumplimiento de las obligaciones de servicio público (art. 21.1.g).

También lo es la existencia de una separación contable entre actividades competitivas y no competitivas (*unbundling*), que impida que las contraprestaciones existentes en las actividades no competitivas (entre las que se encuentran las obligaciones de servicio público) puedan dar lugar a una subvención cruzada o a una ayuda pública que perturbe la competencia en el sector no competitivo del mercado[49].

El art. 13.c LGT reconoce a la CMT la posibilidad de imponer a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en el mercado la obligación de separación "de cuentas, en el formato y con la metodología que, en su caso, se especifiquen".

Medida que la doctrina considera extensible a otros operadores que no tengan esta condición, con base en el principio de transparencia y en las potestades informativas que reconoce el art. 21 RSU[50].

Corresponde a la Administración determinar cuando existe una deficiencia de suficiente entidad como para imponer este tipo de obligaciones[51]. Debiéndose entender que estarán justificadas únicamente en la medida que resulten necesarias y proporcionadas para lograr los objetivos de interés general que se pretende con ellas[52].

Más allá de esa necesidad, la decisión de dar un ámbito más amplio o más limitado a estas obligaciones es, a nuestro juicio, una decisión que corresponde tomar al titular del poder político, sin que sea posible deducir, como pretenden algunos autores, una regla *pro libertate*, que imponga necesariamente la decisión de adoptar la medida menos gravosa para la competencia y la libertad de empresa y la restricción de esa medida a lo estrictamente indispensable para garantizar los intereses públicos existentes en el ámbito de que se trate[53].

Lo cual es, obviamente, distinto de la necesidad de que en la imposición de estas obligaciones se cumpla con el principio constitucional de eficacia, evitando, en la medida de lo posible la utilización de fórmulas que implican innecesariamente un mayor coste del necesario para lograr el objetivo de interés público perseguido. Como establece el art. 26.3.e RSU, en la imposición de las obligaciones de servicio público se debe dar prioridad a "las opciones que permitan un menor coste para el conjunto del sector o que supongan una menor necesidad de financiación".

---

49 SIMON, D.: "Les mutations del services publics du fait des contraintes communautaires", en *Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché*. La documentation Française. París, 1998. Pág. 82. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", en *Revista Española de Derecho Administrativo* 84, 1995. Págs. 596-598.

50 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 112.

51 LAGUNA DE PAZ: *Telecomunicaciones: Regulación...* Pág. 237.

52 LAGUNA DE PAZ: *Telecomunicaciones: Regulación...* Pág. 230.

53 En tal sentido, FERNÁNDEZ GARCÍA: *Las obligaciones especiales...* Págs. 136-137.

En cualquier caso, debe tenerse presente el carácter esencialmente mutable de las obligaciones de servicio público que, en cuanto tienen su sentido en suplir deficiencias derivadas de la insuficiencia del mercado, pierden su sentido cuando éste pasa a dar satisfacción correctamente a las necesidades afectadas[54]; y viceversa, si la iniciativa privada deja de dar adecuada satisfacción a los intereses públicos implicados, su imposición se hace precisa[55].

Por ello, el art. 26.2 RSU establece que, cuando "el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio constate que cualquiera de los servicios a que se refiere este artículo se está prestando en competencia, en condiciones de precio, cobertura y calidad de servicio similares a aquellas en que los operadores designados deben prestarlas, podrá, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y audiencia a los interesados, determinar el cese de su prestación como obligación de servicio público y, en consecuencia, de la financiación prevista para aquellas".

En cuanto constituyen un límite al derecho de libertad de empresa, deben venir establecidas por ley, al menos en sus aspectos esenciales. De tal forma que el reglamento sólo debería de desarrollar y ejecutar esa regulación legal de éstas[56].

4.2. Delimitación de las obligaciones de servicio público

La actual regulación de la LGT, simplificando la regulación contenida en la ley anterior, que en su art. 36 regulaba tres supuestos diferentes de obligaciones de servicio público (a) el servicio universal; b) los servicios obligatorios de telecomunicaciones; c) otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general), distingue tan sólo dos supuestos de obligaciones de servicio público: a) el servicio universal; b) otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general (art. 21 LGT).

4.2.1. El servicio universal

El art. 22.1 LGT lo define como el "conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible".

---

54 Como señala la CMT, es "precisamente, la vocación de integración del servicio universal en un régimen de libre competencia, lo que ha hecho que este concepto se presente con carácter evolutivo, es decir, los servicios que integran el servicio universal son susceptibles de ser modificados, ampliados o reducidos, de acuerdo con la propia evolución del mercado. Llegado el caso en el que los mismos servicios y las mismas condiciones establecidas dentro del ámbito del servicio universal queden garantizadas por el libre funcionamiento del mercado podrá determinarse el cese de su prestación como tal servicio". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

55 MARTÍNEZ GARCÍA: *La intervención administrativa...* Pág. 206.

56 FERNÁNDEZ GARCÍA: *Las obligaciones especiales...* Págs. 135-136. FERNANDO PABLO: *Derecho General...* Pág. 199.

El primer factor que califica al servicio universal es, por tanto, la idea de garantía. La propia dicción literal del art. 22.1 LGT lo expresa claramente, señalando que se trata de servicios cuya prestación "se garantiza".

La cuestión es, entonces, quien ofrece esa garantía. Respuesta que no ofrece duda alguna: los poderes públicos. La idea de servicio universal, como la de servicio público, a la que tanto se vincula, hace referencia a una prestación públicamente asegurada.

Esto enmarca al servicio universal con claridad en el ámbito de los denominados derechos de prestación. Gozando de la doble naturaleza propia de éstos, es, al mismo tiempo, un derecho de los ciudadanos (a recibir esas prestaciones) y un deber de los poderes públicos (a realizar todo lo necesario para lograr su suministro efectivo en condiciones adecuadas).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el servicio universal opera en mercados liberalizados[57], por lo que esa garantía no se corporiza en una prestación directa por parte de la Administración, sino que se concreta en la acción de uno o algunos de los operadores del sector, dirigida y vigilada por los poderes públicos, pero que llega a los ciudadanos a través de la acción interpuesta de uno de los sujetos que compiten en el sector. Se puede decir, por ello, que es una prestación auspiciada por los poderes públicos, pero suministrada por los empresarios que actúan en el mercado.

Eso va a determinar que, al mismo tiempo que derecho de los ciudadanos y obligación para los poderes públicos, se convierta también en una imposición a un operador, sobre el que va a recaer la obligación de prestarlo[58].

Esa obligación del operador no debe ser entendida, ni debe constituirse en ningún caso, ni en una carga ni en un privilegio[59] para el empresario sobre el que recae, sino que, plenamente respetuosa con el mercado y la competencia, debe asumir un carácter estrictamente neutro.

Pero eso no impide su carácter estrictamente obligacional, el operador está obligado a darle satisfacción, sin perjuicio de las medidas que luego haya que articular para compensarle, en su caso.

De esta forma, las obligaciones de servicio universal van a dar lugar a una relación jurídica triangular, en la que tres sujetos (los usuarios, el operador u operadores designados y los poderes públicos) van a asumir diferentes derechos y obligaciones.

---

57 CABALLERO SÁNCHEZ: *Infraestructuras en red...* Pág. 362.

58 Como señala la CMT, "si bien, desde el punto de vista del usuario, el servicio universal se concibe como un derecho a recibir un conjunto de prestaciones básicas en unas condiciones previamente determinadas (asequibilidad, accesibilidad, y calidad), desde el punto de vista de los operadores, se presenta como un conjunto de prestaciones básicas que algún operador habrá de suministrar obligatoriamente". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

59 Como señala la CMT "estos servicios se configuran como una obligación para los operadores y no un derecho que se reconozca a determinados operadores en detrimento de otros (...), y cuya finalidad última es la satisfacción de un interés que se ha considerado esencial, más allá de criterios meramente económicos". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

Así, el ciudadano se encuentra respecto al servicio universal en una doble posición. Por un lado, se encuentra en una relación de Derecho público con la Administración, que le permite exigir a ésta el establecimiento del servicio correspondiente. Por otro, se encuentra en una relación de Derecho privado respecto al operador, que le permite exigir a éste el cumplimiento del servicio cuando éste esté ya establecido[60].

Ahora bien, esta interpretación, difícilmente discutible, donde encuentra sus dificultades es en el momento de determinar su garantía procedimental, pues parece indudable que del derecho de acceso al servicio universal se deriva, como consecuencia necesaria, la obligatoria existencia de mecanismos jurídicos que garanticen ese derecho de acceso[61].

En realidad, hay un ámbito, el del derecho a exigir la prestación del servicio al operador, que no presenta mayores dificultades. Pues, en cuanto enmarcada la relación entre el usuario y el operador en una relación contractual, se podrá hacer ésta efectiva a través de los mecanismos característicos del Derecho privado para hacer valer las obligaciones contractuales, previstas en los art. 1124 y 1101 del Código Civil[62].

Hay, sin embargo, un ámbito bastante más problemático, como es el relativo a la organización del servicio. Pues cabe cuestionarse que ocurriría si la no prestación del servicio responde a una omisión por parte de la Administración de su obligación de articular el servicio.

Como es sabido, tradicionalmente se ha considerado que el usuario no tiene un derecho a exigir el establecimiento de un servicio, con la excepción de lo que ocurre en el ámbito local.

No es, sin embargo, en nuestra opinión, trasladable dicha doctrina al ámbito del servicio universal, donde hay un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico, comunitario y español, de un derecho subjetivo concreto. Esto permite recurrir la inactividad de la administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por la vía del art. 29 de dicho texto legal[63].

Junto a la idea de garantía pública, el servicio universal viene caracterizado por el objeto que garantiza. No es otro que un conjunto de prestaciones que, por estar dotadas

60 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 132.

61 FERNANDO PABLO: *Derecho General...* Pág. 200.

62 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 132. En el mismo sentido la jurisprudencia, que señala que "Telefónica de España, en cuanto empresa contratante del suministro telefónico, además de principal operadora del mercado de las telecomunicaciones, está obligada a prestar un servicio sujeto a las condiciones y exigencias indicadas anteriormente y que son expresión de la explícita voluntad legal, de forma que, si no lo hace, podrá incurrir en responsabilidad contractual, a no ser que demuestre que el incumplimiento está fuera de la órbita de su culpabilidad, es decir, en la esfera de lo irreprochable al amparo del art. 1105 del Código Civil, lo que deberá ser objeto de prueba por su parte y que habrá de ser objeto de interpretación especialmente restrictiva, habida cuenta de la naturaleza de servicio de primera necesidad y de la expresa y enérgica regulación legal". SAP Barcelona núm. 677/2004 (Sección 17ª), de 23 noviembre.

63 LÓPEZ CANDELA, J. E.: *Sobre la necesidad del concepto de servicio público*. CGPJ. Madrid, 2004. Pág. 152-153.

de un carácter básico, constituyen un mínimo indisponible que debe llegar a todos los ciudadanos[64].

Nótese como en la idea de servicio universal convive junto a la idea de esencialidad la de universalidad. Lo que define el objeto de protección no es sólo el carácter especialmente relevante del servicio, sino la necesidad de que llegue a todos[65].

Esta idea de universalidad en el acceso aparece, por lo demás, contemplada en su doble vertiente territorial y económica. Dando respuesta, de esta manera, al temor existente al iniciarse el proceso de liberalizador, de que la entrada de la competencia en la prestación del servicio telefónico pudiera redundar en la desatención de determinados colectivos, por su ubicación territorial o su bajo poder adquisitivo[66].

Constituye, por tanto, un mecanismo de garantía frente a las decisiones del mercado que no se adaptan a los intereses públicos. Son elementos que van a prevalecer con independencia de las decisiones y pretensiones de los operadores económicos[67]. Lo que indica que son fruto de una decisión política, no de una decisión de carácter empresarial[68].

Se convierte, con ello, en un instrumento esencial para lograr la cohesión económica y social en un contexto liberalizado, impidiendo la fragmentación de la sociedad, tan importante en un ámbito tan unido al progreso como lo son las telecomunicaciones[69].

---

64 Considera la CMT que, en "esencia, la fórmula de servicio universal alude a un conjunto definido de prestaciones que han de suministrarse a todos los ciudadanos, independientemente de las concretas circunstancias en las que éstos se encuentren, dado que se consideran servicios básicos a los que deben acceder todos por igual". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

65 CABALLERO SÁNCHEZ: *Infraestructuras en red...* Pág. 356.

66 Indica al respecto A. GARCÍA FERNÁNDEZ que, cuando ·"se inicio el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, al decidir qué actuaciones eran necesarias para conseguir el establecimiento de una competencia efectiva, se vio el peligro de que determinados colectivos quedasen discriminados por motivos de ubicación geográfica o por carecer de poder adquisitivo suficiente para costear los gastos que implican el acceso y uso de las nuevas tecnologías.

La geografía es un factor determinante a la hora de implantar redes de telecomunicaciones, pues es más costoso instalar redes en lugares de difícil acceso como montañosas o rurales, donde el número de usuarios es menor que en la ciudad.

El poder adquisitivo, también condiciona el acceso a los servicios de telecomunicaciones, con el fin de evitar que se incrementen las desigualdades entre los distintos colectivos sociales, las leyes de telecomunicaciones determinan que los servicios que se consideren básicos se presten en condiciones económicas favorables a los colectivos cuyo poder adquisitivo es menor". En *Comentarios a la Ley General de telecomunicaciones*. Directores: J. Cremades y J. Rodríguez-Arana. La Ley. Madrid, 2004. Pág. 333.

67 Como señala la CMT, "las medidas que en este sentido pueda obligarse a cumplir a un operador determinado tiene como finalidad satisfacer determinados intereses que se han considerado intereses de carácter general, independientemente de su posible rentabilidad". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

68 FERNANDO PABLO: *Derecho General...* Pág. 198.

69 Como señalan CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ, "los objetivos de cohesión económica, social y territorial están íntimamente implicados en este concepto, puesto que se trata de evitar que los procesos de liberalización conduzcan a una fragmentación inasumible en el seno de las sociedades modernas, riesgo que es especialmente grave en relación con las telecomunicaciones, debido a su naturaleza cualificada". *Del servicio público...* Pág. 162.

Es una vía para buscar la conciliación entre dos elementos, sino antagónicos, de difícil relación, como lo son los intereses públicos y el mercado[70].

En consecuencia, es expresión de la cláusula de Estado social y del principio de igualdad[71]. Si bien algunos consideran que se trata de una igualdad de mínimos[72].

Esto hace que su precisión tenga un carácter esencial, pues la delimitación de su ámbito fijará el contenido del derecho de los ciudadanos y la consiguiente obligación de los poderes públicos[73], convirtiéndose en un presupuesto de su exigibilidad[74].

Frente a esta necesidad de concreción, el concepto de servicio universal adolece en sí de una cierta indeterminación, que viene determinada por un doble factor.

En primer lugar, por la propia dificultad que supone fijar los servicios que comprende. Desde un punto de vista ontológico, son servicio universal aquellos servicios que deben prevalecer por encima de las necesidades del mercado, aquellos cuyo carácter imprescindible para la vida social debe quedar por encima de los intereses privados de los sujetos que los prestan. Ahora bien, la determinación de éstos no puede llevarse a cabo desde criterios jurídicos, ni desde la pretendida existencia de un servicio público natural, sino que implica la toma de una decisión de carácter político[75].

La propia LGT contiene implícita esta idea, indicando que se trata de un "conjunto definido", esto es, no un concepto necesario, sino basado en una decisión que fija su ámbito.

En segundo lugar, porque la mera definición de los servicios no es suficiente para fijar el contenido del derecho, pues no sólo ofrece la garantía de unos servicios, sino que atribuye a los ciudadanos el derecho a recibir éstos con una "calidad determinada" y a un "precio asequible" (art. 22.1 LGT).

Aunque una parte de la doctrina considera que estos elementos tendrían la consideración de conceptos jurídicos indeterminados[76], lo que implicaría que admitirían una única solución justa, susceptible de control por parte de los tribunales de justicia, son, en

---

70 RODRÍGUEZ ARANA, J.: "Servicio público y Derecho Comunitario Europeo", en *Revista Catalana de Pret públic* 31, 2005. Pág. 393. EZQUERRA HUERVA, A.: "Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo", en *Revista Vasca de Administración Pública* 70 (2004). Págs. 88-89.

71 Como señala CHINCHICHA MARÍN, la "idea de solidaridad social está (...) en la base de esta nueva categoría jurídica, como lo estaba en el viejo concepto de servicio público en la definición dada por L. DUGUIT". En *Comentarios a...* Pág. 277. En el mismo sentido, señala CABALLERO SÁNCHEZ que con el servicio universal "se pretenden consolidar, o mejor dicho generalizar de modo efectivo, las conquistas adquiridas por el desarrollo social, de manera que esas mejoras prestacionales puedan ser disfrutadas por la generalidad de los ciudadanos". *Infraestructuras en red...* Pág. 361. La misma opinión, LÓPEZ CANDELA: *Sobre la necesidad...* Pág. 148.

72 FERNANDO PABLO: *Derecho General...* Pág. 199.

73 CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Págs. 165-166.

74 MARTÍNEZ GARCÍA: *La intervención administrativa...* Pág. 216.

75 DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: "Telecomunicaciones y Derecho público", en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley. Madrid, 1997. Pág. 147. MOLLINEDO CHOCANO: *Los servicios de telecomunicaciones...* Págs. 187-188.

76 MARTÍNEZ GARCÍA: *La intervención administrativa...* Pág. 209. CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Pág. 166.

nuestra opinión, claramente conceptos políticos, que deberán ser objeto de un juicio de valor conforme a un criterio de oportunidad e ideología política.

Más concretamente, el art. 22.1 LGT remite la fijación de esas condiciones al Gobierno, al establecer que el servicio universal "se deberá garantizar, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen por el Gobierno".

En cualquier caso, deban considerarse estos elementos como conceptos jurídicos indeterminados o como criterios de determinación política, parece difícil cuestionar la opinión de aquellos que señalan que la regulación vigente remite en numerosas ocasiones a conceptos de contenido impreciso o de carácter técnico, que generan una cierta inseguridad, dificultando tanto la exigibilidad del servicio universal por los usuarios, como el control judicial de esta materia[77].

Por lo que se refiere al precio, con carácter general, no se exige que el servicio universal sea gratuito, aunque en algunos casos la normativa que lo regule podrá exigir obviamente que lo sea, sino tan sólo que sea prestado a un precio asequible[78]. Ese simple hecho determina que los precios no van a ser dejados al mercado, sino que serán objeto de una intervención pública[79].

Como lógica manifestación del principio de igualdad, que exige que ésta sea real y efectiva, y no meramente formal, se deben adoptar medidas de discriminación positiva a favor de los colectivos que se encuentran en una situación desfavorecida, a fin de que éstos puedan recibir el servicio universal en condiciones equiparables a los de los demás usuarios. Así lo ratifica el art. 35.1 RSU, que establece que serán "objeto de especial consideración los colectivos de pensionistas y jubilados de renta familiar baja y el colectivo de las personas con discapacidad".

El servicio universal es un concepto evolutivo, que puede cambiar con el paso del tiempo[80]. De ahí que el art. 22.4 LGT establezca que el "Gobierno, de conformidad con la normativa comunitaria, podrá revisar el alcance de las obligaciones de servicio universal".

En la actualidad integran el servicio universal las siguientes prestaciones:

a) Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. No obstante, la co-

77 CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Págs. 188-189.
78 MARTÍNEZ GARCÍA: *La intervención administrativa...* Pág. 217.
79 CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Pág. 175.
80 VILLAR URÍBARRI: *El servicio universal...* Pág. 157. MOLLINEDO CHOCANO: *Los servicios de telecomunicaciones...* Págs. 187-188. CHINCHILLA MARÍN, en *Comentarios a...* Pág. 278.

nexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente (art. 22.1.a LGT).

Este primer contenido del servicio universal pretende que la solicitud de alta sea accesible y asequible a todos los ciudadanos. Accesible, en cuanto garantiza, con carácter general, a los ciudadanos el derecho a que se instale la red, con independencia de su situación geográfica. Asequible, porque dicha prestación debe suministrarse a un precio asequible a la generalidad de la ciudadanía[81].

Téngase en cuenta que, como señala el Tribunal Supremo, se "trata (...) de garantizar el acceso, lo que conlleva la posibilidad de utilizar o estar en condiciones de utilizar el resto de los servicios disponibles al público a través de la red, sin que ello signifique que estos servicios disponibles se incluyan en el servicio universal, ya que su prestación, si así lo desea el usuario, se llevará a cabo por el operador del servicio de que se trate, previo acuerdo de interconexión con el titular de la red"[82].

La regulación vigente introduce una novedad respecto a la normativa anterior. Si la Ley de 1998 exigía, en su art. 37, que "todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija", la vigente se conforma con que se pueda obtener "una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija". Se flexibiliza de este modo este primer contenido del servicio universal, dándolo por cumplido cuando se utilicen tecnologías que sin ser identificables con una red fija en sentido estricto, permitan la conexión con la red telefónica pública[83].

Como puede verse, no se fijan al configurar esta prestación unas características tecnológicas determinadas. Parece que el legislador comunitario ha querido configurar, con ello, una regulación flexible, que deje espacio suficiente al regulador nacional[84].

Pero sobre todo, es una consecuencia necesaria derivada del principio de neutralidad tecnológica[85]. Así lo ha señalado la propia CMT, indicando que el cumplimiento de esta prestación se podrá llevar a cabo, en base al principio de neutralidad tecnológica, conforme a la solución tecnológica que el operador considere más adecuada. Si bien esa libertad no puede olvidar que el usuario tiene derecho a recibir ese servicio en unas condiciones y con una calidad determinada, por lo que esa libertad de elección tecnológica desaparece cuando la tecnología elegida no alcanza las condiciones y parámetros de calidad exigidos[86].

---

81 CASTEJÓN MARTÍN: *Nomenclatura, términos...* Págs. 95-96.

82 STS de 2 febrero 2000. RCJ 2000-319. FJ. 7.

83 CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Pág. 169.

84 CARRASCO PERERA; ARROYO JIMÉNEZ; MENDOZA LOSANA: *Impacto de...* Pág. 192.

85 CARRASCO PERERA; ARROYO JIMÉNEZ; MENDOZA LOSANA: *Impacto de...* Pág. 192.

86 Como señala la CMT, existe una declaración de "neutralidad tecnológica, conforme a la cual TESAU puede, en el cumplimiento de su obligación de prestar el servicio universal, hacer uso de la solución tecnológica que estime más conveniente, siempre que se garantice correctamente la prestación del referido servicio y que se dé

La CMT ha puesto de manifiesto que el contenido de este derecho a la conexión es un concepto legal, que no depende de los costes que ocasione su prestación, por lo que el operador designado estará obligado a proporcionar la conexión en los términos legales, sin perjuicio del derecho que tenga en su momento a recibir una compensación por los sobrecostes que para él suponga[87].

Ahora bien, nótese que esto no supone que este derecho de acceso a la red telefónica pública sea incondicionado, pues está limitado a los supuestos en que la solicitud sea considerada razonable. Lo que implica que en los casos en que no lo sea el operador se podrá negar a su prestación.

La introducción de este elemento trae consigo una considerable inseguridad, pues condiciona el derecho que nos ocupa a un concepto jurídico indeterminado (solicitud razonable), de difícil precisión[88].

Esta inseguridad la remueve en parte el art. 29.2 RSU, que fija un conjunto de supuestos en los que la solicitud de conexión debe considerarse, en todo caso, razonable: a) cuando la conexión se solicite para cualquier inmueble situado en suelo urbano; b) cuando la conexión se solicite para una edificación de las previstas en el apartado 1 de la disposición transitoria quinta del texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y que, además, dicha edificación esté destinada a uso residencial como vivienda habitual del solicitante; c) cuando la solicitud de instalación sea para una edificación destinada a uso residencial como vivienda habitual del solicitante que, aunque esté en suelo no urbanizable, haya sido excepcionalmente autorizada de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

No obstante, éstos son tan sólo un conjunto de supuestos en los que el ordenamiento jurídico declara expresamente su razonabilidad, lo que no impide que existan otros que tengan tal consideración[89]. Con lo que sigue persistiendo un cierto grado de inseguridad.

---

cumplimiento a las condiciones mínimas de prestaciones, calidad y tiempo de suministro que exige la normativa vigente". Resolución de 18 de enero de 2001.

87 Concretamente, ha señalado la CMT que "cumple aclarar que el principio de neutralidad económica no actúa sobre la determinación de cuáles son las condiciones mínimas en que el servicio universal debe ser satisfecho (pues dichas condiciones vienen determinadas por la normativa de telecomunicaciones de una forma imperativa), sino que este principio lo que determina es la existencia de una eventual compensación del coste neto que origine, precisamente, por dar cumplimiento del servicio universal en las condiciones mínimas a las que se ha hecho alusión". "De acuerdo con esto, TESAU se halla obligada a prestar el acceso a la red telefónica fija (...), haciendo frente a los gastos que ello ocasione, sin perjuicio de una eventual compensación posterior con cargo al Fondo Nacional del Servicio Universal de Telecomunicaciones; pero sin que pueda condicionar la prestación del servicio universal al pago de una compensación económica que provenga del mencionado Fondo". Resolución de 21 de diciembre de 2000.

88 CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Pág. 169.

89 MENDOZA LOSANA, I.: "El nuevo Reglamento del Servicio Universal de Telecomunicaciones", en *Estudios sobre Telecomunicaciones y Derecho de Consumo*. Aranzadi. Navarra, 2005. Pág. 268.

En todo caso, la denegación de la conexión debe darse tan sólo cuando exista causa justificada, cuya concurrencia deberá admitirse tan sólo excepcionalmente[90].

No siendo causa justificada la mera onerosidad económica de la instalación de la línea, por las dificultades específicas de la zona, cuando hay soluciones técnicas viables, que permitan su instalación[91].

Cuando el operador designado considere que una solicitud no es razonable, deberá someterla al Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, quien resolverá (art. 29.3 RSU).

El derecho a la conexión lleva implícito la necesidad de que ésta se proporcione en un plazo prudencial, no pudiendo quedar al arbitrio del operador designado el tiempo máximo en que se tiene que dar satisfacción a dicha petición[92].

De acuerdo con ello, el art. 29.4 RSU establece que el operador designado deberá satisfacer cada solicitud razonable de conexión inicial a la red telefónica pública fija en un plazo máximo de 60 días naturales, contados a partir de su recepción. Si bien en caso de que para la realización del suministro sea necesario obtener permisos, derechos de ocupación o de paso específicos o por cualquier otra causa no imputable al operador, este podrá descontar los retrasos debidos a dichas causas, previa comunicación que contenga la acreditación documental necesaria de los retrasos remitida al solicitante por correo certificado con acuse de recibo, en la que se informará al solicitante de la posibilidad de que dispone para presentar las reclamaciones a que se refiere el art. 104 (art. 29.4 RSU).

---

90 GARCÍA FERNÁNDEZ, en *Comentarios a la...* Pág. 352.

91 Señala la Jurisprudencia que, si "bien no se puede por menos que reconocer la dificultad específica de la línea por las circunstancias geográficas y atmosféricas, no es menos cierto que son contempladas por la Ley como no susceptibles de constituir excusas para un servicio no acomodado a las exigencias de prestación universal discriminatorio, en suma, para el consumidor en cuya localización inciden tales circunstancias desfavorables y no comunes a la masa de los demás usuarios a los que sí se suele ofrecer un servicio a salvo de sobresaltos.
En el caso presente, además, y a fin de alejar todo atisbo de fuerza mayor o inexigibilidad de responsabilidad por no ser posible arbitrar otros medios o adoptar otra conducta, hay que señalar que la indicación del perito que elaboró el dictamen aportado por la demandada, en el sentido de que en el momento actual era inviable la utilización de otros medios alternativos, siendo el único que se vislumbraba como adecuado, el de vía satélite, para un futuro inmediato, fue matizada y aun desmentida en el acto del juicio, cuando el coautor del dictamen manifestó que sí que había posibilidad alternativa, aunque era muy cara -uno de los principios enunciados en la Ley de Telecomunicaciones, como se ha visto, es el de la asequibilidad del precio, lo que significa que el mayor coste debe ser soportado por la empresa suministradora- y que había ayudas de la Unión Europea para afrontar tales gastos. Es decir, que la imposibilidad se ha tornado simplemente carestía. Y en el mismo sentido acaba de rematar la cuestión el testigo propuesto por la demandada y técnico de la misma, D. Joaquín, que manifestó en el acto del juicio que había muchos, muchísimos, servicios de telefonía, como el satélite, la radio y que la tecnología lo puede permitir". SAP Barcelona núm. 677/2004 (Sección 17ª), de 23 noviembre.

92 En tal sentido se ha pronunciado la CMT, que ha señalado que, "por lo que se refiere al aspecto relativo al tiempo de suministro de la conexión inicial, cumple aclarar que, configurado por la LGT el servicio universal como un derecho que tienen todos los ciudadanos, dicho derecho deberá ser satisfecho por los operadores obligados a ello en un tiempo prudencial. Dada la especial relevancia que el marco regulatorio actual atribuye al servicio universal, entre las obligaciones de servicio público de telecomunicaciones (...), no resulta admisible que la determinación del plazo de cumplimiento de esta obligación quede a la exclusiva voluntad del operador obligado a su prestación". Resolución de 21 de diciembre de 2000.

En el caso de no poder realizar el mencionado suministro en dicho plazo, una vez descontados los retrasos a que se refiere el párrafo anterior, sin mediar causas de fuerza mayor u otras imputables al solicitante, deberá compensar automáticamente a éste, y le eximirá del pago de un número de cuotas mensuales de abono equivalentes al número de meses o fracción en los que se haya superado dicho plazo (art. 29.4 RSU).

Tanto la LGT como el RSU delimitan las posibilidades que deberá ofrecer la conexión a la red telefónica pública, desde una ubicación fija, a los usuarios. Del forma genérica, el art. 22.1.a LGT establece que la conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. No obstante, la conexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente (art. 22.1.a LGT).

La integración en el servicio universal del acceso de forma funcional a internet desde la red telefónica fija había sido introducido con anterioridad por la Disposición Final Primera de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico[93], constituyendo una medida plenamente justificada para evitar que se produzca una brecha digital, como fruto de un desigual acceso de la ciudadanía a las nuevas tecnologías[94].

Dado que el acceso a internet desde la red telefónica pública es posible, la extensión del servicio universal a este ámbito acaba siendo una cuestión de capacidad de la red, concretada, en último término, en la velocidad de transmisión de datos[95].

El art. 28.2 RSU exige, además, que el operador designado disponga "de los recursos técnicos adecuados para garantizar la continuidad del servicio telefónico fijo disponible al público en situaciones de interrupción del suministro eléctrico por un periodo mínimo de cuatro horas. No obstante, en las conexiones a la red pública que se proporcionen a través de tecnologías que no permitan el suministro eléctrico desde las dependencias del operador hasta el terminal de abonado, los recursos técnicos adecuados para garantizar la alimentación eléctrica de los equipos de terminación de red serán facilitados por el abonado".

Si se producen interrupciones del servicio telefónico disponible al público proporcionado a través de la conexión que nos ocupa, por causas no atribuibles al abonado, el operador deberá compensarle de acuerdo con lo establecido en el artículo 115 LGT (art. 28. 3 RSU).

b) El art. 22.1.b LGT integra dentro del servicio universal que se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general de números de abonados, ya sea impresa o electrónica, o ambas, y se actualice, como mínimo,

93 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
94 GARCÍA FERNÁNDEZ. En *Comentarios a la...* Pág. 334.
95 CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Pág.168, nota 23.

una vez al año. Asimismo, que se ponga a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio, incluidos los usuarios de teléfonos públicos de pago, al menos un servicio de información general sobre números de abonados. Todos los abonados al servicio telefónico disponible al público tendrán derecho a figurar en la mencionada guía general, sin perjuicio, en todo caso, del respeto a las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad.

Se trata del servicio de guías y de información a través de operadora, que constituyen dos modalidades de prestación de un mismo servicio, a los que se puede dar la designación conjunta de "servicios de información"[96].

La inclusión de este servicio en el ámbito del servicio universal, según aclara la CMT, responde a una doble motivación. Por un lado, a que todos los abonados puedan disponer de un bien considerado esencial para la comunicación entre abonados, en cuanto constituye una vía de acceso a los distintos servicios de telecomunicaciones prestados por los diferentes operadores tras la liberalización del mercado; por otro da también respuesta a la necesidad de evitar la potencial fragmentación de los servicios de guías a que podría conducir, en un entorno liberalizado, la aplicación del régimen de libre competencia al mercado de las guías telefónicas[97].

Debe tenerse en cuenta que dichos servicios es posible también prestarlos en libre competencia. De tal forma que el actual régimen jurídico abre estos servicios a la competencia, pero, al mismo tiempo, para dar tutela a los intereses públicos existentes en los mismos, que puedan ser desatendidos por el mercado, asegura mediante su inclusión en el servicio universal, la distribución a todos los abonados de una guía y la creación de un servicio de información telefónica en la que figuren todos los abonados que no hayan manifestado su deseo de no figurar en las mismas[98].

Esto obliga a diferenciar dentro del concepto de servicios de información o directorio, entre la prestación de dicho servicio en el ámbito del servicio universal y su prestación en régimen de competencia. Teniendo en cuenta que, entre uno y otro existe algo

96 Señala la CMT que "guías telefónicas (impresas o electrónicas...) y servicio de información a través de operadora constituyen dos modalidades de prestación de un mismo servicio. Así pues, las consideraciones que se hagan y las conclusiones que se alcancen (...) serán aplicables a ambos tipos de prestación, a los que se hará referencia con la expresión genérica "servicios de información". Resolución de 28 de diciembre de 2000.

97 Informe de 20 de marzo del 2003.

98 Como señala la CMT, "los servicios de guías telefónicas y los de información sobre el contenido de las mismas son servicios que han de prestarse en régimen de libre competencia al objeto de posibilitar, a su vez, la plena apertura de la competencia en el mercado de los servicios de telefonía disponible al público. Sin embargo, la introducción de dicha competencia ha requerido, asimismo, la regulación de una guía universal y un servicio de información fácilmente accesible por todos los usuarios.
De este modo, se compatibiliza de un lado el régimen de libre competencia en la elaboración, creación y publicación de guías y los correspondientes servicios de consulta, y de otro, la garantía en el marco del servicio universal de que todos los usuarios puedan acceder a las guías en las que figuren todos los abonados que no hayan manifestado su deseo de no figurar y, al menos, a un servicio de consulta telefónica relativo a todos los números de abonados que figuren en ella". Informe de 20 de marzo del 2003.

más que una diferencia nominal, pues ambos tienen una regulación, un contenido, unas tarifas y una numeración diferente[99].

La primera modalidad de prestación de este servicio exige que "se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general de números de abonados" (art. 22.1.b LGT). Se trata de la tradicionalmente conocida como guía blanca o páginas blancas[100].

La guía puede ser impresa o electrónica, o ambas. Pero la sustitución de la guía impresa por una electrónica está sujeta a la condición de que la solicitud del abonado se realice de forma que permita tener constancia del contenido de la misma (art. 30.2 RSU).

Esta medida responde, en opinión de alguna doctrina, al propósito de ofrecer una mayor tutela ante un procedimiento, guía electrónica, que facilita la posibilidad del tratamiento de datos. Si bien es una cautela poco justificable, pues en la práctica bastaría con escanear la guía impresa para obtener una guía electrónica[101].

Si "la elaboración de la guía a la que se refiere este artículo no quede garantizada por el libre mercado, su elaboración corresponderá al operador que tenga encomendada la prestación del servicio universal" (art. 30.3 RSU).

Dicho operador habrá de entregarla gratuitamente a sus abonados y ponerla gratuitamente a disposición del resto de abonados al servicio telefónico disponible al público. Asimismo, deberá poner gratuitamente a disposición de los operadores que presten dicho servicio que se lo soliciten los ejemplares necesarios para que éstos la pongan a disposición, igualmente de manera gratuita, a sus respectivos abonados a los que le proporcionen la conexión a la red telefónica pública" (art. 30.3 RSU).

El operador designado, obviamente, queda liberado de la responsabilidad de poner la guía a disposición de los abonados de los operadores a los que haya entregado los ejemplares correspondientes de la guía (art. 30.3 RSU).

La inclusión de este servicio en el ámbito del servicio universal no otorga tan sólo un derecho de todos los abonados a recibir una guía, sino también el derecho a que sus datos figuren en la misma[102], por lo que todos los abonados al servicio telefónico disponible al público tienen derecho a figurar en la guía general (art. 22.1.b LGT).

De este modo, la guía universal va a permitir "el acceso de cada abonado o usuario del servicio telefónico disponible al público al número telefónico de todos los abonados de la totalidad de los operadores que prestan, en el área geográfica correspondiente, el

99 Resolución de 13 de marzo de 2003.

100 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 135.

101 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 136, nota 65.

102 Como señala la CMT, "ha de entenderse que no sólo se reconoce el derecho de los abonados de disponer de una guía telefónica sino que, igualmente, se ha reconocido el derecho de los mismos a figurar en tales guías". Informe de 20 de marzo del 2003.

servicio de telefonía disponible al público, posibilitando de este modo la efectiva prestación del mismo y la necesaria interoperabilidad de los servicios telefónicos que se presten a los abonados de los distintos operadores"[103].

Como ha señalado la CMT, los servicios de información tienen un carácter "unificado y "actualizado", lo que supone que el "operador que esté sujeto a obligaciones de servicio universal deberá asegurar, doblemente, que tanto las denominadas "páginas blancas" como sus servicios de consulta telefónica contengan, oportunamente puestos al día, los datos pertinentes de todos los abonados de los diferentes operadores que actúen en el mercado de los servicios de telefonía fija disponible al público, con las salvedades previstas por la legislación nacional y comunitaria aplicables en materia de protección de datos personales". Lo que implica: a) el "derecho de los restantes operadores a solicitar, a quien tenga impuestas obligaciones de servicio universal, la incorporación de los datos de todos sus abonados, así como las correcciones pertinentes en caso de modificación"; b) el "deber del operador de constante referencia de proceder a dicha incorporación"[104].

Esta obligación de inclusión de los datos de los abonados y la actualización de éstos es incondicionada, y no está, en consecuencia, sujeta a condición alguna, ni de carácter económico, ni de carácter no económico. Lo que incluye que no puede estar sujeta a contraprestación económica[105].

Ello es así, aun en el caso en que la inclusión/actualización genere un déficit económico para el operador designado, pues esto le habilitará tan sólo a recibir una compensación de acuerdo a los mecanismos de financiación del servicio universal, a fin de reestablecer su equilibrio económico, evitando que sufra por ello una desventaja competitiva.

---

103 Consejo de 14 de mayo de 2003.

104 Resolución de 28 de diciembre de 2000.

105 Señala la CMT, que la "consideración de la inclusión/actualización de los datos de abonados como parte integrante del ámbito del servicio universal implica el carácter incondicionado y no sujeto a contraprestación económica alguna de dichas prestaciones: ni la literalidad de las disposiciones normativas expuestas ni el espíritu contenido en ellas posibilita en principio, a juicio de esta Comisión, la imposición de condición alguna, tanto de carácter económico como de naturaleza no económica, por parte de quien esté sujeto a obligaciones en el marco del servicio universal.

Efectivamente, en lo que a las obligaciones de servicio universal se refiere, el legislador se limita a garantizar a los usuarios una serie de derechos que posibilitan satisfacer lo que, en su momento y en determinado contexto, se han estimado necesidades "básicas y esenciales" de comunicación, entre ellas el acceso a los servicios de información. Es precisamente el carácter "*de mínimos*" que presentan las prestaciones configuradas como obligaciones de servicio universal, lo que permite concluir que el cumplimiento de las mismas ha de estar exento, en principio, de toda sujeción a condición alguna, salvo que concurra alguna justificación objetiva que exima al operador que cumplir con lo dispuesto en el sentido referido.

En consecuencia, insistimos : por lo que se refiere al objeto de este procedimiento, de acuerdo tanto con el espíritu como con la literalidad de la normativa sectorial de aplicación no cabría, por parte del operador que esté sujeto a obligaciones de servicio universal, la exigencia de remuneración alguna como contraprestación económica por la incorporación y actualización de los datos de quienes tengan la condición de abonados de los restantes operadores de telefonía fija disponible al público". Resolución de 28 de diciembre de 2000.

Cosa muy distinta a la posibilidad de condicionar una prestación del servicio universal al pago de una contraprestación[106].

El art. 22.1.b establece que la actualización se producirá como mínimo una vez al año (como mínimo cada 12 meses en los términos empleados por el art. 30.6 RSU). En cada actualización se incluirán todas las rectificaciones, altas y bajas que hayan sido comunicadas con anterioridad al cierre de la edición. El período comprendido entre la fecha de actualización de los datos y la fecha de edición de las guías telefónicas no podrá superar los tres meses (art. 30.6 RSU).

En cualquier caso, parece obvio que si la actualización se realizase en un tiempo menor para los propios abonados, debería hacerse también para los de los demás operadores del sector[107].

---

106 Como señala la CMT, "ni siquiera la eventual existencia de un déficit económico en la incorporación y actualización de los datos de abonados de operadores competidores, por parte de un operador sujeto a obligaciones de servicio universal, puede justificar la exigencia de remuneración económica como contrapartida a las prestaciones de referencia".

El "propio legislador, consciente de que en ocasiones la prestación de los servicios en cuestión puede resultar económicamente inviable, con la consiguiente desventaja competitiva, y de que el operador de telecomunicaciones es asimismo un agente económico que actúa en el mercado conforme, entre otros, a legítimos criterios de rentabilidad, prevé el restablecimiento del equilibrio económico de su modelo de negocio.

Y lo hace confiriéndole el derecho a una compensación cuyo pago se efectuará con cargo a un concreto mecanismo de financiación del servicio universal, un sistema de redistribución de los costes netos en los que incurran los operadores obligados a prestar el servicio universal: el Fondo Nacional, creado formalmente en virtud de lo dispuesto por el artículo 39.dos de la LGT".

"Por consiguiente, la hipotética inviabilidad económica, para el operador con obligaciones de servicio universal, de la incorporación y actualización de los datos de aquellos que son abonados de operadores competidores, no haría sino conferir al primero el derecho a una compensación con cargo al Fondo Nacional de Financiación ya citado, pero no legitimaría ni justificaría que el operador en cuestión condicionase la provisión de las prestaciones referidas, y por tanto el cumplimiento de su obligación de servicio universal, al pago de una contraprestación económica, aun siendo ésta razonable y asequible para quien solicita la inclusión/actualización de datos. La no exigencia de contraprestación económica alguna se configura pues como elemento integrante de la obligación de servicio universal consistente en la provisión unificada y actualizada de servicios de información. Ello no cuestiona ni desconoce en modo alguno el legítimo derecho del operador a su equilibrio financiero y a no sufrir desventajas competitivas, sino que garantiza la necesaria rentabilidad económica del negocio al tiempo que asegura la observancia de las previsiones del legislador".

"En lo que se refiere a los servicios de información, ese deber de no discriminar ha de ponerse en relación con los restantes preceptos citados a lo largo de esta Resolución, particularmente los referidos al carácter unificado de los servicios y al derecho de todos los abonados a que sus datos figuren, debidamente puestos al día, en las guías telefónicas, y a que sobre los mismos se informe en el marco de los servicios de consulta telefónica.

En esa tesitura, no cabe sino concluir que todo operador sujeto a obligaciones de servicio universal y, por tanto, de servicio público, deberá proporcionar unos servicios de información correctamente actualizados tanto respecto de los datos de sus propios abonados, como en relación a los datos de los abonados de los restantes operadores de telefonía fija disponible al público". Resolución de 28 de diciembre de 2000.

107 La CMT había señalado, en ausencia de plazo fijado para la actualización, que "a fin de no incurrir en (...) discriminación (...), el operador obligado deberá proceder a la actualización de sus servicios de información en las mismas condiciones en las que actualiza los datos de sus propios abonados". Resolución de 28 de diciembre de 2000. La doctrina nos parece extensible a los supuestos en que el operador designado decida realizar actualizaciones en un tiempo menor al requerido legalmente.

El RSU regula el contenido mínimo que deberán tener las guías en sus art. 30.4 y 30.5, y establece las características esenciales que debe revestir la guía, en su art. 30.6.

La segunda modalidad de prestación de este servicio obliga a que "se ponga a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio, incluidos los usuarios de teléfonos públicos de pago, al menos un servicio de información general sobre números de abonados" (art. 22.1.b LGT).

Se trata, por tanto, de un servicio que se deberá ofrecer a todos los usuarios, aunque no sean abonados del operador designado[108].

El art. 31 RSU aclara que ese servicio de consulta deberá ofrecerse respecto a los números de abonados contenidos en las guías telefónicas anteriormente mencionadas, y que será actualizado y de ámbito nacional.

Este servicio de información, en cuanto esté incluido en el servicio universal coincide con, y está limitado por, el mínimo exigido por la legislación vigente al resto de proveedores de dicho servicio, ya que de otra forma, se excedería del carácter de garantía básica y esencial característico del servicio universal, pudiendo, además, conllevar el establecimiento de barreras de entrada en el mercado del servicio. De tal forma que el contenido mínimo, es también para él el contenido máximo[109].

Esto implica, que no cabe que el operador designado ofrezca en su labor de prestación del servicio universal, "información o servicios adicionales de valor añadido que exceden el contenido mínimo prevista en la normativa citada sobre servicio universal, tales como la progresión de llamadas"[110].

Teniendo en cuenta que esta asequibilidad del precio es predicable de este servicio en cuanto se presta en el marco del servicio universal, no cuando se presta en régimen de libre competencia. En cuyo caso, será un precio competitivo, fijado por el operador en el marco de su estrategia empresarial[111].

c) El art. 22.1.c LGT exige que "exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, en todo el territorio nacional, que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales, en cobertura geográfica, en número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y calidad de los servicios y, que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los teléfonos públicos de pago sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles. Asimismo, en los términos

108 CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA: *La protección de los...* Pág. 136.
109 Resolución de 13 de marzo de 2003.
110 Resolución de 13 de marzo de 2003.
111 Resolución de 13 de marzo de 2003.

que se definan por la normativa vigente para el servicio universal, que exista una oferta suficiente de equipos terminales de acceso a Internet de banda ancha.

Por teléfonos públicos de pago se debe entender lo que familiarmente designamos como cabinas[112]. **El art. 32.1 nos aclara que,** a "estos efectos, se consideran teléfonos públicos de pago los situados en el dominio público de uso común".

El art. 22.1.c exige que esta oferta suficiente se dé en todo el territorio nacional. Si bien, como aclara el art. 32.1 RSU, el operador designado deberá garantizar la existencia de esa oferta suficiente únicamente en la zona correspondiente a la designación.

El art. 32.1 RSU concreta cuando se considerara esa oferta suficiente, distinguiendo dos supuestos según el número de habitantes. En primer lugar, si se trata de municipios de 500 habitantes o más, deberá haber, al menos, un teléfono público de pago y otro más por cada 1500 habitantes. En segundo lugar, si se trata de poblaciones de menos de 500 habitantes, deberá haber, al menos, un teléfono público de pago si está justificado sobre la base de la existencia de una distancia elevada a facilidades similares, la baja penetración del servicio telefónico fijo, la falta de accesibilidad del servicio telefónico móvil o la elevada tasa de población flotante.

El art. 32. 1 RSU establece que el operador designado deberá satisfacer, en un plazo razonable, todas las solicitudes de instalación de nuevos teléfonos públicos de pago que le presenten los ayuntamientos hasta cumplir con los criterios de oferta suficiente.

Si el operador designado considera que la solicitud no se corresponde con la aplicación de los criterios de oferta suficiente, podrá dirigirse a la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información (art. 32.1 RSU).

Para la elección de las nuevas ubicaciones se tendrán en cuenta las zonas o lugares más transitados y de mayor demanda potencial, así como aquellas otras con escasa penetración del servicio telefónico fijo disponible al público (art. 32.2 RSU).

El art. 32.3 establece las prestaciones que deberán ofreciendo los teléfonos públicos de pago.

La CMT ha considerado una discriminación injustificada que se exija una provisión de fondo mínima, para llamar a los usuarios de otro operador desde un teléfono público de pago, que sea mayor que la que se exige para realizar una llamada a los propios usuarios del operador designado. A lo que ha añadido que una medida de ese tipo sólo estaría justificada por justificaciones objetivas de naturaleza técnica[113].

Cuando se trate nuevas instalaciones de teléfonos públicos de pago, el art. 32.3 LGT exige, además, que ofrezcan las opciones de pago por monedas y por tarjeta. Cuando

112 CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Pág. 171. GARCÍA FERNÁNDEZ: En *Comentarios a la...* Pág. 340.

113 Resolución de 7 de octubre de 1999.

se instalen de forma agrupada, dichas opciones deberán ser ofrecidas por el conjunto de los teléfonos públicos de pago de la agrupación.

d) El art. 22.1.d LGT y el art. 22.1.e LGT integran dentro del contenido del servicio universal un conjunto de medidas de discriminación positiva adoptadas a favor de personas discapacitadas y colectivos con necesidades especiales, que asumen claramente la finalidad de lograr una verdadera universalidad de los servicios de telecomunicaciones, removiendo los obstáculos que los colectivos a los que vienen referidos encuentran para acceder a los mismos[114].

Dichas medidas deben tener en cuenta el carácter mutable del servicio universal. De tal forma que, al transformarse éste, deberán adecuarse también las medidas a adoptar a favor de estos colectivos, para conseguir su real acceso a las prestaciones que lo integran tal y como esté configurado en cada momento[115].

El primer paso para analizar este componente del servicio universal es determinar los sujetos a los que se refieren estás medidas.

Por lo que se refiere a los discapacitados, el art. 33.1 RSU especifica las personas que deben considerarse incluidas dentro de este colectivo: a) personas invidentes o con graves dificultades visuales; b) las personas sordas o con graves dificultades auditivas; c) las mudas o con graves dificultades para el habla; d) las minusválidas físicas y; e) en general, cualesquiera otras con discapacidades físicas que les impidan manifiestamente el acceso normal al servicio telefónico fijo o le exijan un uso más oneroso de éste.

En cuanto a los colectivos con necesidades especiales, deben incluirse a jubilados y pensionistas, para los que el Derecho positivo ha establecido algunos beneficios. Si bien, con ello no se debe entender agotado el espectro de sujetos que pueden verse favorecidos por el servicio universal en virtud de este concepto, pues dentro del concepto de colectivos con necesidades especiales tienen también perfecta cabida otros sujetos[116].

En primer lugar, se contempla la situación de los usuarios discapacitados. Tratando, con ello, de facilitar la toma de las medidas necesarias para adaptar el servicio telefónico a las necesidades peculiares de estas personas, a fin de lograr que puedan hacer uso del servicio telefónico en condiciones sustancialmente similares a las de los demás usuarios[117].

---

114 Señala la CMT que "para conseguir la verdadera universalidad de los servicios, tendrán que establecerse distintas medidas a fin de que este colectivo acceda a ellos en las mismas condiciones que el resto de los usuarios". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

115 GARCÍA FERNÁNDEZ, en *Comentarios a la...* Pág. 342.

116 CHINCHICHA MARÍN, en *Comentarios a la...* Pág. 294.

117 "La finalidad de esta medida es la de posibilitar que dicho colectivo acceda y utilice los servicios en condiciones globalmente similares a las que reciben el resto de los usuarios, de tal forma que será precisa la adopción de determinadas medidas con el fin de adecuar la prestación del servicio a sus especiales necesidades". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

En cuanto a los usuarios finales con discapacidad, la LGT exige que tengan acceso al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija y a los demás elementos del servicio universal citados en este artículo en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios finales (art. 22.1.d LGT).

La exigencia de "tener acceso al servicio telefónico disponible al público o hacer uso de éste", se puede cumplir de forma diferente a la conexión del usuario a la red telefónica, como por ejemplo, facilitando tarjetas prepagadas para su uso en teléfonos de uso público[118].

El art. 33.2 RSU establece dos tipos de medidas para conseguir este objetivo: a) el operador designado garantizará la existencia de una oferta suficiente y tecnológicamente actualizada de terminales especiales, adaptados a los diferentes tipos de discapacidades, tales como teléfonos de texto, videoteléfonos o teléfonos con amplificación para personas con discapacidad auditiva, o soluciones para que las personas con discapacidad visual puedan acceder a los contenidos de las pantallas de los terminales, y realizará una difusión suficiente de aquélla; b) los abonados invidentes o con discapacidad visual, previa solicitud al operador designado, dispondrán de las facturas y la publicidad e información, suministrada a los demás abonados de telefonía fija sobre las condiciones de prestación de los servicios, en sistema Braille o en letras grandes

El art. 22.2 LGT añade que, reglamentariamente, se podrán adoptar medidas a fin de garantizar que los usuarios finales con discapacidad también puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de que disfruta la mayoría de los usuarios finales (art. 22.2 LGT).

Por lo que se refiere a los colectivos con necesidades especiales, la LGT establece que, cuando así se establezca reglamentariamente, se les ofrecerá a los consumidores que sean personas físicas, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias, opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con objeto de garantizar, en particular, que las personas con necesidades sociales especiales puedan tener acceso al servicio telefónico disponible al público o hacer uso de éste (art. 22.1.e LGT).

Este componente del servicio universal es complemento necesario de las medidas adoptadas a favor de los colectivos necesitados de especial protección, pues éstos, en ocasiones, requerirán de una acción que garantice la asequibilidad de los preciso a sus circunstancias particulares, a fin de lograr que puedan verdaderamente acceder a los servicios telefónicos en condiciones similares a los demás usuarios[119].

---

118 CHINCHILLA MARÍN; CARLÓN RUÍZ: *Del servicio público...* Pág. 174, nota 35.

119 Como señala la CMT, hay "que garantizar que los precios establecidos no sean excesivamente altos, o bien, garantizar que sean asequibles y no impidan el acceso al servicio telefónico básico. De ahí, la necesidad de que también las condiciones económicas en las que se prestan los servicios a este colectivo tengan que adaptarse a determinados criterios que garanticen dicha asequibilidad y la accesibilidad al servicio". Resolución del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

El art. 22.2 LGT añade a lo dicho que podrán establecerse sistemas de ayuda directa a los consumidores que sean personas físicas con rentas bajas o con necesidades sociales especiales.

e) Por último, el art. 22.1.f LGT prevé que se apliquen, cuando proceda, opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, tarifas comunes, equiparación geográfica u otros regímenes similares, de acuerdo con condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias.

Esta medida ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, en cuanto opera una suerte de deslegalización en la determinación de la prestación del servicio universal, pues la única precisión que se hace del supuesto es que se establecerán "cuando proceda", lo que es tanto como no decir nada[120].

4.2.2. Otras obligaciones de servicio público.

Junto al servicio universal, la vigente LGT reconoce únicamente un segundo tipo de obligaciones de servicio público, que engloba bajo la rúbrica "otras obligaciones de servicio público". Categoría a la que da una regulación muy escueta, que constituye prácticamente una remisión en blanco[121].

Esa mínima regulación llega, sin embargo, a distinguir dos supuestos diferentes de obligaciones de servicio público.

En primer lugar, debemos situar las que el Gobierno podrá imponer por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil (art. 25. 1 LGT).

En segundo lugar, aquellas que, también el Gobierno, aunque en este caso previo informe de la CMT, podrá imponer por: a) razones de cohesión territorial; b) razones de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, en especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura; c) razones de facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta; d) por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción (art. 25. 2 LGT).

---

120 En tal sentido, CARRASCO PERERA; MENDOZA LOSANA señalan que "supone investir a la Administración de un poder de intervención impropio en un mercado en competencia, concretamente el de imponer tarifas especiales, limitaciones de precios o equiparación geográfica de tarifas sin más causa justificativa que <<cuando proceda>>. *La protección de los...* Pág. 139.

121 SOUVIRÓN MORENILLA: *Las obligaciones de...* Pág. 34.

Las Obligaciones de Servicio Público en las Telecomunicaciones

*Antonio Marti del Moral**

I. Introducción; ii. Servicio público, servicio de interés general y servicio universal: 1. Del servicio público al servicio de interés general; 2. Los servicios de interés general en Europa; 3. El servicio universal de telecomunicaciones en Europa; III. Las obligaciones de servicio público y de carácter público: justificación, clases y distinción; iv. Régimen general de las obligaciones de servicio público: 1. Fines de las obligaciones de servicio público; 2. Sujetos obligados a prestar las obligaciones de servicio público; 3. La aplicación supletoria del régimen de concesión de servicio público; 4. Los principios que rigen el cumplimiento de las obligaciones de servicio público; 5. La gestión directa por el Estado en caso de incumplimiento de las OSP; V. El servicio universal de telecomunicaciones: 1. Prestaciones incluidas en el contenido del SUT: A. Acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija; B. Una guía general del número de abonados y el servicio de información correspondiente: C. Una oferta suficiente de servicios públicos de pago; D. Especial referencia al colectivo de usuarios discapacitados y a los que tienen necesidades sociales especiales; 2. Sujetos obligados a prestar el SUT y sistema de designación de los operadores obligados a prestarlo; 3. Financiación del SUT: A. Caracteres generales en la Directiva SUT; B. La normativa nacional. VI. Recapitulación.

I. Introducción

La liberalización plena de las telecomunicaciones introducida por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones[1] impulsó la apertura del mercado y el desarrollo de las actividades en régimen de libre competencia, pero no olvida las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado. Con este fin garantiza un conjunto mínimo de servicios a través de técnicas como las obligaciones de servicio público y el servicio universal, cuyo régimen presenta algunos rasgos comunes con el servicio público. Por ello, pretendemos efectuar un comentario general a las obligaciones de servicio público, atendiendo espe-

* *Profesor Titular de Derecho Administrativo – Universidad de Jaén.*

1 Abreviaturas: ANR Autoridades Nacionales de Reglamentación; CDGAE Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos; LGTel 03 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; LOT 87 Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones; LGTel 98 Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; RSU 98 Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio; RSU 05 Real Decreto 424/2005; CMT Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; MITYC Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, OSP Obligaciones de Servicio Público; STS Sentencia del Tribunal Supremo; SAN Sentencia de la Audiencia Nacional, STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; SIEG Servicios de Interés Económico General; SIG Servicios de Interés General; SUT Servicio Universal de Telecomunicaciones; SETSI Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información..

cialmente al desarrollo del servicio universal de las telecomunicaciones a lo largo de los diez años de existencia en nuestro ordenamiento jurídico, desde que se introdujo por la LGTel 98 hasta el momento actual en el que la LGTel 03 y la normativa reglamentaria, en especial, el RSU 05 ordenan este tipo de obligaciones.

Por exigencias del derecho comunitario, la legislación española incorpora el "paquete Telecom" de Directivas de 2002 sobre comunicaciones electrónicas[2], que tras la experiencia de varios años de funcionamiento, se encuentran en un proceso de revisión iniciado con la publicación de las Propuestas de Directivas y de Reglamento de noviembre de 2007 que, tras un cierto bloqueo, se pretende finalizar antes de que termine la legislatura en 2009[3].

El concepto de SUT surge como consecuencia de los procesos de liberalización de las telecomunicaciones, y de la privatización de los operadores tradicionales que actuaban en régimen de monopolio. La necesidad del SUT resulta evidente en el nuevo escenario de competencia y proliferación de nuevas redes y servicios, para garantizar al conjunto de la población la disponibilidad de aquellos servicios considerados como básicos, y para evitar que en el desarrollo de la sociedad de la información aparezcan nuevos procesos de exclusión social en función de sus posibilidades de acceso a la información.

Por las razones anteriores, la delimitación, el alcance y la financiación del SUT son cuestiones claves que generan dudas todavía no del todo resueltas debido a la complejidad de la materia, la ausencia de desarrollo reglamentario de las prescripciones legales por los órganos competentes, el otorgamiento de potestades discrecionales a las Administraciones reguladoras y el empleo de conceptos jurídicos indeterminados en la regulación

2 Se compone de una Directiva marco y varias específicas: la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva "Autorización"); la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y a su interconexión (Directiva "Acceso"); la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva "Servicio universal"); la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas ("Directiva sobre la privacidad ") y la Directiva 2002/77 de la Comisión de 16 septiembre 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

3 En noviembre de 2007 se ha aprobado una Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas COM(2007) 697 final). El Parlamento Europeo votó en primera lectura sobre el paquete de reforma en sesión de 24 de septiembre de 2008. La Comisión tuvo en cuenta la mayoría de las enmiendas aprobadas por el Parlamento y presentó una propuesta modificada el 7 noviembre de 2008. Por su parte, el Consejo en la reunión de 27 noviembre 2008 ha impulsado el proceso de reforma, pero es necesario el acuerdo entre el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo para la aprobación de las propuestas de Directivas y de Reglamento.

del sector, así como la vigilancia y el control que las instituciones comunitarias deben practicar para garantizar la ejecución del régimen en el mercado comunitario.

La noción de SUT se integra, a su vez, en la denominación, más amplia y procedente del Derecho comunitario, de SIG. Estos conceptos de corte comunitario resultan ajenos a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, dónde existen otros más arraigados, como el de servicio público, con el fin precisamente de salvar posibles malos entendidos a escala europea y crear un entorno compatible con la libre competencia en el mercado. El SIG, acuñado específicamente para ciertas industrias de redes (telecomunicaciones, electricidad y servicios postales), reconoce a todos los ciudadanos el derecho a acceder a ciertos servicios considerados esenciales e impone a las industrias la obligación de prestar un servicio definido en condiciones especificadas, incluida una cobertura territorial completa. En un entorno de mercado liberalizado, una obligación de servicio universal garantiza que todos los ciudadanos tienen acceso al servicio a un precio asequible, y que se mantiene y, en su caso, se mejora su calidad[4].

Centrándonos en la normativa nacional, comentaremos las OSP y su distinción con las obligaciones de carácter público, el SUT y otras obligaciones de servicio público distintas al SUT, los sujetos obligados a prestar el SUT y el sistema de financiación del SUT, cuya regulación en la LGTel 98 y en el RSU 98 ha sido interpretada por las Sentencias del TS de 10 julio 2007 y de 30 noviembre 2007, aportando criterios para despejar incertidumbres que se plantean en relación con las potestades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y los derechos y las obligaciones del operador designado para prestar el SUT.

II. Servicio Público, Servicio de Interés General y Servicio Universal

1. Del servicio público al servicio de interés general

La noción de SUT se introduce en la Directiva 97/13, luego derogada por la Directiva 22/2002, de 7 marzo, y es distinta tanto al concepto de servicio de interés económico general como al de servicio público. Tradicionalmente, la técnica de servicio público ha servido para legitimar la intervención de las Administraciones públicas en una actividad principalmente económica, que puede gestionarse de forma directa o indirecta[5]. La

4 Libro Verde sobre los SIG en Europa de 21-5-2003, COM (2003) 270 final.

5 Con anterioridad, vid. VILLAR PALASÍ, J.L, *La intervención administrativa en la industria*, 1964, p. 121 y ss. Vid. CHEVALLIER, J., *Le service public*, Presses Universitaire de France, 1991, p. 3-6; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «Les services publics en Espagne», en la obra colectiva *Europe, concurrence et service public,* CEEP, Mason/Armand Colin, abril 1995 ; RIVERO, Droit Administratif, tomo II,. París, 1985, p. 464; ARIÑO ORTIZ, G., Principios de Derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica, Comares, 2004, p. 544 y ss

Constitución de 1978 admite la técnica del servicio público conectada con la reserva de servicios esenciales en el art. 128.2. La calificación de una actividad como servicio público implica la asunción por el sector público de la titularidad de esta actividad y excluye toda iniciativa de los particulares, salvo en lo relativo a las formas de gestión indirecta[6]. La noción de servicio público, en cuanto prestación de interés para la comunidad llevada a cabo por la Administración sujeta a un régimen de derecho exorbitante, empezó a desmoronarse al intentar encajar en la misma las nuevas formas de gestión indirecta y de intervención del Estado[7], admitiendo una actividad prestada en régimen de derecho privado en el ámbito de la Administración local y luego a nivel estatal[8]. Sin duda, la extensión de la categoría de servicio público a una multiplicidad de actividades de carácter económico (radio y televisión, telecomunicaciones, suministro de electricidad, servicios públicos locales, etcétera) ha contribuido a aumentar la dificultad que entraña la delimitación de un régimen común unitario.

La doctrina española[9], con motivo de la constitucionalidad de la Ley de Televisión Privada de 1988, volvió a ocuparse de la noción de servicio público como garantía o amenaza de las libertades de expresión y de comunicación, y como es sabido, terminó con la STC 127/1994, de 27 de mayo, que confirma la Ley, si bien con varios votos particulares discrepantes[10].

Al margen del concepto de servicio público y de otras nociones cercanas como es la de servicio público virtual o impropio[11], las modalidades de gestión de los servicios pú-

6 GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a García de Enterría*, Civitas, 1991, t. V, págs. 3803-3839; BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, p. 163 y ss; MARTIN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico, t. I*, 1988; ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público)*, 1993.

7 En la doctrina española, MARTIN REBOLLO, L., "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", *RAP*, núm. 100-102, vol. III, 1983, p. 2471; GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. p. 27 y 28. Sobre el concepto de la Daseinsvorsorge y el Estado social, vid. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München, 1973, p. 370 y ss; PIELOW, J.C., *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung: Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftesrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschatf*, Tübingen, 2001, p. 355 y ss.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La actividad industrial y mercantil de los municipios", *RAP*, núm. 17, 1955, p. 123-124.

9 CHINCHILLA MARIN, C., *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Madrid, 1988, p. 24 y ss; también "El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión", *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. II, págs. 943-972. ARIÑO ORTIZ, G., Informe sobre el Proyecto de Ley de Televisión Privada, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1988; GARCÍA LLOVET, E., El régimen jurídico de la radiodifusión, Marcial Pons, 1991; LAGUNA DE PAZ, J.C., Régimen jurídico de la televisión privada, Marcial Pons, 1994.

10 El propio TC reconoce que "la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas" (STC 127/1994, FJ, 4º).

11 Sobre el concepto de "servicios privados prestados al público" regulado en el ámbito local, VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, p. 257-290. En el ámbito local, el concepto se contempla en el art. 1.4 Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales; SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 2007, p. 23 y ss

blicos se articulan mediante las formas directas e indirectas, en las que destaca el uso frecuente de la concesión de servicio público como una técnica regulada por la legislación de contratos y por la que se atribuye derechos privados de explotación de una actividad[12].

Pues bien, centrándonos ahora en el sector de las telecomunicaciones y teniendo en cuenta la evolución de su régimen jurídico[13], la técnica de servicio público ha sido utilizada desde la publicatio efectuada por la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, que definía las telecomunicaciones como "servicio público esencial de titularidad estatal" (art. 1.1). Tal calificación estuvo vigente hasta la liberalización plena que se hizo efectiva con la LGTel 98, norma que atribuyó por primera vez a las telecomunicaciones la naturaleza jurídica de "servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia en el mercado" (art. 2 y también art. 2 LGTel 03).

Así pues, la liberalización implica, entre otras cosas, la despublificación de la actividad de telecomunicaciones en general, pero sería erróneo pensar que las actividades definidas como "servicios de interés general" impiden la permanencia de las llamadas "obligaciones de servicio público" que no coinciden exactamente con la noción de "servicio público" en cuanto delimitadora del conjunto de actividades de un sector económico, pues resultan compatibles con la calificación genérica de los SIG. En el ámbito de las telecomunicaciones por cable, el legislador español en 1995 introdujo la noción de OSP de forma discutida por cuanto concurría con la calificación de las telecomunicaciones como servicio público prevista por la LOT de 1987[14], hasta que fue derogada por la LGTel 98. En el derecho comunitario, el antiguo artículo 77 del Tratado (art. 73 del Tratado de Niza) configura, ya desde el principio, la noción de "obligaciones inherentes a la noción de servicio público" para señalar precisamente la compatibilidad con el Tratado de las "ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso" de tales obligaciones, precepto que se mantiene en su redacción actual en el art. 93 del Tratado de Funcionamiento de la UE de Lisboa.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente sobre la privatización de actividades en diversos sectores[15], el legislador en la LGTel 98 y en la LGTel 03 ordena la técnica de

12 VILLAR PALASÍ, J.L,"Concesiones administrativas", Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo V, p. 684 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho* Administrativo, II, 2006, Thomson-Civitas, p. 150 y 156.

13 Sobre la evolución del régimen jurídico, MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado II. Las telecomunicaciones*, Madrid, Civitas, 1998, p. 33 y ss.

14 Vid. Disposición Transitoria 4º de la Ley 42/1995 de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable. CALVO CHARRO, M., *La televisión por cable*, 1998, p. 163 y ss, apuntaba que el precepto no tiene sentido que sobre una actividad declarada servicio público por la Ley 42/1995 se establezcan obligaciones de servicio público, lo que sería normal en una actividad privada de interés público.

15 En relación con las obligaciones de servicio público que se pueden establecer no sólo en las telecomunicaciones, sino también en el sector petrolero, transporte marítimo, transporte aéreo, correos y servicios funerarios, MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "La regulación económica en España", en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 1997, p. 247 y ss.

servicio universal en beneficio de los usuarios finales (art. 22 y ss.) y otras obligaciones de servicio público distintas al SUT (art. 25), así como la reserva al Estado de redes y servicios para la defensa nacional y la seguridad pública (art. 4.1 y 3 LGTel 03), como aludiremos más adelante.

2. Los servicios de interés general en Europa

Con carácter general la discusión acerca del papel que deben ocupar los SIG en Europa, y en particular la interacción entre la libre competencia y los SIG, ha generado un amplio debate y ha dado lugar a un conjunto de iniciativas comunitarias que tiene su expresión máxima en el Libro Verde de 2003[16]. Al margen de ello, el Tratado de Niza de 2001 mantiene los preceptos que hacen referencia a los SIEG y son el artículo 16 y el artículo 86 (antiguo articulo 90). Este último precepto ha sido, y seguirá siendo, clave, pues esboza la solución básica a la compatibilidad entre las normas de competencia y las empresas encargadas de la gestión de SIEG, según la doctrina del TJCE que ha contribuido a matizar, bastante, la aplicación del precepto[17].

La importancia de los SIG ha hecho que esta materia se reflejara también en el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en especial, el artículo III-122 que viene a reproducir el texto del actual artículo 16 del TCE. Por su parte, el Tratado de Lisboa, en proceso de ratificación, incorpora como novedad el artículo 6 TUE relativo al valor jurídico otorgado a Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, cuyo artículo 36 hace referencia al acceso a los SIEG.

Además, el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la UE modifica el artículo 16 del Tratado anterior rescatando parte del contenido que había presentado el Proyecto de Tratado Constitucional, ahora matizadas conforme a la nueva versión de Lisboa. El nuevo precepto vuelve a mencionar que los SIEG constituyen uno de los "valores comunes de la Unión" y desempeñan un papel primordial "en la promoción de la cohesión social y territorial", añadiendo que "la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a los principios y condiciones, en particular, económicos y financieros, que les permitan cumplir su cometido". Sin embargo, la novedad más significativa radica en el otorgamiento de la potestad de dictar reglamentos al Parlamento

16 Libro Verde sobre los SIG en Europa de 21-5-2003, COM (2003) 270 final.

17 Son clásicos los asuntos C-320/91, Corbeau 1993; Asunto C-393/92, Almelo 1994; Asuntos acumulados C-157/94, C-160/94, Comisión/Países Bajos, 1997, Comisión/Italia, 1997, Comisión/Francia, 1997, Comisión/España, 1997. Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea 1993-1994», *REDA*, n. 84, octubre-diciembre 1994; también del mismo autor, "Notas sobre la Carta Europea de los Servicios de Interés Económico General", Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern, dirigido por J. BURMEISTER, en colaboración con M. NIERHAUS, P.J. TETTINGER, München, Beck, 1997, p. 1269-1286.

Europeo y al Consejo, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario (codecisión), que fijan los principios y condiciones de estos SIEG, si bien no puede practicarse en perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros "para prestar, encargar y financiar dichos servicios"[18]. Valga lo anteriormente expuesto de aproximación general al régimen jurídico de los SIEG en Europa, volviendo al sector de las telecomunicaciones nos ocuparemos del SUT.

3. El servicio universal de telecomunicaciones en Europa

Delimitado el marco jurídico amplio de los SIG en Europa, podemos centrar nuestra atención en la noción de servicio universal que se aplica en el sector de las telecomunicaciones[19]. La Directiva SUT de 2002 define en el artículo 3 la "disponibilidad del servicio universal", indicando que los Estados miembros han de velar para que determinados servicios se pongan, con una calidad especificada, a disposición de todos los usuarios finales en su territorio, con independencia de la situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible", respetando los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y proporcionalidad[20].

El concepto de servicio universal se caracteriza por su carácter dinámico, flexible, de aplicación obligada para las ANR, y por estos motivos es el que más ampliaciones presenta[21]. Por ejemplo, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el

18 Además el Tratado de Lisboa reconoce como competencia exclusiva de la UE "el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior" (art. 3 TFUE) y menciona como competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros los ámbitos relativos a la cohesión económica, social y territorial, la protección de los consumidores, energía, transporte y redes transeuropeas, entre otras materias (art. 4 TFUE). De otra parte, el Tratado de Lisboa mantiene en el artículo 106 (artículo III-166) el contenido del artículo 86 Tratado de Niza, sin aportar modificación alguna. Por último, el Tratado de Lisboa introduce una segunda novedad en relación a los SIEG y es Protocolo Nº 26, con dos artículos, que hace referencia expresa a los SIG que no tengan carácter económico, y con ello pretende asegurar una interpretación adecuada de los Tratados.

19 CHINCHILLA MARIN, C., y CARLÓN RUIZ, M., «Del servicio público al servicio universal de telecomunicaciones», en "Aspectos jurídicos de las Telecomunicaciones", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2003; CARLÓN RUIZ, M., "El servicio universal de telecomunicaciones como técnica de servicio público", *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson Civitas, 2007, Madrid, p. 33 y ss.

20 Vid. Informe sobre el mercado único de las comunicaciones electrónicas 2007 (decimotercer informe) Comunicación de la Comisión de 19/03/2008, COM (2008) 153 y la Comunicación de la Comisión de 25 de septiembre de 2008, relativa a la segunda revisión periódica del alcance del servicio universal en las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2002/22 COM (2008) 356.

21 Un estudio sobre el régimen jurídico del servicio universal en la LGTel 03, en CHINCHILLA MARIN, C., "Servicio universal", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y QUADRA SALCEDO, T., (Coord.), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre,* Thomson Civitas, 2004, Madrid, p. p. 368 y ss; CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson Civitas, 2007, Madrid.

comercio electrónico) incluyó dentro del servicio universal el acceso funcional a Internet y, en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido implementada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico, que modificó el artículo 37 a) de la LGTel 98.

Más reciente ha sido la incorporación efectuada, en este sentido, por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que en el artículo 7 modifica el contenido de los artículos 22.1 letras a) y c) de la LGTel 03 que definen el concepto de SUT añadiendo una referencia expresa a las comunicaciones en banda ancha, si bien se remite a "los términos que se definan en la normativa vigente para el servicio universal". En consecuencia, la banda ancha no se integra por el momento en el concepto de SUT de las Directivas de 2002, pero puede incluirse en el futuro próximo si así se decide en el debate abierto en las instituciones comunitarias[22].

El sentido del SUT radica en garantizar que los servicios esenciales para la participación en la sociedad disponibles para la gran mayoría de los ciudadanos, sean prestados a todos cuantos lo soliciten bien por el mercado, bien, en caso de deficiencia de éste, por la intervención de los poderes públicos que deben ofrecer a todas las empresas la oportunidad de prestarlos. En consecuencia, el SUT persigue la cohesión económica, social y territorial en el mercado de las telecomunicaciones.

Tras el examen de los SIG y del SUT en Europa, nos adentramos en el estudio de su régimen jurídico en España conforme a la LGTel 03 y el RSU 05, valorando el concepto y las diferencias entre las obligaciones de servicio público y las obligaciones de carácter público, las clases de OSP, el concepto de SUT, los operadores designados a prestarlo y por último, el mecanismo de financiación previsto en la Directiva SUT y en la normativa nacional.

III. Las Obligaciones de Servicio Público y de Carácter Público: Justificación, Clases y Distinción

La LGTel 03, al igual que su precedente LGTel 98, califica a las telecomunicaciones como "servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia" en el mercado (art. 2.1), pero al mismo tiempo mantiene un sistema de "obligaciones de servicio público" entre las que sobresale de un modo preciso el servicio universal[23]. El Título

22 Vid. Comunicación de la Comisión de 25 de septiembre de 2008 relativa a la segunda revisión periódica del alcance del servicio universal.

23 Un estudio completo sobre las OSP en la LGTel 03, CHINCHILLA MARIN, C., "Obligaciones de servicio público", en en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y QUADRA SALCEDO, T., (Coord.), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre,* Thomson Civitas, 2004, Madrid, p. p. 356 y ss.

III de la LGTel 03 "Obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas" se compone de los arts. 20 a 38; el Capítulo I "Obligaciones de servicio público" se divide en tres Secciones: 1º Delimitación (arts. 20 y 21); 2º El servicio universal (arts. 22 a 24) y la Sección Tercera "Otras obligaciones de servicio público" (art. 25). El Título III de la Ley se desarrolla principalmente en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, Reglamento sobre la condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios RSU 05[24].

1. Justificación

La justificación que adquieren las OSP en un entorno liberalizado parece imprescindible tras el abandono de la titularidad pública de una actividad económica por el legislador, pero que no renuncia a mantener el carácter de prestación esencial para los ciudadanos respecto a un conjunto de servicios. Así, una vez que se ha liberalizado el sector de las telecomunicaciones con la consiguiente apertura de los mercados a la libre competencia, es preciso articular mecanismos que eliminen el riesgo de que el mercado, por sí solo, no sea capaz de garantizar determinadas prestaciones a los ciudadanos que se consideran básicas. Es así como surgen las OSP, entendidas como obligaciones de tipo prestacional que se imponen a los operadores, a todos o a algunos, de forma adicional y suplementaria a las demás obligaciones que se derivan del estatuto ordinario de operador de comunicaciones electrónicas con el fin de que presten servicios al margen de que obtengan o no beneficios económicos. Los operadores sobre los que recaen tales obligaciones serán compensados por su cumplimiento en la medida en que suponga un perjuicio competitivo no justificable o una carga injustificada (art. 24 LGTel 03), mediante mecanismos de financiación en los que se puede exigir a los demás operadores que realicen aportaciones, cuyo planteamiento abordamos posteriormente.

24 BOE de 29 de abril, modificado posteriormente por el Real Decreto 776/2006, de 23 de junio, por el que se modifican el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital terrenal, y el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. El RSU 05 sustituye al Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones RSU 98.

2. Distinción con las Obligaciones de Carácter Público

Junto a las OSP, de las que nos ocupamos posteriormente, el legislador de telecomunicaciones crea obligaciones de carácter público que deben cumplir los operadores de telecomunicaciones, a las que alude el Capítulo III del Titulo III de la Ley "Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas" (arts. 33 a 38 LGTel 03). En este sentido, el art. 23. d) RSU 05 enumera este tipo de obligaciones: 1) El secreto de las comunicaciones y la obligación de interceptación legal; 2) La regulación relativa a la protección de datos de carácter personal; 3) Los aspectos específicos de los derechos de los consumidores y usuarios en relación con la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas; 4) Las obligaciones de suministro de información cuando se requieran por las ANR previstas en el artículo 9 de la LGTel 03, y desarrolladas en el artículo 21 RSU 05; y por último, 5) Las obligaciones de calidad de servicio exigibles de conformidad con lo dispuesto en este reglamento, excepto las relativas a la prestación del servicio universal.

La imposición de obligaciones de carácter público no dará derecho a contraprestación ni compensación económica de ningún tipo, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo II del título V del RSU 05 relativo a la interceptación legal de las comunicaciones (arts. 83 y ss)[25]. Sin embargo, las OSP darán derecho a compensación de diversas formas, también mediante el sistema de financiación del servicio universal. Así pues, cabe inferir una regla general que distingue las OSP y las de carácter público, basada en que las primeras dan derecho a la compensación económica y las otras no, salvo excepciones.

También en el ámbito de la potestad sancionadora es relevante la distinción entre OSP y las obligaciones de carácter público, toda vez que el legislador tipifica unas y otras en distintos preceptos dando lugar a la posibilidad de imponer las sanciones correspondientes. Así el art. 53 LGTel 03 tipifica como infracciones muy graves en la letra l) "el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de servicio público, según lo establecido en el título III" y en otro apartado, la letra m) "el incumplimiento reiterado de la obligación de mantener los niveles de calidad establecidos para la prestación de los servicios"; igualmente, en la letra z) tipifica "la vulneración grave o reiterada de los derechos previstos por el artículo 38.3", relativo a los derechos de los abonados. En esta

25 Sobre las obligaciones de carácter público de telecomunicaciones pueden verse los comentarios de los artículos 33 a 38 de la LGTel 03 de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., ORTEGA ÁLVAREZ, L., Y GARRIDO, N., en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y QUADRA SALCEDO, T., (Coord.), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre,* Thomson Civitas, 2004, Madrid, p. 539 y ss.

materia, algunas Sentencias de la AN[26] han fijado las consecuencias de esta distinción entre obligaciones.

Atendiendo a la distinción entre las OSP y las obligaciones de carácter público, conviene observar que las OSP pretenden "tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado" (art. 20 LGTel 03). Por tanto, las OSP vienen a cubrir los eventuales fallos de mercado con el fin de garantizar una serie de prestaciones a todos los usuarios en unas condiciones determinadas[27]. Así pues, el carácter prestacional de las OSP sirve para distinguirlas de las "obligaciones de carácter público", que garantizan necesidades o valores en los que concurre, igualmente, el interés general, pero referidos a elementos accesorios a los servicios no a su propio contenido prestacional. En definitiva, se refiere a la protección de los derechos fundamentales implicados en los procesos de comunicaciones electrónicas, el secreto de las comunicaciones, la protección de datos personales y la protección de consumidores y usuarios (arts. 33 a 38 LGTel 03 y 23 d) RSU 05).

Hasta aquí hemos delimitado la distinción entre las OSP y las obligaciones de carácter público, en adelante nos ocupamos del régimen general de las OSP, el SUT y otras obligaciones de servicio público distintas a ésta.

IV. Régimen General de las Obligaciones de Servicio Público

Cabe analizar el régimen general de las OSP [28] atendiendo a los siguientes criterios: fines y objetivos que persiguen; clases; sujetos obligados a prestar OSP; principios generales; y los supuestos de incumplimiento de las OSP y la gestión directa por la Administración del Estado. Veamos cada uno de ellos.

---

26 La SAN de 18 marzo 2005 determina que el incumplimiento de los derechos de información de los usuarios no alude a una OSP sino de carácter público y estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una sanción por infracción muy grave en materia de telecomunicaciones. La obligación cuyo incumplimiento se imputa a la recurrente –consistente en no advertir en sus facturas y documentos de cargo sobre el derecho de los abonados a desconectarse de los servicios de tarificación adicional– no guarda relación con el servicio universal, ni con los servicios obligatorios de telecomunicaciones, por lo que no puede considerarse una obligación de servicio público. Es más, la referida obligación se encuentra relacionada con los derechos de los usuarios en la utilización de los servicios de telecomunicaciones accesibles al público en general, referidos en el artículo 54 de la Ley 11/1998" (FJ 4º). De otra parte, la SAN de 21 abril 2007 desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad particular contra varias resoluciones del MITYC por la que se imponía sanción por incumplimiento grave de las OSP que consistían en la no remisión de determinada información relacionada con la prestación del servicio prevista en el art. 9 del RSU 98 que se califica como infracción muy grave prevista en el art. 79.5 LGTel 98.

27 CARLÓN RUIZ, M., "El servicio universal de telecomunicaciones como obligación de servicio público" en *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson Civitas, 2007, Madrid, p. p. 58 y ss.

28 Sobre los principios rectores del cumplimiento de las OSP y los principios aplicables en la imposición de las obligaciones de servicio público puede consultarse: CHINCHILLA MARÍN, C., "Obligaciones de servicio público", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y QUADRA SALCEDO, T., (Coord.), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre,* Thomson Civitas, 2004, Madrid, p. p. 357 y ss

1. Fines de las OSP

El legislador delimita las OSP en cuanto a sus fines prescribiendo que "la imposición de obligaciones de servicio público perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el art. 3", según lo dispuesto en el art. 2.2 Ley. Además, el art. 20.2 LGTel 03 reitera este mandato ("la imposición de obligaciones de servicio público perseguirá la consecución de los objetivos establecidos en el art. 3 LGT"). Se trata por tanto, de una vinculación directa con los principios generales de la LGTel 03 que se concretan en el contenido amplio del art. 3 LGT, aunque algunos apartados del mismo hagan referencia explícita a las OSP en el art. 3.b), y en la protección de los intereses de los usuarios en el art. 3.e) que aborda la garantía de "los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad".

2. Clases de Obligaciones de Servicio Publico

La clasificación de las OSP se efectúa, teniendo en cuenta básicamente la legislación anterior[29] con algunas modificaciones, en el artículo 25 LGTel 03 de suerte que los operadores están sometidos a las dos tipos de OSP: primero, el SUT, del que nos ocupamos más adelante; y segundo, otras obligaciones de servicio público distintas al SUT impuestas por razones de interés general, en la forma y con las condiciones establecidas en el art. 25.1 y 2 de la Ley[30].

Además de los tipos establecidos en el art. 25 LGTel, es preciso observar que también se consideran OSP los servicios de telecomunicaciones reservados al Estado en el ámbito de la defensa nacional y de la protección civil (art. 2.2 y art. 4 LGTel 03). En consecuencia, las redes y servicios que desarrollen actividades esenciales para la defensa nacional se reservan al Estado y se rigen por su normativa específica, mientras que en los

29 Conforme a la LGTel 98, el artículo 36 estableció tres categorías de OSP: a) El SUT; b) Los servicios obligatorios de telecomunicaciones, que se prestarán en todo o parte del territorio nacional; y c) Otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general. La LGTel 03 ha suprimido la categoría de los servicios obligatorios de telecomunicaciones prevista en el art. 40 de la LGTel 98, conforme al cual el Gobierno podía incluir determinados servicios de télex, los telegráficos, servicios de seguridad de la vida humana en el mar y los que afecten a la seguridad de las personas, a la seguridad pública y a la protección civil. Estos servicios se regulan conforme a los requisitos de los arts. 4 y 25 LGTel 03.

30 En la doctrina, sobre otras obligaciones de servicio público, vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "Otras obligaciones de servicio público", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y QUADRA SALCEDO, T., (Coord.), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre,* Thomson Civitas, 2004, Madrid, p. p. 394 y ss.

ámbitos de la seguridad pública y de la protección civil, los Ministerios competentes han de coordinarse con las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. También por razones de seguridad pública y defensa nacional, cabe la asunción de la gestión directa por el Estado con carácter excepcional y transitorio.

De forma semejante a la regulación anterior de 1998, la legislación otorga al Gobierno la facultad de imponer otras OSP distintas de las de SUT a los operadores con fundamento en los apartados 1 y 2 del artículo 25; también permanecen las OSP relativas a los servicios soporte de transmisión de la radio y televisión. Pasamos a examinar estos tipos de OSP de forma precisa.

De un lado, caben nuevos OSP "por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil (art. 25.1 LGTel 03). Ahora bien, es preciso adoptar un acuerdo que determine la forma de gestión, directa o indirecta, del servicio y el sometimiento a los principios generales establecidos en el artículo 26 del RSU 05 (art. 53 RSU 05)

Con fundamento en el art. 25.2 LGTel 03, el legislador permite que puedan establecerse OSP de diverso tipo, si bien enumera las razones que legitiman esta actuación. De otra parte, el art. 25.2 LGTel 03 atribuye al Gobierno la potestad de imponer otras OSP, previo informe de la CMT motivadas por las siguientes causas: a) Razones de cohesión territorial. b) Razones de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, en especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura. c) Razones de facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta. d) Por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción[31].

En relación con las OSP que se pueden determinar en el art. 25.2 b), cabe mencionar las obligaciones de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radiodifusión y televisión a los operadores de telecomunicaciones que distribuyan en sus redes programas de radio o televisión al público, según lo dispuesto en la la Disposición Adicional 7ª, apartado 4 LGTel 03. Este precepto establece la necesidad de un reglamento que "podrá" imponer como OSP "exigencias razonables" de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a los operadores que exploten redes utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público si se cumplen las siguientes requisitos: que sean utilizadas como medio principal de

31 El RSU 05 admite la inclusión de nuevos servicios que comporten la acreditación fehaciente del contenido del mensaje o de su remisión o recepción distintos de los encomendados inicialmente a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., así como la designación de la entidad encargada de prestarlos (art. 54 RSU 05), añadiendo los principios aplicables para la determinación de los operadores obligados a cumplir las OSP distintas al SUT (art. 55 RSU 05).

recepción y que resulte necesario para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y de forma proporcional, transparente y periódicamente revisable" (Adicional 7º, 4 LGTel 03). Pues bien, así lo ha hecho el RSU (art. 56.1). También son OSP las que se derivan de la Transitoria 6º de la LGTel 03 relativa al régimen transitorio de las obligaciones en materia de televisión, que prescribe determinadas obligaciones de cobertura de los servicios soporte de los servicios de televisión y las obligaciones de transmisión de contenidos para los servicios del cable (art. 56 RSU 05). En definitiva, los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas estarán obligados a cumplir las exigencias de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión o de cobertura y calidad conforme a la legislación básica de medios de comunicación social (art. 56.1 RSU 05)[32]. Por último, esta normativa debe determinar el tipo de financiación, los sujetos beneficiarios u obligados y justificar debidamente la concurrencia de los requisitos necesarios[33].

3. Sujetos obligados a prestar las OSP

El legislador establece que todos los operadores han de sujetarse al régimen de OSP y de carácter público, de acuerdo con lo establecido en el Título III de la LGTel 03, integrado por los artículos 20 a 38 (art. 20.2 LGTel 03). Por operador ha de entenderse "la persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la CMT el inicio de su actividad", como indica el Anexo II de la LGTel 03, quienes han cumplido con el deber de notificación a la CMT previsto en el art. 6.2 LGTel 03[34]. El RSU 05 precisa que los derechos y obligaciones regulados en el Reglamento se aplican a los operadores y, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador, a los que, sin haber efectuado la notificación, exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. También las normas del RSU 05 relativas a la protección de datos son de aplicación a quienes no sean operadores de comunicaciones electrónicas pero realicen actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones (art. 2 RSU 05). En consecuencia, son todos los operadores, aun cuando son distintos a los operadores obligados a prestar el SUT. A día

32 Art. 56.1 y 2 RSU 05.

33 Art. 56.3 RSU 05. Cuando la legislación básica sobre medios de comunicación social no determine el tipo de financiación, la retribución debe acordada libremente entre ellos y los operadores de radiodifusión o televisión que posean los derechos de distribución de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión o las obligaciones en materia de cobertura y calidad. En caso de desacuerdo, corresponde a la CMT resolver el conflicto mediante resolución vinculante, previa solicitud de alguna de las partes y previa tramitación de expediente contradictorio (art. 56.4 RSU 05).

34 Sobre los sujetos obligados a prestar obligaciones de servicio público: CHINCHILLA MARÍN, C., "Obligaciones de servicio público", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y QUADRA SALCEDO, T., (Coord.), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre,* Thomson Civitas, 2004, Madrid, p. p. 357 y ss.

de hoy, como es sabido, tal obligación recae sobre Telefónica de España (Disposición Transitoria 2º RSU 05).

Además el art. 2.2 LGTel 03 introduce una regulación novedosa respecto a la LGTel 98, en virtud de esta Ley anterior, sólo los titulares de licencias individuales estaban obligados a someterse a las OSP, mientras que los titulares de una autorización general "podían" estar sometidos a OSP (art. 35 LGTel 98). En efecto, la LGTel 03 prescribe que la imposición de OSP "podrá recaer sobre los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia" (art. 2.2 LGT). Por tanto, el ámbito subjetivo en el que pueden fijarse OSP es amplio y también ha de distinguirse de las obligaciones específicas en un mercado de referencia que pueden fijarse para los operadores con poder significativo en un determinado mercado de referencia[35].

3. La aplicación supletoria del régimen de concesión de servicio público

Otra nota distintiva entre las OSP y las obligaciones de carácter público se encuentra en la imposición a las primeras del régimen de concesión de servicio público como derecho supletorio. En efecto, el art. 20.2 LGTel 03 manifiesta que cuando se impongan OSP se debe aplicar "con carácter supletorio el régimen establecido para la concesión de servicio público determinado por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio", actualmente en los arts. 251 y ss de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, pero no cuando los operadores cumplan obligaciones de carácter público, lo que resulta similar al régimen previsto en la LGTel 98[36].

35 El concepto de operador con poder significativo se define en el Anexo LGTel 03 y se regulan en los arts. 10 y ss LGTel 05, así como en el Reglamento de Mercados de 2004.

36 El art. 35.3 LGTel 98 aludía a los términos establecidos en la disposición adicional segunda (respecto de las obligaciones de prestación del servicio, se aplicará el régimen establecido para la concesión de servicio público determinado en la Ley 13/1995 de 18 mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas). La LGTel 98 en el artículo 21 regulaba el procedimiento para el otorgamiento en los supuestos de limitación del número de licencias individuales determinando que se aplicaba lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas respecto de las concesiones para la gestión de servicios públicos, en lo relativo a la convocatoria de la licitación, al pliego de bases que deba aprobarse y a la adjudicación, a la modificación, a la extinción y a la formalización de los títulos habilitantes. Sin embargo, no será de aplicación lo dispuesto en el art. 162 de dicha ley, salvo cuando se trate de licencias que lleven aparejadas, para su titular, obligaciones de servicio público, de acuerdo con lo establecido en el tít. III. (art. 21.2 LGTel 98). En cuanto a la denegación, revocación, extinción y transmisión de licencias individuales, a falta de previsión expresa respecto de ellas, se estará a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas en relación con la resolución del contrato de gestión de servicios públicos y su extinción (art. 19.3 LGTel 98). En la transmisión de licencias, se aplicará lo previsto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas, en relación al contrato de gestión de servicios públicos (art. 20.4 LGTel 98).

El mantenimiento de las OSP tras la liberalización introducida por la LGTel 98 presentó dificultades especialmente respecto a la transformación de los títulos habillitantes, por cuanto cabía entender que la nueva regulación excluía el mantenimiento de las garantías propias de la gestión indirecta de servicios públicos[37].

4. Los principios que rigen el cumplimiento de las obligaciones de servicio público

De acuerdo con el art. 20.3 LGTel 03, el cumplimiento de las OSP en la explotación de redes públicas y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas se ha de efectuar "con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen", lo que se ha realizado en el RSU 05 y de forma especial en el art. 26 cuando regula los criterios aplicables en la imposición de OSP.

En el elenco de principios del art. 20.3 LGTel 03, algunos de ellos proceden de las notas clásicas que impone la legislación de contratos en materia de gestión indirecta de servicios públicos como son el principio de igualdad, continuidad y permanencia[38], si bien todos ellos se ven afectados por la transformación que implica la liberalización y responden a nuevas necesidades, como sucede con el principio de transparencia, adaptabilidad y disponibilidad. No obstante, estos principios se concretan a lo largo del articulado de la LGTel y en la normativa reglamentaria de desarrollo que prescriben criterios particulares y alteran ciertamente lo que podría ser una regulación minimalista, integrada únicamente por principios generales.

Junto a estos principios del art. 20.3 LGTel, resulta obligado en la imposición de OSP a los operadores el sometimiento a los objetivos y principios establecidos en el artículo 3 de la LGTel 03 (art. 2.2 LGTel 03 y art. 26.1 RSU 05). En particular, el RSU 05 precisa una serie de principios en la imposición de OSP a los operadores con carácter general que, por su importancia, reproducimos: a) No imposición de cargas excesivas a los operadores que puedan afectar sustancialmente la posibilidad de su acceso al merca-

37 En este sentido, se pronuncia la SAN de 29 diciembre 2005 que desestima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil contra Orden del Ministerio de Fomento de 26-04-2000, relativa a transformación de título habilitante de operador de telecomunicaciones. De otra parte, la SAN de 11 mayo 2004 enjuicia la transformación parcial de una empresa para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable e interpreta el procedimiento de transformación de los títulos habilitantes otorgados al amparo de la LGTel 98. La SAN resolvió que no fueron impuestas obligaciones de calidad de los servicios en el pliego, y respecto de las de extensión y cobertura de éstas, considera que, de acuerdo con la LGTel 98 (arts. 35 y ss.) y el RSU 98, no tienen la condición de OSP, por lo que no pueden establecerse como tales en una Orden como la de Licencias o la de Calidad.

38 Art. 154.1 Ley de Contratos de 2000; art. 256.1 Ley de Contratos de 2007, sobre obligaciones generales del contratista.

do; b) Objetividad y transparencia en los métodos utilizados para determinar el operador obligado, las ayudas y financiación; c) No discriminación entre los distintos operadores, procurando mantener el equilibrio en el mercado de forma tal que ningún operador obtenga ventajas o desventajas en su actuación en el mercado, como consecuencia de las obligaciones impuestas; d) Neutralidad económica y, en la medida de lo posible, tecnológica de las obligaciones impuestas y de las ayudas y financiación otorgadas; e) Prioridad de las opciones que permitan un menor coste para el conjunto del sector o que supongan una menor necesidad de financiación.

El carácter flexible y dinámico de las OSP se manifiesta también en la posibilidad de cese de la actividad como OSP en el supuesto en el que el Ministerio competente (MITYC) constate que cualquiera de los servicios callificados como OSP se está prestando en competencia, en condiciones de precio, cobertura y calidad de servicio similares a aquellas en que los operadores designados deben prestarlas, el legislador permite que el Ministerio pueda determinar el cese de su prestación OSP y, en consecuencia, de la financiación prevista para aquellas, previo informe de la CMT y audiencia a los interesados (art. 26.2 RSU 05)

5. La gestión directa por el Estado en caso de incumplimiento de las OSP

En el caso de incumplimiento de las OSP de telecomunicaciones, el legislador permite la asunción de la gestión directa por el Estado si bien con determinadas condiciones y requisitos. En efecto, se otorga la potestad sólo al Gobierno quien, previo informe preceptivo de la CMT, e igualmente con carácter excepcional y transitorio, pueda acordar la asunción la gestión directa de los servicios o redes. También puede acordar, con las mismas condiciones, intervenir la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas (art. 4.5 LGTel 03[39]). Además, estos supuestos tienen algunos caracteres comunes con la gestión directa del servicios y redes por el Estado para garantizar la seguridad pública y la defensa nacional. Además del carácter excepcional y transitorio de esta medida, se ha de adoptar "de acuerdo con el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio" (art. 4.5 LGTel 03), referencia que debe hacerse a la Ley de Contratos del Sector Público cuando ordena la intervención del servicio (art. 261 LCSP), el rescate del servicio por razones de interés público (art. 263.2 LCSP) y otras cuestiones generales sobre la resolu-

39 Los acuerdos de asunción de la gestión directa del servicio y de intervención de éste o los de intervenir o explotar las redes se adoptan por el Gobierno por propia iniciativa o a instancia de una Administración pública territorial. En este último caso será preciso que la Administración pública territorial tenga competencias en materia de seguridad o para la prestación de los servicios públicos afectados por el anormal funcionamiento del servicio o de la red de comunicaciones electrónicas.

ción del contrato (arts. 262 a 264). La gestión directa por el Estado de redes o servicios de comunicaciones electrónicas supone una medida de control sobre los operadores que tengan asignados el cumplimiento de las OSP y no actúen conforme a ellas, quizás la más intensa, junto a la posibilidad de ejercer la potestad inspectora y sancionadora (arts. 56 y 58 LGTel 03).

Desde el punto de vista subjetivo, el control del cumplimiento por los operadores de las OSP y del SUT se efectúa por las ANR[40], y también por las instituciones comunitarias que velan por la correcta adaptación de la Directiva de Servicio Universal y otras normas en cada uno de los Estados miembros. Hasta aquí nos ocupamos del análisis del régimen jurídico de las OSP de telecomunicaciones en general, es momento de adentrarnos en el estudio detenido del SUT.

V. El Servicio Universal de Telecomunicaciones

El SUT implica una especie dentro del género de las OSP. El servicio universal ofrece un perfil concreto y determinado, y no coincide con otras nociones afines como son las de servicio público, SIG o SIEG. Según define la LGTel 03 constituye "el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible". Se trata de un conjunto de prestaciones esenciales o mínimas en un determinado momento y lugar al que cualquier usuario tiene derecho, aun cuando el mercado no los preste de forma natural. Este concepto entraña, de un lado, que se tiene que asegurar a todos los ciudadanos un mínimo de prestaciones de telecomunicaciones a las que tienen derecho a recibir de una forma continuada, y, de otro lado, que los operadores pueden ser obligados a prestar el servicio universal (OSP). Así pues, el derecho de acceso a las comunicaciones electrónicas previsto en el art. 3 como principio general de la LGTel 03 , adquiere un alcance distinto si se trata del servicio universal o no.

40 Art. 46 y ss LGTel 03. Corresponde al MITYC el control y el ejercicio de las facultades de la Administración relativas a las obligaciones de servicio público y de carácter público (art. 20.4 LGTel 03). También corresponde al MITYC el control y el ejercicio de las facultades de la Administración reguladas en el título III, sin perjuicio tanto de las competencias de la CMT en relación con el servicio universal, como de la CDGAE y del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de precios (art. 25 RSU 05). La CMT ejerce las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomienda el título III de la LGTel 03, así como la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, y en materias relacionadas con las guías telefónicas y la financiación del servicio universal (art. 48.3 LGTel 03). Vid. SALA ARQUER, J.M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Cuadernos Civitas, 2000, p. 20 y 65 ss; MARTI DEL MORAL, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, INAP, 2000, p. 21 y ss; CHINCHILLA MARÍN, C., "Obligaciones de servicio público", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y QUADRA SALCEDO, T., (Coord.), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre,* Thomson Civitas, 2004, Madrid, p. 362 y 363.

Una de las características del SUT es que se ha ofrecer a un precio asequible, concepto que se utiliza en el art. 22.1 LGTel y se define en el art. 35 RSU 05[41] en relación con la potestad administrativa de fijación de precios. De otra parte, el SUT ha de ser accesible para todos los ciudadanos. Pasamos a abordar el régimen jurídico del SUT en nuestro ordenamiento por el orden siguiente: contenido del SUT o prestaciones que incluye; sujetos obligados a prestar el SUT y forma de determinación; y la financiación del SUT.

1. Prestaciones incluidas en el contenido del SUT

El contenido de las prestaciones que se incluyen, en la actualidad, en el concepto de SUT se contempla en el artículo 22 de la LGTel 03 y se pueden agrupar en cuatro: a) la conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y el acceso a la prestación del servicio telefónico disponible al público; b) que se ponga a disposición de los abonados una guía general del número de abonados y el correspondiente servicio de información sobre la misma; c) que exista una oferta suficiente de servicios públicos de pago; d) especial referencia al colectivo de usuarios discapacitados y a los que tienen necesidades sociales especiales[42]. Pasamos a desarrollar el contenido material de cada una de las prestaciones que se insertan en el concepto de servicio universal de telecomunicaciones[43].

A. Acceso a la red telefónica pública desde una ubicación fija

La "exigencia básica" –usando la expresión de la Directiva 2002/22/CE- del SUT consiste en la garantía de que todos los usuarios finales, con independencia de sus circunstancias, puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. En términos de la Ley incluye que "todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación

41 Vid. Transitoria 3º LGTel 03. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta de los Ministros de Industria, Turismo y Comercio y de Economía y Hacienda, y previo informe de la CMT, garantiza el carácter asequible de los precios de los servicios incluidos dentro del servicio universal conforme a los requisitos del art. 35.1 RSU 05.

42 El RSU 05 dedica el Capítulo III al "Servicio universal", en particular, los artículos 27 a 52. Según la Directiva sobre servicio universal de 2002, la expresión «acceso desde una ubicación fija» se refiere a la residencia primaria del usuario final y no a la exigencia de que los operadores utilicen tecnología fija. Por otra parte, el servicio universal no cubre la movilidad personal (el acceso en cualquier lugar). También, en relación a la referencia a las transmisiones de datos a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet se entiende como exigencia limitada a una única conexión de banda estrecha, que debe ser capaz de soportar las comunicaciones de datos a unas velocidades suficientes para el acceso a servicios en línea tales como los prestados a través de la Internet pública. Esto debe permitir un acceso satisfactorio a Internet, aunque los Estados miembros puedan exigir que la conexión sea del nivel de que disfruta la mayoría de los abonados.

43 CARLÓN RUIZ, M., "Qué: contenido –actual y futuro- del servicio universal de telecomunicaciones" en *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson Civitas, 2007, Madrid, p. p. 107 y ss.

del servicio telefónico disponible al público, siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen[44].

La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. No obstante, la conexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente"[45].

Esta conexión a la red tiene que permitir a los usuarios acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, incluyendo, al menos, la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales, y acceder, igualmente, a la prestación del servicio de datos, permitiendo el "acceso funcional" a Internet y, ahora también desde 2007, se pretende y debate a escala comunitaria como ya hemos señalado, comunicaciones "en banda ancha"[46] (art. 28 RSU 05).

En sentido similar se manifiesta la Comisión europea respecto de las comunicaciones móviles, cuando afirma que el último análisis lleva a la conclusión de la primera revisión de que el suministro competitivo de comunicaciones móviles en la UE hace que los consumidores dispongan ya de un acceso asequible generalizado a las mismas. Por tanto, no se cumplen las condiciones para incluir las comunicaciones móviles en el servicio universal, según establece el anexo V de la Directiva. En definitiva, a juicio de la Comisión europea, con la actual interpretación de la Directiva, no cabe incluir en el servicio universal comunicaciones móviles ni las de banda ancha.

De otro, lado, como resulta obvio, no nos encontramos ante una garantía ilimitada, sino que encuentra su límite cuando el RSU 05 prevé que el operador designado para prestar el servicio universal deberá satisfacer las "solicitudes razonables" de conexión a la red telefónica pública, desde una ubicación fija. Tal concepto se vincula a criterios urbanísticos con la competencia última del Director General de Telecomunicaciones y

44 La Orden PRE/531/2007, de 5 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de la CDGAE, de 25 de enero de 2007, por el que se aprueban las condiciones para gestionar la asequibilidad de las ofertas aplicables a los servicios incluidos en el servicio universal, en el punto 2 del anexo, contempla la estructura de la oferta de servicio universal relativa al servicio telefónico fijo.

45 Este apartado es el que refleja mejor el carácter evolutivo y en permanente adaptación a la realidad social y tecnológica del concepto de servicio universal. Por este motivo se ha visto modificado ya en dos ocasiones: 1) el antiguo art. 37.1 de la LGTel 98 no contenía aún una referencia expresa al "acceso funcional a Internet", que se introdujo mediante la Disposición Final 3ª de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; 2) este apartado ha sido modificado recientemente por el artículo 7 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, en particular modifica el art. 22.1 letra a y c de la LGTel 03: "No obstante, la conexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente".

46 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones relativa a la segunda revisión periódica del alcance del servicio universal en las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de conformidad con el artículo 15 de a Directiva 2002/22/CE, Bruselas, 25.9.2008, COM(2008) 572 final.

Tecnologías de la Información para decidir sobre la cuestión, en el plazo máximo de 60 días naturales contados a partir de su recepción (artículo 29.2 RSU 05).

B. Una guía general del número de abonados y el servicio de información correspondiente

El segundo elemento del SUT comprende la provisión de guías telefónicas y de un servicio de información de las mismas. Se trata de lograr que estén disponibles para todos, es decir, que se unifique de forma general, incluyendo a todos los abonados, con independencia del operador, y que se preste el servicio a todos los usuarios, de forma gratuita, las guías, y a un precio asequible, el servicio de información[47].

La elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de los servicios de información sobre ellos se realizará en régimen de libre competencia[48]. De este modo, la determinación de quién tendría que ser el operador encargado de prestar este servicio ha generado algún que otro problema, que se resolvió asignando a Telefónica, como operador obligado a prestar el SUT transitoriamente, un número distinto para prestar el servicio de información comprendido dentro del servicio universal y otro para prestar el servicio de información en competencia[49].

En relación a las guías telefónicas generales, la normativa vigente advierte que todos los abonados al servicio telefónico, fijo o móvil, tienen derecho a figurar en dichas guías (art. 22.1 b) LGTel 03 y 30.1 RSU 05). Además, se garantiza expresamente a los abonados el derecho a la protección de datos personales, incluyendo el derecho a no

47 La Orden PRE/531/2007, de 5 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de la CDGAE, de 25 de enero de 2007, por el que se aprueban las condiciones para gestionar la asequibilidad de las ofertas aplicables a los servicios incluidos en el servicio universal fija en el punto 3 del anexo en relación a los precios de la oferta del servicio universal relativa al servicio telefónico fijo y del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados que los precios iniciales de las componentes de precios referidas en el punto anterior y del servicio de consulta telefónica sobre número de abonados, son los vigentes a la entrada en vigor de este Acuerdo. La CDGAE, a propuesta conjunta de los MITYC y de Economía y Hacienda y previo informe de la CMT, podrá suspender la aplicación de alguna de dichas modificaciones cuando lo considere necesario para garantizar la asequibilidad de los precios del servicio universal".

48 En la Sentencia del TS de 10 de julio de 2001, sobre el tratamiento conjunto de la elaboración de guías telefónicas y de la prestación del servicio de información telefónica, el Tribunal afirma que la entidad recurrente Telefónica considera que la Sentencia impugnada ha vulnerado los artículos 14 y 23.c) del RSU 98, en relación con el artículo 39 de la LGT 98, por confundir, sin base legal para ello, dos servicios que la Ley configura de forma separada, la elaboración de guías telefónicas y la prestación del servicio de información telefónica." (FJ 7º).

49 Sentencias del TS de 21 de julio de 2004 y de 28 de septiembre de 2006. En tales casos de confirma la resolución de la CMT que obliga a Telefónica a prestar el servicio de guías de abonados a todos con independencia de que sea su operador o no, por ser el obligado a prestar el servicio universal de telecomunicaciones transitoriamente. Recordemos que el MITYC fija los criterios para elaborar las guías de los abonados y sus actualizaciones y a la CMT le corresponde el control de las OSP derivadas del servicio universal (art. 35.2 LGTel 03) y la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia relacionada con las guías telefónicas (art. 48.3 letra d LGTel 03).

figurar en las guías (art. 38.6 LGTel 03)[50]. El RSU 05 en relación a las guías de abonados en el artículo 30 regula la actualización y la información mínima que debe contener. En relación con el servicio de consulta telefónica sobre el número de abonados, el RSU 05 en el artículo 31 resalta que se prestará a un "precio asequible"[51] y podrá tener carácter "gratuito" cuando se realice desde un teléfono público de pago de los regulados en el art. 32 RSU 05[52].

C. Una oferta suficiente de servicios públicos de pago

La tercera prestación mínima que se incluye en el concepto de SUT es la existencia de una "oferta suficiente" de "teléfonos públicos de pago"[53] en todo el territorio nacional situados en el dominio público de uso público

De otro lado, el RSU 05 trata de concretar los mínimos para considerar una "oferta suficiente" en cada ámbito geográfico. Por lo general, sólo se exige la instalación de un terminal en los municipios que tengan, como mínimo, quinientos habitantes, sumando un terminal más por cada mil quinientos (Disposición Transitoria segunda RSU 05). En los municipios que no superen ese nivel de población, la instalación del teléfono público de pago se convierte en obligación para el operador designado si concurren una serie de circunstancias fijadas por el RSU 05: "la existencia de una distancia elevada a facilidades similares, la baja penetración del servicio telefónico fijo, la falta de accesibilidad del servicio telefónico móvil o la elevada tasa de población flotante". Como garantía última del cumplimiento del servicio universal corresponde al Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información decidir si en un caso concreto debe instalarse o no un teléfono público de pago en cumplimiento de las reglas expresadas. De otro lado, los Ayuntamientos serán los que decidan acerca de las condiciones de instalación de los terminales en su dominio público. Esta cuestión no ha dejado de generar problemas en la práctica[54].

Igual que sucede respecto a las guías de abonados, como ya hemos señalado, en relación a la regulación de los teléfonos públicos de pago el RSU 05 es bastante completo

50 Esta cuestión ha suscitado algún que otro problema ante la Agencia de Protección de Datos. Sirvan de ejemplo, las resoluciones del Director de 14 de mayo de 2005 y de 24 de junio de 2005.

51 El art. 35.1 RSU 05 fija cómo ha de entenderse que los precios de los servicios incluidos en el servicio universal son asequibles para los usuarios y precisa que se cumplan un conjunto de objetivos.

52 La Orden PRE/531/2007, de 5 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de la CDGAE, de 25 de enero de 2007, por el que se aprueban las condiciones para gestionar la asequibilidad de las ofertas aplicables a los servicios incluidos en el servicio universal.

53 Apartado 33 del Anexo de la LGTel 03 y el art. 2 a) de la Directiva SUT.

54 Sobre los problemas que plantea la distribución de competencias normativas en las telecomunicaciones entre el Estado y los entes locales, vid. DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., La intervención de los Municipios en las Telecomunicaciones, Tirant lo Blanch, 2006, Valencia, p. 41 a 69.

y fija hasta el último detalle en el artículo 32[55]. Como novedad, se incluye la cláusula progreso en relación al servicio universal de telecomunicaciones cuando el art. 32, apartado 4, prevé que el operador "deberá mejorar progresivamente las condiciones de accesibilidad de los teléfonos públicos de pago fijando unos criterios de referencia.

D. Especial referencia al colectivo de usuarios discapacitados y a los que tienen necesidades sociales especiales

El último elemento que compone el concepto de SUT es el que trata de atender a las necesidades especiales que concurren en determinados colectivos más débiles, en particular, los usuarios finales discapacitados y los que se encuentren en condiciones sociales más frágiles. La regulación de este componente del servicio universal se fija en el art. 22.1, letras c), d), y e) de la LGTel 03 y en el artículo 33 del RSU 05[56]. En definitiva, la garantía de la asequibilidad queda en manos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (CDGAE), dejándola en un cierto grado de indefinición, ya que el artículo 35.1 RSU 05 especifica que a la CDGAE le corresponde "garantizar el carácter asequible" de estos precios, lo que incluye su fijación, y lo hará a propuesta conjunta con el MITYC y del Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe de la CMT.

2. Sujetos obligados a prestar el SUT y sistema de designación de los operadores obligados a prestarlo

Sólo los operadores designados serán los que tienen la obligación efectiva de prestar el SUT, esto no obsta para que todos los operadores estén obligados a coadyuvar en su financiación en la medida en que se constituya un mecanismo de co-financiación del coste neto derivado de su prestación[57].

---

55 Vid. Orden PRE/531/2007, de 5 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de la CDGAE, de 25 de enero de 2007, por el que se aprueban las condiciones para gestionar la asequibilidad de las ofertas aplicables a los servicios incluidos en el servicio universal.

56 En cuanto al colectivo de los discapacitados, la legislación sectorial vigente se preocupa de dar una garantía de condiciones equiparables de las de acceso de estos usuarios respecto de los demás sin discapacidad (art. 33.2 LGTel 03 y 32.4 RSU 05). Además de los discapacitados, la regulación vigente en materia de telecomunicaciones fija su atención en los usuarios finales con una serie de necesidades especiales, para que tengan acceso al servicio telefónico disponible al público o que puedan hacer uso del mismo. En particular, el RSU 05 restringe esta garantía exclusivamente a favor de "los colectivos de pensionistas y jubilados cuya renta familiar no exceda del índice que se determine, en cada momento, por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos" (art. 35.2 letra a) primero y Disposición Transitoria segunda, aparatado 4 RSU 05), y a los que se asegura el llamado "abono social".

57 CARLÓN RUIZ, M., "Quién: Mecanismos de designación del operador obligado a prestar el servicio universal" en *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson Civitas, 2007, p. 229 y ss.

El problema se plantea en el momento de fijar quiénes son los operadores concretos que deben prestar el SUT[58]. La designación puede ser limitada desde el punto de vista objetivo y territorial. El artículo 23 LGTel 03 prevé de forma expresa la posibilidad de que el Ministerio designe operadores diferentes para la prestación de diversos elementos del SUT y abarcar distintas zonas del territorio nacional. De esta forma, cualquier operador podrá ser designado para prestar total o parcialmente el servicio universal (art. 23 y 6 LGTel 03). Además, el sistema de designación de operadores encargados de garantizar la prestación del SUT se establece en el RSU 05 (arts. 36 a 38)[59], con sujeción a los principios de eficacia, objetividad, transparencia y no discriminación. En consecuencia, el procedimiento de consulta pública previo al procedimiento de designación en sentido estricto, persigue dar, a la luz de sus resultados, prioridad a un procedimiento de licitación pública, en el caso de que varios operadores muestren su interés en prestar el servicio universal. Cuando no sea así, queda a criterio del Ministerio que, de no considerarlo oportuno, aplicará un procedimiento de designación directa.

3. Financiación del SUT

La financiación del SUT resulta un tema clave puesto que en él inciden el mismo concepto de servicio como un conjunto mínimo de prestaciones accesibles y asequibles para todos los ciudadanos, y es esta noción la que obliga a aplicar un nuevo sistema de financiación distinto al que es propio de la fase de monopolio en las telecomunicaciones que presentaba un modelo específico basado en la Ley que regulaba el Contrato del Estado con Telefónica[60]. La novedad del SU muestra especial incidencia en la forma de

58 El RSU 98 preveía la prestación del servicio universal por operadores dominantes como requisito obligatorio y es que con carácter previo a la designación de un operador para la prestación del servicio universal, era "necesario que el Ministerio de Fomento constate que los servicios que se incluyen dentro del ámbito de aquél no se están prestando en el mercado, a precios asequibles" (art. 20.1 RSU 98). De otra parte, se admite la prestación del servicio universal por un operador designado mediante licitación pública (art. 21 RSU 98).

59 El RSU 05 ordena la prestación del SUT por un operador designado mediante licitación y con dos años de antelación a la finalización del plazo establecido para la prestación del servicio universal en una determinada zona (art 21 RSU 98 fijaba el plazo de 1 año), el MITYC realizará una consulta pública para determinar si existen operadores interesados en prestarlo (art. 37.1 RSU). Finalmente, el MITYC adjudicará el concurso al licitador que ofrezca las condiciones más ventajosas. En el supuesto de que, tras la consulta, ningún operador manifieste su interés en prestar el servicio, o en caso de que el concurso sea declarado desierto, la designación del operador encargado de prestar el servicio universal se realizará conforme al artículo 38 RSU por operadores con poder significativo en el mercado (art. 37.5 RSU 05). En este procedimiento, cualquier operador que tenga poder significativo de mercado en el suministro de la conexión a la red telefónica pública y en su utilización desde una ubicación fija en una zona determinada o que se encuentre prestando el servicio universal puede ser designado para prestar cualesquiera de los elementos incluidos en el SUT. Cuando en una zona determinada no existieran operadores con dicho poder significativo de mercado, se podrá designar a cualquiera de los operadores con mayor cuota de participación en dicho mercado. En cualquier caso, será necesaria la aprobación de una Orden, previo informe de la CMT (art. 38 RSU).

60 DE LA VALLINA VELARDE, J.L., *Régimen jurídico administrativo del servicio público tele*fónico, IEA, Madrid, 1971, p. 45 y ss; MUÑOZ MACHADO, S., Servicio público y mercado II. Las telecomunicaciones, Madrid, Civitas, 1998, p. 41 y ss.

financiación que se aleja de la que corresponde a los concesionarios de servicios públicos, pues se plantea en un entorno liberalizado, que además depende de las condiciones socioeconómicas de cada territorio, la rentabilidad de las inversiones y de la operación de los servicios, el grado de desarrollo de las telecomunicaciones de cada país[61].

De forma convencional, comentamos los principios generales establecidos en la Directiva SU y el régimen previsto en la legislación nacional, teniendo en cuenta también la jurisprudencia del TS sentada principalmente en las Sentencias de 10 julio y 30 noviembre 2007 aplicable en la materia.

A. Caracteres generales en la Directiva SUT

De partida, la Directiva SUT de 2002 no obliga a establecer en todos los casos la financiación del SUT, sólo "si fuera necesario" y esto es así cuando se demuestre que dichas obligaciones "sólo pueden cumplirse con pérdidas o a un coste neto no conforme a las prácticas comerciales normales" (Considerando 18). En efecto, la Directiva indica que "cuando una obligación de servicio universal represente una carga injusta para una empresa, conviene permitir que los Estados miembros establezcan mecanismos de recuperación eficaz de los costes netos"[62].

La Directiva SU permite la elección por parte de los Estados miembros de cualquiera de los mecanismos de financiación y compensación económica que delimita la norma comunitaria, que puede ser con cargo a los fondos públicos y/o de un mecanismo de distribución de los costes entre los suministradores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas[63]. De esta forma, la financiación puede proceder de los propios operadores o por otra vía, ya sea subvenciones públicas que deben reconducirse al sistema de ayudas estatales, sobre todo, tras la importante jurisprudencia sentada por el TJCE en la Sentencia Altmarkt[64], o un sistema combinado.

En todo caso, cualquier financiación del SUT ha de causar la menor distorsión posible al mercado y a las empresas, y ser compatible con lo dispuesto en los artículos 87 y 88 del Tratado CE. Además, "los mecanismos de financiación que se adopten deben velar por que los participantes en el mercado contribuyan exclusivamente a financiar

61 CHINCHILLA MARÍN, C., "Coste y financiación del servicio universal", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y QUADRA SALCEDO, T., (Coord.), *Comentario a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre,* Thomson Civitas, 2004, p. 543 y ss.

62 Art. 12.1 y 13.1 Directiva SUT.

63 Hay países que no han establecido instrumentos para el reparto del coste neto del SUT entre los distintos operadores (Alemania). Vid. Informe sobre el mercado único de las comunicaciones electrónicas 2007, Comunicación de la Comisión de 19/03/2008, COM (2008) 153; y la Comunicación de la Comisión de 25 de septiembre de 2008, relativa a la segunda revisión periódica del alcance del servicio universal en las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas COM (2008) 356.

64 Sentencias del TJCE de 24 de julio de 2003 (Asunto C-280/00, Altmarkt Trans).

las obligaciones de SUT, y no otras actividades no vinculadas directamente con el cumplimiento de dichas obligaciones", en concreto, se debe evitar que los usuarios de un Estado miembro contribuyan a la recuperación de los costes de servicio universal en otros Estados miembros, por ejemplo cuando efectúen llamadas de un Estado miembro a otro (Considerando 21).

En cuanto al control del sistema, corresponde a las ANR comprobar que las empresas beneficiarias justifiquen adecuadamente su solicitud, y estas deben comunicar a la Comisión Europea los sistemas de cálculo de costes y de financiación, de modo que esta pueda verificar su compatibilidad con el Tratado. Como advierte la Directiva, hay que tener en cuenta "que los operadores designados pueden tener interés en sobreestimar el coste neto de las obligaciones de servicio universal" y por ello, los Estados miembros han de velar por que se mantengan la transparencia y el control reales de los importes imputados a la financiación de dichas obligaciones (Directiva SUT, considerando 24).

Por último, cabe destacar de la Directiva SUT la prohibición a los Estados miembros de imponer a los agentes del mercado contribuciones financieras referentes a medidas que no formen parte de las obligaciones de SU, por cuanto que cada Estado miembro es libre de imponer medidas especiales (ajenas al alcance de las obligaciones de servicio universal) y de financiarlas de conformidad con el Derecho comunitario, si bien no puede hacerlo mediante contribuciones procedentes de los agentes del mercado (Considerando 25). En ese caso serán los Estados, por ejemplo, a través de los impuestos generales, y no los agentes del mercado específicos, los que deban asumir la eventual financiación adicional. Lo dicho anteriormente sirve de planteamiento general de la financiación en la Directiva SUT, atendemos en seguida a la legislación nacional.

B) La normativa nacional

El legislador español ha optado por un sistema de financiación del SUT que ha sido denominado de cofinanciación por el propio mercado, dejando a un lado las otras opciones que permite la Directiva SUT, de modo que se rechaza tanto la financiación con cargo a fondos públicos como mediante una tasa o canon, lo que no es asumido pacíficamente por los operadores de telecomunicaciones[65].

En el ámbito del servicio de la televisión, recordamos que el Estatuto de RTVE de 1980 en el art. 32.2 c) permitía diversas posibilidades que hasta el momento no se han puesto en práctica como fue la tasa o canon por la tenencia de aparatos de televisión, a diferencia de otros países europeos (Alemania, Francia, Italia) para el sostenimiento de las televisiones públicas. La principal fuente de financiación de las televisiones públicas

65 CARLÓN RUIZ, M., "Cuánto: La financiación del servicio universal" en *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson Civitas, 2007, Madrid, p. p. 269 y ss.

proceden de las subvenciones públicas, cuya aceptación pacífica dentro del derecho interno se pone en duda al ser examinada a la luz del derecho comunitario, si bien tras el Protocolo sobre la Radiofusión pública anexo al Tratado de Amsterdam, se admite con ciertas condiciones de contenido material que han sido asumidas por la legislación vigente[66].

La LGTel 03 y el RSU 05 atienden a las cuestiones que implican el régimen del sistema de financiación, teniendo en cuenta principalmente la legislación anterior (LGTel 98 y RSU 98), con algunas modificaciones introducidas por la Directiva de 2002 SUT y otras que responden a decisiones propias de una política concreta. Sin ánimo exhaustivo, comentamos brevemente los caracteres generales que aluden al sistema de financiación.

El legislador establece que todas las obligaciones que se incluyen en el SUT deben someterse a los mecanismos de financiación del art. 24 LGTel 03 (art. 22.3 LGTel 03). La CMT determinará si la obligación de la prestación del SUT puede implicar "una carga injustificada" para los operadores obligados a su prestación (art. 24.1 LGTel 03). El concepto de "carga injustificada" sustituye al de "desventaja empleado en la LGTel 98 que ha sido interpretado en las Sentencias de la AN de 21 octubre 2000 y en las SSTS de 10 julio y 30 noviembre de 2007, y al que nos referimos posteriormente.

En caso de que se considere que puede existir dicha carga injustificada, el coste neto de prestación del SUT será determinado periódicamente de acuerdo con los procedimientos de designación previstos en el artículo 23.2 LGTel 03, o en función del ahorro neto que el operador conseguiría si no tuviera la obligación de prestar el servicio universal. Cuando el operador designado tenga derecho a la financiación del coste neto del SUT, la CMT pondrá en marcha el mecanismo de financiación para compartir dicho coste neto y publicará en el BOE la lista de operadores obligados a contribuir, los datos referentes a dicho mecanismo y los principios aplicables al reparto de los costes (art. 47.1 RSU 05). De este modo, se garantiza en el mecanismo de compensación las condiciones de transparencia, por todas o determinadas categorías de operadores en las condiciones fijadas en el art. 24[67] y los arts. 47 a 52 del RSU 05.[68]

---

66 Con arreglo al Protocolo, cada Estado miembro es libre de definir la estructura de su servicio público de radiodifusión y organizar sus tareas de manera que sirva el interés general. La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal establece una financiación mixta, con una subvención pública dentro de los límites marcados por las normas y los criterios de transparencia y proporcionalidad que establece la Unión Europea y unos ingresos derivados de su actividad comercial sujetos a principios de mercado. Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "La Ley de la Radio y la Televisión de titularidad estatal", RAP núm. 2007, p. 37 y ss

67 En caso de aplicarse total o parcialmente un mecanismo de reparto entre los operadores y una vez fijado este coste, la CMT determina las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores. Las aportaciones recibidas se depositan en el Fondo Nacional del SU, que se crea por esta ley (art. 24.3 LGTel 03), gestionado por la CMT. En el caso de que se no justifique los costes derivados de la gestión del fondo, la CMT podrá proponer al Gobierno su supresión y, en su caso, el establecimiento de mecanismos de compensación directa entre operadores.

68 Art. 48.1 RSU 05. El art. 48.2 enumera los objetivos del mecanismo de financiación del servicio universal. El art. 49 RSU 05 se ocupa de los parámetros de reparto del coste neto entre los operadores obligados. Las aportaciones de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas obligados a financiar el servicio

Resta por comentar brevemente la doctrina jurisprudencial que ha interpretado el concepto de "desventaja competitiva" de la LGTel 98, dejando a un lado otras cuestiones también relevantes que no pueden ser objeto de atención[69] y son relativas a la competencia de la CMT para ejercer sus funciones ante la ausencia de normativa reglamentaria general que debía ser aprobada por el Gobierno y otras cuestiones.

La STS de 10 julio de 2007[70] aborda la determinación del coste neto del SUT prestado por Telefónica durante los años 1998 y 1999, y confirma la doctrina de la Sentencia SAN de 21 octubre 2004, que había anulado parcialmente la Resolución del Consejo de la CMT de 19 julio 2001, por la que se daban instrucciones para el cálculo de varios componentes del coste neto y declaración de que no han supuesto una "desventaja competitiva" en los años mencionados.

La SAN de 21 octubre 2000 alude a que se trata de "un procedimiento secuencial, en el que la determinación del coste neto es presupuesto y antecedente de su posible reparto. Por este motivo anula la Resolución porque había declarado la existencia de desventaja competitiva sin haber calculado los costes netos del SUT en 1998 y 1999[71]. Como indica esta Sentencia, "nuestro derecho no prevé que el servicio universal sea objeto de financiación compartida por el mero hecho de que su prestación suponga un coste neto positivo, sino que es necesario que implique "una desventaja competitiva" para el operador que lo presta (artículo 39.1 LGTel 98 y al artículo 22.1 RSU 98). Si bien ni la LGTel 98 ni el RSU 98 definen que se entiende por desventaja competitiva, pero de la norma tendrá que deducirse las bases para concretar tal concepto".

La SAN de 21 octubre 2001, confirmada por la STS de 10 julio 2007, interpreta el contenido del artículo 39.1 de la LGTel 98 de forma contraria a lo indicado por la CMT y

universal serán proporcionales a la actividad de cada uno y serán determinadas por la CMT. El procedimiento para fijar las aportaciones y llevarlas a cabo será el fijado en el art. 51.4 RSU 05.

69 Otra cuestión distinta es el alcance de la competencia para dictar normas reglamentarias sobre el cómputo del coste del servicio universal y la determinación de la competencia de la CMT para fijar el concepto de "zona geográfica no rentable" (art.. 38.2 y 39.1 de la LGTel 98)

70 LA STS de 10 julio 2007 (casación núm. 11387/2004, Sala Tercera, Sección Tercera) desestima el recurso de casación interpuesto por Telefónica contra la SAN de 21 octubre 2004 en el recurso contencioso-administrativo núm. 1651/2001. A su vez, la Sentencia de instancia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por Telefónica contra la Resolución del Consejo de la CMT de 19 julio 2001, por la que se daban instrucciones para el cálculo de varios componentes y declaración de que no han supuesto una "desventaja competitiva. La Sentencia de la AN de 21 octubre 2004 anuló parcialmente la Resolución en lo relativo a la inexistencia de desventaja competitiva durante los años 1998 y 1999, disponiendo la retroacción de actuaciones al objeto de que lleve a efecto la determinación del coste neto para cada una de las anualidades indicadas, y desestimando el recurso con relación al resto de los pronunciamientos contenidos en la resolución.

71 Art. 39.2 LGTel 98 "La Sentencia de la AN de 21 octubre 2004 observa que "el iter procedimental seguido por la Administración no se ajusta a la LGTel 98 y al RSU 98 porque entra a valorar la declaración del coste neto de las obligaciones del servicio universal que formula Telefónica; pero, tras rechazarlas, y disponer en la parte resolutiva del acuerdo recurrido que no aprueba el resultado del calculo del coste neto del servicio universal durante los años 1998 y 1999, declara que la prestación del servicio universal y los costes netos incurridos durante 1998 y 1999 no han supuesto para la operadora "desventaja competitiva". Quedan de esta forma sin calcular los "costes netos del servicio universal" (FJ 4º).

"entiende que la CMT no actúa, en tal caso, en el ejercicio de una potestad discrecional, sino que la proposición "desventaja competitiva", "carga injustificada " u otras similares, es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (entre otras STS 13 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985, 11 de junio de 1991 y 19 de julio de 2000). En la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la jurisprudencia diferencia entre las zonas de certeza positiva y negativa y un llamado" halo o zona de incertidumbre "que suele implicar la utilización de criterios valorativos que requieren, en muchos casos, un conocimiento técnico preciso, de forma que resulta necesario en tales supuestos, para rectificar la apreciación que de aquél haya hecho la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad (STS 19 de julio de 2000).

En esta materia, de nuevo tiene su relevancia la distinción clásica entre la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa[72]. Sin necesidad de entrar de lleno en ese tema, interesa notar que el control judicial tiende a verificar la función delimitadora de la Ley que atribuye a tales conceptos cuando son aplicados por la Administración[73].

Pues bien, volviendo a la SAN de 21 octubre 2001 en el FJ 11 afirma que para determinar la proposición "desventaja competitiva" se requiere valorar una serie de conocimientos técnicos precisos que exceden de los criterios o parámetros jurídicos y, por tanto, exige la acreditación de que la Administración ha actuado con arbitrariedad o irrazonabilidad en la determinación de la llamada "zona de incertidumbre" de tal concepto jurídico, en otro caso, se pretende una sustitución judicial de la valoración técnica efectuada por la Administración, sin acreditar que la valoración efectuada por la misma fuera arbitraria.

Por último, la STS 30 noviembre 2007 afirma que el art. 39.1 LGTel atribuye la capacidad de elaborar una definición sobre la desventaja competitiva, que puede "ser revisada por esta jurisdicción en caso de que la misma pueda reputarse de arbitraria, irrazonable o poco justificada". En cuanto al fondo, entiende que "la concepción de la desventaja competitiva basada en la idea de que la misma supone un perjuicio en la posición relativa y capacidad para competir con los restantes operadores y su valoración en función de los respectivos volúmenes de negocio, costes de mercado o indicadores análogos, tal como se explicita en el apartado IX de la Resolución impugnada de la CMT y como asume la Sala de instancia, es una definición fundada y razonable que no puede ser calificada como contraria a la Ley y Reglamentos que la determinan" (STS 30 noviembre 2007, FJ 5).

---

72 SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, 1976, p. 191 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 2006, Thomson-Civitas, p. 463 y ss.

73 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I , 2006, p. 469 y ss

VI. Recapitulación

Como se ha mencionado anteriormente, la liberalización de las telecomunicaciones introducida por la LGTel 98 ha supuesto la transformación del régimen jurídico que giraba en torno a la calificación de todas las actividades como servicio público a partir de la LOT de 1987 y la introducción de la categoría de servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, con la consiguiente apertura del mercado a todos los operadores. No obstante, tanto la normativa comunitaria como la nacional no abandonan la técnica de servicio público que aparece bajo una nueva apariencia, las obligaciones de servicio público y entre ellas el SUT, con las que se pretende atender a los fallos del mercado, ofreciendo el acceso de todos los usuarios a una serie de prestaciones mínimas con las que se garantiza la cohesión social y económica, que es uno de los valores comunes de la UE y es garantizado en definitiva por las instituciones comunitarias a tenor de lo dispuesto en las Directivas de 2002. Como se ha visto, las previsiones de la LGTel 03 y del RSU 05 en materia de OSP tienen la experiencia de varios años de aplicación de la normativa anterior, que ha sido interpretada por la jurisprudencia, despejando dudas e incertidumbres sobre cuestiones jurídicas que implican el control de la discrecionalidad, de los conceptos jurídicos indeterminados, las relaciones entre la Ley y el reglamento, y de éstos con las instrucciones que puede dictar la CMT como garante del SUT, los derechos y derechos de los operadores de las telecomunicaciones y los derechos de los usuarios, materias que no pueden ser atendidas sino en cada caso concreto y no pueden ser resueltas con la simple elaboración y aplicación de normas generales que, por otra parte, deben adaptarse a los cambios técnicos y tecnológicos destinados a la convergencia de los sectores ya conocidos.

Sobre la Regulabilidad de Internet[*]

Ramon-Jordi Moles i Plaza[**]

1. El dónde, cuándo, quién y cómo del ciberespacio; 1.1. El "dónde" del ciberespacio; 1.2. El "cuándo" y "quién" en el ciberespacio; 1.3. El "cómo" en el ciberespacio; 2. La regulabilidad del ciberespacio; 2.1. Código abierto y código cerrado; 2.2. Las estructuras de control; 2.3. Autorregulación y derecho blando; 2.4. Servicio público e internet; *3. La intervención administrativa en el ciberespacio; 3.1. La intervención administrativa del ciberespacio; 3. 2. La intervención administrativa sobre los cibernautas; A) Sobre las cookies; B) Sobre los certificados digitales; 4. Conclusión.*

1. El dónde, cuándo, quién y cómo del ciberespacio

1.1. El "dónde" del ciberespacio

Las comunicaciones electrónicas, mejor: el sistema reticular de comunicaciones electrónicas que integra voz, imagen y datos[1] es hoy probablemente el principal medio de transmisión de ideas, información en general y también, cada vez más, para la realización de actos jurídicos. De lo que no cabe duda es de que su uso masivo es un hecho incontestable y las consecuencias jurídicas de su existencia modifican , no puede ser de otro modo, las estructuras del Derecho, especialmente del Derecho Público.

Ha surgido así este concepto, cada vez más utilizado para describir la superación de las limitaciones que establecían el espacio y el tiempo: el entorno virtual. En este sentido, el conocimiento y la comunicación se desarrollan en un nuevo contexto que es el "espacio virtual". Un nuevo espacio que requiere también de una nueva regulación,

---

* *El presente artículo tiene como base la revisión de parte de la obra publicada por el autor en 2004 "Derecho y control en Internet" (Ed. Ariel). Tomando en consideración el marco de la invitación a participar en esta obra colectiva resulta conveniente plantear una reflexión sobre Internet como objeto de regulación y sobre cómo su naturaleza y estructura condicionan el quehacer del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular. No se trata, pues, en estas líneas de efectuar ni un estudio de derecho comparado ni una disección del derecho positivo en este campo; menos aún cuando en algunos ámbitos conceptuales presentados el derecho positivo español es todavía hoy incipiente, lo que obliga a bucear en textos y citas datados en fechas de la prehistoria de Internet.. Se trata de provocar la curiosidad del lector sobre algunos aspectos que resultan cruciales para la regulación, no sólo de Internet, sino del ciberespacio y las Tecnologías de la Información y Comunicación en general: el concepto de espacio, de tiempo, de regulabilidad o de intervención administrativa en este ámbito deben ser objeto necesariamente de adaptaciones a este contexto si pretendemos que mantengan, al menos, una eficacia parecida a la que presentan en el contexto físico.*

** *Profesor Titular de Derecho Administrativo – Universitat Autònoma de Barcelona.*
Director del Centro de Investigación en Gobernanza del Riesgo (GRISC-UAB).

1 De hecho Internet es también la confluencia entre telecomunicaciones,comunicación y TIC. tal como contempla el Libro Verde la UE 3/12/1997 sobre la convergencia.

incluso de las libertades públicas, cómo ya anticipó la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 26 de junio de 1997 sobre la Ley de Decencia en las Comunicaciones. Se trataba de una Ley que el Gobierno Clinton intentó aprobar en Febrero de 1996 destinada a controlar Internet en aras de la protección a la infancia y que pretendía establecer un código de conducta en la Red en Estados Unidos, tratando de evitar la presencia en ella de material que pudiera considerarse obsceno o violento. Entre otras cosas, se pretendía crear una lista de "palabras prohibidas" que no podían emplearse en chats ni publicarse en páginas web por considerarlas obscenas. El absurdo más evidente se evidenciaba al prohibir palabras que pueden tener dos significados según el contexto: no es lo mismo la palabra "mama" en una site ginecológica que en una pornográfica.

En respuesta a esta iniciativa legislativa, varias organizaciones de ciberderechos y de derechos civiles, encabezadas por la American Civil Liberties Union (ACLU), llevaron a juicio esta Ley en primera instancia ante un Tribunal de Pensilvania. El fallo de la Corte del Distrito Este de Pensilvania, en el caso entre la American Civil Liberties Union versus Janet Reno, Fiscal General de los Estados Unidos, es en sí mismo un manifiesto de la libertad[2] Surge así en la Red una nueva dimensión del ejercicio de las libertades públicas y de los derechos de los ciudadanos. Prueba de ello son las conclusiones a las que llega dicha sentencia; entre ellas que el Gobierno de EUA no podrá a través de la Ley sobre la Decencia en las Comunicaciones intervenir sobre los contenidos de Internet.

De hecho el fenómeno del control administrativo sobre Internet es consustancial a la existencia de la red. Ya en los albores de Internet, en un artículo titulado "El efecto Gilmore"[3], David Casacuberta, primer presidente de Fronteras Electrónicas España, explicaba que Internet siente la censura como si fuese un daño y se reorganiza para contrarrestarla. El mecanismo lo hemos visto en acción cientos de veces: un gobierno o una corporación intentan silenciar un determinado documento. La red, sin embargo, responde rápidamente y al cabo de pocos días existen cientos de copias en todo el mundo del documento censurado. El resultado final no es solamente que el documento original no

2 "*Dejando aparte las siglas y el argot que han sembrado la vista, Internet puede muy bien ser descrita como una conversación universal sin fin. El Gobierno no puede, a través de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones, interrumpir esa conversación. Como la forma participativa de expresión de masas más desarrollada jamás conocida, Internet merece la más estricta protección frente a la intrusión gubernamental. Es cierto que muchos encuentran algunas de las expresiones o manifestaciones en Internet ofensivas y es cierto, también, que, en medio del estruendo del ciberespacio, muchos oyen voces que consideran indecentes. La ausencia de regulación gubernativa de los contenidos de Internet ha producido, incuestionablemente, una especie de caos, pero, como uno de los expertos propuestos por los demandantes indicó en el curso de la vista, lo que ha hecho de Internet un éxito es el caos que representa. La fuerza de Internet es ese caos. Como sea que la fuerza de Internet es el caos, la fuerza de nuestra libertad depende del caos y de la cacofonía de la expresión sin trabas que protege la Primera Enmienda. Por estas razones, sin dudarlo, considero que la Ley de Decencia en las Comunicaciones es "prima facie" inconstitucional y concedo las medidas cautelares solicitadas."*

3 SÁNCHEZ ALMEIDA, C. "La regulacion de la sociedad de la información" Citado en la Comparecencia ante el Senado,(Comisión de la Sociedad de la Información y el Conocimiento), de D. Carlos Sánchez Almeida , Presidente de Kriptópolis, celebrada el martes 4 de septiembre de 2001. (Http://www.tuad.com/gnu.)

ha podido ser silenciado: de hecho, el texto censurado se ha hecho mucho más famoso y conocido de lo que era antes del ataque censor. La Red responde como un cuerpo vivo ante un ataque vírico. Y responde así porque la esencia de la Red, incluso a nivel técnico, es el libre intercambio de información: la Red fue diseñada para que la información llegase a todas partes por cualquier vía, bajo cualquier amenaza o ataque, incluso en el supuesto de un ataque nuclear. En este contexto, ¿cuáles son entonces los elementos regulables de la Red?, ¿qué técnicas regulatorias resultarán más eficientes?, ¿cómo deberá "formatearse" nuestro Derecho Administrativo para comprender y emprender su tarea de protección de los intereses públicos y privados en juego en este ámbito?.

Nuestro Derecho Administrativo es, en palabras de Garcia de Enterría, "el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas"[4], se trata, pues, del Derecho estatutario de las Administraciones Públicas. Unas Administraciones que hallan en el factor territorial un elemento esencial para su construcción teórica. El concepto de territorio, de espacio, impregna el quehacer de nuestras Administraciones: desde la idea de soberanía territorial hasta los mecanismos de gestión catastral, pasando por la estructura del propio Estado Autonómico o el concepto de término municipal. El territorio, en tanto que plasmación física del quehacer administrativo, configura el conjunto de nuestro Derecho Administrativo clásico hasta el punto de que éste llega a desarrollar una arquitectura autónoma, el Derecho Urbanístico, dedicado a la administración del territorio. El territorio es pues en nuestro Derecho Administrativo tanto un marco operativo, un presupuesto en este sentido, como un objeto de regulación.

La aparición de las redes digitales de comunicación, específicamente Internet, no tanto cómo objeto de regulación, sino como campo de acción de carácter "virtual" paralelo al ya conocido territorio o campo "físico", da lugar a nuevas perspectivas que obligan a nuestro Derecho Administrativo a adaptarse a un entorno absolutamente distinto, siendo este extremo constatado proféticamente hace ya algunos años por diversos autores[5] En este sentido Internet pone en cuestión, por ejemplo, el concepto tradicional de soberanía territorial: la acción de la Administración en relación a unos administrados en

4 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo FERNÁNDEZ Tomás-Ramón "Curso de Derecho Administrativo" Ed. Civitas, 2000, Madrid Vol. I pág. 31

5 Así lo indicó MAESTRE, J. en "El papel de la función legislativa con ocasión de la ley de servicios de la sociedad de la información" Comparecencia ante el Senado (Comisión de la Sociedad de la Información y el Conocimiento) celebrada el martes 4 de septiembre de 2001:
"En esta época que parece como el principio del último estadio del proceso de mundialización, aparece algo, Internet, que va más allá de lo que antes se haya llegado, pues nos introduce en un mundo, no ya global o mundializado, sino, simplemente, desterritorilizado, es decir, que se desarrolla al margen de los territorios y donde sus principales identidades están llamadas a ser desterritorializadas o, al menos, como indica Muñoz Machado, en su obra, "Servicio público y mercado." Civitas. 1998, territorialmente discontinuas.
Pero por ventura o desgracia todavía no contamos con un adecuado entramado institucional globalizado que vertebre adecuadamente la sociedad que está emergiendo. Una sociedad que no nacerá al margen de la actual, una sociedad que integrará en su seno lo que llamamos la Sociedad de la Información, es decir, Internet.

un territorio concreto constituye el esquema general sobre el que se ha desarrollado el Derecho Administrativo clásico. Cualquier modificación respecto del mismo deslegitimaba el actuar de la Administración: la actuación extraterritorial, faltada de competencia material o sobre unos sujetos situados fuera del alcance de la acción administrativa era por principio condenada a la nulidad. Pues bien, este mecanismo que ha venido rigiendo desde la creación del Estado moderno queda absolutamente desenfocado con la aparición de Internet y con el fenómeno de la globalización , del que Internet es un buen ejemplo.[6].

La soberanía de los Estados ha encontrado, pues, en el urbanismo del ciberespacio una frontera difícil de superar, más aún cuando la libertad en la Red se ha convertido en una manifestación decisiva de las libertades públicas, en una nueva expresión de las garantías de los ciudadanos. Vemos así, como en el futuro, ya en nuestro presente, uno de los campos de trabajo de los juristas se va a centrar en la defensa de las libertades en las redes abiertas de comunicación constituidas en un urbanismo aparentemente anarquizante, pues esta libertad en estado puro constituye un reto para los gobiernos que quieren ver en las razones de interés general y seguridad pública una justificación o legitimidad para controlar la localización y el acceso de información en la Red, así como para identificar a los usuarios del ciberespacio. En otras palabras, el "dónde" del ciberespacio es otro "dónde". Es un "dónde" aparentemente excluido de las técnicas de control administrativo propios del "dónde" del espacio físico, a pesar de que las demandas de protección de intereses públicos y provados que se plantean en nuestro Derecho Administrativo en este ciberespacio plantean retos que nos obligan a "declinar" y/o adaptar nuestra concepción administrativa del espacio y del territorio.

1.2. El "cuándo" y "quién" en el ciberespacio

Identidad y tiempo constituyen parámetros imprescindibles de cualquier construcción jurídica. Sujetos (y aquéllo que les afecta, cómo identidad, capacidad y personalidad) y proceso (en otras palabras: ritmo temporal o "tempo") suponen piezas impres-

Esta sociedad en red, acaso desvinculada de los territorios, o al menos de manera distinta a como hoy lo estamos, reclamará sin duda un nuevo pacto social que ofrezca el entramado institucional necesario como para vertebrarse y defender los derechos fundamentales de sus integrantes."

6 MUÑOZ MACHADO S. en "La regulación de la red" Ed. Taurus, Madrid 2000 pg. 98 aboga frente a ello por un planteamiento cosmopolita basado en

" 1. ampliar la legislación para reestructurar los mercados con el fin de evitar su indeterminación y los grandes costes sociales y mediambientales que generan

2.Establecer nuevas formas de coordinación económica que superen las insuficiencias del FMI y BM

3. Desarrollar medidas que regulen la volatilidad de los mercados financieros internacionales derivada de la búsqueda especulatica a corto plazo.

4. Alivio de los casos de malestar económico evitables

5. Ampliar formas y procesos democráticos por encima de las fronteras territoriales ampliando poderes del Parlmento Europeo. El sistema cosmopolita funciona a partir de una pluralidad de instiutuciones (un arco común de instituciones)"

cindibles del operar jurídico en la medida en que , sin ellos, no es posible alcanzar a comprender la auténtica magnitud del Derecho.

Internet parece que otorga el don de la ubicuidad: el administrado –el quién- puede estar simultáneamente en el espacio " real" y en uno o varios espacios "virtuales".[7] Esto significa que un sujeto puede disponer al mismo tiempo, a la vez, de una identidad en el espacio real y de varias identidades distintas en Internet. ¿Hasta qué punto esta pluralidad de identidades puede generar un conflicto de competencias entre Administraciones o facilitar la evasión del administrado respecto de la acción administrativa?. A mi juicio se trata de un problema, el de la ubicuidad, de escasa entidad desde la perspectiva del Derecho Administrativo en la medida en que la identidad que primará en el tráfico "virtual" será necesariamente la que coincida con la identidad "real". Dicho de otro modo: no es posible contratar ni desarrollar tráfico jurídico público o privado en Internet bajo una identidad que no se corresponda con una identidad existente en el mundo real. Otra cosa es que esta identidad sea validada o no. En este segundo supuesto nos hallaremos ante una falsificación o suplantación. Sí es posible, en cambio, "jugar" en Internet a identidades diversas pero sin consecuencias jurídicas.

De igual modo podemos reflexionar sobre el concepto jurídico del tiempo –el cuándo– en Internet, que merece algunas puntualizaciones. La primera es que Internet dispone, además de un espacio propio –el ciberespacio–, de un tiempo propio. En el espacio físico o "real" es evidente que la utilización simultánea de espacio y tiempo puede generar conflictos: la vinculación espacio-temporal es una de las fuentes de los conflictos jurídicos. Es por ello que, desvinculando el espacio de la utilización del tiempo, se evitan algunos de los mismos. En nuestro Derecho Administrativo es de sobras conocido el denominado "régimen de cola" en la asignación del derecho de uso de servicios públicos. Las colas para acceder a la consulta médica de la sanidad pública se pueden regular a través de la creación de listas de espera, por lo que se excusa la presencia física permanente mediante el reconocimiento de un derecho basado en un ordinal obtenido a través de una presencia física anterior. En resumen, se excluye el uso del espacio físico para evitar el conflicto.[8] Nuestro Derecho utiliza además el concepto de tiempo, por ejemplo, en la regulación procesal (los plazos) y en la gestión de derechos subjetivos (constitución y extinción de los mismos). En este orden la existencia de Internet, del ciberespacio en

7 Esta tesis es desarrollada por LESSIG L. en "El Código y otras leyes del ciberespacio" Madrid. Ed. Taurus 2001. pág. 132 y ss.

8 Los conflictos que dichos supuestos cotidianos de ocupación espacial generan, se combaten tradicionalmente mediante dos sistemas:
– Una asignación de plaza específica. Así tenemos las entradas numeradas en los espectáculos o las plazas de un avión.
– La recogida de un número ordinal, que posteriormente será el citado, siendo la posesión de éste el que nos otorga el derecho. Lo encontramos, por ejemplo, en las colas de los supermercados y en las instalaciones de las Administraciones Públicas.

general puede suponer una interesante novedad en la medida que puede permitir la posibilidad de acortar los plazos procesales a pesar de que un sector doctrinal se opone a ello porque el plazo refleja también el ejercicio del derecho a la defensa .

Las normas jurídicas mantienen en general una relación compleja con el tiempo: la irretroactividad o la "vacatio legis" son sólo dos ejemplos de conceptos jurídicos esencialmente temporales. Pues bien, constatada la existencia y algunas de las características del ciberespacio, ¿podemos plantearnos el mismo ejercicio con el cibertiempo? ¿puede este cibertiempo afectar al ciberderecho?

Por de pronto Internet es incierto en cuanto al tiempo en la medida en que en Internet se produce un nuevo fenómeno temporal, que es el de la incertidumbre, consistente en el desconocimiento de la calidad o exactitud temporal de la información recibida, puesto que no conocemos el momento de emisión de esa información. La información de Internet no está siempre actualizada, incluso aunque creamos que efectivamente lo está, puesto que es posible que el navegador esté trabajando desde la memoria caché y, por tanto, con datos del pasado que están grabados en ella. Por tanto, la presunción de certeza que mantenemos en cuanto a la actualización de la información de Internet puede ser falsa, debido a nuestra no comprobación sistemática de la actualización. Excepto si estamos seguros de haber actualizado, no podemos afirmar terminantemente que la información verificada sea la exacta en ese momento. Internet permite pues modificar la información "en tiempo real" e incidir en la modificación de ese lapso, tanto mediante procedimientos técnicos involuntarios como voluntariamente mediante el uso de programas específicos de modificación del momento de transmisión o recepción de la información. Existe pues una distancia temporal emisor-receptor que se produce por el efecto de permanencia de la información en la Red, como si de un tablón de anuncios se tratara que no indica la fecha de inserción de los mismos.

Vemos pues que la calidad del cibertiempo no es igual que la del tiempo del mundo físico y que por tanto, el Derecho debe tratar a ambos tiempos de diferente manera en la medida en que la existencia del ciberespacio impide los conflictos espacio-temporales del mundo real. También podemos concluir pues que el tiempo de Internet (el cibertiempo) sufre una apariencia de actualización que puede crear espejismos de actualidad jurídica en razón, por ejemplo, de los cachés de los ordenadores, de la distancia temporal entre emisor y receptor y de la ubicación física de máquinas interconectadas en tiempos reales distintos.

Realmente, los contratos que se celebran en Internet y los del espacio físico generan los mismos problemas y dan lugar a parecidas soluciones. Desde esta perspectiva no tendría sentido un Derecho mercantil específico para Internet. Las diferencias existentes hacen normalmente referencia a aspectos como el derecho a la información y todo aquello que se vincula a ella (identidad, etc), la seguridad de las operaciones jurídicas vehiculadas a través de Internet y finalmente la resolución de los conflictos generados,

aspectos todos ellos que, aunque abordados ya en el mundo físico, pueden precisar de un tratamiento específico en el entorno virtual derivado de las especificidades de este. Tiene sentido, eso sí, intentar abordar el cibertiempo y el ciberespacio desde la perspectiva de la intervención administrativa en Internet y cómo este concepto puede verse afectado. En este sentido la supuesta ubicuidad es mucho más limitada: en el tráfico jurídico de Internet sólo podemos simultanear nuestra identidad real y una de nuestras identidades virtuales que, además, deberá coincidir con la real salvo que nos hallemos ante supuestos de falsificación o defraudación documental. Otra cosa, como hemos apuntado con anterioridad, es el mundo del ocio en Internet dónde , cómo en el mundo real, es posible "jugar" a encarnar diversas identidades de modo simultáneo en una misma comunidad virtual.[9] Una problemàtica distinta, aunque de gran calado, es la derivada de la calidad de la información que fluye en las redes, esto es, su veracidad y sus posibilidades de control. En otras palabras, lo que se ha denominado la "ciberreputación" en la medida en que el control de ésta en las redes es mucho más complejo que en el entorno físico en la medida en que las dificultades técnicas para controlarla y ejercer el derecho de rectificación o réplica son mucho mayores.

1.3. El "cómo" en el ciberespacio

El territorio del ciberespacio se estructura en comunidades virtuales[10] que disponen de sus propias reglas de funcionamiento o códigos de conducta constituidos de hecho a partir de normas técnicas o "soft law" ajenos al mundo del Derecho y que operan como una especie de "Constitución de la Comunidad Virtual". Así las comunidades en Internet superan los conceptos geográficos y se rigen por códigos de conducta establecidos por normas que regulan el acceso y salida de los mismos, su organización y su régimen interno.[11] En este sentido el ciberespacio no dispone de fronteras territoriales sino de normas que son técnicas, que no pertenecen al mundo de lo jurídico tal como lo hemos conceptuado hasta ahora, y que delimitan la pertenencia o no a las comunidades del mismo. En este sentido en estas comunidades no existe el concepto de soberanía ni el de competencia territorial. El hecho de no disponer de fronteras territoriales conlleva consecuencias distintas a las de las comunidades físicas, aunque cierta jurisprudencia mantenga criterios

9 Así por ejemplo los usuarios de los chats pueden utilizar diversas identidades simultáneas denominadas clones que pueden operar de modo simultáneo en un mismo espacio virtual.

10 CASTELLS M. en "La Galaxia Internet" Ed. Plaza Janés; Barcelona, 2001 pg. 140 se refiere a ello constatando que *"...a medida que Internet se fué difundiendo por el conjunto de la sociedad, sus efectos sobre la sociabilidad se fueron haciendo menos espectaculares...a medida que las presiones de la comercialización y los subsiguientes cambios de dueño iban transformando su identidad y su composición social..."*

11 Es el caso de los chats MIRC o AOL

tradicionales al respecto[12]. Es en este sentido que, también desde una perspectiva jurídica, Internet está cambiando nuestras vidas en la medida en que ha puesto más información al alcance de más personas: obsérvese así que el correo electrónico está dejando atrás rápidamente al servicio postal tradicional. Del mismo modo las ventas al por menor en Internet están cambiando la forma en que la gente hace sus compras y abriendo el mercado mundial a los particulares.

Si bien los territorios del mundo físico son administrados por normas jurídicas válidas en esos territorios, en el contexto virtual deberemos plantearnos qué reglas son las válidas en el mundo virtual, quién las establece, cómo interactúan con el mundo físico y, sobretodo, hasta qué punto las administraciones del mundo físico regulan los espacios virtuales. Ante esto conviene tener en cuenta que el ciberespacio no es totalmente virtual, es, de hecho, casivirtual en la medida en que puede ser controlado en tiempo real, a diferencia, por ejemplo de los cómics, totalmente virtuales en la medida en que no es posible la interactividad entre sujetos en tiempo real. En realidad el ciberespacio es real porque en él fluye la vida de quienes interactúan en él. La diferencia con el mundo físico es que en el ciberespacio el "medio" es virtual, aunque los sujetos son reales, camuflados o no. En el mundo físico el medio es también real. La casivirtualidad que expresábamos se manifiesta en la práctica con la expresión "realidad virtual"que se desarrolló en origen a partir de espacios "MUD" o MOO, mundos virtuales basados en texto .Más adelante el mundo virtual pasó de ser sólo texto a incluir la posibilidad de disponer de imágenes, sonidos y textos. Este mundo virtual está regido de hecho por las leyes del código. Se trata de leyes que, al menos en origen, no se imponen a través de sanciones o de un estatuto de "hardlaw" sino de normas técnicas integrantes del "softlaw" y que se definen a través de la propia estructura del sistema. Veamos a continuación cómo se materializa esta regulabilidad.

2. La Regulabilidad del Ciberespacio

2.1. Código abierto y código cerrado

El ciberespacio es regulable en la medida en que su propia estructura, su código estructural, el que condiciona su funcionamiento, es regulable. Regular el código, la arquitectura de Internet, es regular el ciberespacio. En este sentido el código es, en la realidad virtual, la ley. Ley que puede serlo en formato jurídico (intervención o regulación administrativa) o en forma de normas técnicas autoimpuestas (autorregulación). Ley, por

12 MUÑOZ MACHADO en "La regulación de la red" op.cit pag 29 cita una sentencia de un Tribunal del Quinto Circuito de EUA que en el caso USA v. Thomas negó la posibilidad de enjuiciar mediante el concepto de "comunidad del ciberespacio" en vez del de "comunidad local" o comunidad física tradicional.

otro lado, que rige más allá de las fronteras físicas o, mejor, que no conoce de ellas y que regula por tanto un espacio global.[13]

Es preciso en este sentido plantearse también que el control de la regulación pasa de los juristas a los autores de código. Si los primeros están controlados mediante el poder legislativo y la separación de poderes (entre otras técnicas de control) no parece que existan sistemas de control tan definidos en relación a los autores de código. En este caso obsérvese que se pasa de un código "fabricado" por juristas que establecen políticas sin prefijar resultados a un código fabricado por compañias que pretenden dominar el estandard normativo desarrollando una suerte de código corporativo, de contenido global, y de estructura diseñada (no natural) por decisiones técnicas. En este sentido el entorno de Internet no es natural, es diseñado, no hallado.[14] Las arquitecturas de Internet son, en este sentido, un mundo privado, fuera de la Constitución. Ello hace que la distinción público-privado en Internet sea muy compleja, aunque, de hecho, el código de Internet es una herramienta de regulación intervenida por el Estado a pesar de la apariencia anarquizante del sistema.

Las consecuencias de este fenómeno son de gran trascendencia: la primera, la existencia de un ámbito de regulación global,[15] la segunda, la extensión de nuevas fórmulas, de nuevos mecanismos de regulación, cómo el "derecho blando", la normalización técnica y otras técnicas de autorregulación.[16]

Nos hallamos pues ante dos sistemas paralelos: la autorregulación y la regulación o intervención administrativa de Internet. Esta segunda regulación, la propia del sistema jurídico más tradicional, cuando se aplica a Internet reúne también unas características propias. Valga como ejemplo la profética posición de Andrew J. Pincus, Consejero General del Departamento de Comercio de Estados Unidos en el gobierno Clinton[17]*, quien en Mayo del año 2000 identifi-*

13 LESSIG L. se refiere en "El Código..." op.cit. pág. 167 a la existencia de otros reguladores además del Código, esencialmente se refiere al mercado, la ley, las normas técnicas o el softlaw. En este sentido hallaremos que la ley influye directamente sobre el ciudadano cuando actúa sobre el mercado o las normas, pero su influencia es indirecta sobre el ciudadano cuando actúa en relación a la arquitectura-código.

14 A ello se refiere LESSIG L. en "El Código..." op.cit. Pág. 378.

15 En términos parecidos MUÑOZ MACHADO Santiago "La libertad y el poder en Internet" op.cit.:
"....Realmente, Internet es un ejemplo magnífico de cómo concurren regulaciones de todos los rangos para la resolución de los problemas en el mundo actual; en efecto, en Internet hay regulaciones e intervenciones de autoridades mundiales al lado de soluciones de autoridades regionales o europeas, en nuestro caso, e intervenciones de autoridades estatales."

16 Así también MUÑOZ MACHADO Santiago "La libertad y el poder en Internet" op.cit:
"Por otra parte, y relacionado con lo anterior, en este mundo de la red es perfectamente visible, como en ninguna otra parte, un fenómeno apabullante, muy novedoso, propio de nuestro tiempo: cómo concurren tanto poderes públicos como poderes privados para la resolución y el establecimiento de diversas regulaciones, y cómo los poderes públicos se retraen, puesto que regulan buena parte de las cosas que antes regulaban e invitan a los operadores privados a que también lo hagan ellos, a que algunas veces se responsabilicen en el marco de fenómenos llamados «de autorregulación".

17 PINCUS A. J. "Hacia una estructura juridica comercial uniforme para transacciones electronicas mundiales" en *Perspectivas Económicas* Publicación Electrónica del Departamento de Estado de Estados Unidos, Vol. 5, No. 2, mayo de 2000 http://usinfo.state.gov/journals/ites/0500/ijes/pincus3.htm

caba cuatro principios fundamentales que se deben seguir para elaborar normas jurídicas aplicables al sector del comercio electrónico, que han sido ratificados por la experiencia posterior.

En primer lugar las partes deben gozar de libertad plena para establecer entre ellas la relación contractual que estimen oportuna. Las normas deben, además, ser tecnológicamente neutrales (es decir, no exigir ni dar por sentado el uso de una tecnología determinada) y orientadas hacia el futuro (es decir, que no deben ser un obstáculo al uso o creación de nuevas tecnologías). En tercer lugar la modificación de normas vigentes o adopción de nuevas normas sólo se debe hacer cuando sea necesario o muy conveniente para apoyar el uso de tecnologías electrónicas. Finalmente, en el proceso debe participar el sector comercial de alta tecnología así como las empresas que todavía no se han incorporado al mercado electrónico y ello en un marco de promoción adecuado a una política y un ambiente regulador conducentes al desarrollo de la tecnología de la información.

Resumiendo, de acuerdo a esto podemos identificar cinco elementos claves[18]: (1) política de telecomunicaciones y ambiente regulador liberalizados y favorables a la competitividad; (2) estructura física suficiente para explotar el poder de las comunicaciones de Internet; (3) empresarios educados, trabajadores dotados de conocimientos y responsables de formular políticas entrenados en este entorno; (4) aplicaciones en Internet que correspondan a las necesidades y condiciones del mundo en desarrollo; y (5) liberalización de los sectores relacionados. Obsérvese que la participación de las empresas en el proceso regulador público aproxima la intervención administrativa a la autorregulación superando la zanja existente entre reguladores públicos y privados.

De hecho Internet jamás ha funcionado al margen de un regulador o de un autorregulador. Ya en su génesis se desarrola en el seno de la administración militar de los Estados Unidos. Incluso la doctrina menos "publicista" propugna la imposibilidad de una Internet sin Estado.[19] Así, Internet no puede hacer objeción total del Estado en la medida en que debe dotarse también, como las sociedades del mundo físico, de una Constitución que delimite sus valores fundamentales, sociales y legales, valores que tampoco podrán oponerse a los del mundo real. En este sentido la Constitución de Internet se va construyendo dia a dia, es la propia arquitectuta de Internet la que establece su marco constitucional, que a su vez está implicado en la Constitución "física".

---

18 LARSON Alan "Maximizar las oportunidades digitales internacionales" *Ex-subsecretario de Estadode EUA para Asuntos Económicos, Empresariales y Agrícolas , en Perspectivas Económicas* Publicación Electrónica del Departamento de Estado de Estados Unidos, Vol. 5, No. 2,mayo de 2000

19 Así LESSIG L "El Código..."op.cit. pág. 23:
"La libertad en el ciberespacio no surgirá de la ausencia de Estado. La libertad en ese espacio, al igual que en cualquier otro lugar, vendrá de la mano de un Estado, sea cual sea su forma...Construimos la libertad de un modo muy similar al de los fundadores de los EUA, haciendo reposar a la sociedad sobre una Constitución...sin embargo cuando hablo de "constitución" ...utilizo la palabra en el sentido que los británicos hablan de la suya: una arquitectura que estructura y delimita los poderes..."

La Constitución de Internet es pues una arquitectura de control regulatorio. Una arquitectura que actúa sobre el eje formado por Estado y sociedad . La interactividad entre Estado y sociedad es la que determina en cada momento cómo es la arquitectura de Internet, cómo es la Constitución de Internet. Así, por ejemplo, la mayor demanda de seguridad en las transacciones comerciales electrónicas por parte de los comerciantes conlleva la exigencia de que Internet disponga de mecanismos de verificación de identidad que inciden de un modo u otro en el tratamiento del derecho a la intimidad en el ciberespacio, cuya regulación es monopolio del Estado mediante la intervención administrativa dentro de los límites constitucionales.

En este sentido el ciberespacio conlleva un nuevo tipo de regulación más allá de la visión clásica del jurista. El código (la manera como hard y soft construyen Internet) es el auténtico regulador de la ley del ciberespacio. El código no tiene un contenido preestablecido: puede servir para proteger ideales y también para destruirlos.[20] La constitución de Internet serán los principios que deba encarnar en la medida en que el resultado del debate sobre los principios: libertad o control, comercio libre o regulado, privacidad o acceso, libertad de expresión o control la configuren Quien controle la arquitectura del Código será el regulador de Internet. La arquitectura de Internet se debate hoy en la práctica en una doble distinción: la que afecta al objeto de la regulación, esto es, ¿cómo debe ser el código de Internet? (código "abierto" versus código "cerrado") y la que afecta a los sujetos reguladores (una combinación de sistemas de autorregulación y de regulación o intervención administrativa), o, lo que es lo mismo: ¿de quien son las arquitecturas, los códigos?

Así las cosas el código es la arquitectura de Internet, esto es, establece cómo está diseñada la red. El autor del código es el auténtico regulador. Así hallaremos de hecho dos grandes tipologías de códigos: códigos resultado de la normalización técnica, de cumplimiento voluntario, resultado de la aportación libre de los usuarios, que es modificable, cuyos códigos fuente están abiertos y son visibles a libre disposición de los usuarios, esto es, código abierto, y de otro lado, código protegido por el derecho de patentes o de la propiedad intelectual, resultado de la norma jurídica, cuyos códigos fuente no son visibles, no son modificables ni accesibles al usurio, esto es, código cerrado. Código abierto versus código cerrado: la arquitectura en este caso define el concepto. El código abierto es de hecho en sí mismo un mecanismo de protección del usuario porque es un mecanismo de verificación, que permite localizar y defenderse de la arbitrariedad resultado de estructuras no visbles, algo así como la división de poderes.

La característica de abierto o cerrado respecto del código lo es en relación a los códigos fuente. Los códigos fuente son objeto de propiedad intelectual[21], que no industrial,

20 Este concepto es propio de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen y de su concepto de Constitución.

21 De la misma opinión es RIBAS ALEJANDRO Javier "Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet" Madrid. 1999 Ed. Aranzadi.

y están escritos en lenguaje comprensible por el ser humano. La comercialización de los programas informáticos de código cerrado se basa en la comercialización del llamado código objeto (el programa comercial) que se instala en la máquina del usuario; sin embargo, en contextos de código cerrado, el código fuente no es accesible al usuario, por lo que este no puede modificarlo ni adaptarlo.

Bien es verdad que no todos disponemos de la capacitación técnica ni del tiempo para examinar un sistema operativo en busca de fallos o para evaluar la seguridad de un sistema de seguridad informàtica. Sin embargo, lo verdaderamente fundamental en este movimiento de apertura y cooperación con base en el código abierto consiste precisamente en el hecho de ofrecer esa posibilidad, esa libertad, en dejar las fuentes disponibles para el escrutinio público, lo que permitirá que el proceso de análisis y solución de fallos sea mucho más ágil, ya que cualquier usuario capaz podrá, en principio, adentrarse en las líneas del programa fuente, hacer modificaciones, compilarlo y probarlo en su propia máquina, buscar debilidades, anunciarlas y publicitarlas, para que otros miembros de la comunidad de usuarios puedan a su vez tratar de reproducirlas en sus propios sistemas. De esta manera, los programas crecen con nuevas funciones que les son añadidas por usuarios, los agujeros de seguridad y fallos de funcionamiento se corrigen, todo desarrollado en un clima de confianza, donde los cambios ocurren a la vista de todos, donde todos pueden opinar y apuntar sugerencias, añadir código o mejorarlo.[22]

Esta línea de actuación permite soslayar amenazas como los caballos de Troya o, por qué no, la sospecha de canales subliminales en herramientas criptográficas comercializadas por firmas multinacionales dentro de sus programas en ignorancia del usuario y que sirven a éstas sin el consentimiento del usuario. En este sentido, en la medida en que la industria informática avance en el espíritu del software abierto, nuestros sistemas de ordenadores convergirán en un entorno más seguro.

Obsérvese que la red en principio parece que reduce la regulabilidad de las conductas puesto que, como hemos apuntado con anterioridad, permite soslayar la competencia territorial de las administraciones públicas.[23] Así, la arquitectura del ciberespacio dificultaría la regulación porque las personas pueden estar ubicadas en cualquier lugar. Sin embargo lo relevante es que la regulabilidad no depende del territorio sino de la estructura, de la arquitectura del código. En este sentido algunas arquitecturas son mas regulables que otras porque ofrecen más control que otras. Por tanto, es obvio que el Estado tenderá a favorecer unas arquitecturas , las que facilitan el control, más que otras Profundizar en el concepto de código regulador nos lleva pues al debate entre intervención administra-

22 Esta es, por ejemplo, la filosofía del lenguaje de programación JAVA

23 Recuérdese el mecanismo que usan algunos servidores informáticos que prestan servicios prohibidos en un territorio determinado y que optan por trasladarse a otros territorios que autorizan sus actividades.

tiva y autorregulación en Internet[24] La defensa de la autorregulación de Internet se basa en la idea de que establecer normas jurídicas en el ciberespacio conlleva poner "puertas al campo" o, dicho de otro modo, "cadenas al paraíso". Así, los planteamientos más "libertarios" rechazan la intervención jurídica, mientras los más "comerciales" reclaman regulaciones detalladas que incrementen la seguridad en el ciberespacio (evitando desde la copia ilegal de software hasta el anonimato en la red). Este segundo planteamiento más regulador no está exento de argumentos al considerar que *Internet es un "criadero" virtual de atacantes que se aprovechan de la "confianza injustificada" que tienen los usuarios en las redes y que la libre duplicación de programas informáticos y el código abierto permiten que personas sin gran refinamiento tecnológico lancen ataques cibernéticos devastadores.*[25] Frente a los problemas de seguridad del código abierto que alegan los sectores partidarios del código cerrado para tratar de imponerlo , éstos proponen diversas estrategias de choque, algunas de ellas constitutivas de mecanismos de control creciente. Así: compilar, analizar y diseminar datos sobre seguridad de información, apoyar el crecimiento y uso de mecanismos de detección mundial, apoyar la educación y el adiestramiento para elevar el nivel de seguridad, y, finalmente, apoyar la investigación y el desarrollo.[26]

Ambos planteamientos ("libertario" y "comercial") coinciden más o menos aproximadamente con la división entre usuarios del ciberespacio (cibernautas) y prestadores de servicios en el ciberespacio (servidores y similares) El ciberespacio , como el espacio físico, es también un lugar donde confluyen intereses distintos, incluso contrapuestos, que devendrían o no dominantes en función del dominio de la técnica, y del grado de intervención administrativa en la medida en que esta intervención jurídicoadministrativa, especialmente mediante el Derecho de la Competencia, tiene entre otros objetivos el limitar el abuso de posiciones de dominio. Hallamos aquí un ejemplo de cómo la intervención jurídica puede contribuir a reequilibrar un status-quo que en origen y sin mayor intervención sería abusivo.[27] En este sentido pues la intervención (la regulación) en el ciberespacio es imprescindible. Regulación que puede revestir carácter de intervención administrativa o de norma técnica (regulación privada) en el marco del soft-law. Dicha intervención, óbviamente, no puede ser de otro modo, debe proteger, también, los intereses públicos.

El debate sobre código abierto o código cerrado nos conduce al campo de la protección de la propiedad intelectual, que a diferencia de la propiedad industrial, no es

24 DE LA CUESTA Paz M. "Software libre o propietario: cuestión de ideas" publicado en el Boletín del Criptonomicón nº79.(http://www.iec.csic.es/criptonomicon)

25 Esta es la opinión de CROSS Stephen E. director del Instituto de Ingeniería de Programas de Computadora en su artículo "La Vulnerabilidad de Internet". disponible en la web de http://www.cert.org/

26 Esta es la propuesta de CROSS Stephen E. en "La vulnerabilidad de la internet". Op.cit.

27 En palabras de DE LA CUESTA "Software libre..."op.cit. "El usuario tiene otros intereses que empiezan por garantizar la posibilidad y sus condiciones. Porque ¿qué posibilidades de defensa tiene el internauta frente a los abusos de los servidores? Ninguna. Si el servidor, por las razones que sea, desconecta el sistema, el usuario se queda sin acceder a Internet. ¿Y de qué sirve entonces la libertad si no existe la "posibilidad"?

patentable puesto que el objeto de protección son los derechos económicos derivados de la "idea original", pero no la "titularidad de la idea", que parece que no pertenecería exclusivamente a su autor, pues éste sería tributario de otras aportaciones previas. Esta "titularidad colectiva" de la idea ha sido el motor de la evolución científica y social y como tal funciona en todos los ámbitos de la ciencia. También debería funcionar pues en Internet y en la programación informática. Es precisamente esta estructura de propiedad intelectual la que es puesta en cuestión por los "reguladores" partidarios del "código cerrado", en la medida que consideran que éste debiera ser objeto de apropiación al modo de la propiedad industrial, ésto es, que debiera ser patentable.

2.2. Las estructuras de control

Como hemos apuntado en realidad el carácter regulable, autorregulable o irregulable (no creo por su propia naturaleza que sea posible este último) de la red depende de su arquitectura, entendiendo por arquitectura el diseño mismo de la red, esto es, la especificación de criterios de acceso, de identificación, de registro de datos, que permiten un acceso más o menos anónimo, general, fácil, restringido, identificado a la Red. Mediante la arquitectura, el código , podemos definir cómo será pues el propio sistema. Se trata ni más ni menos que de una decisión política.[28] El funcionamiento de Internet, ya sea regulado o autorregulado, implica el uso de diversas tecnologías que permiten ordenar, construir Internet con un carácter más abierto o más cerrado , primando la privacidad o el libre acceso. Estas tecnologías permiten en resumen definir la arquitectura de Internet, definen por tanto su Código. Se trata de las denominadas estructuras de control.

¿Cuales son las estructuras de control que, con su presencia en la Red, nos permitirán definir el nivel de regulación o autorregulación de una red? Obsérvese que estas estructuras no son patrimonio de los sistemas públicos de regulación. Al contrario, cuanto más privado es el dominio de Internet en que nos centremos mayor incidencia hallaremos de estructuras de control y protección de la privacidad. En cierto sentido la protección de la privacidad se opone en este caso al libre acceso a la red.

Las principales estructuras de control en la red son las relativas al control de la identidad (las credenciales), los datos (las etiquetas o encabezados) y las relativas a la zo-

28 Ver en este sentido LESSIG L. en op.cit. pág 61, dónde distingue las diferencias de arquitectura de las redes informáticas de Chicago y Harvard. Así pone de manifiesto que el diseño de ambas redes obedece al criterio de sus respectivos administradores: en Harvard el criterio era controlar el acceso, en Chicago el criterio era facilitar el acceso. En el primer caso se usaron tecnologías de control de acceso, en el segundo tecnologías que lo facilitaban. Ambas redes difieren pues en los principios que toman como referencia (Harvard la privacidad y el control de la información, Chicago el libre acceso a la información)

nificación (que permiten condicionar el acceso a unas u otras zonas de la red en función de la identidad)[29].

Tanto las estructuras de control de identidad, como las de datos e identificación persiguen llegar a disponer de información contrastable respecto de los usuarios, de los datos que viajan por la red y, combinando ambos, establecer accesos zonificados en el ciberespacio que permitan discriminar usos autorizados o no de la Red.

Estas estructuras son modulares, es decir, es posible modular su uso, extensión e intensidad . Son además estructuras al alcance tanto de la Administración Pública como del sector privado (de hecho la banca maneja en su ámbito privado –intranets- desde hace años estas estructuras) La paradoja reside, insisto, en que a mayor protección de la intimidad mayor control de acceso. Si nos referimos a la intimidad debemos hacerlo también respecto de la confidencialidad de los datos, especialmente de los comerciales, cuya protección exige por tanto mayor regulabilidad –exigida por el comercio- y, en esencia, menor libertad. Es así como llegamos a la conclusión de que la red no sólo no es totalmente libre: probablemente jamás lo ha sido y tampoco lo será en la medida en que los usos comerciales y las necesidades de protección de la privacidad la invadan de forma masiva y exijan su regulabilidad.

Nos centraremos ahora en el aspecto más básico y quizás más conocido de las estructuras de control: el control de la identidad. La identidad, parafraseando a LESSIG "es algo más que quien es cada persona" [30]. La identidad engloba todos los hechos ciertos respecto de una persona. La autentificación es el proceso que permite desvelar aspectos de la identidad de una persona. Cuáles sean estos aspectos dependerá de la funcionalidad o del criterio político. En toda persona existen aspectos autentificadores –que se acreditan por ellos mismos, como la apariencia física o el color del cabello- y aspectos autentificados mediante una credencial que los certifique –nivel de estudios, por ejemplo-

En la vida real coexisten de hecho aspectos autentificadores y aspectos autentificados por credenciales. Sin embargo , en la red, los aspectos autentificadores no existen. La sóla conexión con otro internauta no nos permite saber ni siquiera como es, ni su altura, talla o color de cabello. De entrada sólo conocemos su dirección IP. En la red las comunicaciones relacionan direcciones IP. Las direcciones IP no acreditan ni personas físicas[31],

29 LESSIG Lawrence "The zones of cyberspace" Stanford Law Review 1996, 48 p 1.403.

30 LESSIG L. "El Código" Op.cit. pág. 68

31 En la Sentencia del Juzgado Penal 2 de Barcelona , de 28 de Mayo de 1999, en el Procedimiento Abreviado Nº 130/99-E de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, dimanante de Diligencias Previas nº 1206/98 del Juzgado de Instrucción nº 20 de Barcelona se afirma por primera vez que la identificación de un titular es muy diferente a la intervención de las comunicaciones en la medida en que el password en realidad no identifica, sino que es sólo una clave de acceso de la que puede disponer cualquiera que la conozca.

ni contenidos, sólo identifican un punto de acceso al sistema, un domicilio que en medida alguna vincula usuario y IP,[32] puesto que la máquina puede ser usada por cualquiera.

Las IP son normas técnicas, son de hecho protocolos de conexión [33]. El código en Internet son normas técnicas . Estas normas técnicas tienen su origen en los protocolos para intercambio de ficheros (FTP) de que constaba inicialmente la red y que se vieron acompañados bien pronto por los protocolos de transferencia de mensajes electrónicos (SMTP) que se hallan en la base de nuestro actual correo electrónico. A partir de ahí aparece el GOPHER para mostrar directorios gráficos y algo más adelante (1991) el HTTP (protocolo para la transferencia de hipertexto) y el HTML (protocolo para la marcación de hipertexto), que son la base de la Web. Pues bien todos estos protocolos son estándares abiertos no obligatorios elaborados por organismos privados reconocidos a tal fin (como por ejemplo la IETF" Internet Engineering Task Force"[34] o el W3C , el Consorcio de la World Wide Web). Se trata pues de normas técnicas, de uso abierto, de código abierto, y ha sido precisamente su carácter abierto el que ha permitido su rápido crecimiento. La norma técnica es, en su acepción genérica, una especificación técnica internacional, comunitaria o nacional, aprobada por un organismo reconocido en materia de actividades normativas, el respeto a la cual es puramente facultativo. Más en concreto la Directiva 83/189/CEE establece en su art. 1.2:

> *"Norma (es) la especificación técnica, aprobada por un organismo reconocido por su actividad normativa, para una aplicación repetida o continuada, cuyo cumplimiento no es obligatorio"*

De un tenor parecido es la definición de Norma que establece en España la Ley 21/1992 , de Industria, de 16 de Julio , en su art. 8.3:

> *"Norma: la especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa"*

Constatamos por tanto, que la norma técnica no es una norma jurídica, sino el producto de una actividad técnica, sin vocación alguna, en principio ni "per se", de relevancia jurídica ni de imposición obligatoria. Las normas técnicas además arraigan en la

32 Punto de acceso que además puede ser enmascarado mediante una técnica conocida como "impostura IP", los atacantes pueden mentir acerca de su identidad y ubicación en la red.

33 BEN M SEGAL "A short History of Internet Protocols at CERN" en http://wwwinfo.cern.ch/pdp/ns/ben/TCPHIST.html

34 http://www.ietf.org

experiencia, son objeto de consenso y destinadas a una aplicación repetitiva. Las normas técnicas se distinguen de la reglamentación técnica –de caràcter jurídico- en la medida en que aquellas son voluntarias y éstas obligatorias

Hasta el momento la regulación de la red, por tanto, no se puede basar en la identificación (aspectos autentificadores) por las especiales caracteristicas de Internet pero sí que puede basarse en aspectos autentificados por credenciales . Las principales estructuras de control de la identidad basadas en credenciales son las claves de acceso (password), las cookies[35] -menos seguras pero eficaces a ciertos niveles-, y los certificados digitales (objetos digitales encriptados que sirven para autentificar datos).

El primer tipo de norma técnica que hemos indicado para el control de acceso son las claves de acceso de carácter secreto –password-, que tienen ventajas e inconvenientes. Entre las primeras la seguridad es la principal, pero en su contra tiene el hecho de dificultar la navegación puesto que supone que cada paso que se dé en la red requerirá la previa introducción de la clave. El segundo tipo que hemos indicado –las "cookies"- son pequeños archivos de texto que el navegador almacena en el ordenador del usuario y que permite al sitio web conocer los datos sobre aquél, aunque este último extremo es discutible en la medida en que la cookie almacena de hecho la información que facilita el propio usuario que, además puede negar el acceso de estas cookies a su máquina. La tercera categoría son los denominados "certificados digitales" que constituyen una especie de pasaporte para circular por Internet que sirve para autentificar datos del usuario.

Así pues la regulabilidad basada en la autentificación por credenciales puede perseguir tanto un mayor control de la red como una mayor seguridad bajo el argumento de que a mayor cantidad de información en la red mayor necesidad de protegerla, aunque ello no debería ser en perjuicio de un fácil acceso. El objetivo generalmente manifestado es pues un equilibrio entre universalidad y seguridad mediante la implantación de controles que persiguen proteger el acceso a la red. Este control consta generalmente de dos pasos: en primer lugar, la autenticación, que identifica al usuario o a la máquina que trata de acceder a los recursos, protegidos o no. En segundo lugar, procede la cesión de derechos, es decir, la autorización, que dota al usuario de privilegios para poder efectuar ciertas operaciones con los datos protegidos, tales como leerlos, modificarlos, crearlos, etc.

Obsérvese que, sin embargo, las estructuras de control de datos no son un fenómeno reciente: la informática y las tecnologías de información y comunicación no han hecho más que facilitar su gestión que, a pesar de ello, ha acompañado a la Administración desde su origen (la elaboración de censos es una antigua técnica). A dia de hoy, los nuevos e innovadores, combinables, ocultos, supranacionales, incontrolables sistemas de registro basados en bases de datos constituyen una enorme amenaza que no puede ser ignorada.

35 Sobre las cookies RANDALL N. "How Cookies Work" http://www.zdnet.com/pcmag/features/cookie/cks1.htm

2.3. Autorregulación y derecho blando

Los territorios virtuales se administran mediante la autorregulación, integrada por normas técnicas, algunas de ellas conocidas como "netiquettes" o normas de cortesía, que son implantadas por los administradores de las comunidades (generalmente se trata de proveedores de servicios on-line). Estas netiquettes constituyen de hecho normas técnicas, distintas de las normas jurídicas, que forman parte del "softlaw". La normas técnicas no se constituyen a partir de normas jurídicas cuyo incumplimiento acarree sanción jurídica, no son "derecho duro", son, básicamente y muy al contrario "derecho blando" . El "derecho blando" (soft law) se define por oposición al "derecho duro" (hard law). El "derecho duro" está integrado por las leyes, reglamentos y regulaciones de aplicación obligatoria y de uso "habitual". El "derecho blando" está constituido por la normalización técnica y por otras clases de normas informales de aplicación voluntaria, como las "netiquettes" de las comunidades virtuales de Internet, cuya violación implica básicamente la expulsión de la comunidad virtual , aunque no acarree consecuencia en el espacio físico.

El "derecho blando" constituye parte del proceso contemporáneo de creación normativa pero, como fenómeno social, evidentemente se encuentra más allá de las categorías legales que nos resultan clásicas y familiares. A pesar de que el proceso de creación de normas técnicas propiamente dichas data del siglo XIX, el "derecho blando" ha surgido como consecuencia de la rápida evolución de la economía mundial y del avance de la ciencia y la tecnología así como de la urgente necesidad de proveer un soporte consensuado a este fenómeno. Esta evolución ha sido especialmente evidente por ejemplo en el campo del Derecho Administrativo del Medio Ambiente o del Derecho Administrativo de la Calidad..

El "derecho blando" es producto de la necesidad y del consenso; de parámetros, éstos, que no siempre son compatibles con los del proceso formal de creación legislativa y reglamentaria. La eficacia -el poder en otros términos, cuando menos en función de resultados obtenidos- del "derecho blando" sobrepasa con frecuencia al del "derecho duro". La eficacia a que aludimos proviene de la extrema potencia del consenso como elemento imperativo. En este sentido el "derecho blando" no necesita convertirse en "duro" para ser eficaz.

El "derecho blando" se integra también a partir de "normas éticas"[36] que no hacen sino reunir conceptos que ya han sido aceptados por la comunidad y que, por lo tanto, tienen un peso no desdeñable en los parámetros éticos con los que funcionan las comunidades virtuales.

36 Por ejemplo el Proyecto de Código de las Naciones Unidas sobre Conducta de Empresas Multinacionales; en "The Business Charter for Sustainable Development", publicada por la Cámara Internacional de Comercio

De hecho las normas técnicas no sólo se manifiestan en el entorno virtual en forma de "netiquettes". También las instituciones internacionales cuentan con normas que tienen una gran influencia en sectores alejados del mundo virtual como por ejemplo en el sector del medio ambiente: así las de la Organización Mundial de la Salud sobre agua potable ; las de la Organización Mundial de la Alimentación sobre calidad de alimentos; las de protección de los recursos marinos de la Comisión Ballenera Internacional; las de protección contra radiaciones atómicas de la IAEA (Agencia Internacional para la Energia Atómica); las de Helsinski sobre Uso de Aguas de Rios Internacionales impulsadas por la International Law Association,etc. Todos ellos constituyen referentes inapelables si a la imperatividad del consenso debemos referirnos.

El "derecho blando" es de carácter eminentemente supraestatal y además, de una naturaleza predominantemente técnica. Sin embargo su impacto en el proceso de creación legislativa en el nivel estatal no debe subestimarse. Provoca la promulgación de leyes y regulaciones e incluso frecuentemente termina convirtiéndose en "derecho duro". Tampoco debe subestimarse la influencia de esta clase de instrumentos en el mundo de los negocios: por ejemplo, en la confección de modelos de auditorías ambientales, de evaluaciones de impacto ambiental, de certificación de productos y procesos, etc.

La autorregulación de Internet no se agota en las netiquettes de las cibercomunidades, muy al contrario: la configuración del espacio virtual se ordena a partir de normas y criterios técnicos ajenos a las estructuras jurídicas clásicas y gestionados por entidades diversas: ESNIC, ICANN, ISOC, IETF, IANA o CERT, por ejemplo. Así, incluso el espacio virtual se ordena a partir de los denominados "nombres de dominio", que constituyen la geografia de Internet mediante la designación de dominios cómo si de la zonificación de territorios se tratara. Los nombres de dominio constituyen territorios en Internet. Dichos nombres de dominio vienen adjudicados por ICANN.[37] Se trata pues de una auténtica geografía y de un nomenclátor, una ontología altamente eficiente, aunque no establecida en normas de "hard law", sino de autorregulación.

2.4. Servicio público e Internet

Hemos visto cómo el ciberespacio dispone de un territorio, un tiempo, una estructura y una regulabilidad singulares. Ahora bien, desde una perspectiva jurídico-pública debemos plantearnos si Internet es un nuevo "producto" o servicio de caràcter completamente privado o incluye también factores públicos de servicio al ciudadano. Por tanto,

37 La gestión, no la asignación, de nombres de dominio ha pasado por distintas entidades privadas , sin o con ánimo de lucro : de NFS (Fundación Nacional para la Ciencia) a Network Solutions A partir de ahi la tendencia parece que es ir hacia organismos sin ánimo de lucro. La refelexión se centra en que las características de estas entidades sin ánimo de lucro pero con importantes cotas de poder son muy parecidas a las de un gobierno tradicional.

¿es Internet un servicio público? ¿Se trata quizás de normas –jurídicas o técnicas- no sujetas a límites basados en el interés público?. ¿Existe o no algún tipo de responsabilidad por causa del servicio "público" en que pueda consistir su funcionamiento? En resumen: la cuestión es si se trata o no de un servicio público y si de ello puede derivarse su sujección al Derecho administrativo.

El concepto de servicio público proviene fundamentalmente de la doctrina francesa[38]. En este contexto es donde deben enmarcarse las conocidas palabras de Duguit cuando afirma categóricamente que "*el Estado moderno tiende a no ser más una soberanía nacional que manda, para llegar a ser una federación de servicios públicos que administran los detentadores de la fuerza más grande, teniendo no más el derecho de mandar, sino el deber de asegurar el funcionamiento ininterrumpido y productivo de estos servicios*"[39].

Qué pueda ser o no, o reunir parcialmente características de servicio público en función solamente de la necesidad a satisfacer es imposible de determinar. No es posible por tanto aceptar la existencia de los denominados servicios públicos por naturaleza. Es más bien la satisfacción de las necesidades encomendadas al Estado la que justifica que éste disponga de una serie de mecanismos para la satisfacción de estas necesidades que realmente explican la razón de ser del Estado de nuestros días.

La noción de servicio público sirvió al Consejo de Estado francés de referencia básica para determinar la reserva de los asuntos a la justicia administrativa, pues como se afirmaba en su célebre arrêt Blanco de 1873 "*la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los perjuicios causados a particulares por el hecho de personas que él emplea en el servicio público, no puede ser regida por los principios que son establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular*", circunstancia que justifica la intervención de la jurisdicción administrativa bajo un prisma de caràcter subjetivista..

De modo distinto al sistema francés la noción de servicio público como criterio delimitador de la competencia judicial se ve mitigada en el ordenamiento español ya que, como recuerda GARRIDO FALLA[40], nuestro sistema de justicia administrativa acoge como criterio competencial básico el del acto administrativo. Obsérvese en este sentido que el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[41] señala que "*los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación*". Nos hallaríamos en este caso ante una visión de caràcter objetivo o sustantivo.

38 Entre otros es interesante LACHAUME, J.F. " Grands services publics", Masson, Paris, 1989

39 DUGUIT, L. «Traité de Droit constitutionnel », vol. I, 3ª edición, Paris, 1927, pág. 589

40 GARRIDO FALLA, F.: "El concepto de servicio público en Derecho español", Revista de Administración Pública, núm. 135, 1994, págs. 10 y 11

41 Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Si se pretende sistematizar el concepto de servicio público podemos recurrir a la perspectiva de Gaspar ARIÑO[42] que indica que existen cuatro enfoques del concepto en función del sector del ordenamiento en el que nos encontremos. Así, la legislación financiera ofrece un concepto orgánico al referirse a cualquier actividad estatal que implique gastos públicos; la legislación general civil, penal, mercantil y procesal atiende al criterio sustantivo o material; la legislación administrativa general da una significación ambivalente, pues en unas ocasiones opta por la concepción orgánica, en otras por la material e, incluso, en algunos casos se refiere "*a cualquier actividad administrativa que suponga el ejercicio de competencias específicas para la consecución de los fines peculiares que la Administración tiene hoy confiados*"; asimismo, en la legislación sectorial se hace referencia a sectores concretos de actividad. [43]

ARIÑO afirma además que para llegar a un "*concepto coherente de servicio público es preciso afirmar la exclusividad de la actividad a favor del Estado porque, de lo contrario, el servicio público sería una cosa indefinible y, por lo tanto, un concepto inútil para el Derecho*". En este sentido identifica el mecanismo de la reserva al sector público de servicios esenciales previsto en el art. 128.2 CE con la técnica del servicio público. Siendo así que los rasgos del servicio público serían los siguientes:

I) Se trata de una actividad de carácter material que excluye la actividad meramente jurídica.
II) La declaración de servicio público implica reservar la titularidad del mismo al sector público, por lo que la iniciativa privada en el ámbito afectado por la medida queda, en principio, subordinada a que la persona pública titular del servicio estime conveniente acudir a formas de gestión subordinada (concesión, arrendamiento, gestión interesada, concierto, sociedad de economía mixta).

42 ARIÑO G. en "El servicio público como alternativa", Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 23, 1979, págs. 544-546

43 Mediante un repaso cronológico observaremos que en algunas ocasiones, la expresión se ha utilizado para hacer referencia a la actividad administrativa de prestación (Ley 13/1985, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas); en otras, la realidad aludida es el conjunto de la actividad administrativa (Real Decreto-Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria); la finalidad de excluir la iniciativa privada subyace en la calificación de determinadas actividades como servicio público (Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional; Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones; Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática); la identificación con los órganos o las dependencias públicos está presente en ciertas declaraciones (Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada; Real Decreto 582/1989, de 19 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de bibliotecas públicas del Estado y del sistema español de bibliotecas); finalmente, algunas normas aluden al servicio público en el sentido de filosofía que debe impregnar la actividad del Estado (Real Decreto 160/1995, de 3 de febrero, por el que se organiza el Instituto Nacional de Administración Pública)

III) La declaración de una actividad como servicio público debe realizarse mediante ley.
IV) A través de la técnica del servicio público se persigue la satisfacción de necesidades que sobrepasan los intereses puramente individuales para alcanzar naturaleza de colectivas.
V) La gestión del servicio público puede implicar el uso de figuras de Derecho Público o de Derecho privado.

Pues bien, este concepto de servicio público que se desarrolla sobre la base de la sustitución del concepto de soberanía como fundamento del Derecho público y se caracteriza, frente a la función pública, por consistir en una actividad material técnica, prestadora o asistencial, en el que es característico de la actividad estatal el proporcionar utilidad jurídica (por ejemplo, un registro público) o asistencial a los ciudadanos mediante formas de gestión indirecta, nos lleva a considerar que el servicio público registral de dominios ejercido por "DOMINIOS.ES", ejerciendo funciones de acuerdo con ICANN , bien podría considerarse sujeto al Derecho administrativo. Téngase en cuenta, además, que DOMINIOS.ES se incardina en RED.ES , que es una entidad pública empresarial[44] y que por ello bien puede existir una parte de su actividad justificada por el interés público. En este sentido, la existencia de la noción de servicio público "aguas arriba" del proceso de prestación del servicio justifica claramente la necesidad de intervención administrativa, tanto a nivel de la prestación del servicio cómo de control del mismo.

5. La Intervención Administrativa en el Ciberespacio

5.1. La intervención administrativa del ciberespacio

Si es cierto que el código, abierto o cerrado, constituye el auténtico regulador de Internet no es menos cierto que el código puede ser definido tanto desde el sector privado (autorregulación), sistema al que nos hemos referido con anterioridad, como desde el sector jurídico-público (regulación administrativa). Nuestro Derecho Administrativo dispone ya de un cierto número de normas que se refieren a Internet, especialmente en cuanto afecta a la ordenación del ciberespacio, esto es, el "territorio" de las redes que viene ordenado a partir de "nombres de dominio" o, lo que es lo mismo, una zonificación de Internet, cómo si de un Plan General de Urbanismo se tratara. Así, la regulación del

44 Red.es es la entidad pública empresarial dependiente de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información encargada de ejecutar determinados proyectos para el impulso de la Sociedad de la Información interactuando con Comunidades Autónomas, Diputaciones, Entidades Locales y el sector privado en materia de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

dominio territorial de primer nivel ".es" se estructura a partir de una serie de disposiciones administrativas.[45]

Entre todas ellas merece especial referencia la Orden Ministerial ITC/1542/2005, de 19 de mayo, por la que se aprueba el Plan Nacional de Nombres de dominio de Internet bajo el Código correspondiente a España (".es"), que tiene por objeto flexibilizar por completo la normativa vigente referente a la asignación de nombres de dominio bajo ".es", de forma que un dominio se asigna de forma automática, si se encuentra libre (salvo .gob.es y .edu.es), a cualquier persona física o jurídica con intereses o vínculos con España .

El Plan Nacional de nombres de dominio prevé, en su apartado Séptimo, la aprobación por la Entidad Pública Empresarial Red.es de una lista de términos prohibidos y tres listas de términos reservados. Dichas listas fueron aprobadas por Instrucción del Presidente de la Entidad Pública Empresarial Red.es de fecha 12 de Septiembre de 2005, las cuales en virtud de lo dispuesto en el apartado cuarto de la misma, han sido completadas y actualizadas por Resolución del Director General de Red.es de 28 de junio de 2006.

La lista de términos prohibidos incluye una relación reducida y actualizada de términos de Internet cuyo uso como nombre de dominio, al poder generar confusión, está prohibido. Las listas de términos reservados, relativas a nombres de dominio de segundo nivel que no podrán ser objeto de asignación libre, son tres:

La primera, otorga el carácter de reservados a una relación de nombres de dominio relativos a denominaciones de órganos constitucionales u otras instituciones del Estado, así como términos relativos a la Casa Real que no hayan sido previamente asignados o que queden vacantes.

La segunda otorga el carácter de reservados a nombres de dominio relativos a denominaciones de organizaciones internacionales y supranacionales oficialmente acreditadas, que no hayan sido previamente registrados o que queden vacantes.

---

45 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones Artículos 16 y 17, y Anexo II sobre definiciones de "nombre " y "dirección"
Ley 56/2007 de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información
Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público
Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Disposición Adicional Sexta ("Sistemas de asignación de nombres de dominio bajo el ".es")
Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. El artículo 34 ("Derechos conferidos por la marca") y la Disposición Adicional Decimosexta ("Proyecto de Ley de nombres de dominio en la red")
Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, tal como queda modificada por el artículo 70 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social Disposición Adicional Decimoctava ("Procedimiento de asignación de nombres y direcciones de dominio bajo el código del país correspondiente a España (.es)")
Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Disposición Adicional Sexta ("Entidad Pública Empresarial red.es") Modificada por Ley 56/2007 de 24 de diciembre, de medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, artículo 8 modificando los apartados 9 y 10 de dicha Disposición Adicional
El Real Decreto 164/2002, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial red.es.

La tercera otorga el carácter de reservados a una relación actualizada de nombres de dominio consistentes en topónimos que coincidan con la denominación oficial de Administraciones públicas territoriales y que no hayan sido previamente asignados, o que queden vacantes. Asimismo se incluye una lista correspondiente a topónimos que figuran en la lista ISO 3166-1 en sus versiones oficiales y en su traducción al castellano. En este último caso hallamos un fenómeno de autorregulación regulada, en la medida en que la norma jurídico-administrativa se remite a la norma técnica para determinados supuestos. Queda patente, pues, el mecanismo de intervención pública sobre el territorio de Internet.

5.2. La intervención administrativa sobre los cibernautas

La regulación de Internet, en general de las redes, implica la intervención ya sea administrativa o autorregulada, esto es de la Administración o de organismos privados, tanto sobre el territorio de Internet (el ciberespacio) –como hemos visto–, cómo sobre sus usuarios, ya estén estos sometidos a normas jurídicopúblicas (administrados) o a normas técnicas (autoadministrados) cómo hemos analizado también en apartados anteriores.

Los usuarios de Internet , conocidos también como internautas o cibernautas, acceden a un espacio –el ciberespacio- y desarrollan actividades sometidas a regulaciones derivadas tanto de la propia arquitectura del sistema, esto es, del propio código, como de la generada por la propia Administración[46]. En general el internauta, sin embargo, se

46 Se indican a continuación algunas normas administrativas, que en relación a la actividad de los sujetos –cibernautas- regulan el comercio electrónico, la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas o la protección de derechos fundamentales (intimidad, protección de datos o firma digital):
DIRECTIVA, 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)
DIRECTIVA, 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica
LEY 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información.
LEY 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.
LEY 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos
LEY 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.
LEY 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
REAL DECRETO 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
REAL DECRETO 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión.
REAL DECRETO 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.
REAL DECRETO, 292/2004, de 20 de febrero, por el que se crea el distintivo público deconfianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y se regulan los requisitos y procedimiento de concesión.

muestra escéptico respecto de la regulación administrativa del ciberespacio. En palabras de Muñoz Machado:

> *"Los internautas son imparciales, libertarios, tolerantes por naturaleza, políticamente incorrectos, escépticos respecto a los medios establecidos, se sienten menos amenazados por el Gobierno en la medida en que lo consideran anticuado e inoperante".*[47]

Veamos pues brevemente el contenido de la intervención administrativa sobre los cibernautas, esencialmente sobre su identidad. Hemos visto con anterioridad que la identidad de los sujetos no es igual a la identidad de las máquinas, siendo ésta última precisamente la que establecen las direcciones IP. Tanto es así que, cómo si de un catastro se tratara, sabemos qué direcciones existen pero no quién las ocupa en cada momento.

Desde el punto de vista del usuario, Internet es una comunidad de usuarios voluntarios que eligen normas de comportamiento (normas técnicas).[48] En función de la proactividad o competitividad de dichas normas cada comunidad gozará de mayor o menor afluencia de cibernautas usuarios del mismo modo que en el espacio físico los Estados compiten entre ellos para atraer, o no, ciudadanos o usuarios a su territorio[49].

Sin embargo en el ciberespacio, de modo distinto al espacio físico, el internauta no mantiene su ciberidentidad en cada comunidad, puesto que ésta no es trasladable a cada comunidad. Cada una de ellas requiere una nueva identidad. Es más, un mismo internauta puede estar presente en diversos ciberespacios simultáneos. La competencia, por tanto, entre ciberespacios se establece en términos distintos a los del espacio real. De entrada los internautas disponen del don de la ubicuidad en los distintos ciberespacios en tanto en cuanto no deban contrastar estas ciberidentidades con la identidad del mundo real. Por otra parte cada territorio del ciberespacio puede establecer, y establece de hecho, sus normas en cuanto a intimidad y confidencialidad. De las características y utilidades de

---

REAL DECRETO, 164/2002, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es.

REAL DECRETO 1290/1999, de 23 de julio, por el que se desarrolla el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en materia de prestación de servicios de seguridad, por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, en las comunicaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, con las Administraciones públicas.

REAL DECRETO 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información.

REAL DECRETO-LEY 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

47 MUÑOZ MACHADO S. "La regulación..." Op.cit, pág 17 citando a ROSETTO Luis Director de la revista WIRED

48 POST G. David. ""Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law Making in Cyberspace" Journal of Online Law, 1995. http:///www.law.cornell.edu/jol/post.html

49 BALLBÉ M. y PADRÓS C. "Estado competitivo y armonización europea" Ed. Ariel. 2000 Barceloa

cada uno de estos territorios dependerá también que usen arquitecturas (códigos) más o menos restrictivas que, a su vez, influirán en el nivel de afluencia a cada comunidad.

Existen dos grandes instrumentos de intervención sobre los cibernautas: las cookies y los certificados digitales. Las primeras son objeto de escasa regulación administrativa, aunque no ignoradas por nuestro Derecho Administrativo como veremos. Los segundos son objeto de una detallada intervención administrativa.

A) Sobre las cookies

Las cookies son pequeños ficheros de datos que se generan a través de las instrucciones que los servidores web envian a los programas navegadores y que se guardan en un directorio específico del ordenador del usuario.[50]

Las cookies son de hecho un instrumento utilizado por los servidores web para almacenar y recuperar información acerca de sus visitantes. De hecho proporcionan una manera de obtener y conservar información sobre el comportamiento del cliente en la web. En este sentido, las cookies constituyen un potente instrumento de marketing para las empresas que usan Internet como medio de comunicación. El aspecto más relevante de su uso es el relacionado con la posible intromisión en la intimidad del usuario. Desde una perspectiva jurídica es pues preciso analizar su funcionamiento para determinar esta relevancia.

Recordemos que una cookie no es más que un fichero de texto que los servidores pueden pedir a nuestro navegador que escriba en nuestro disco duro con información sobre nuestra navegación en la red. Mediante el uso de cookies se permite al servidor web recordar algunos datos concernientes al usuario, como sus preferencias para la visualización de las páginas de ese servidor, nombre y contraseña, productos que más le interesan, etc. Obsérvese que se trata específicamente de que el servidor web "recuerda", es decir, accede a aquello a lo que ya le hemos facilitado acceso con anterioridad, acceso consciente o inconsciente aunque voluntario en la medida en que accedemos nosotros al servidor, no el servidor a nuestra máquina. En cualquier caso podría discutirse sobre la posibilidad de que este acceso consentido deba ser manifestado expresamente.[51] En este sentido no parece que desde esta perspectiva las cookies supongan una intromisión en la intimidad siempre que puedan ser activadas o desactivadas a voluntad del usuario.

Las cookies radican en el disco duro del usuario con lo cual de hecho se trata de información almacenada y usada por el propio usuario, eso sí, a petición del servidor, que usa el navegador como instrumento para solicitar esta información puesto que es el na-

50 RIBAS ALEJANDRO Javier "Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet" Madrid 1999 Ed. Aranzadi Pág. 50 y ss.

51 De hecho los navegadores permiten disponer de un sistema de autorización de cookies que permite autorizarlas o bloquearlas a voluntad del usuario.

vegador el que "escribe" las cookies en el disco duro del usuario . Podemos decir en este sentido que se trata de información "teledirigida " por el servidor . Además, las cookies tienen fecha de caducidad, que puede oscilar desde el tiempo que dure la sesión hasta una fecha futura especificada, a partir de la cual dejan de ser operativas.

Cada cookie representa una pequeña porción de información con una fecha de caducidad opcional, que se añade al fichero o directorio de cookies. La fecha de caducidad es un parámetro opcional que indica el tiempo que se conservará la cookie. Si no se especifica la cookie caduca cuando el usuario sale de la sesión en curso con el navegador. Por consiguiente, el navegador conservará y recuperará la cookie sólo si su fecha de caducidad aún no ha expirado.

Sin embargo, el fichero de una cookie facilita mucha más información cómo por ejemplo el nombre del dominio para el cual es válida la cookie, de tal modo que el navegador devolverá la cookie a todo servidor que encaje con el nombre de dominio parcial. Si no se especifica ningún dominio, entonces el navegador sólo devolverá la cookie a la máquina que la originó. Igualmente la cookie dispone de un atributo de camino para poderla ubicar en el directorio y de uno de seguridad que indica que la cookie sólo será transmitida a través de un canal seguro con SSL. De hecho las cookies pueden contener tanto datos personales como datos relacionados con la operatividad usuario-servidor. En el primer caso nos hallaremos ante datos que previamente ha debido facilitar el propio usuario. En el segundo se trata de datos que no corresponden a personas físicas identificables, por lo que quedaría fuera del ámbito de acción de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. [52] Es más, para que la cookie se pueda asociar a un usuario es preciso que éste haya personalizado el navegador en este sentido, con lo cual ha prestado su consentimiento para ello. El problema puede plantearse si la cookie contiene una dirección IP fija del usuario.

Por el contrario las cookies tienen sus limitaciones, por ejemplo, no pueden desvelar nuestra intimidad en el sentido de que no puede ser usada a distancia para extraer datos del disco duro, conseguir una dirección de correo electrónico o robar información sensible. No así, por contra, otros dispositivos como los applets de Java o controles ActiveX, que pueden ser ejecutados por terceros de forma inconsentida por el usuario al objeto de obtener información del mismo.

En definitiva, una cookie no almacena más información confidencial que la que le queramos dar al servidor que nos la envía.[53] Tampoco permite que el servidor consiga

52 Artículo 1.
"La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar."

53 En este sentido cabe que el usuario autorice contractualemnte al servidor para que le remita cookies del mismo modo que se puede autorizar el uso automatizado de datos personales.

acceso a nuestro disco duro gracias a ellas. No es el servidor el que lee o escribe en el disco duro, sino el navegador, de tal modo que es el servidor quien pide al navegador que lea o escriba las cookies, pero, en ningún caso, puede a través de ellas tener acceso directo a nuestro disco duro. Las cookies son sólo texto, y por tanto, son elementos pasivos que no pueden emprender ninguna acción. Sólo pueden ser leídos o escritos, pero no pueden ejecutarse ni ordenar ejecutar ningún programa[54]

A) ***Con todo, cualquiera que conozca su funcionamiento podría acceder físicamente o tal vez a través de red local, pero no a través de Internet, a los datos guardados en las cookies dentro de un ordenador y utilizar todos los servicios a los que permiten acceder, así cómo los nombres y contraseñas en ellas almacenados. Así es que lo que inicialmente se creó como un mecanismo para beneficiar al usuario[55] puede ser pervertido para beneficiar al anunciante, que husmea nuestras idas y venidas y almacena perfiles de usuario para luego dirigirnos su propaganda personalizada. Esta es una tecnología discreta pero eficaz, en manos de pocas compañias, una de ellas DoubleClick.*** [56] ***DoubleClick es uno de los principales proveedores de soluciones de publicidad en Internet a escala mundial, especializado en servicios que hacen que el marketing en Internet funcione para editores y anunciantes. Haciendo uso de la tecnología, los medios de comunicación y la información, DoubleClick centraliza la planificación, la puesta en marcha y el seguimiento de las campañas de comunicación en línea.***

B) ***En cualquier caso el problema radica en la capacidad de cruzar datos relativos a cada usuario que, por supuesto, ignora este tipo de operaciones. Con todo, las ventajas de la calidad de la navegación asistida por cookies es indudable puesto que permiten personalizar el acceso a los sitios de Internet de tal modo que el servidor construye el perfil personal del usuario a partir de ellas. Las cookies permiten la personalización de la web en aspectos como la presentación de páginas, idioma, compras en tiendas virtuales o carritos de la compra virtuales.***

C) ***Por contra existen usos de las cookies indicados por la técnica que son más controvertidos cómo por ejemplo el seguimiento de las visitas a páginas web, la***

54 Se trata de limitaciones de las cookies expuestas por ALVAREZ MARAÑÓN G. en "Las cookies" artículo publicado en http://www.iec.csic.es/criptonomicon.

55 Según ALVAREZ MARAÑÓN G. en op.cit "*Cuando se crearon, las cookies tenían como objetivo favorecer al usuario. Al permitir que los sitios web "recordasen" a los visitantes, se les podía ofrecer un servicio individualizado, avisarles de novedades y liberarles de ciertas tareas engorrosas de identificación. Algo parecido a entrar en un restaurante y que el camarero nos llame por nuestro nombre, nos siente en nuestra mesa favorita, nos sirva nuestro vino preferido y nos sugiera el nuevo menú que según nuestros gustos seguramente nos agradará. Sin embargo, esa capacidad de recordar constituye el instrumento del que se sirven para rastrearnos. De ahí surge la preocupación por la intimidad y el potencial para violarla de las cookies.*"

56 http://www.doubleclick.net

discriminación de "banners" publicitarios, que permite que cada vez que accedemos a una página se muestre un anuncio distinto, la definición de perfiles de usuario para acciones de marketing o, por ejemplo el almacenamiento de claves de acceso o información sensible –números de tarjetas de crédito por ejemplo- para evitar solicitarla cada vez que el usuario quiera acceder a una página determinada. El tratamiento de esta información puede infringir los preceptos legales de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en la medida en que datos personales son "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"[57] y que si la cookie reúne estas características probablemente pueda existir una lesión al derecho a la intimidad.

B) Sobre los certificados digitales

La gestión de la identidad electrónica constituye uno de los principales retos de las redes telemáticas y uno de los elementos clave para la interoperabilidad y arrastra tras de sí los desafíos de la autenticación, la firma electrónica y las capacidades de actuación. El nuevo contexto de los certificados digitalers se encuentra marcado por la heterogeneidad y la complejidad. Por un lado, operan numerosas identidades (públicas, privadas, nacionales, regionales, locales, sanitarias, financieras, etcétera). Por otro, existe una tendencia a la reducción y generalización de las identidades y al incremento de las identidades de "primera parte" (sobre todo en las redes sociales). Asimismo, crece el número de proveedores en red de atribuciones y capacidades (administraciones públicas, registros jurídicos y notariales) y aumenta el número de entidades privadas que tienden a la especialización y al consumo en línea mediante servicios en red automatizados.

En la medida en que la ley de protección de datos personales determina cuáles son las prácticas aceptables y limita los intercambios de información de identidad esas mismas reglas deberán ampliarse para otorgar nuevas facultades de control a los usuarios, con el incremento consiguiente de las identidades basadas en pseudónimos y de las operaciones tornadas anónimas, esto es, aquellas en las que se han "borrado" las huellas de identidad.

Posiblemente el escenario futuro consistirà en que las políticas públicas deberán ofrecer una respuesta a los retos citados. Las personas y organizaciones, públicas y privadas, deberán gestionar la identidad en un entorno altamente complejo y distribuido. Además, habrá que garantizar el acceso autenticado, seguro e interoperable, a los complejos ecosistemas de información conectados. La clave del cambio de paradigma reside en gestionar personas, en lugar de identidades separadas, implicar al usuario en el sistema

57 Artículo 3. de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

de identidad electrónica y otorgarle el control de sus datos de identidad. La evolución inmediata nos conduce a abordar el reto de la gestión de capacidades: las personas deben poder hacer "algo" en la Red: primero en el contexto de la Web 2.0 (orientado hacia la federación de redes sociales de personas) y luego en el de Red Semántica (orientado hacia la federación de redes sociales de máquinas). En este sentido, la legislación sobre la protección de datos deberá ampliarse para garantizar los derechos de las personas en este nuevo y prometedor escenario.

Siendo ello previsiblemente así, la protección de la intimidad de los internautas en Internet precisa de estructuras de control de la confidencialidad , la principal de las cuales es la existencia de certificados digitales basados en el encriptado de claves. Así, un certificado es un documento firmado digitalmente por una persona o entidad confiable denominada Autoridad de Certificación (CA), que vincula cierta información perteneciente a un sujeto con su clave pública.

En los procedimientos de gestión e intercambio seguro de documentos electrónicos, los certificados digitales garantizan la validez de las claves públicas utilizadas y su vinculación con el sujeto propietario. Las claves públicas intervienen en los procedimientos criptográficos de clave pública ofreciendo principalmente servicios de autenticidad, confidencialidad, integridad y no repudio. El sistema requiere, además, un marco global, una estructura mundial de las transacciones electrónicas. El problema reside en la asimetría existente entre la globalidad de Internet y la zonificación, tanto del comercio a partir de las estructuras estatales, esto es, de la estructura estatal del comercio cómo de las regulaciones públicas al respecto. [58]

El gobierno de Estados Unidos[59] ha identificado cuatro medidas básicas que pueden adoptar todos los países en pro de una estructura jurídica comercial eficaz en las transacciones electrónicas mundiales en la medida que facilite la participación de las industrias nacionales en transacciones electrónicas entre países y de que contribuya al establecimiento de una estructura jurídica comercial mundial que promueva las transacciones electrónicas. Se trata pues de disponer de un método para derribar las barreras jurídicas comerciales a las transacciones electrónicas.[60]

---

58 En este sentido vid. MARTINEZ NADAL Apol.lonia "Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación" Ed. Civitas Madrid 1998. pág. 88:
"...cabe mencionar en primer lugar leyes de distinto ámbito de aplicación (así diversos países europeos han aprobado ...leyes en materia de comercio electrónico....en segundo lugar iniciativas surgidas desde organismos o comunidades internacionales...asimismo están surgiendo también desde diversos grupos y asociaciones que pretenden establecer lineas básicas en materia de firma electrónica..."

59 PINCUS A.J. "Hacia una estructura juridica comercial uniforme para transacciones electronicas mundiales " Op.cit.

60 Estos principios han sido utilizados y aprobados en una variedad de contextos multilaterales y bilaterales desde octubre de 1998, en que los ministros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo aprobaron una declaración sobre la autentificación para el comercio electrónico en la que se afirmaban estos principios.

La primera de estas medidas es la eliminación de barreras legales basadas en documentos escritos que se oponen a las transacciones electrónicas y la aplicacion de disposiciones pertinentes mediante la aplicación del modelo normativo CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) de 1996.

En 1996, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó una ley modelo de comercio electrónico que refleja un amplio consenso internacional en torno de la idea de que con frecuencia la comunicación de datos de interés legal en forma electrónica se ve entorpecida por los obstáculos legales que se oponen al uso de dichos datos o por la incertidumbre de su efecto o validez legal.[61] Las disposiciones de habilitación de la ley modelo, ofrecen una orientación para modificar esas barreras legales a las transacciones comerciales electrónicas. Por ejemplo, en Estados Unidos las normas jurídicas que regulan los contratos y las transacciones comerciales las establecen tradicionalmente los gobiernos estatales a través de una organización de expertos legales conocida como Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad de Leyes Estatales (NCCUSL). En julio de 1999 NCCUSL aprobó la Ley Uniforme para Transacciones Electrónicas (UETA) y la envió a los gobiernos estatales para su adopción. Esta ley, resultado de varios años de estudio por NCCUSL, se basa en el consenso internacional establecido por la Ley modelo y contiene disposiciones concretas que pueden aplicar los Estados para eliminar las barreras que suponen los requisitos referentes a la documentación en papel para las transacciones electrónicas. UETA puede ser un excelente modelo para los países que deseen aplicar las disposiciones de habilitación de la ley modelo.

La aplicación de la Ley modelo CNUDMI requiere sin embargo un planteamiento minimalista, en el sentido de que no puede establecer beneficios de ninguna clase a favor de ningún tipo de tecnología o método en detrimento de otros si se pretende un instrumento flexible, duradero y apropiado para las transacciones electrónicas.

A la vez es importante revisar las leyes que exigen documentación en papel para no impedir que se realicen transacciones por vía electrónica, aunque estas revisiones deben asegurar una protección del interés público en el entorno electrónico equivalente al físico.

La segunda medida de las identificadas por el Gobierno de EUA es reafirmar los derechos de las partes a decidir medios tecnológicos apropiados para autentificar sus transacciones. Este procedimiento se refiere a los medios por los que una parte en una transacción electrónica puede indicar su acuerdo con las condiciones del contrato, demostrar su identidad o realizar otras funciones afines.

---

61 Por ejemplo, muchos sistemas jurídicos exigen documentos escritos, originales y otros tipos de documentación similar en papel. En la medida en que estos requisitos no se pueden satisfacer con la documentación y los datos electrónicos, constituyen un obstáculo real al desarrollo de las transacciones electrónicas y se conocen como barreras legales al comercio electrónico basadas en papel.

Actualmente existen diversas técnicas de autentificación que se pueden usar. Por ejemplo, una parte puede escribir su nombre al final de un mensaje electrónico que contenga los términos del acuerdo. Puede terminar un mensaje con una clave convenida de antemano o con un ejemplar facsímil electrónico de su propia firma, creada con una pluma electrónica. También puede firmar el mensaje mediante alguna tecnología digital o biométrica. Estos métodos de autentificación están evolucionando rápidamente y no hay duda de que surgirán otros nuevos. [62]

La mayor parte de las operaciones de autentificación electrónica se realizan actualmente en sistemas cerrados. Se trata de acuerdos en los que las partes ya tienen alguna relación y llevan a cabo transacciones electrónicas con arreglo a un sistema de autentificación establecido de mutuo acuerdo. Diversas variaciones de este modelo se aplican en sectores que van desde la industria [63] a servicios bancarios y financieros, donde las partes comerciales establecen el método tecnológico que van a utilizar, junto con las normas de funcionamiento, asignación de riesgo y solución de controversias.

En general nos hallamos pues ante dos posibles modelos jurídicos distintos de autentificación electrónica. Uno (CNUDMI) consistente en eliminar las barreras a los acuerdos electrónicos y las firmas electrónicas sin otorgar condición jurídica especial a ningún tipo de autentificación. El segundo, que entrañaría un grado mayor de reglamentación gubernamental, supondría que un gobierno establece una preferencia por uno o más tipos de autentificación electrónica mediante la imposición de determinados requisitos técnicos en relación con las firmas electrónicas, lo que a menudo constituye presunción legal de la obligatoriedad de los contratos electrónicos firmados con arreglo al método indicado.[64]

---

62 Cuando se inició la era del comercio electrónico, algunos observadores imaginaron un mundo en el que cada cual tendría su identificador digital personal, en un formato universalmente reconocido, para autentificar sus transacciones electrónicas. Todo el mundo podría navegar por Internet y llevar a cabo transacciones con cualquiera que se encontrase, confiado en que el identificador digital de la otra persona constituía un medio legalmente válido para identificarla en caso que la transacción acabase en los tribunales. Aunque en el futuro es posible que se den el mercado y la infraestructura necesarios para este tipo de sistema integral e instantáneo de autentificación, de momento no existe nada parecido.

63 Por ejemplo, en el sector industrial, los tres principales fabricantes de automóviles de Estados Unidos están organizando un sistema mundial para involucrar en el diseño y fabricación del producto a más de 15.000 proveedores establecidos por todo el mundo.

64 PINCUS A.J. "Hacia una estructura juridica comercial uniforme para transacciones electronicas mundiales " Op.cit. confiesa que el Gobierno de EUA ha podido comprobar que no es necesario promulgar estas leyes detalladas, ya que la mayoría de las autentificaciones se llevan a cabo en sistemas cerrados. Además, su promulgación podría ser incluso perjudicial si cuestionar la validez y aceptabilidad legal de los sistemas cerrados que utilizan distintas tecnologías o métodos. Asimismo propone reconocer y hacer valer los sistemas cerrados: dado el predominio de los sistemas cerrados en el mercado mundial actual, una medida crítica que deberían adoptar los gobiernos en este momento para desbloquear las transacciones entre países consiste, sencillamente, en garantizar que sus estructuras jurídicas comerciales reconozcan y hagan valer los sistemas cerrados. Los países que adopten leyes minimalistas similares a la UETA, lo más probable es que no necesiten adoptar disposiciones adicionales separadas para lograrlo. En cambio, los que adopten leyes detalladas por las que se otorguen beneficios especiales a determinados métodos deben promulgar cláusulas separadas que reconozcan expresamente y

La tercera medida propuesta consiste en garantizar a todas las partes la posibilidad de defender un sistema de autentificacion en los tribunales que permita la admisibilidad de pruebas en los mismos. En este sentido es importante que los países revisen estos reglamentos de admisibilidad de pruebas para asegurar que una parte, en un sistema cerrado, tenga la oportunidad de demostrar ante los tribunales que su sistema ha producido realmente un acuerdo legalmente obligatorio. De otro modo, incluso cuando el sistema sea válido con arreglo a normativa de contratos, podría ser ineficaz al tener vedado el acceso a los tribunales.

Finalmente, la cuarta medida es otorgar a las tecnologias y proveedores de servicios de autentificacion de otros paises un trato no discriminatorio . Para los países que adopten una estructura jurídica minimalista del tipo de la UETA y la Ley modelo, esto probablemente no será un problema. En cambio, los que opten por leyes detalladas tienen que procurar en no establecer regímenes jurídicos que favorezcan a los proveedores nacionales de servicios o a determinados proveedores extranjeros. Entre otras cosas, esas leyes pueden tener el efecto imprevisto de impedir la plena participación de los usuarios nacionales de autentificación en transacciones con otros países.

Más allá de la intervención sobre los cibernautas en sede "mercantil" merece especial detalle también la intervención sobre los cibernautas en el ámbito administrativo; esto es, la emergencia de una ciber-administración o administración on-line que permite establecer relaciones, interadministrativas o con el administrado, en condiciones impensables hace sólo unos años.

Más allá del marco normativo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, merece especial mención la promulgación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP), que establece nuevos derechos más allá del tradicional enfoque del Derecho Administrativo. Así, el artículo 1 reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas. Se trata, como es de ver, de reconocer expresamente un derecho, novedad interesante respecto del tratamiento anterior , en que era sólo una mera posibilidad.[65]

Asimismo se consagran derechos de los ciudadanos, (Art. 6) como tener una participación activa en el procedimiento administrativo, o la elección del canal a través del cual se relacionará con las Administraciones Públicas; la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Pública; obtener copias electrónicas de los

hagan valer los sistemas cerrados. De otro modo, esas leyes detalladas podrían sembrar la duda en cuanto a la validez de cualquier sistema cerrado que no utilice el método establecido por la ley.

65 Vid. ALAMILLO, I. HENAO E. "La gestión electrónica de la identidad y de la firma electrónica en el intercambio electrónico de datos entre Administraciones Públicas" AR: Revista de Derecho Informático. No. 121 Agosto 2008.

documentos electrónicos o la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente, entre otros.

Debemos destacar, sin embargo, que para el pleno ejercicio de todos estos derechos debe plantearse de modo previo el pleno ejercicio del derecho a la identidad electrónica, que requiere de modo indisoluble de un sistema de firma electrónica. En este sentido Alamillo y Henao[66] coinciden en plantear la cuestión como absolutamente imprescindible:

> *"Como consecuencia ineludible de lo anterior, es posible afirmar que para el establecimiento de relaciones electrónicas tanto entre la Administración y el administrado, como entre diferentes Administraciones, e incluso en las relaciones internas de una misma Administración, resulta imperiosa la necesidad de emplear los instrumentos adecuados que garanticen circunstancias como la identidad del actor y la integridad y autenticidad de los datos y documentos. De no ser así, sería imposible la construcción de un entorno de confianza en el cual los actores puedan interactuar, y se frustran los beneficios de la digitalización de los trámites y procedimientos administrativos".*

Como es pues de notar, los problemas de identidad en la red suponen una muy relevante amenaza para la seguridad. Así, mecanismos de seguridad como la firma electrónica, al posibilitar la autenticación de una persona previamente identificada y la autenticación del origen de unos datos, contribuyen de forma decisiva a la necesaria creación de espacios de confianza, donde las partes, debidamente identificadas, generan documentos con valor probatorio pleno, que permiten – no sin retos importantes - la traslación a electrónico del tradicional expediente en papel.

Como hemos indicado con antelación hoy, en España, existen dos leyes sobre firma electrónica. La primera, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que es la transposición de la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica y, la segunda, la Ley 11/2007, de 22 de Junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP)

En la Ley 59/2003 se establece el marco normativo de los distintos tipos de firma electrónica, siendo la firma electrónica reconocida la única equivalente a la firma manuscrita . Con un enfoque más amplio, la LAECSP crea nuevos tipos de firma electrónica, específicos para la Administración, y opta por la posibilidad de empleo de los diversos mecanismos de autenticación y firma electrónica (ordinaria, avanzada o reconocida)

Este panorama normativo sitúa el modelo español en un contexto de coexistencia de diferentes sistemas de identidad y firma, que conviven en el ciberespacio con multitud

66 ALAMILLO. I; HENAO E. "La gestión electrónica de la identidad…" op.cit.

de aplicaciones. Ello nos conduce a un panorama de complejidad creciente en el que se plantea la gestión interoperable de la identidad, que es una de las cinco prioridades máximas del programa de Administración electrónica de la Unión Europea, recogido en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, "Plan de acción sobre Administración electrónica i2010: Acelerar la Administración electrónica en Europa en beneficio de todos", COM (2006) 173, de 25 de abril de 2006.

Por otro lado es preciso referirse también a la novedad que conlleva el artículo 6.2.b) de la LAESCP.[67] El principal problema radica en determinar cuales son los medios legalmente aptos para transferir datos entre administraciones. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el derecho a la protección de datos es un derecho distinto del derecho a la intimidad y goza de una entidad jurídica propia y de status de fundamental. Ello supone una limitación a los poderes públicos para el intercambio de datos, que deberán mantener unas garantías que, según el Tribunal Constitucional (STC 254/1993) se centrarán en el derecho a requerir el previo consentimiento del interesado para la cesión y uso de sus datos personales, el derecho a saber y a ser informado sobre el uso y el destino de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

En desarrollo de este marco normativo se presentan distintos modelos posibles que encajan en el ámbito constitucionalmente garantizado del derecho a la protección de datos.[68] A saber, el primer modelo, basado en certificados telemáticos, se construye a partir del Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados. Este modelo consiste en sustituir los certificados administrativos en soporte papel por certificados telemáticos, siempre que el interesado así lo autorice o una norma de rango legal lo disponga. En este modelo, la Administración que expide el certificado telemático lo pone a disposición del administrado, siendo este quien tendría que transmitir documentos de Administración a Administración generando obvios problemas de interoperabilidad.

El segundo modelo se basa en las transmisiones de datos entre Administraciones Públicas para liberar al administrado de la carga de transmisión del certificado fijando que cada Administración deberá conceder acceso a las restantes Administraciones a los datos del interesado, especificando los protocolos, las condiciones y el funcionamiento del sistema de intercambio de acuerdo con las máximas garantías de seguridad, inte-

67 El ciudadano tiene derecho "*a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizaran medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de los datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados*".

68 ALAMILLO. I; HENAO E. "La gestión electrónica de la identidad…" op.cit.

gridad y disponibilidad. El problema reside en el hecho de suponer que la Administración requirente cuenta con el consentimiento del administrado, sin que ello se acredite efectivamente, lo que puede vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos personales.

El tercer modelo se basa en la autogestión de datos y consentimientos personales para la transmisión de datos que permitan que el ciudadano sea un agente más del sistema, que actúa depositando sus identidades electrónicas, atribuciones electrónicas, consentimientos para la cesión de datos personales y otras instrucciones a las Administraciones Públicas, empresas y otras instituciones mediante, entre otros, el registro de sus diferentes identidades electrónicas, y estableciendo perfiles de usuario que le permiten identificarse de forma unificada y segura frente a diferentes Administraciones y empresas.

4. Conclusión

A lo largo de estas páginas hemos podido constatar cómo Internet se desarrolla en un espacio y un tiempo reales, aunque con características distintas del entorno físico.

La estructura de la Red responde esencialmente a un poder constituyente de base tecnológica que pivota sobre el "soft law", estableciendo sistemas de control territorial, estructural y personal propios del modelo y distintos de los propios entornos físicos.

Todo ello, sin embargo, no es óbice para constatar un papel determinante de las regulaciones jurídicas públicas en este ámbito, en la medida en que en él se ven afectados intereses públicos y derechos privados constitucionalmente protegidos, siendo además que, tras las estructura de la Red, subyacen en algunos vectores (su ordenación territorial, por ejemplo) actividades de servicio público.

En resumen, la regulabilidad de Internet, basada tanto en técnicas regulatorias como autorregulatorias, deviene elemento esencial de la protección del interés público y los derechos de los ciudadanos, siendo además que, de hecho, jamás ha escapado a un último control público, sino que precisamente en este ámbito se ha originado.

Servicios Postales y Constitución: un abordaje del sistema brasileño y argentino

*A. Saddy**

Introducción; 1. Concepto, mercado e industria de red en el sector postal; 2. La necesidad de cambios en el sector postal y su reforma en el mundo; 3. El sector postal brasileño y sus peculiaridades; 3.1 Naturaleza jurídica del servicio postal brasileño; 3.2 La cuestión del monopolio en el servicio postal brasileño; 3.3 La posición del Supremo Tribunal Federal brasileño; 4. El sector postal argentino y sus peculiaridades; 4.1 El deficiente proceso de regulación argentino en el sector postal; 4.2 La desestatización del servicio postal y las garantías constitucionales argentinas; Conclusiones.

Introducción

La historia del sector postal se inicia incluso antes que la de la propia escritura; sin embargo, el sector pudo perfeccionarse solamente con el avance de esta última[1]. Inicialmente fue concebido como un servicio organizado por el Estado, para uso casi exclusivo del soberano y de su corte. No obstante, esto empezó a cambiar en Europa a principios del siglo XVI, como consecuencia de la gran corriente de renovación que sacudió al continente. La principal mejora fue una mayor accesibilidad a los servicios; al menos para quien pudiese permitirse pagar las relativamente caras tarifas. Habría que esperar al siglo XIX para que los gobiernos consideraran el correo como un servicio de interés público, lo que trajo como consecuencia una cierta *universalización* del servicio teniendo en cuenta las limitaciones de la época[2].

* *Doctorando en "Problemas actuales de Derecho Administrativo" por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid con apoyo de la Beca Complutense Predoctorales en España; Maestría en Administración Pública por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa con apoyo del Programa Alβan, Programa de becas de alto nivel de la Unión Europea para América Latina; Postgrado en Regulación Pública y Competencia por el Centro de Estudios de Derecho Público y Regulación (CEDIPRE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra; Personal Docente e Investigador en el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; Associate Research Fellow do Centre for Socio-Legal Studies da Law Faculty da University of Oxford; Miembro de la MethoIus Consultoría Jurídica Internacional; andresaddy@yahoo.com.br.*

1 Sobre la historia del sector postal, véase: VERDEGAY, E. e FISCOWICH, E. Historia del correo desde sus orígenes hasta nuestros días. París-Valencia: Facsímil, 1894.

2 Eso, básicamente, por tres motivos: en primer lugar, los países europeos revocaron todas las licencias concedidas a particulares durante los siglos anteriores, de la cual la más famosa era la de la familia von Tasis, y transformaron los Correos en un servicio público estatal para servir a todos los ciudadanos (sobre la familia Tasis, véase: PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 40); el segundo evento que contribuyó a la mejora de los servicios postales fue la introducción de medios de

Desde entonces, la actividad postal fue estructurada en todos los países bajo la forma de prestación directa o indirecta por el propio Estado, ofreciendo sus servicios a la sociedad en un régimen de monopolio que suponía un obstáculo para la incursión de las empresas privadas en este mercado[3].

Dada la ausencia de desafíos de mercado, los servicios de correos del mundo operaron durante mucho tiempo sin prestar gran atención a las necesidades de sus clientes.

Tal situación perduró hasta mediados del siglo XX, durante un período en el que los correos tuvieron la garantía de que sus actividades no estaban –ni deberían estar– sujetas a cualquier forma de competencia, en un ambiente de estabilidad mercantil y tecnológica.

En el mundo del siglo xx, al final de la década de 1960 e inicio de la de 1970, empezaron a surgir empresas privadas[4] ofreciendo el servicio de transporte de documentos y mercancía con calidades sensiblemente superiores a los servicios tradicionales de las administraciones oficiales de correos, dando inicio así a la competencia en el sector, aunque restringida a los servicios más sofisticados[5].

---

gestión avanzados, como la invención del sello postal, la introducción de un precio único para todo el territorio del Estado y el uso de nuevos medios de transporte, como el tren, la bicicleta, el automóvil y el avión; un tercer motivo para el rápido desarrollo de los correos en el siglo XIX fue la fundación de la Unión Postal Universal (UPU), el 9 de octubre de 1874, por el Tratado de Berna-Suiza. La UPU pasó a establecer reglas para el funcionamiento internacional de los correos y apoyar el desarrollo interno de los servicios de los países asociados.

3 De acuerdo con HELY LOPES MEIRELLES (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 577), monopolio estatal es la reserva para el poder público de determinado sector del dominio económico. Si la exclusividad fuera sobre todo el dominio económico, dejará de ser monopolio para ser nacionalización de la economía privada, como ocurre en los regímenes socialistas. Para HERBERT GROSS (In: SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 126 y 127), el monopolio estatal es la deliberada sustracción de ciertas actividades privadas de manos de los particulares para ponerlas bajo la atribución de la nación por un motivo de interés público. Se resalta, también, que existe una enorme confusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto de la utilización de los vocablos privilegio y monopolio. Uno no se confunde con el otro. El monopolio es la detención exclusiva de bien o de actividad por una sola persona; privilegio es la delegación del derecho de explotación del bien o de la actividad monopolizada a uno o varios interesados. El monopolio es siempre exclusivo y excluyente de los demás interesados; el privilegio puede ser exclusivo o no. El privilegio es un género del cual el exclusivo y el monopolio son especies. El privilegio exclusivo está para el servicio público, así como el monopolio lo hace para la actividad privada. Según SAYAGUÉS LASO (In: ENTERRÍA, Eduardo García de. Curso de Derecho Administrativo I. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 45 y 46): *"la cláusula de exclusividad no puede confundirse con el monopolio. Esta es la supresión de la concurrencia en una actividad libre para reservarla a una persona pública o privada, mientras que aquélla solo puede surgir en los servicios públicos, donde no existe libre concurrencia pues para explotarlos se necesita concesión"*.

4 Inicialmente, las empresas privadas actuarán poniendo mayor énfasis en el servicio internacional.

5 La actividad de la Comisión Europea contra los derechos exclusivos en el mercado postal se inició a mediados de la década de 1980 con procedimientos contra diversos Estados miembros que reservaban la prestación de servicios exprés a favor del tradicional monopolista, o dificultaban la entrada de nuevos operadores en el mercado. Muchos Estados miembros eliminaron los obstáculos a la competencia sin necesidad de que la Comisión Europea adoptase una postura formal, como fue el caso de Alemania, Bélgica, Francia, Italia y Dinamarca (en el caso de los tres últimos, véanse respectivamente, XV, XIX y XXI Informe sobre Política de Competencia 1985, 1989 y 1991, parágrafos 259, 228 y 326). Otros, sin embargo, se negaron a poner fin a tales restricciones, lo que forzó a la Comisión Europea a adoptar decisiones formales, como la adoptada contra Holanda (decisión de la Comisión 90/16/CEE, de 20 de diciembre de 1989, relativa a la prestación en los Países Bajos de los servicios de correo exprés, DOCE L 10/47, de 12 de enero de 1990) y contra España (decisión de la Comisión

Las tecnologías avanzaron con el paso del tiempo, posibilitando así la expansión de los servicios internacionales hacia los mercados nacionales, lo que representaba una amenaza directa a los monopolios postales.

De esa manera, como reacción a la actuación de los operadores privados, los correos estatales fueron obligados a adoptar una nueva estrategia en la que el cliente ganó un papel más destacado, exigiendo una organización postal más moderna y orientada hacia los deseos de las personas. Los correos, antes órganos de la Administración Pública directa, pasaron a actuar con mayor flexibilidad administrativa en forma de organismos más autónomos, con el fin de poder enfrentarse a los desafíos de la creciente demanda en un ambiente cada vez más competitivo[6].

Coincidiendo con el fin de la Guerra Fría, la actividad postal pasó a plantearse de una manera totalmente diferente. El sector asumió el papel vital de las infraestructuras necesarias para las transacciones comerciales en un mundo en el que, frecuentemente, productor y consumidor se encuentran geográficamente distantes. La actividad de los servicios postales pasó a ser compartida por el Estado y por la iniciativa privada en casi todo el mundo.

De esa forma, la mayoría de los países, ante el desafío de responder a esa nueva demanda, se mostraron incapaces no solo de realizar las inversiones necesarias para la mejora del sector, sino también de administrarlo de forma empresarial.

De ahí que la mayoría de los países desarrollados, a partir del final de la década de 1990, llevaran a cabo reformas postales en las que la principal medida adoptada por el Estado fue la liberalización gradual del sector en pro de la iniciativa privada.

De ese modo, muchos de estos países, capitaneados por la Unión Europea, adoptaron medidas como el desmembramiento de actividades complementarias o ligadas a una misma cadena productiva, el establecimiento de una competencia *gradual y controlada*

90/456/CEE, de 01 de agosto de 1990, relativa a la prestación en España de los servicios de correos exprés internacionales, DOCE L 233/19, de 28 de agosto de 1990).

La política de la Comisión Europea contra tales derechos exclusivos fue cuestionada por algunos Estados miembros. La Comisión Europea no solo tenía declarados como ilegales determinados derechos exclusivos en el sector postal, sino que también determinó que la mera existencia de un derecho exclusivo de un servicio de interés general podría resultar contrario al Tratado.

Este nuevo escenario también produjo diversas controversias jurídicas en cuanto a la legalidad de las empresas que empezaban a competir con aquellas otras que detentaban el monopolio postal. La decisión más importante, como veremos, fue la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, conocido como caso *Corbeau,* de 19 de mayo de 1993. En tales decisiones se reconoce la necesidad de desmantelar los correos públicos existentes en los Estados miembros, además de mesurar la existencia de los monopolios postales y afirmar que la existencia de este monopolio solo se justifica en la medida en que sean necesarios para mantener el interés general.

6 Es importante destacar que el modelo de explotación de la actividad postal estaba fuertemente basado en el concepto de territorio nacional, lo que hacía que el límite de mercado coincidiese con las fronteras de las naciones. Además, en muchos países, las empresas privadas que actuaban en el mercado no ejercían competencia propiamente dicha con el monopolista estatal, quedando algunos de ellos cada vez más desfasados en relación con el desarrollo mundial. Todo ello porque la idea de seguridad nacional estaba fuertemente relacionada con los servicios postales.

en algunas fases de la explotación de la actividad, y la creación de reglas para evitar la concentración económica.

JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL[7] afirma que la apertura a la competencia supuso una amenaza para la universalidad de los servicios postales en cuanto podría resultar incompatible con la política de subvenciones cruzadas en la que se fundaba el servicio universal. Sostiene que la plena liberalización del sector postal en un corto período de tiempo hubiese exigido poner fin abruptamente a los mecanismos redistributivos, cosa que, para el autor, resultaba complicado desde un punto de vista político. Pero la liberalización abrupta era indeseable no solo en el campo político, también podría haberse visto amenazada la estabilidad financiera de los antiguos monopolistas. Afirma el autor que los nuevos operadores se habrían centrado en los segmentos más atractivos (usuarios que generan un volumen mayor y más concentrado de envíos, usuarios que generan envíos con mayor valor añadido, etc.) despreciando los segmentos menos productivos, que son precisamente los más necesarios para garantizar la cohesión social (servicios en zonas rurales, a ciudadanos de rentas bajas, discapacitados, etc.). La consecuencia, por lo tanto, sería la centralización de los nuevos operadores en los segmentos con mayores márgenes de beneficio, impidiendo al monopolista la obtención de ingresos con los que poder financiar la prestación del servicio universal que tradicionalmente procedían de las subvenciones cruzadas. Como consecuencia, recuerda que los monopolistas alegaban que la plena liberalización les habría llevado a la quiebra y habría dejado sin servicio a las zonas rurales y a los usuarios con menos recursos.

La opción de liberalizar gradualmente permite al monopolista ajustar paulatinamente sus precios en función de los costes, e ir poniendo fin a las subvenciones cruzadas sin que se vea amenazada su estabilidad financiera. Del mismo modo, la liberalización gradual permite la introducción bien estudiada de mecanismos sustitutivos de las subvenciones cruzadas, como el fondo compensatorio del servicio universal. De este modo, pueden compatibilizarse la competencia y el interés general[8].

Ante todo lo expuesto, se observan en la actualidad tres grandes bloques de estudio del sector postal: países que hicieron reformas postales y que, por consiguiente, cambiaron sus modelos; países que se encuentran en vías de desarrollar sus reformas, pero que aún no han conseguido realizarlas o que, simplemente, no desean cambiar sus modelos, y, por último, países que hicieron las reformas pero que, tarde o temprano, volverán a la situación anterior.

Por cuenta del antagonismo existente entre estos tres bloques, se optó por analizar algunos puntos constitucionales-administrativos del servicio postal de dos países, cada uno de ellos encuadrado en las dos últimas hipótesis mencionadas. Son los casos, respectivamente, del modelo brasileño y argentino de servicios postales. A lo largo del

7 PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 45 y 46.
8 PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 46.

presente trabajo se harán referencias a la situación de la Unión Europea como modelo deseable de reforma, al final de la cual los países miembros, que hicieron sus reformas postales de acuerdo con la Directiva 97/67/CE, modificada por la 2002/39/CE, tuvieron la posibilidad de crear nuevos escenarios jurídico-normativos, impulsando y predeterminando tales normas[9].

9 El proceso de reforma de los mercados postales europeos empezó formalmente con la publicación por parte de la Comisión Europea de su *Libro verde sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales* (COM (91) 476 final, Bruselas, 11 de junio de 1992). Este libro consiste en un estudio completo sobre el sector postal de la Comunidad Europea, con un excelente nivel técnico, valiosa información y apuntes sobre las dificultades para implantar un mercado único, ya que cada Estado miembro tiene problemas vinculados básicamente a las reglas de funcionamiento, valores y plazos diferenciados. De ese modo, propone una serie de medidas, descartadas las hipótesis extremas de liberalización del sector (que requeriría la creación de un organismo centralizado a nivel comunitario responsable de los servicios postales). De ese modo, el Libro Verde orienta la realización de una armonización parcial para satisfacer los objetivos básicos, que serían la garantía de un servicio postal universal con contenido equiparado para todos los Estados Miembros y, una vez asegurado el servicio universal, el sector se liberaría de forma progresiva y controlada para que el usuario pueda tener poder de elección sobre su prestador de servicio.

Fruto del debate público generado por el Libro Verde, y como resumen del mismo, la Comisión europea publicó un Comunicado al Consejo y al Parlamento Europeo con *Líneas directivas para el desarrollo de los servicios postales comunitarios* (COM [93] 247, 1993).

El Parlamento Europeo emitió su resolución al respecto de los análisis de la Comisión el día 22 de enero de 1993 (Resolución del Parlamento Europeo de 22 de enero de 1993, relativa al *Libro Verde sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales.* DOCE C 42/240, de 15 de febrero de 1993), y el Consejo emitió su opinión al respecto mediante la Resolución de 7 de febrero de 1994 (Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994 relativa al desarrollo de los servicios postales comunitarios. DOCE C 48/3, de 16 de febrero de 1994). Como consecuencia de todo el procedimiento descrito, añadido el escenario de reformulación que el concepto de servicio de interés económico general produce, la Comisión Europea inició la génesis de la Directiva 97/67/CE, en 22 de noviembre de 1995 (COM [95] 227 final, DOCE C 322, 2 de diciembre de 1995).

La primera Directiva Postal fue adoptada en diciembre de 1997 (Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interno de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio. DOCE L 15/14, de 21 de enero de 1998). Esta directiva trae pautas comunes que serán observadas por los Estados miembros, como la definición, el contenido y alcance de los servicios postales universales (arts. 3.1, 3.2, 3.3, 16 y 17 de la Directiva 97/67/CE), la determinación del ámbito de los servicios reservados, que pueden ser prestados en régimen de monopolio en la Unión Europea mediante los criterios de peso y precio (art. 7.1. de la Directiva 97/67/CE, modificada por la Directiva 2002/39/CE), el establecimiento de criterios generales sobre los servicios postales no reservados (arts. 9 al 11 de la Directiva 97/67/CE), la fijación de unos principios generales en materia de tarifas del servicio universal y de la transparencia de la contabilidad de los prestadores del servicio (arts. 12 y 14 de la Directiva 97/67/CE), la separación de las funciones reglamentares y la exportación del sector postal (art. 22 de la Directiva 97/67/CE), la previsión de armonización de las reglas de funcionamiento de los servicios postales a nivel comunitario (art. 20 de la Directiva 97/67/CE) y la fijación de parámetros y calidad en cuanto a plazos de entrega a observar en los envíos de correspondencia entre los Estados miembros (art. 18 y anexo de la Directiva 97/67/CE). Todas estas reglas conforman un marco normativo común del sector postal de la Comunidad.

En cumplimento de lo previsto en la Directiva Postal, la Comisión inició en mayo de 2000 el procedimiento legislativo a fin de reformar la misma. Dicho procedimiento desembocó en la adopción de la Directiva 2002/29/CE (Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, que modifica la Directiva 97/67/CE con el fin de proseguir la apertura de la concurrencia de los servicios postales de la comunidad. DOCE L 176/21, de 05 de julio de 2002), que modificó seis artículos de la Directiva 97/67/CE, en especial los referidos al ámbito reservado, a las condiciones de competencia en los segmentos liberalizados y los procedimientos de reclamación por parte de los usuarios.

Esa reestructuración de los servicios postales pasó a ser una tendencia mundial por muchos considerada irreversible dada la magnifica dimensión de este sector y, naturalmente, dada también la globalización de la economía[10].

Muchos otros países ajenos a la Unión Europea emprendieron sus reformas siguiendo el modelo por esta recomendado, aunque con las debidas adaptaciones. Algunos ya las han finalizado y se encuentran en pleno desarrollo. Otros, a día de hoy, intentan formalizar tales reformas, pero aún no lo han hecho. Este es el caso brasileño, que viene tramitando en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley Postal desde 1999 (Proyecto de Ley n.º 1.491/99). En cambio, Argentina optó por apartar completamente la prestación del servicio postal del Poder Público, pero enseguida surgieron problemas y tuvo que renacionalizar su correo, volviendo a una situación muy similar a la que tenía anteriormente a la privatización.

Existen, por tanto, tres extremos: un nacionalismo exacerbado de países como Brasil y Japón, donde hay un total monopolio público de los servicios postales; otro en el que se ha implementado una completa privatización del sector (modelo seguido por Argentina, Nigeria y Holanda), pero que plantea problemas, y, por último, el modelo europeo, que liberalizó el mercado postal con reservas y muchas cautelas, y que se analizará de forma transversal, ya que se conoce de la existencia de exhaustivos trabajos sobre el sector postal europeo.

Así, nos proponemos analizar dos casos específicos, Brasil y Argentina, por configurar casos extremos de los bloques mencionados, e intentaremos aportar una perspectiva distinta de la que ofrece la doctrina jurídica.

1. Concepto, mercado e industria de red en el sector postal

El servicio postal se define como el conjunto de servicios de recogida, admisión, clasificación, tratamiento, curso, transporte, distribución y entrega desde un punto determinado, o no, a otro cierto y determinado, de forma masiva, por medio de una red

10 JUAN DE LA CRUZ FERRER (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 30) afirma que: "*sería un error descomunal pensar que el actual proceso de globalización es un proceso cuya primera causa es económica. En absoluto es así; la economía constituye un factor secundario. Las fuerza que han desencadenado el proceso de globalización han consistido en una firme y decidida voluntad de preservar la paz*". Específicamente sobre la globalización en el sector postal, JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL (PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 14) sostiene que la globalización es una de las transformaciones que el sector postal viene sufriendo, y afirma: "*Es evidente que un sector tan ligado a la comunicación y al transporte se ve inevitablemente afectado por el proceso de internacionalización de las actividades económicas y culturales. Fruto de este proceso está siendo la aparición de operadores presentes en multitud de países, capaces de prestar en solitario, sin la colaboración de otros operadores postales, sus servicios. Este nuevo modelo se enfrenta al modelo tradicional de correo transfronterizo, caracterizado por la existencia de monopolios con presencia limitada pero exclusiva en el territorio de un Estado, que necesariamente debían colaborar para completar un servicio internacional*".

física o de otro tipo, de correspondencia y objetos postales[11]. Cada fase en sí misma es un servicio postal[12]. No se puede, por lo tanto, confundir el servicio postal con otros servicios similares, como los de transporte y autoprestación[13].

---

11 Correspondencia es toda comunicación en forma escrita, grabada o fijada en soporte material y, en estas condiciones, destinada a una dirección determinada o a persona con dirección determinada. Objeto postal es todo bien material, con o sin valor mercantil, que atienda a los requisitos de envío fijados por ley y eventual reglamentación, y que sea encaminado por las redes físicas a una dirección o persona con dirección determinada.

12 La doctrina normalmente utiliza la expresión "*Correos*" para designar a la empresa que presta el servicio postal y "*correos*" para hablar del servicio en sí. JOAQUIM MACALOSS (MACALOSS, Joaquim. O serviço postal e o privilégio exclusivo. Revista de Direito Público. São Paulo. a. XVI, n. 68, out/dez 1983, p. 123), citando a PONTES DE MIRANDA afirma: *"correios significa, no texto, posta, serviço de transporte de cartas e encomendas postais as que se equiparam às cartas. Isso não quer dizer que se vede, constitucionalmente, a particulares, ou às próprias entidades intraestatais, manter serviços de entregas de objeto (não de cartas!). O cerne do conceito esta nas cartas missivas: cartas, escritos, mensagens fechadas, instituem serviço postal, e tem esse de pertencer à União"*. UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 44-70), al estudiar el concepto de servicio postal en el contexto brasileño, divide el mismo en constitucional y legal. El primero, según el autor, consiste en la actividad de intercambio de correspondencia entre dos sujetos, operada por un tercero, personal y regularmente, y que constituye una obligación estatal, ya que su existencia es esencial para la población. En el segundo, el autor afirma que se tienen que observar cuatro elementos extraídos de los artículos 7.º y 47.º de la Ley n.º 6.538/78: *a)* las actividades materiales en él implicadas, que serían las enumeradas en el artículo 7.º de la Ley n.º 6.538/78, las cuales son: la recogida, la expedición, el transporte y la entrega; *b)* las cosas de posible intercambio por medio del servicio postal, que serían los objetos de correspondencia, los valores, las encomiendas y las correspondencias agrupadas (arts. 7.º, §§ 1.º, 2.º y 3.º además del art. 9.º, inc. II de la Ley n.º 6.538/78); *c)* las especialidades del objeto, delineadas en los artículos 12.º y 13.º de la Ley n.º 6.538/78, que son caracterizadas como carga; *d)* la estructura física y de personal utilizada para la circulación de las cosas, lo que el autor llama *"vía postal"*. Así, según el autor, el término servicio postal para la legislación brasileña vigente consiste en la actividad de intercambio de objetos postales (cosas adecuadas a las condiciones legales de envío), ejecutada por vía postal (la estructura física y de personal operada por la Unión, por medio de la ECT y otros por ella contratados) y que representan una obligación legal de la Unión (a la luz del art. 4.º de la Ley n.º 6.538/78). Cabe resaltar que el servicio postal brasileño ya fue definido legalmente en el artículo 2.º del Decreto n.º 14.722, de 16 de marzo de 1921, en el artículo 5.º del Decreto n.º 29.151, de 17 de enero de 1951 y en el artículo 15.º del Decreto n.º 83.858, de 15 de agosto de 1979. Otros conceptos en: PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 11 e 12.
En Argentina CONSTANZA FOSCO (FOSCO, Constanza. Consideraciones sobre el servicio postal. Novedades Económicas. Córdoba, n. 179-180, a. 17, p. 17-24, nov/dic 1995, p. 17) define servicio postal de modo genérico, incluyendo la correspondencia, los servicios urgentes y las encomiendas. La legislación argentina (Decreto 1.187/93) define como *"actividad del mercado postal, a las actividades que se desarrollen para la admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de correspondencia, carta, postales y encomiendas de hasta cincuenta (50) kilogramos, que se realicen dentro de la Republica Argentina y desde o hacia el exterior"*.
La correspondencia incluye cartas en general, cartas-factura, tarjetas postales, folletos, distribución de diarios, revistas, cartas-documento, etc. Los servicios urgentes, además de incluir los telegramas en general y colacionados (comunicación fehaciente), abarcan la correspondencia y las encomiendas con plazo esencial de entrega. Las encomiendas genéricamente son paquetes que superan cierto peso y con determinados requisitos de empaquetado.
En cuanto al proceso productivo, el servicio postal se puede dividir en tres etapas: recolección, clasificación y distribución. Cada etapa posee unas características propias y, de acuerdo con la forma particular de cada administración postal, pueden estar más o menos integradas. La incorporación de la tecnología es posible prácticamente solo en la etapa de clasificación, y su eficacia está estrechamente asociada con la productividad de la mano de obra.

13 Muchas veces los prestadores de servicios de transporte están en el ámbito de los servicios postales; sin embargo, si el mismo no ocurre de forma masiva no estamos ante un servicio postal, ya que estaría ausente una de

Tales servicios se dan en el seno de un mercado complejo y diferenciado, que maneja demasiados recursos financieros. El mercado postal está dividido de acuerdo con el perfil del cliente, el ciclo de vida del producto y la densidad de los servicios, entre otros factores. A pesar de esta constatación, muchas empresas no aplicaron una estrategia comercial diferenciada y apropiada para cada segmento sino hasta principios de la década de 1990. Por el contrario, no tuvieron en cuenta sus peculiaridades y trataban a todo el mercado de una forma lineal[14]. Actualmente existen nuevos conceptos que no se fundamentan en la naturaleza del objeto, pero sí en la prioridad de la entrega, por ejemplo.

Es también un mercado dinámico, que viene pasando por enormes transformaciones, siendo la principal de ellas la liberalización del sector, donde la cuestión trascendental es conseguir introducir la competencia y facilitar el desarrollo de nuevos mercados.

Hoy se cuenta con un mercado totalmente competitivo en el sector postal[15], con empresas actuando en todo el mundo, y la tendencia es que los tradicionales monopolistas se acaben dirigiendo también hacia los mercados internacionales con el paso de los años.

El postal es un servicio existente en todos los países del globo que supone una industria de red compleja y de una magnitud casi inimaginable[16]. El desarrollo del sector

---

sus principales características. También están excluidos del ámbito del servicio postal los realizados en régimen de autoprestación; esto es, aquellos en los que remitente y destinatario son la misma persona física o jurídica, y que realiza el servicio por sí misma, no valiéndose de la red postal de operador alguno. Deben considerarse algunos requisitos para que un servicio de autoprestación pueda considerarse como tal, y son: la misma persona actúa como remitente y como destinatario, debe ser realizado por la persona que se beneficia del mismo, y no se utiliza la red postal. Si el país en cuestión tiene algún ámbito del sector postal en régimen de monopolio estatal, el autoprestador tampoco podrá entrar en el ámbito reservado al monopolista. Tampoco podrá ofrecer todo tipo de servicios postales, ya que de hacerlo así estará actuando como si fuera una empresa postal, diluyéndose la figura de autoprestador y pasando a ser un operador postal.

14 Esa diferenciación entre los segmentos llevó a algunas administraciones postales a reorganizarse en forma de unidades de negocio y, con ello, se adecuaron a una lógica de mercado: por ejemplo, el Correo Inglés está constituido por tres empresas operacionalmente independientes en los segmentos de correo convencional, encomiendas y atención; en Japón, el mayor sistema de ahorro popular es gestionado por una unidad de negocio de Correos; Alemania estableció dos macrosegmentos postales (cartas y encomiendas) y, actualmente, invierte grandes sumas en una reorganización logística que establezca una infraestructura de producción dedicada a cada uno de los segmentos, llegando inclusive a elaborar códigos postales distintos para cada una de las dos categorías de remesa. Otro segmento explotado en la forma de empresa virtual es el banco postal; en Francia se mantiene la actividad postal tradicional apartada de otros segmentos, para los cuales se han constituido empresas distintas en variados niveles de composición de capital con la iniciativa privada.

15 UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 27) afirma que el sector postal exhibe cuatro características, que son: *"primeira, a dupla dimensão do serviço postal – social e econômica; segunda, o convívio entre operadores públicos e privados, norteado pela preocupação em combinar a livre concorrência empresarial entre os operadores postais com a função social do serviço postal; terceira, a especificação do serviço postal em vários "serviços postais"; quarta, o uso da rede postal para fins não postais"*.

16 Se entiende que una red es un conjunto de lugares geográficos interconectados entre sí, formando un sistema compuesto por un cierto número de interrelaciones entre los agentes económicos. Las industrias de red explotan la multiplicidad de relaciones transnacionales entre los agentes económicos situados en diferentes puntos o nodos de la red, determinando un principio de organización espacial. Durante el siglo XX, las redes cambiaron literalmente las sociedades y las economías, ya que facilitaron la progresiva unificación del mercado nacional

postal está relacionado con el de las infraestructuras. El sector postal se caracteriza por la coordinación de un conjunto de elementos con cierta vocación de estabilidad que permite la racionalización del transporte y de la distribución mediante la agregación de flujos de tráfico en nodos y la consiguiente reducción del coste del transporte entre los mismos. En ese sentido, esta industria se trata como una industria de red, en la que poder llevar a cabo de manera correcta el servicio depende, previamente, de la implantación de las redes de transporte y de distribución, así como de la posterior necesidad de coordinar los flujos y estoques (logística), ajustando la oferta y la demanda sin poner en riesgo la confiabilidad del sistema.

Las redes postales tienen un alto grado de complejidad, pues exigen la coordinación de numerosos recursos. Existen redes en las cuales se exige la instalación de canales físicos permanentes para el transporte (telecomunicaciones, gas, ferroviarias, etc.), y otras en las que no: *las redes postales*. De acuerdo con JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL[17] "*estas redes, que podemos calificar de «virtuales», también se fundan en el principio definitorio de las redes, esto es, en la agregación de tráfico a fin de racionalizar el coste del transporte*".

Como toda industria de red, la postal también posee sus características propias, de entre las que destacan los costes fijos, comunes e irrecuperables[18], la existencia de

---

con mercados de ámbitos progresivamente continentales. JUAN DE LA CRUZ FERRER (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 43 e 44), afirma: *"Una de las cuestiones clave es el carácter imprescindible de las infraestructuras, que forman el capital social básico para el crecimiento económico. No hay posibilidad de un crecimiento económico sostenido sin infraestructuras de transporte, de energía y de comunicaciones que permitan vertebrar los diferentes sistemas de producción, distribución, comercialización y consumo. Si nos fijamos en la manera en que la economía mundial ha sido organizada durante mucho tiempo vemos cómo todas las sociedades se han ido vertebrando en torno a estos tres tipos de infraestructuras. En primer lugar a través de los transportes por carretera. fluviales, ferrocarriles, líneas aéreas. etc. El segundo tipo son las infraestructuras energéticas; las redes eléctricas, los gasoductos, los oleoductos, etc. El tercer tipo son las infraestructuras de comunicación: los sistemas postales, el telégrafo, la radio, la telefonía fija y celular, los satélites y todas las demás maneras en que las sociedades, empresas y consumidores se comunican entre sí. Al igual que el desarrollo de estas infraestructuras fue imprescindible para imbricar las economías locales en economías de ámbito nacional, en la actualidad es preciso desarrollar e interconectar las infraestructuras de los diferentes países para que formen grandes redes de ámbito continental. Al tratarse de industrias con tecnología de red, si no se realizan estas interconexiones, por mucho que llevemos a cabo reformas en el ámbito económico o normativo, el aislamiento de las redes impedirá que los mercados continentales sean una realidad. De ahí, por ejemplo, que el Tratado de la Unión Europea haya incorporado una política específica dedicada a las redes transeuropeas de transportes, de energía y de comunicaciones"*.

17 PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 27.

18 Costes fijos son aquellos que no varían, independientemente de la unidad efectivamente producida. Difieren de los variables, que son aquellos costes de creación y mantenimiento de la red que son independientes de cualquier ingreso recibido por la empresa que la detenta. Tales costes son enormes en las industrias de red, ya sea en los sectores de canales físicos o no, y generan las llamadas economías de escala, en las que los costes unitarios (costes fijos más costes variables por unidad de producción) disminuyen a medida que aumenta la producción. De acuerdo con J. TIROLE (TIROLE, J. The theory of industrial organization. Cambridge, MIT Press, 1988, p. 19-20. *In:* PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 28, 29): *"Ha sido frecuente el entendimiento de que las industrias en red se caracterizaban por el no agotamiento de las economías de escala, de modo que el coste de una nueva unidad de producción siempre era decreciente. Este razonamiento llevaba a la conclusión de que en la mayoría de las industrias en red no tendría sentido la duplicidad de las redes y por tanto la competencia entre las mismas. Una única red siempre estaría en posición de*

externalidades[19], la importancia de las economías de escala y la articulación en torno a la infraestructura propiamente dicha de los servicios de coordinación de red y de los diferentes tipos de servicios finales.

Uno de los puntos más importantes cuando se habla de industria de red es el acceso a la misma por parte de otros operadores. Esto es así porque el servicio postal se considera como un monopolio natural.

Según la definición tradicional, existe un monopolio natural cuando toda la demanda dentro de un mercado relevante puede satisfacerse al coste más bajo posible por una empresa en lugar de dos o más[20]. La teoría del monopolio natural considera justificada la intervención y regulación económica de las actividades con tecnología de red, pues se entiende que la duplicación de las redes sería antieconómica y/o antiambiental[21].

---

alcanzar mayores economías de escala y, por lo tanto, menores costes de producción. Las industrias en red constituirían, pues, monopolio natural".

Los costes comunes son también otra característica de las industrias de red, y son distintos de los costes específicos. En las industrias de redes, los comunes predominan sobre los específicos. Normalmente, afectan a las redes que soportan más de un servicio, como es la red postal. Esas industrias que soportan más de un servicio generan las llamadas economías de alcance, en las que hay una reducción de los costes derivada de la prestación conjunta de los servicios relacionados. De acuerdo con JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL (PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 29): "*La conjunción de las economías de escala y de alcance supone que aun cuando la prestación de un servicio no presente economías de escala hasta constituir un monopolio natural, en el caso de que dicho servicio presente importantes economías de alcance con un servicio que sí presenta rasgos de monopolio natural, dicho monopolio puede extenderse al conjunto de los dos mercados. Más allá, el mismo efecto puede producirse en el caso de que el mercado del servicio con el que se generan economías de alcance no sea un monopolio natural sino un monopolio legal*".

Costes irrecuperables son aquellos no recuperados en el caso de que se decida abandonar la producción del bien o del servicio, a diferencia de los recuperables. En las industrias que poseen canales físicos se generan más costes irrecuperables que en las virtuales.

19 Otro elemento característico de las industrias de red son las llamadas externalidades de red. Las redes se caracterizan por la racionalidad del transporte por medio de la agregación de los flujos de tráfico en determinados nodos, a fin de compartir los costes de transporte entre nodos. La racionalización se ve fortalecida en la medida en que se tiene una conexión universal; al fin y al cabo, una red que no une una cantidad significativa de puntos geográficos carece de valor.

20 JORGE EDUARDO BUSTAMANTE (BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Desregulación: Entre el Derecho y la Economía. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 107), cita cinco características propias del monopolio natural, siguiendo la exposición de BERG, SANFORD y TSCHIRHART: elevadas inversiones de capital, producción de bienes considerados esenciales para la población, imposibilidad de almacenamiento en momentos de reducción de demanda, existencia de una conexión física entre los usuarios, y atención de un mercado atractivo que permite la realización de rentas. De acuerdo con JUAN DE LA CRUZ FERRER (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 153): "*La respuesta pública al monopolio natural ha sido: 1) la nacionalización de las empresas; 2) otorgar derechos de exclusiva a compañías públicas o privadas, planificando y regulando las condiciones de producción y prestación del servicio, y 3) intentar introducir competencia*".

El exceso de inversiones, la ausencia de incentivos para reducir costes y para la innovación, la incapacidad de control público para conocer y controlar los costes reales, entre otras, son algunas de las críticas tradicionales a este sistema de protección del monopolio.

21 JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL (PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 166), define el acceso a la red postal pública como "*la utilización de los elementos de dicha red o de los servicios que dicha red soporta, por parte de otro operador, con el fin de prestar sus propios servicios postales*". Este autor divide el acceso a la red en dos tipos: *up-stream* y *down-stream access*. El primero es aquel

Se suele afirmar que los sectores que poseen industria de red son monopolios naturales. Específicamente en cuanto al sector postal, mucho se ha discutido en aquellos países en que se discutió su liberalización respecto a la relevancia de las economías de escala y de su alcance, a fin de determinar si el sector presentaba, o no, características de monopolio natural.

Es un hecho que el sector postal presenta economías de escala. Al fin y al cabo, posee costes fijos con la creación y mantenimiento de la red, siendo esta misma considerada virtual. En relación con la economía de alcance, es evidente que los servicios postales poseen redes de multiservicios, luego es innegable la existencia de economías de alcance[22].

---

que se produce en las fases iniciales del envío, mientras que el segundo lo hace en las fases finales, a fin de que sea el operador de la red postal pública (normalmente, el tradicional monopolista, que detenta la obligatoriedad de prestar el servicio universal, como es el caso de España) el responsable de la entrega de los envíos que fueran previamente recogidos, clasificados e incluso transportados por el operador alternativo.

Así, la utilización de la red postal se da para que un operador preste el servicio en aquellos segmentos de la cadena de valor más complicados de duplicar (fundamentalmente, la entrega en zonas poco pobladas). Este acceso a la llamada red postal, si se produce en condiciones adecuadas, permite reducir las barreras estructurales de acceso al mercado generadas por las externalidades de red y por la economía de escala y alcance de determinados segmentos del mercado.

El acceso a la red postal puede permitir a todos los operadores la entrega de los envíos en todo el territorio nacional desde el momento de su entrada en el mercado. De esa forma, se eliminan automáticamente los obstáculos generados por la externalidad de red. Además, el precio de acceso a la red se orientará por los costes, las economías de escala de las que goza el tradicional monopolista serían automáticamente compartidas con los demás operadores. De esta forma, se eliminaría el principal obstáculo para la entrada de nuevos operadores en los mercados.

Es obvio que el tradicional monopolista no tendrá interés en liberar el acceso a los operadores alternativos. Al final, tal permiso de acceso permite a los nuevos operadores prestar sus servicios en la totalidad del territorio sin gastos de establecimiento y mantenimiento de una red, permitiéndoles competir plenamente desde el mismo momento de su ingreso en el mercado, lo que torna evidente el hecho de que el tradicional monopolista no tenga incentivos para concluir acuerdos que fomenten la competencia en los servicios que presta. Se constata la probable dificultad que supondría dejar a disposición de los operadores la formación de contratos bilaterales. Es decir, difícilmente se alcanzarían acuerdos equilibrados de acceso mediante meras negociaciones comerciales. Si se alcanzase algún acuerdo, probablemente el tradicional monopolista no garantizaría adecuadas condiciones de calidad y precio, lo que no produciría los efectos esperados.

Solamente una intervención pública, que evite caer en un intervencionismo excesivo, podría garantizar la conclusión de acuerdos de acceso equilibrados. El derecho de la competencia posee mecanismos para garantizar el acceso a ciertas redes. Conceptos como el *essential facility* o la simple negativa de provisión impiden en determinados casos que el gestor de la red niegue el acceso a la misma y a sus concurrentes. Tales intervenciones, no obstante, no dejan de tener un carácter excepcional debido a los principios de la libre iniciativa y la libre competencia.

22 JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL (PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 31-38) dice que la valoración de la relevancia de las economías de escala y de alcance en el sector postal debe ser estudiada detallando los diferentes servicios postales (servicios urgentes, poco sensibles al plazo de entrega, etc.) y, sobre todo, las diferentes fases de envío (recogida, clasificación, transporte y entrega). Para el autor, incluso presentando economías de escala, no tiene por qué impedirse la apertura del sector a la competencia. Existe margen suficiente para el acceso al mercado de nuevos operadores, y existen también mecanismos de intervención pública que pueden garantizar que los cuellos de botella no impidan el desarrollo de una competencia sana en el sector.

2. La necesidad de cambios en el sector postal y su reforma en el mundo

El proceso de profunda transformación que está sufriendo el sector postal obliga a las autoridades públicas a realizar profundas revisiones del marco normativo que, tradicionalmente, rige el sector.

En ese aspecto, la industria mundial de servicios postales vive importantes cambios estructurales y normativos derivados de una serie de hechos.

El primero de estos hechos es el de los intensos cambios acaecidos en los medios tecnológicos. Antes, la actividad postal estaba organizada con base en la utilización intensiva de la mano de obra, pues no existía tecnología que posibilitase la automatización de los procesos productivos postales a unos costes razonables. Hoy, la automatización postal es una realidad. Nuevos recursos tecnológicos, como el ordenador, el reconocimiento óptico de caracteres, la digitalización y las redes de transmisión de datos tornan posible la automatización de diversos procesos productivos del flujo postal que, aun empleando mano de obra de forma intensiva en determinadas fases del mismo, puede obtener índices de productividad crecientes.

Otro hecho es la competencia tecnológica. Anteriormente, el principal competidor de la carta era el teléfono. Por tanto, no había ninguna amenaza a la vista en el sector. Hoy, en el albor de la sociedad de la información, nuevas tecnologías determinan el acceso a nuevos servicios, como el fax, Internet, la telefonía móvil, la TV digital, entre otros, los cuales representan una opción más rápida e interactiva que la carta.

Un hecho de gran importancia es la competencia directa. Es evidente que algunas empresas privadas de correspondencia agrupada actúan en el mercado con un abordaje comercial agresivo, por lo que la actividad postal ha pasado a ser objeto de explotación económica por parte de las mismas.

Antiguamente, el usuario estaba habituado a un bajo nivel de calidad de los servicios, y no esperaba significativas mejoras de la misma; no cuestionaba el servicio y recibía una oferta previamente estructurada. En la actualidad, más acostumbrado a un alto nivel de calidad de servicios y productos en otros sectores, exige también mayores niveles de servicio en el sector postal, además de una diferenciación de los mismos. El cliente ha adquirido conciencia de su papel como consumidor y pleitea más en defensa de sus derechos e intereses.

El contexto político y económico ha producido, también, un gran cambio. Antes, el Estado se encontraba en el centro de la actividad económica, siendo un importante proveedor de bienes y servicios, así como el manipulador casi exclusivo de los altos volúmenes de inversiones para proyectos a gran escala; el concepto de frontera económica se confundía con el de frontera del Estado, y el comercio internacional era visto como un

segmento bastante distanciado de la economía doméstica. Actualmente, el Estado busca desempeñar el papel de árbitro, de regulador de la actividad económica[23], absteniéndose, cuando es posible, de la oferta de bienes y servicios, los cuales deben ser, primordialmente, responsabilidad de la iniciativa privada, que ya se encuentra suficientemente desarrollada y estructurada para aportar inversiones[24].

Otros hechos también importantes son el tráfico postal, las inversiones escasamente importantes, la congelación del cuadro de personal y las ingerencias políticas, entre otros.

Todos estos factores llevan a creer que, si los Estados no hacen reformas postales, sus sistemas empezarán a mostrar síntomas de fatiga, evolucionando hacia una ruptura que podría comprometer la prestación de los servicios postales.

Como ya se afirmó, la Unión Europea se encuentra actualmente en un proceso más avanzado que otros países en la idealización de un nuevo modelo, una vez que existe la decisión de considerar el continente europeo como un territorio postal único, con la transformación del tráfico internacional en tráfico doméstico y la libre competencia entre los operadores. Muchos países van adoptando este modelo. De ese modo, se pueden citar

---

23 JUAN DE LA CRUZ FERRER (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 57) afirma: *"El desarrollo de las infraestructuras y de los servicios con tecnología de red (suministros de agua, electricidad, gas, teléfonos, ferrocarriles) y su consideración como monopolios naturales exigió que el gobierno regulara sus actividades y fijara los precios para garantizar servicios públicos de calidad y si adecuada continuidad, así como un beneficio razonable para las importantes inversiones nacionales y extranjeras que el establecimiento de estas infraestructuras y servicios exigían*".

24 Respecto a todas esas evoluciones, RÉMY PRUD'HOMME (In: CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escosteguy Exame da possibilidade jurídica de modificação do "monopólio" postal. 2004, 211 laudas, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade Candido Mendes (Faculdade de Direito) – Rio de Janeiro, dez. de 2004, p. 126) afirma: *"As evoluções dizem respeito também às empresas postais, da mesma forma que às outra empresas. Quais são essas evoluções? Lembraremos de três, que são aliás bem conhecidas. A primeira diz respeito à globalização. Ela se caracteriza pela intensificação das trocas. As trocas aumentam em todo lugar, mais rápido do que a produção. As empresas são cada vez mais especializadas e compram umas das outras cada vez mais bens e serviços. Esta evolução engendra evidentemente (além disso, quaisquer coisas iguais) um aumento de demanda da atividade postal. Mas as trocas não são somente cada vez mais intensas, elas são cada vez mais internacionais. A demanda de serviços postais não pode não seguir esta tendências. A segunda remete ao que se poderia chamar de "tecnologização" de nossas sociedades. O processo técnico intensifica-se. É importante observar que ele diz respeito tanto aos produtos quanto aos processos. Novos produtos surgem, particularmente na área de informação. Isto é evidentemente importante para a atividade postal, já que os pequenos objetos que a definem são muitas vezes suportes de informação. Novos processos para a fabricação ou a distribuição são também introduzidos em todos os setores, inclusive os mais tradicionais, como por exemplo, os sapatos (de maneira que a noção de indústria de ponta tende a perder muito do seu sentido); as atividades postais mais tradicionais como os correios não escaparão desta evolução. A terceira, é claro, é a liberalização. Assistimos por toda a parte ao recuo dos protecionistas políticos e públicos e à intensificação da concorrência. Em parte, talvez, esta evolução corresponde a um efeito de modo ou de ideologia. Mas para o essencial, ela é levada pelas outras duas evoluções. Ela tornou-se possível pela tecnologização e necessária pela globalização"*.
JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL (PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 11) también habla de tres evoluciones al decir que: *"El sector postal está inmerso en una profunda transformación. Los principales factores de la revolución que está viviendo el sector son la apertura a la competencia, la introducción de nuevas tecnologías y los efectos de la globalización. Estos factores suponen una amenaza a la vez que una gran oportunidad para los operadores postales, en especial para el tradicional monopolista, y también para las autoridades públicas, que deben garantizar que las nuevas estructuras satisfacen las exigencias del interés general y, en especial, la universalidad del servicio"*.

cuatro puntos que constituyen los pilares de la reforma del sector postal en el mundo actualmente.

a) Reforma reglamentaria: supone la construcción de un nuevo contexto normativo, considerando el mercado como un todo[25].
b) Reforma organizativa: implica la adopción de nuevas definiciones estructurales para el antiguo monopolista, incluyendo estructura organizativa, régimen jurídico, composición del capital, libertad, poderes y obligaciones, entre otros, todo ello con la intención de fortalecer al antiguo monopolista para el régimen de competencia.
c) Reforma comercial: relacionada con la introducción de principios de actuación comercial en el antiguo monopolista, tales como calidad de servicio, orientación hacia el mercado, sistema de información y nuevos servicios, etc., y también con la intención de preparar al antiguo monopolista para el régimen de competencia.
d) Reforma tecnológica: asociada a la introducción de nuevas tecnologías en la infraestructura de producción y de nuevos servicios ofertados a la sociedad, también para preparar al antiguo monopolista.

25 Los principales fundamentos del modelo propuesto están en el Libro Verde (COM [91] 476 final, Bruselas, 11 de junio de 1992), y pueden ser resumidos en:
a) Regulador del mercado: función de reglamentación del Estado, acompañamiento o arbitraje del mercado postal, incluyendo a todos los operadores. Históricamente, los gobiernos han ignorado la existencia de otros operadores además de los correos estatales, de forma que la acción de regulación ha tenido como objeto apenas al correo estatal y no a todo el mercado postal.
b) Servicios universales: atención postal mínima a la que todo ciudadano tiene derecho y que es prestada de manera uniforme en todo el territorio con unas tarifas asequibles. La prestación regular de tales servicios está garantizada al ciudadano por el Estado por medio del Regulador, que constituye un operador para la prestación de esos servicios. Hoy se proponen en Europa los límites superiores de 2 kg para objeto de correspondencia y 20 kg para encomiendas, simples o registradas (arts. 3.4 y 5 Directiva 97/67/CE), además de proponer un fondo compensatorio para subvencionar el servicio.
c) Operador del servicio universal: operador que recibe del regulador la potestad de prestar los servicios universales con parámetros previamente definidos. Aun teniendo la obligación de ofrecer dichos servicios universales, no está impedido de prestar otros servicios siempre que no existan subvenciones cruzadas. Igualmente, los demás operadores podrán ofrecer tales servicios; sin embargo, no están obligados a hacerlo. Normalmente, la figura del operador de los servicios universales ha sido atribuida a los correos estatales, pero también puede ser atribuida a un operador privado;
d) Servicios reservados: dadas las características de los servicios universales, se verifica que su prestación no es económicamente autosostenible (art. 9.4 Directiva 97/67/CE). Si tal situación se diese, el Regulador de Mercado podrá conceder una parte de los servicios universales que podrá ser explotada únicamente por el operador del servicio universal, de forma que obtenga una explotación económicamente equilibrada. Propone para carta o límite superior de 50 g y cuya tarifa sea como máximo tres veces el precio de la carta básica de media (art. 7.º de la Directiva 97/67/CE). El límite económico objetivo permite que otros operadores puedan hacer remesas de objetos cuyo peso esté por debajo del límite físico, pero a un precio correspondiente a las remesas iguales o superiores al mismo, preservando así el margen de operación del operador del servicio universal.
e) Servicios competenciales: aquellos que escapan a la definición de los servicios universales y que pueden ser libremente ofrecidos por cualquier operador que se adapte a la acción reguladora. El propio operador del servicio universal puede actuar en ese segmento, como cualquier otro. Constituyen una alternativa de compensación económica para la prestación de los servicios universales.

Se puede concluir, así, que tales reformas se están produciendo para atender algunos objetivos, como son: garantizar la universalización de los servicios, introducir la competencia en todo el sector, estimular el desarrollo del servicio, fortalecer el papel del sector postal como instrumento para el desarrollo económico y social, asegurar el servicio postal autosostenible, consolidar el papel del sector como canal de interacción entre el gobierno y la sociedad, reestructurar al antiguo monopolista, preparar el sector para la integración internacional, fortalecer el papel regulador del Estado y estimular la generación de empleo, entre otros.

Ante esa tendencia de reestructuración de los servicios postales, se planteó estudiar el caso brasileño, que hizo reformas tecnológicas, pero que no se ha planteado, hasta hoy, una reforma reglamentaria o del marco legal que acabe englobando la reforma comercial y organizativa. Por otro lado, el sector postal argentino, a pesar de haber hecho todas las reformas, sigue teniendo problemas en el momento de nacionalizar su correo, volviendo a una situación muy similar a la que tenía anteriormente a la privatización.

3. El sector postal brasileño y sus peculiaridades

Brasil, como casi todos países, estructuró la actividad postal bajo la forma de prestación por el propio Estado, ofreciendo servicios a la sociedad en un régimen de monopolio, lo que constituía un obstáculo para la actuación de las empresas privadas. Interesa hacer referencia a la última etapa vivida en Brasil, que tuvo su inicio en 1967, con la creación del *Ministério das Comunicações*[26] que, a partir de 1968, acogió en su estructura al ya existente *Departamento de Correios e Telégrafos (DCT)*[27], que por medio del Decreto Ley n.º 509[28] de 20 de marzo de 1969, fue transformado[29] en una empresa pública denominada *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)*[30]. Esa transformación hacia un modelo

26 El *Ministério das Comunicações* fue creado por medio del Decreto Ley n.º 200, de 25 de febrero de 1967.

27 Hasta 1931, *Correios e Telégrafos Brasileiro* eran dos departamentos públicos distintos: *Diretoria Geral dos Correios* y *Repartição Geral dos Telégrafos* que fueron fundidos en el *Departamento de Correios e Telégrafos (DCT)*, dividido en 41 regiones y subordinado al *Ministério da Viação e Obras Públicas*. El Decreto n.º 20.859, de 26 de diciembre de 1931, creó el DCT y aprobó el reglamento de la nueva organización administrativa. La Ley n.º 284, de 28 de octubre de 1936, pasó el DCT a la subordinación del *Ministério da Viação e Obras Públicas*. El DCT fue reestructurado en 1936, haciendo que la Administración de Correos pasase a denominarse *Diretorias Regionais*. Sin embargo, solamente fue el 6 de diciembre de 1945, con la edición del Decreto Ley n.º 8.308, que la misma ganó autonomía técnico-administrativa.

28 El Decreto n.º 64.676, de 10 de junio de 1969, aprobó el estatuto provisional de la *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)* y el Decreto n.º 72.897, de 9 de octubre de 1973, aprobó el estatuto definitivo de la misma, pero otro estatuto fue inmediatamente aprobado por medio del Decreto n.º 83.726, de 17 de julio de 1979, hoy aún vigente.

29 Las principales razones que llevaron a tal hecho fueron la baja calidad de los servicios prestados por el DCT y su modelo de gestión de baja eficiencia.

30 Según el artículo 2.º de la Ley n.º 6.538, de 22 de junio de 1978, la ECT es una empresa pública que tiene como único accionista a la Unión (admitida la participación accionarial de personas de Derecho Público interno y entidades de la Administración indirecta de la Unión, de los estados, del DF y de los municipios).

de empresa pública el que el Estado mantenía bajo su propiedad con el control del cien por cien de su capital permitió al servicio postal alcanzar un nuevo nivel de posibilidades de gestión, garantizando las condiciones esenciales para que se produjera una gran transformación en el servicio postal brasileño.

En cuanto al suministro de servicios postales en el mundo globalizado, hay que decir que era compartido por el Estado y por la iniciativa privada. En Brasil, la ECT no sufría ninguna amenaza externa, tanto porque casi no existía competencia en el sector como por el carácter de *monopolio* que se le aseguró. No obstante, la iniciativa privada viene ampliando su competencia en los últimos tiempos; al menos, en los servicios de remesa expresa.

Teniendo en cuenta el contexto de reestructuración descrito hasta el presente momento, y sabiendo que el modelo institucional brasileño, organizado décadas atrás, viene manteniendo sus pilares, el 8 de diciembre de 1997, por medio de la Portaría n.º 778, el *Ministério das Comunicações* brasileño creó el Programa de Reforma Estructural del Sector Postal Brasileño con el propósito de proponer un nuevo modelo legal o reglamentario, así como institucional, para el sector[31].

A pesar de su longevidad, análisis prospectivos del *Ministério das Comunicações* indicaban que el modelo de éxito de la ECT podría presentar problemas de no tomar las decisiones necesarias referidas no solamente al mantenimiento, sino principalmente, a la evolución del sector[32].

De entre las modificaciones citadas, Brasil ejecutó una reforma tecnológica a partir de 1995 con ocasión del lanzamiento del PASTE, *Programa de Recuperação e Expansão para o Sistema de Telecomunicações e para o Sistema Postal,* que se ocupó de la organización de los esfuerzos de actualización tecnológica de la ECT, así como el Banco Postal, también en desarrollo desde el año 2000.

En ese sentido, billones de dólares fueron invertidos en diversas plataformas tecnológicas vitales para la ECT, así como en sistemas de automoción, rastreo de objetos, terminales de carga, contenedores, seguridad, automoción de las agencias, auto-atendimiento, renovación de la flota, red teleinformática, y entrenamiento y modernización de la gestión administrativa.

La mayoría de las inversiones fueron destinadas a la recuperación y ampliación de la infraestructura operativa básica de la empresa, necesarias en cualquier modelo institucio-

31 Según THOMAS LEAVEY (*In*: COSTAS, Sylvio. Lobby pressiona Congresso. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro. 09 abr 2000, Reforma Postal, caderno especial, p. 3): *"as transformações em curso na área postal são marcadas por quatro características: a tendência de redução ou extinção dos monopólios públicos; o aparecimento de clientes cada vez mais exigentes; a importância crescente das novas tecnologias de comunicação, especialmente a internet; e o aprofundamento dos contrastes, em termos de desempenho financeiro e de eficiência dos serviços, entre os países ricos e as nações em desenvolvimento".*

32 Tales análisis fueron divulgados por el *Ministério das Comunicações* y encaminados por medio de la exposición de motivos (EMI n.º 89/MC/MF/MOG, de 30 de junio de 1999) del Proyecto de Ley n.º 1.491/99 al Presidente de la República (véase www.mc.gov.br).

nal a desarrollar. Por esa razón, y por el largo tiempo necesario para obtener la maduración de los proyectos, la reforma tecnológica fue implementada antes que las otras reformas.

Ocurre que, hasta hoy, el Gobierno Brasileño no ha implantado la reforma reglamentaria que englobaría la reforma comercial y organizativa[33], y por ese motivo cuenta con una legislación ya obsoleta para el sector.

Dada la ausencia de una reforma reglamentaria, el sector postal sufre actualmente un gran problema en comparación con cualquier otro segmento de la economía brasileña. Existe una gran divergencia en la doctrina con relación a la naturaleza jurídica del servicio y de la existencia, o no, de un monopolio estatal.

El armazón legal que sustenta la organización del sector postal brasileño es, básicamente, la Constitución de la República Federativa del Brasil (CRFB) y la Ley n.º 6.538, de 22 de junio de 1978. La Constitución menciona únicamente en tres ocasiones a la actividad postal; concretamente, en los artículos 5.º XII, 21.º X y 22.º V.

La seguridad que tanto busca el sector privado solo podrá ser alcanzada con la estabilidad de las reglas y la autonomía de los agentes encargados de su aplicación, que no pueden quedar a merced de las preferencias políticas y presionados por criterios demagógicos, pero sí por factores técnicos y financieros que equilibren los intereses entre productores, consumidores y poder público. Hoy por hoy, no se cuenta con ello. Lo que sí existe en el contexto postal brasileño es una gran divergencia en torno a la naturaleza jurídica y a la existencia, o no, de un monopolio estatal.

3.1 Naturaleza jurídica del servicio postal brasileño

La primera cuestión debatida por la doctrina y la jurisprudencia es saber si la actuación del Estado en el orden económico asume la forma de servicio público o de actividad

33 La reforma reglamentaria que englobará a las reformas comercial y organizativa está prevista en el Proyecto de Ley n.º 1.491/99. Este Proyecto crea el *Sistema Nacional de Correios (SNC),* conjunto integrado por operadores, órgano regulador, redes físicas y procesos que, de forma articulada e interrelacionada, concurren para la prestación a la sociedad de los servicios postales. El Proyecto limita una parte de los servicios postales para explotación exclusiva de la ECT con carácter transitorio hasta la plena competencia al finalizar un período de diez años, que podrá ser reducido a cinco. Tales servicios, tenidos como exclusivos, constituyen un mecanismo compensatorio para que la ECT, que tiene la atribución de prestar los servicios esenciales –que son deficitarios– pueda contar con una fuente de financiación de los mismos mientras realiza los reajustes organizativos y comerciales necesarios para la actuación en un nuevo ambiente de plena competencia. De ese modo, se produciría una introducción gradual de la competencia en la medida en que va siendo reducida la exclusividad para que, al finalizar el plazo previsto, se pueda establecer un mercado libre y sin obstáculos para la entrada de las empresas que deseen actuar en él.
La exposición de motivos del Proyecto de Ley Postal (Proyecto de Ley n.º 1.491/99) afirma que, al emprender la reforma reglamentaria, el Gobierno Brasileño declara como objetivos principales de esa iniciativa los siguientes: garantizar la universalización de los servicios; introducir la competencia en todo el sector; estimular el desarrollo de los servicios; fortalecer el papel del sector postal como instrumento para el desarrollo económico y social; asegurar el servicio postal autosostenible; consolidar el papel del sector como canal de interacción entre gobierno y sociedad; reestructurar la ECT; preparar al sector para la integración internacional; fortalecer el papel regulador del Estado, y estimular la generación de empleo.

económica en un sentido estricto. La necesidad de saber si determinada actividad constituye, o no, servicio público es de fundamental importancia para determinar la disciplina jurídica a ella aplicable.

Si se observan los artículos 5.º XII, 21.º X y 22.º V, se verificará que la CRFB, al tratar el tema, no deja claro qué es un servicio postal. En contrapartida, los incisos XI y XII del artículo 21.º llevan a creer que, al tratar de servicio público, la CRFB deja expresa la posibilidad de que la Unión Federal lo preste directamente o mediante delegación de su ejercicio a particulares, en régimen de concesión o permiso, dejando parcialmente claro que todas las actividades enumeradas en esas disposiciones (incisos XI y XII) se consideran servicios públicos.

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR[34] coincide con la idea de que el legislador ordinario no puede crear un monopolio mediante ley infraconstitucional, pero lo cuestiona en relación con los incisos X, XI, y XII del artículo 21.º de la CRFB. Para el autor, la aportación de las materias de los incisos XI y XII se dio en virtud de la posibilidad de descentralizar los servicios afectos a la Unión, en las hipótesis del último, no solo por medio de concesión, sino también mediante autorización y permisos. Además, la empresa no queda necesariamente bajo control accionarial estatal. Se pregunta el autor por qué se reservó al servicio postal, inciso propio, sin explicitarse el modo de explotación como sí lo hace en relación con las materias de los incisos XI y XII.

El inciso X del artículo 21 establece como competencia de la Unión "*manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*". La CRFB utiliza el verbo 'mantener', que no significa la prestación directa del servicio, sino la responsabilidad de garantizar la disponibilidad del mismo; luego, tras la promulgación de la CRFB de 1988, el servicio postal jamás podría ser considerado un servicio inherente al Estado.

Otro motivo es que el servicio postal como elemento inherente al Estado se basa en el hecho de que ha habido épocas en las que la infraestructura necesaria para garantizar la prestación de los servicios públicos solo podía ser ofrecida por el Poder Público. El hecho es que la iniciativa privada no tenía la capacidad, ni el interés económico, por desempeñar la actividad postal en todo el territorio nacional[35]. Así, teniendo en cuenta que no deseaba ejercer dicha actividad, el Estado tuvo que encargarse de ello. Resulta razonable, por tanto, creer que el servicio postal fuera un servicio público inherente en estas circunstancias[36].

---

34 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul/ago, 1999, p. 70.

35 CÁSSIO COSTA (COSTA, Cássio. O estabelecimento dos correios no Brasil. Revista do Serviço Público. a. XXVI, v. 95, n. 4, p. 151-238, out/dez 1963, p. 163) afirma que, a finales del siglo XVII, el servicio postal era: "*esporádico, moroso e sobretudo inseguro e antipático ao povo, não era negócio que tentasse qualquer iniciativa privada*".

36 En esa época, de acuerdo con WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul/ago, 1999, p. 66) se reconocía que la Unión ostentaba, por deseo de los constituyentes, el poder-deber o

Sin embargo, al final del último siglo se vivió una gran evolución tecnológica y económica, principalmente en el ámbito de los medios de comunicación y transporte, cambiando el panorama, haciendo que las empresas privadas creasen aptitudes para el desarrollo de la actividad postal. Tanto es así, que hoy existen decenas de empresas de mensajería actuando en el mercado. La iniciativa privada, en verdad, posee el interés económico, pero desea desempeñar esta actividad en apenas unas pocas regiones de su interés, normalmente metropolitanas, una razón más para acreditar que el servicio postal no es inherente.

En el mundo, la prestación del servicio postal no presupone el ejercicio de un poder estatal. Muchos Estados no le atribuyen la cualidad de servicio público, y otros ni siquiera prevén esa modalidad de intervención del Estado en la economía[37].

De ese modo, se podría decir que, en la realidad actual, el servicio postal puede no ser prestado por el Estado, además de no derivar ninguna de sus funciones básicas. No es, por lo tanto, un servicio público inherente.

Tampoco lo sería por una opción político-constitucional. La corriente constitucionalista entiende que el servicio público, para ser considerado como tal, precisa tener previsión Constitucional y no legal. Caso contrario, contravendría el principio de la libre iniciativa. También se argumenta que el principio de la seguridad jurídica quedaría perjudicado si el servicio público pudiese ser instituido por ley.

La dificultad reside en el hecho de que la Constitución relaciona tal actividad, pero no lo hace en relación con otra actividad de relevante interés colectivo. Demuestra, así, que su intención no es otra que legitimar la presencia del Estado, definiendo su régimen jurídico (CRFB, art. 22.º V).

No hay, pues, por qué decir que una eventual ley ordinaria *instituiría* el servicio. Este ya está tratado en la CRFB, cabiendo a la ley definir sus contornos, que pueden ser tanto de servicio público como de actividad económica en un sentido estricto.

LUIS ROBERTO BARROSO[38] entiende que, desde 1968, el servicio postal ya no se considera un servicio público. Como ya hemos dicho, así también fue considerado en

---

deber-poder de ejercer los servicios postales que interesan a todo el grupo social, no solo por constituirse en elementos de integración y seguridad nacional, sino también en virtud del compromiso internacional asumido por el Gobierno Brasileño ante ciertos Estados extranjeros, pues ese tipo de servicios supera los límites internos del país.

37 Las cartas constitucionales de algunos Estados no hacen referencia alguna a los servicios postales. Ese es el caso, por ejemplo, de Portugal, Suecia, Luxemburgo, Italia, Irlanda, Grecia, Dinamarca, Francia, Finlandia, Bélgica, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. En los EE.UU., los servicios postales no son servicios públicos, pero su Constitución prevé la capacidad del Congreso para establecer agencias postales (Article 1. Section 8). En Alemania, el servicio postal prestado por el Estado convive con el privado, explotado como actividad económica (art. 87). *In*: BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 222, [s. a.], p. 179-212, out/dez, 2000, p. 202.

38 BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 222, [s. a.], p. 179-212, out/dez, 2000, p. 203.

el pasado; principalmente, por la falta de capacidad o interés de la iniciativa privada. Sin embargo, hoy en día se considera una actividad económica en sentido estricto[39].

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO[40] afirma que los servicios postales están entre los que la Constitución permite que sean clasificados como públicos propiamente dichos y los públicos impropios o virtuales.

Por ser partidario de la corriente esencialista-legalista, se entiende que algunos segmentos del sector postal deben ser considerados en la actualidad como un servicio público, y otros no. Se podría considerar de necesidad social/esencial, como público privativo, una vez que son aquellos que, en función de su importancia para el ciudadano y para el desarrollo e integración nacional, la Unión se obliga a asegurar a toda la sociedad, en todo el territorio nacional, de modo continuo y económicamente accesible, y con observancia de las metas y deberes de calidad y universalización[41].

Por lo tanto, los servicios postales esenciales se consideran como servicios públicos privativos porque constituyen una medida del mínimo que debe ser ofrecido a la pobla-

---

39 De acuerdo con el autor, el marco legal de esa alteración histórica en la naturaleza del servicio postal brasileño fue la transformación del DCT en empresa pública y, de acuerdo con el artículo 5.º, inc. II, del Decreto Ley n.º 200/67, esta fue creada por ley para la explotación de la actividad económica. Afirma el autor que: "*Somente atividade econômicas podem ser objeto de monopólio estatal; o Estado o institui exatamente para subtrair da iniciativa privada o exercício de determinada atividade econômica. O serviço público é, por sua própria natureza e definição jurídica, titularizado pelo Estado, de modo que não há necessidade nem lógica em prever, em relação a ele, um regime de monopólio. Os serviços públicos já são, por assim dizer, essencialmente 'monopolistas': aos particulares só pode ser delegado seu exercício, e ainda mediante um ato negocial específico do Poder Público, precedido de um procedimento administrativo de licitação (art. 175, CF). Consequentemente, basta que não se conceda ou permita a prestação de determinado serviço para que ele seja desempenhado exclusivamente pelo Estado*". Aun afirma que la propia Constitución así lo prevé. Al final, todos los casos de monopolio relacionados en el artículo 177.º eran actividades económicas. Lo mismo acontecía con la Constitución de 1967/1969, en su artículo 163.º. Para el autor, al menos desde 1968, el derecho brasileño no considera el servicio postal como servicio público y sí como actividad económica explotada en aquella época bajo el régimen de monopolio por el Estado, como veremos más adelante. Cabe recordar que la Constitución de 1967/1969 también se refería al servicio postal rigurosamente en los mismos términos que la actual (art. 8.º, XI: *Compete à União manter o serviço postal e o Correio aéreo Nacional*;). La diferencia, sin embargo, es que aquella permitía la monopolización por parte del Estado de sus actividades económicas por medio de la ley ordinaria (art. 163.º).

40 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 174.

41 De acuerdo con el Proyecto de Ley n.º 1.491/99, los servicios esenciales serán definidos por el Poder Ejecutivo mediante propuesta encaminada por el ente regulador. El proyecto, sin embargo, incluye como servicios esenciales –sin perjuicio de lo establecido por el Ejecutivo–: el servicio de telegrama; el envío, en el ámbito nacional e internacional, de correspondencia u objeto postal que tenga un peso máximo de 2 kg, observados los patrones de frecuencia, plazo de entrega y dimensión fijados por el Ejecutivo, mediante propuesta del ente regulador, y la transferencia, remesa o recepción de dinero o valores hasta un límite mil veces superior al de la tarifa básica unitaria del servicio de carta.
Hoy se proponen en Europa los límites superiores de 2 kg para objetos de correspondencia y 20 kg para encomiendas, simples o registradas, además de proponer un fondo compensatorio para subsidiar el servicio y/o la reserva de parte del mercado al operador obligado a prestarlo. La Directiva Postal, en su artículo 3.º, establece ciertas directrices dirigidas a los Estados miembros para garantizar a los usuarios el derecho de un servicio universal que corresponda a una oferta de servicios postales de calidad determinada, prestados de forma permanente en todos los puntos del territorio y a precios accesibles para todos los usuarios. Tal directiva afirma, aun, que los servicios universales no son inmutables. La evolución de los servicios y la demanda de los mismos puede llevar a la inclusión o exclusión de algunos de ellos.

ción en condiciones accesibles y predeterminadas. Es evidente que el interés público implícito en la prestación de esos servicios públicos tiende a extenderse, al máximo, a la noción de servicios universales[42]. El ideal, en un Estado de justicia democrático y de derecho, como se configura el Estado brasileño, es la máxima democratización y acceso a los servicios postales. Si la tendencia actual es la obtención de dicha democratización por medio de la libre competencia, nada impide que, dados los avances tecnológicos y sociales de un determinado Estado, el paquete básico de servicios postales que dicho Estado se compromete a garantizar pueda ser ampliado[43].

El artículo 21.º inciso X, de la CRFB impone a la Unión la obligación de mantener un servicio postal. La CRFB se limitó a prescribir el deber de mantener dicho servicio. Nada esclarece, sin embargo, sobre su forma de prestación. Es decir, aunque el servicio postal no fuera rentable, ni tampoco autosuficiente, la Unión deberá proveer los medios necesarios para que tal prestación exista siempre, disponible para su uso por parte de los brasileños. Tiene, por tanto, cierta exclusividad frente a los demás entes de la federación y una obligación irrenunciable para con la población, pero la CRFB no aclara su forma de prestación.

Se percibe así que la sociedad admite la colaboración del Estado en la prestación del servicio postal, y aún más, le impone la obligación de mantenerlo. Así, como es la sociedad la que transfiere su poder a un representante –y así queda explicitado en el Texto Constitucional– se entiende, a la inversa, que conserva lo no mencionado en el mismo, que no se transfiere al Estado, lo que significa que restringe el ámbito de actuación legítima del Poder Público a todo servicio que no sea esencial[44].

---

42 Se entiende que la universalidad puede ser tanto objetiva como subjetiva. La primera está relacionada no con los destinatarios del derecho, sino con la prestación de los servicios. La universalidad subjetiva, por su parte, significa que todos tienen derecho, inclusive los extranjeros, al acceso y disponibilidad de tales servicios.

43 En ese sentido, varias legislaciones mundiales, como también el Proyecto de Ley Postal Brasileño, prevén la posibilidad de que el Ejecutivo extienda el ámbito de los servicios postales universales.

44 Para MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS (*In*: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul/ago, 1999, p. 69-70), si mantener es conservar, mantener el servicio postal es preservar esa actividad con las características que posee en el momento de la edición de la norma constitucional; esto es, con las características de monopolio de la Unión en la forma de la Ley n.º 6.538/68. WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul/ago, 1999, p. 69) afirma que, al tratar sobre el servicio postal en apartado propio, el constituyente deseó afirmar que no podría haber descentralización de tales servicios mediante concesión, permiso o autorización, aunque lo fuera para empresas bajo control accionarial estatal. Por consiguiente, concluye que el servicio postal ostenta la naturaleza de servicio público, que solo podrá ser explotado directamente por la Unión Federal.
En sentido opuesto, FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Reestruturação do setor postal brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo. [s. a.], v. 19, p. 149-169, jul/set 1997, p. 166) afirma que el constituyente no pretendió agotar los servicios públicos que pueden ser prestados por la Unión por medio de concesión con el rol del inciso XII. Si fuera así, el artículo 175.º no tendría razón de ser o se referiría expresamente al Poder Público municipal o estatal. Afirma el autor: *"Ora, se o inciso X não fez – como ocorria com o inciso XI – restrição apenas à exploração direta ou à concessão à empresa estatal, vale a regra geral do art. 175. Ocorre que, no caso dos demais serviços públicos titularizados pela União e ausentes do rol do inciso XII, haverá necessidade de lei para concessão, conforme determinação do art. 175. Já nos serviços enumerados a que se refere Marçal (inciso XI e XII do art. 21 da CF/88), não se põe a necessidade da autorização legislativa, já que preexiste autorização*

La propia exposición de motivos de la Ley n.º 6.538/78 resalta la naturaleza pública del servicio postal al decir que: "*como todo serviço público, o serviço postal e o de telegrama devem satisfazer uma necessidade de interesse geral, no caso, a coleta, o transporte ou a transmissão, e a entrega de correspondências*". Aunque debe mencionarse el hecho de que la Ley n.º 6.538/78 y el Decreto Ley n.º 509/69, que dispone sobre la transformación del DCT en empresa pública, son totalmente complacientes al utilizar los términos servicio público, actividad económica, monopolio y privilegio exclusivo[45].

---

constitucional. (...) A não inclusão de um serviço no rol do inciso XII do art. 21 não importa na vedação da delegação de sua prestação a particulares por meio de concessão. Reforça nossa tese a Lei 9.074/95. No seu art. 1.º, vemos um rol de serviços e obras públicas de competência da União, que poderão ser objeto de concessão. E esse rol não corresponde expressamente àquele constante do art. 21, XII, da CF". Este autor concluye que nada hay en la Constitución Brasileña que indique que el servicio postal deberá ser prestado directamente por la Unión. Por el contrario, siendo un servicio público, como entiende el jurista, podrá ser delegado a particulares en la forma que dispone el artículo 175.º, válido para todo tipo de servicio titularizado por un ente de la Federación.

GERALDO ATALIBA (ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan/mar 1986, p. 85) entiende que la atribución, en norma constitucional, del carácter público, exclusivo de la Unión *(serviço postal e do Correio Aéreo Nacional)* revela que la propia Constitución lo calificó como servicio público, lo que le confiere el atributo de alto interés público y de ámbito nacional, y le dota de prerrogativas robustas para instrumentar su acción.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*In*: ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan/mar 1986, p. 89) aun durante la vigencia de la Constitución anterior, en su contribución sobre el tema, afirma ser innegable que la ECT presta servicios que se configuran como servicios públicos por estar expresamente incluidos por la CRFB dentro de la competencia del Poder Público. Por otra parte, afirma ser también innegable que los demás servicios prestados por la ECT, aquellos no incluidos en el *regime de monopólio,* deben ser entendidos como privados, pudiendo ser libremente ejercidos por los particulares sin necesidad de permiso o concesión, "*uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes, assim como a lei os considerou exclusivo do Estado, nem os colocou debaixo de um regime de direito público*".

UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 110, 114 e 115) afirma que no existe definición alguna sobre la vinculación del artículo 21.º X, el 173.º o el 175.º en el texto de la Constitución; el servicio postal es actualmente considerado como un servicio público por decisión legislativa, ya que el constituyente de 1988 fue silente respecto al "*cómo*" debería la Unión "*mantener el servicio postal*". Así, el autor considera que, a priori, el servicio postal no está clasificado en la Constitución ni como actividad económica ni como servicio público, y tampoco está sujeto a la participación de la iniciativa privada, a pesar de no impedir la posibilidad de que actúe en el sector. La decisión sobre la concretización del artículo 21.º X reclama la integración por parte del legislador ordinario, que concibe el servicio postal como un servicio público a la vista del contenido de los privilegios concedidos a la ECT en el artículo 12.º del Decreto Ley n.º 509/69, y de la explicita mención del artículo 1.º, inc. VII, de la Ley n.º 9.648/98.

Concluye el autor (*Op. Cit.*, p. 116 e 117) afirmando que el término monopolio es más un hábito legislativo que indicativo de la identificación del servicio postal como la categoría de las actividades económicas. Toda la legislación postal anterior –Decreto n.º 14.722/21, Decreto Ley n.º 1.191/39, Decreto Ley n.º 1.681/39, Decreto n.º 29.151/51, Decreto Ley n.º 509/69 y Ley n.º 6.538/78– se refieren a cierto "*monopolio*" de la Unión en ese sector, pareciéndole al autor que el legislador se dejó llevar por la "*fuerza del hábito*" al mantener el uso del término "*monopolio*" para describir la posición de la Unión en cuanto al sector postal; con tal vocablo no pretendía, al menos conscientemente, incluir el servicio postal en la categoría de actividades económicas en sentido estricto.

45 El hecho de que la ECT sea una empresa pública puede causar extrañeza, ya que el artículo 5.º, inciso II, del Decreto Ley n.º 200/67, al definir empresa pública, afirma que es una entidad dotada de personalidad jurídica de derecho privado, con patrimonio propio y capital exclusivo de la Unión, creada por ley para la explotación

Se argumenta que el servicio postal no sería un servicio público teniendo en consideración que, a partir de 1988, la ECT inició una campaña de franquicia de nuevas agencias, celebrando así una serie de contratos de explotación de servicios postales con las agencias franquiciadas[46]. Si el servicio postal fuera considerado un servicio público, jamás podría haberse producido tal proceso por evidente violación del artículo 175.º de la CRFB, que exige la concesión o permiso para que un particular preste cualquier servicio público[47].

Cabe concluir que, una vez que la naturaleza del servicio postal se define por la Constitución y/o por ley, se entiende que hay definición en ley como servicio público[48], y que la propia Constitución, en el inciso X, no hace mención a la delegación, lo que no es

---

de una actividad económica. Ocurre que el artículo 27.º de la Ley n.º 6.538/78 es el único que afirma que el de telegrama también es servicio público, y que, por tanto, debe ser explotado por la Unión en régimen de monopolio.

Además de no incluir los servicios postales como servicio público –apenas lo está el de telegrama–, afirma que este será explotado bajo régimen de monopolio, aunque la expresión correcta sería *"privilegio exclusivo"*.

46 Sobre franquicia en el ámbito de la Administración Pública, vid: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 165. Específicamente en relación con los Correos, vid: JOSÉ CRETELLA NETO (CRETELLA NETO, José. Do contrato internacional de franchising. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69) que resalta: *"Quanto ao franchinig de serviços prestados pelos órgãos da Administração Pública Indireta, não há maiores problemas com relação ao uso da marca, como Correios por exemplo"*; DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003 (Coleção temas de direito administrativo n.º 6), p. 220) que entiende: *"que a adoção de franquia como meio de transferir a execução de serviços públicos nos Correios constitui desvio de finalidade, principalmente, se for realizada sem o prévio procedimento licitatório"*; MARIA NEUENSCHWANDER ESCOSTEGUY CARNEIRO (CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escosteguy. Exame da possibilidade jurídica de modificação do monopólio postal. 2004, 211 laudas, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade Candido Mendes (Faculdade de Direito) – Rio de Janeiro, dez. de 2004, p. 42) al tratar de la discusión que se instauró desde el inicio en torno al uso de las marcas de la ECT, recuerda que: *"a implantação do sistema d franquia postais foi tida inicialmente como uma oportunidade para a ECT auferir receita pela utilização de seus bens instangíveis (marcas) e tornar-se, consequentemente, mais competitiva no setor. Além disso, a implantação do mencionado sistema teve o intuito de ampliar os pontos de atendimento sem custo para a ECT"*; VALDECY FARIA LEITE (LEITE, Valdecy Faria. Adoção do sistema de franquia nos correios do Brasil: um estudo sobre a qualidade e produtividade no setor público, 1996, 358 f. Tese (Doutorado) – UFRJ/COPPEAD, Rio de Janeiro), en su estudio, afirma que la adopción del *franchising* para las agencias postales se percibe como una transformación organizativa que proporciona beneficios a los usuarios de la unidad franquiciada. Se considera, aun, que la adopción del *franchising* permitió a ECT agregar nuevos servicios a los servicios postales convencionales anteriormente prestados, incrementando, de ese modo, la facturación global de Correos. El cambio del formato organizativo para la prestación del servicio de atención postal en Brasil resultó en una bien sucedida estrategia empresarial en el sector público; otros, como WAGNER NOGUEIRA FRANÇA BAPTISTA y GLÓRIA DE F. ALVIM F. PEREIRA F. BRAZ (BAPTISTA, Wagner Nogueira França y BRAZ, Glória De F. Alvim F. Pereira F. Inexigibilidade de licitação entre órgãos e entidades da Administração Pública na contratação de serviços. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo. a. XI, v. 9, p. 428-435, set. 1998, p. 432), afirman que, si por un lado la opción de la ECT por la franquicia parece un mérito, por otro expone su incapacidad de asegurar por sí sola la disponibilidad de los servicios postales con una garantía de confiabilidad, calidad y eficiencia. La delegación del servicio postal se convierte no en una opción propiamente dicha, sino en una necesidad, en un imperativo.

47 FERNANDO HERREN AGUILLAR (Controle social de serviços públicos. São Paulo: Mas Limonad, 1999, p. 138) afirma: *"se uma atividade puder ser desempenhada por particulares sem concessão ou permissão, ela não pode ser considerada serviço público"*.

48 El proyecto de Ley Postal (PL n.º 1491/99) trata el servicio postal como un servicio público, disponiendo inclusive sobre su forma de delegación mediante la concesión, el permiso y la autorización.

necesario, ya que existe la regla general del artículo 175.º. La ley apenas debe establecer su régimen jurídico, de prestación por la Administración directa o indirectamente, o facultar la concesión o permiso de su ejecución al sector privado.

Los llamados servicios postales esenciales son, así, servicios públicos privativos prestados en régimen público, siendo considerados todos los demás servicios como actividades económicas no esenciales no monopolizadas en sentido estricto. Tales servicios públicos deben ser prestados de forma continua y universal, independientemente de que sean lucrativos o económicamente atractivos[49]. Son aquellos que, en función de su importancia para el ciudadano y para el desarrollo e integración nacional, la Unión se obliga a asegurar a toda la sociedad, en todo el territorio nacional, y de modo continuo y económicamente accesible y con observancia de las metas y deberes de calidad y universalización. Los servicios no integrantes del servicio postal esencial, por su parte, se relegan a la libre iniciativa, conforme las necesidades del mercado y las decisiones de los empresarios interesados en la ejecución de tales actividades.

De ese modo, el servicio postal esencial, tenido aquí como un servicio público privativo, supone un nivel mínimo de servicio que será garantizado por el Estado a la sociedad, y que por obligación constitucional (art. 21.º X, CRFB) debe ser mantenido por la Unión. Funciona como una forma de respeto al ciudadano, de protección a la dignidad de la persona en la medida en que la obligación de garantizar tales servicios está vinculada a la satisfacción de necesidades vitales del ser humano por la garantía al servicio básico, al que todos los ciudadanos deben tener acceso.

Así se entiende que algunos Estados, en su deseo de desarrollo y guiados por un proceso de privatización, transportaran a sus ordenamientos el modelo de los servicios de interés económico general (SIEG) implantado por la Unión Europea. Tal es el caso brasileño, que para adaptarse a las dinámicas modernas y adecuar sus antiguas fórmulas –que daban claras muestras de envejecimiento–, creó nuevas formas de prestación de servicios denominadas servicios públicos privativos prestados en régimen público y servicios públicos privativos prestados en régimen privado, lo que fue aprobado en *medida liminar* por el Supremo Tribunal Federal (STF) en la Acción Declaratoria de Inconstitucionalidad ADIn n.º 1.668. Se entiende que Brasil, al clasificar diferentes índices de publicidad de los servicios públicos (régimen público y privado), tradujo las lecciones europeas, en las

49 Afirma la exposición de motivos de la Ley Postal (Ley n.º 6.538/78): *"Como todo serviço público, o serviço postal e o de telegrama devem satisfazer uma necessidade de interesse geral, no caso, a coleta, o transporte ou a transmissão, e a entrega de correspondências. Em vista disso, gozam de monopólio, mas devem, em contra-partida, assegurar a permanência e a universalidade dos serviços, nos lugares mais remotos do País"*. Así, se percibe que la justificación del monopolio de la Unión fue la de viabilizar financieramente su prestación con un carácter regular y universal.

que los servicios públicos privativos serían lo mismo que los servicios universales, y los servicios públicos privativos prestados en régimen privado serían los SIEG[50].

Tales servicios, hoy, se convertirán en la expresión que denomina el nuevo régimen jurídico de la intervención pública en defensa del interés general. Las obligaciones del servicio universal constituyen, así, un núcleo del nuevo régimen jurídico de la intervención pública en el sector.

3.2. La cuestión del monopolio en el servicio postal brasileño

La segunda cuestión debatida en la doctrina y en la jurisprudencia es saber si existe un monopolio del servicio postal en el orden jurídico brasileño.

50 Después de 30 años ignorados, sea por el hecho de haber dejado abierta la discusión para una posterior apreciación o por preparar el terreno para los cambios ya imaginados, la noción de servicio público posee una única mención en todo el Tratado de Roma o de las Comunidades Europeas (actual artículo 73.º) y los SIEG, inicialmente previstos en el actual artículo 86.º §2.°. Solamente fueron estudiados a partir de la década de 1990 mediante una precaria revisión judicial (véase decisión *Corbeau*, de 19 de mayo de 1993 –sobre la prestación de servicios postales– y decisión *Commune d'Álmelo*, de 27 de abril de 1994 –sobre la distribución de la energía eléctrica–) y algunas Comunicaciones –COM (1996) 281/03, de 26 de septiembre de 1996; COM (2000) 580, de 20 de septiembre de 2000; y COM (2001) 598 final, de 17 de octubre de 2001–, hasta incorporarse a un nuevo dispositivo, el artículo 16.º del Tratado, donde los SIEG se consideran como un valor común de la Unión Europea. Desde entonces, la noción se consolidó.
Cabe mencionar el caso *Corbeau* (Sentencia del TJCE, 19 de mayo de 1993, Asunto Caso 320/91, Corbeau, Rec. 1993, p. I-2568, considerando 21) que tiene relación con el servicio postal. Este tuvo como partes, de un lado, al servicio postal de Bélgica, organizado en régimen de monopolio, y del otro, a un comerciante de Liège llamado Paul Corbeau. Este comerciante había creado un negocio que ofrecía un servicio exprés de recogida y entrega de correspondencia. Coubeau sufrió una acción penal por incursión de su negocio en la actividad empresarial monopolística asegurada a otro. La disputa llevó a la agenda la cuestión de la ampliación de la restricción de la competencia o la exclusión de esta, a fin de permitir que un operador de servicios de interés económico general cumpliera su misión en condiciones económicas razonables, según el artículo 86.º § 2°. Este juzgado se convirtió en uno de los más importantes de la Corte, pues se vio obligado a definir qué servicios serían de interés general. La decisión final se tomó en el sentido de que el servicio prestado por Paul Corbeau era un servicio prestado de manera muy específica, diferenciable del servicio de la *Régie des postes*. Como resultado, la aplicación del artículo 86.º § 2.° fue rechazada en este caso.
En síntesis, los SIEG son considerados hoy en día como toda actividad económica cuyo desempeño está relacionado con la atención de una determinada demanda o deseo de la sociedad. Son, por tanto, actividades reservadas a la libre iniciativa, con independencia de quién los presta. Se consideran como tales las actividades que así sean designadas internamente por los Estados miembros. Se desdoblan en dos conceptos: el servicio económico (actividad susceptible de ser ejercida por un particular que se encuentra en situación de competencia) y la misión de interés general (cumplimento de prestaciones que no serían desarrolladas por un operador guiado únicamente por el ánimo de lucro). Además, considerado como una subespecie, ha surgido el concepto de servicios universales, que se añade a los principios generales de los tradicionales servicios públicos (continuidad, igualdad y adaptabilidad, entre otros), pues garantiza a todos el acceso a un servicio básico o mínimo. Se afirma que la vieja noción de servicio público francés fue integrada en el derecho comunitario europeo a través de ese concepto, lo que no significa que ya no exista el concepto de servicio público, sino que este ha sufrido las adaptaciones necesarias para su mantenimiento en el orden jurídico. El gran elemento caracterizador de los servicios públicos pasó a ser la obligación de asegurar el acceso generalizado de todas las personas a determinadas prestaciones esenciales con calidad y a un precio razonable.

Tradicionalmente, la actividad postal se organizó en todos los países bajo la tutela estatal, siguiendo el modelo monopolístico. Dada la ausencia de desafíos, los correos mundiales priorizaron inadecuadamente las necesidades y anhelos de sus usuarios, empleando procesos artesanales y asumiendo que sus actividades no estaban –ni deberían estar– sujetas a competencia, lo que se mantuvo hasta mediados de la década de 1960. En esa época, no obstante, empezaron a surgir algunas empresas privadas ofreciendo servicios de transporte de documentos y mercancías, iniciándose así un cierto proceso de competencia.

Como reacción natural, los correos estatales fueron obligados a actuar bajo una nueva óptica, en un ambiente de competencia, en el que el cliente se convirtió en el centro de atención, exigiendo una organización postal más moderna y orientada hacia el mercado. A ejemplo de Brasil, los correos –entonces órganos de la Administración Directa– pasaron a actuar con mayor autonomía administrativa bajo la forma de empresas públicas para enfrentarse a los desafíos impuestos por las crecientes demanda y competencia.

Obligados a responder a esa nueva demanda, los Estados se mostraron incapaces no solo de realizar las inversiones necesarias para la mejora del sector, sino también para gestionarlo de una forma empresarial. Simultáneamente, observando el gran potencial de mercado, la iniciativa privada redescubrió los correos como una actividad empresarial rentable. Como consecuencia de ello, la actividad postal dejó de ser exclusiva del Estado y pasó a convivir con capitales privados bajo diversas formas, como la franquicia, la concesión, la tercerización y la autorización, entre otras.

Consecuencia natural del reconocimiento de la existencia de un servicio postal esencial mantenido por el Estado es la constatación del eventual déficit en la prestación de este servicio. Garantizada la accesibilidad económica al mismo, se hizo patente que la actividad postal muchas veces sería prestada a un coste superior al de la tarifa pagada por el usuario.

Hasta hace poco, el déficit de la actividad era asumido íntegramente por el Estado, que prestaba directamente, o mediante empresas de su propiedad, los servicios postales en la casi totalidad de los países del mundo. De ese modo, la cuestión del déficit no se tenía en cuenta. Con todo, y ante la creciente escasez de recursos estatales, los cambios en el paradigma del papel del Estado y la apertura creciente del sector a la iniciativa privada, se constató la insuficiencia del costeo directo, con recursos estatales, de los servicios postales deficitarios.

Sin embargo, ECT es una empresa pública que genera superávit, que recauda mediante su propia actividad los recursos necesarios para el mantenimiento equilibrado de la actividad postal, y que genera beneficios y produce dividendos para el Tesoro Nacional. Es un hecho que la ECT creció y se convirtió en lo que es hoy gracias al llamado *monopolio estatal*.

Se sabe que la actual CRFB no desea que el Estado actúe como empresario, pero sí como regulador de la actividad económica, aportando de ese modo una nueva visión del

orden económico y del papel del Estado, diferente al que tenía con la Constitución de 1967/69 (art. 163.º), en el que el legislador ordinario en materia económica poseía una amplia competencia, pudiendo intervenir en el dominio económico e incluso crear un monopolio.

La CRFB de 1988 no siguió estos preceptos, pues dejó de establecer dicha disposición y determinó qué actividades económicas quedarían sujetas a explotación directa y monopolizada por la Unión en su artículo 177.º.

De ese modo, el monopolio actúa totalmente contra la libre iniciativa. De ahí que buena parte de la doctrina afirme que, a partir de la entrada en vigor de la nueva Carta Magna, solo serán admitidos los monopolios estatales en ella previstos expresamente, y que ninguna otra ley podrá permitirlos.

Además de eso, solamente la actividad económica puede ser objeto de monopolio estatal; el Estado lo instituye exactamente para substraer de la iniciativa privada el ejercicio de una determinada actividad económica.

La propia CRFB así lo prevé. Al final, todos los casos de monopolio enumerados en el artículo 177.º son actividades económicas. Lo mismo acontecía con la Constitución de 1967/69, en su artículo 163.º.

De ese modo, se puede decir que la Constitución Brasileña de 1988 no es favorable a los monopolios públicos, ya que amplió el campo del monopolio constitucionalmente establecido, diferente del contemplado en la CRFB anterior, y acabó con el artículo 163.º de la Constitución de 1967/69, que concedía amplia competencia en la materia al legislador ordinario, ya que le facultaba con la posibilidad de instituir monopolios estatales.

Ahora bien, si la propia Constitución amplió el monopolio es porque una ley federal ya no puede instituirlo realmente, como lo hacía el artículo 163.º de la Constitución anterior, y solamente las actividades enumeradas en el artículo 177.º de la actual Carta Magna son monopolios del Estado.

Las hipótesis de monopolio estatal deben ser situaciones absolutamente excepcionales, pues suponen una negativa a la libertad de competencia. En un régimen en el que la libre iniciativa es un principio constitucional fundamental, solo podrán ser consideradas monopolizadas aquellas actividades que la propia Constitución considere expresamente.

Las bases legales de la organización del sector postal brasileño son la Constitución Federal y la Ley n.º 6.538, de 22 de junio de 1978.

Observando los artículos constitucionales (arts. 5.º XII, 21.º X y 22.º V), no se encuentra ninguna mención o sugerencia para la práctica monopolista, pero la Ley n.º 6.538/78 prevé el ejercicio de algunos servicios en régimen monopolístico (arts. 9.º y 27.º)[51] en todo el territorio nacional mediante la fórmula de empresa bajo control accio-

51 Hay que resaltar que, en el primer reglamento postal brasileño que trataba del "*Regimento do Primeiro Correio-Mor do Reino*", de 1520, se observan algunas menciones al monopolio: "*Portes e Multas: [..]) 3.º) Só o Correio-*

nario estatal denominada *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)*, además de no reconocer la existencia de operadores privados en el sector[52]. Tampoco establece unas reglas claras para la delegación a terceros de la prestación de los servicios, y no prevé mecanismos de regulación del sector, pero sí de control de la ECT[53].

-Mor estabelece correios, ficando o contraventor sujeito à multa de 100 cruzados, metade para a Câmara do Rei e outra metade para o Correio-Mor".

52 UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988*. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 121) sobre el monopolio postal afirma que: *"a) em nível infraconstitucional, antes de ser editada a Lei n.º 9.648/98, incluindo o serviço postal no rol do art. 1.º da Lei n.º 9.074/95 e submetendo-o, dali em diante, ao regime de concessões e permissões de serviço público, havia monopólio parcial da União, e de sua delegada, a ECT, sobre o serviço postal, pois o 'monopólio' referido no art. 9.º da Lei n.º 6.538/78 alcançava apenas cartas, cartões-postais e correspondência agrupada, ou seja, do todo representado pela serviço postal (definido no art. 7.º da Lei n.º 6.538/78), somente parte dele era incluído no monopólio instituído pelo legislador; b) com o advento da Lei n.º 9.648/98, alterando a redação do art. 1.º da Lei n.º 9.074/95, o monopólio passou a ser total, na medida em que o serviço postal restou enquadrado no regime de concessões e permissões de serviço público, implicando o afastamento da livre iniciativa privada dessa atividade".* Cabe aquí mencionar una contradicción del autor citado; el mismo autor afirma que: *"a situação do monopólio postal da União após a promulgação da CF/88 há de ser entendida diversamente consoante o período em foco; entre a data de promulgação da CF/88 e a da edição da Lei n.º 9.648/98, o Estado, e sua delegatária, a ECT, não mais detinham monopólio sobre o serviço postal, razão pela qual a iniciativa privada estava autorizada a explorá-lo; com o advento da Lei n.º 9.074/98 e sujeitando-o ao regime de concessões e permissões de serviços públicos, restabeleceu-se o monopólio da União sobre o serviço postal, mais intenso ainda que o anteriormente tratado no art. 9.º da Lei n.º 6.538/78, pois este era limitado às hipóteses ali especificadas"* (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988.* 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 150).

Así, el autor (*Op. Cit.*, p. 147) asevera que, además de existir un monopolio, hubo una ampliación del mismo y, con la intención de analizar tales monopolios, formula tres cuestiones: *"a) a CF/88 admite a instituição de monopólio estatal no domínio econômico por via legislativa?; b) o monopólio postal previsto no DL 509/69 e na Lei n.º 6.538/78, sob a égide da CF/67 com fundamento no seu respectivo art. 163, foi recepcionado pelo texto da CF/88 ou sofreu revogação desde então; c) a CF/88 alberga monopólio da União sobre o serviço postal?".* El autor responde positivamente a las dos primeras cuestiones, y negativamente a la última. En cuanto a la primera de ellas, afirma (*Op. Cit.*, p. 147 y 148) que, aunque no exista autorización expresa en la actual Constitución –al contrario de lo que ocurría en la Constitución de 1967/69–, es posible la institución de un monopolio por vía legislativa para dar cumplimiento a una obligación constitucional y viabilizar, por ejemplo, el carácter de regularidad y universalidad expuesto en la exposición de motivos de la Ley n.º 6.538/78, como el propio autor cita. En cuanto a la segunda cuestión, el autor afirma (*Op. Cit.*, p. 148-150) que la Ley Postal fue *"recepcionada"* por la actual Constitución, ilustrando como respuesta las jurisprudencias de los tribunales que sustentan tales entendimientos. Y, por fin, respecto a la tercera cuestión, el autor (*Op. Cit.*, p. 150-152) asegura que la simple inclusión del servicio postal en el rol del artículo 21.º de la Constitución de 1988 no implica el reconocimiento de monopolio estatal sobre tal actividad, argumentando que por no tener el constituyente incluido en el artículo 21.º, inc. X, las figuras de la autorización, permiso o concesión, este quería a la iniciativa privada fuera del sector postal. En esa línea afirma que dicho inc. X del artículo 21.º asegura a la Unión el verdadero monopolio constitucional sobre el servicio postal. Sin embargo, aunque el autor admita tales interpretaciones, no considera que sean las únicas posibles en el contexto de la Constitución de 1988 y, lo que es más, no son las que confieren mayor efectividad al texto constitucional vigente, especialmente en lo referente al principio de la libre iniciativa, de la libre competencia y de la complementariedad. El autor prefiere concluir que el constituyente de 1988 dejó de citar los instrumentos de la autorización, de la concesión y del permiso de servicio público en el inc. X del artículo 21.º justamente para dejar de caracterizar el servicio postal como un servicio público federal, dando un margen al trabajo integrador del legislador ordinario. Luego, ante la falta de referencia al monopolio en el inc. X del artículo 21.º, afirma que la expresión *"manter"* autoriza al legislador ordinario a decidir sobre el *"cómo"* y el *"por quién"* habrá de ser ejecutada la tarea de prestar el servicio postal al ciudadano.

53 El origen de la discusión sobre el monopolio postal surgió con el concepto de carta, que comenzó a aparecer para el derecho con el juzgado, por el STJ, del *Mandado de Segurança n.º 90.668-SP*, donde la compañía *Epatil*

Es importante destacar que el monopolio atribuido a la ECT no es resultado directo del texto constitucional, pero sí de la ley que regula la actividad postal, anterior a la

do ABC enjuició a la ECT a fin de proteger su derecho líquido y cierto en las actividades que llevaba a cabo; es decir, leer los medidores y contadores de consumo, así como expedir y entregar facturas a los consumidores de los servicios de agua y alcantarillado, teléfono y electricidad. (BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 3667, Processo: 199000057337 UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 22/08/1990 Documento: STJ000005805, Fonte: DJ DATA:10/09/1990 PG:09115, Relator: PEDRO ACIOLI, Data Publicação: 10/09/1990). Renombrados juristas se posicionaron con respecto a tal acción. Entre ellos: MARINHO, Josaphat. Sistema normativo e serviço postal no Brasil. Revista de Direito Público. São Paulo, a. XVIII, n. 74, p. 70-78, abr/jun 1985; TÁCITO, Caio. Concessões – Entrega de Contas – Monopólio Postal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 155, p. 341-344, jan/mar 1984; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, v. 171, p. 65-77, jul/ago, 1999.

Se discutió en aquel momento la monopolización de los servicios postales conforme a lo estipulado en los artículos 7.º y 9.º de la Ley n.º 6.538/78. La problemática surgió en torno al concepto de carta. Hubo quienes interpretaron que el monopolio postal cubría la recepción y entrega de correspondencia, y dentro de este concepto se incluiría la entrega de facturas de electricidad, agua, alcantarillado, teléfono, impuestos, tasas o cualquier otro título.

De acuerdo con el artículo 17.º del Decreto n.º 83.858, de 15 de agosto de 1979, apartado "n", el transporte y la entrega del aviso de cobro relativo al consumo de agua, electricidad o gas, cuando efectuados por el operador del servicio público correspondiente, están fuera del monopolio postal. El artículo era claro al establecer que dichos avisos deberían ser presentados por los concesionarios, pero no establecía que ello debiera hacerse directamente, por lo que fue admitida la contratación de terceros para ejecutarlos.

Parece que la única condición impuesta a la contratación de terceros era que los servicios les fueran adjudicados integralmente; es decir, los ejecutantes de la entrega de los avisos deberían ser necesariamente los mismos que realizan la lectura de los medidores, abarcando, por lo tanto, la contratación de todo el proceso de lectura y entrega.

CAIO TÁCITO (TÁCITO, Caio. Concessões – Entrega de Contas – Monopólio Postal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 155, p. 341-344, jan/mar 1984, p. 344) entendía diferente, para el autor: "*A conveniência do serviço de concessionárias é que irá ditar o procedimento mais aconselhável, por motivo de ordem técnica ou econômica, quanto ao controle dos consumos e ao processo de faturamento e cobrança. Poderá fazê-lo diretamente ou contratar terceiros para o exercício dessa função administrativa, sem que, dessa última opção, possa resultar alteração ou não incidência de norma excludente do monopólio postal*". Para este autor, tal artículo no delega ni transfiere el servicio postal a la empresa concesionaria, solamente lo excluye del monopolio de la Unión.

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul/ago, 1999, p. 74) entendía, al tratar el aviso de cobranza, que con su envío a otra parte no se está haciendo comunicación, en el sentido de informar respecto a algo, pero cobra lo que le es debido, no pudiendo decreto o ley ordinaria alterar el monopolio postal, que de acuerdo con el autor posee estatus constitucional.

Es lo mismo que decir que el expedidor, personalmente o por empleado suyo, en los negocios de su economía, pueda efectuar el transporte sin perjudicar dicho monopolio postal.

Ya GERALDO ATALIBA (ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan/mar 1986, p. 86) entendía que: "*É irretrucável que não estão submetidas ao regime de monopólio estatal, dentre inúmeras outras, as atividades de recebimento, transporte e entrega de impressos, periódicos, livros, prospectos técnicos, amostras comerciais, conhecimento de carga, título de crédito, efeitos comerciais em geral, cheques, valores, dinheiro, cartas geográficas, cartas patentes, cartas de crédito, cartas de baralho, cartas de piloto, cartas de motorista, enfim, quaisquer objetos que não constituam carta missiva, cartão-postal ou telegrama*".

El STJ, en decisión posterior a la Constitución de 1988, ya consideró que, por la Ley n.º 6.538/78, cuentas, boletos y recibos bancarios están dentro del concepto de carta y, por eso, integran el monopolio postal de la Unión. Siguiendo esa jurisprudencia, el Proyecto de Ley Postal define como monopolio las cuentas, boletos y recibos bancarias. Se sustenta que tales servicios siempre fueron monopolio de la ECT, porque son cartas, en la medida en que representan comunicaciones privadas entre dos partes, o de interés específico del destinatario.

promulgación de la Constitución Brasileña, y como quedó demostrado, podría hacerse teniendo en cuenta el antiguo artículo 163.º de la Constitución de 1967/69[54].

Como hoy subsisten en la Constitución los monopolios previstos en su artículo 177.º, en el que no se incluye mención alguna al servicio postal, y como no es posible que el legislador ordinario amplíe el rol previsto, se entiende que los monopolios anteriormente existentes que no fueran confirmados por la nueva Carta Magna, como es el caso del servicio postal, no fueran "*recepcionados*" por la Constitución[55]. Con relación a tal asunto, LUIS ROBERTO BARROSO[56] afirma que la CRFB asegura la libre iniciativa y determina, *numerus clasus,* aquellos casos en los que una determinada actividad podrá ser substraída de la libre competencia para ser explotada en régimen de monopolio. Defiende el autor que las hipótesis creadas por ley, anteriormente al advenimiento de la nueva orden y no reproducidas por la CRFB de 1988, no fueran por esta "*recepcionadas*".

Así, con la desaparición de la imprecisa regla del artículo 163.º de la Constitución anterior, se tornó imposible, salvo en caso de enmienda a la misma o por medio de una

---

De ese modo, se podría interpretar que cuentas, boletos y recibos bancarios podrían ser entregados por empresas privadas, siempre y cuando no incluyan comunicación escrita de cualquier naturaleza. Sin embargo, la comisión que elaboró el sustituto del Proyecto de Ley Postal separó la carta de las cuentas, boletos y recibos bancarios en lo que respecta a los objetos considerados como correspondencia.

Se entiende que el denominador común entre el concepto legal de carta y correspondencia (art. 47.º de la Ley n.º 6.538/78) es la comunicación, nada más que el mensaje, la remesa de información. De ahí que la cuenta, el boleto y el recibo bancario puedan ser considerados cartas, ya que son objetos que contienen información de interés específico para el destinatario.

JOSAPHAT MARINHO (MARINHO, Josaphat. Sistema normativo e serviço postal no Brasil. Revista de Direito Público. São Paulo, a. XVIII, n. 74, p. 70-78, abr/jun 1985, p. 76), al tratar sobre cobranza, discrepaba afirmando que: "*O aviso de cobrança de conta não é simples comunicação ou informação, representa intimação para pagamento, para cumprimento de obrigação, o que esta sujeito a prazo, sob pena de acréscimo ou de outros gravames. Por isso mesmo, a emissão do aviso, correspondendo à notificação de um título de crédito a prazo certo, precisa ser feita pelo credor em forma de controle direto e convencionado, a que não se sujeita, em princípio, a empresa pública, regulada por normas gerais. Pouco importa que o aviso de cobrança de conta não seja, formalmente, título de crédito. É, contudo, documento revelador de obrigação certa, equivalente, substancialmente, a título de crédito, e, de qualquer modo, com força bastante para diferençá-lo de simples carta*".

Así como lo hace el autor, se entiende que cuenta, boleto y recibo bancario no son cartas, porque si así fuera se estaría ampliando el campo del monopolio postal, siendo ilegitimo hacerlo por medio de la interpretación. El Proyecto de Ley Postal, al clasificar tales objetos como monopolio de la futura *Correios do Brasil S.A.*, ampliará legalmente el monopolio, lo que parece ser admisible, ya que no se hará de forma interpretativa; pero, como no ya no existe el artículo 163.º de la Constitución anterior, hasta eso sería inviable.

54 En relación con el monopolio postal, UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 121) diferencia entre monopolio de derecho y de monopolio de hecho, afirmando que el primero ocurre cuando el Poder Público transfiere a los particulares, por concesión o permiso, la prestación de un servicio público. Argumenta el autor que esto es así porque todos actúan según la voluntad y las instrucciones del titular del monopolio; en este caso, del Poder Público que lo concede.

55 Se utilizael termino "*recepción*" para identificar situación en que Leyes Infraconstitucionales anterior a una nueva Constitución son compatibles con está, habiendo, en el caso, aceptación del derecho ordinario por las normas constitucionales.

56 BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 222, [s. a.], p. 179-212, out/dez, 2000, p. 204.

interpretación de mutación constitucional, la creación de cualquier otra modalidad de monopolio. Como, hasta el momento, no se ha producido ninguna enmienda Constitucional sobre el asunto –ni parece viable una interpretación de mutación constitucional en el caso en cuestión–, se concluye que la ECT no detenta el monopolio del servicio postal en lo más mínimo desde la Constitución de 1988[57].

57 El constituyente, sabedor de que la relación del artículo 21.º se presta apenas a crear las competencias de la Unión cuando pretendió establecer reglas de monopolio o exclusividad, lo hace en otros pasajes del texto constitucional. Así, si la Constitución consagró el principio de la libre iniciativa y de la libre competencia, no es posible la interpretación que presuponía el monopolio postal de la simple definición de competencia presente en el art. 21 de la Carta.

GERALDO ATALIBA (ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan/mar 1986, p. 85) afirma que: "*Essa exclusividade de competência da União para manter o serviço postal e o Correios Aéreo Nacional, proscrevem, desde logo, a possibilidade de os outros entes da Federação manterem esta modalidade de serviços, bem assim afasta a iniciativa privada do seu exercício. Vale dizer, não só atribui natureza pública a tais serviços, como discrimina, dentre as pessoas públicas que compõem a Federação, qual a que detém competência para mantê-lo, além de vedar, à iniciativa privada, o seu exercício*".

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, v. 171, p. 65-77, jul/ago, 1999, p. 70) entiende que hay absoluta omisión de la Constitución de 1988 en cuanto a cualquier indicio de atribuir al Poder Público el monopolio de servicio postal. El tratamiento singular dispensado por el constituyente colocando al servicio postal como asunto distinto de las materias disciplinadas en los incisos XI y XII del artículo 21.º, al contrario de no caracterizarlo como servicio público monopolizado, realzó la preocupación con el asunto, evitando que venga a ser explorado de otra forma que no la directa por delegación.

MARIA NEUENSCHWANDER ESCOSTEGUY CARNEIRO (CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escosteguy. Exame da possibilidade jurídica de modificação do "monopólio" postal. 2004, 211 laudas, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade Candido Mendes (Faculdade de Direito) – Rio de Janeiro, dez. de 2004, p. 154, 155 199 y 200) entiende que: "*a adequação da interpretação do texto constitucional vigente aponta para a total desnecessidade de alteração (emenda) do texto da Carta Maior, uma vez considerada ocorrida uma mutação constitucional do conteúdo do inciso X do art. 21 da CRFB/88*". Para esa autora, el servicio postal es incumbencia de la Unión y entiende que el artículo 21.º de la CRFB no explicita cómo debería asegurar la misma la prestación de tal servicio a la colectividad. Según ella, la Unión no podría prestar dicho servicio, ya que la materia pertenece al orden económico, y no al pacto federativo. Con ese entendimiento, considera ocurrida una mutación constitucional del contenido del inciso X de artículo 21.º de la CEFB, permitiendo de esa forma derivar que: "*o ônus de manter o serviço universal é da União, sendo possível, paralelamente, já que não há vedação constitucional, a exploração descentralizada do serviço postal*".

En relación con la cuestión de la legislación infraconstitucional, UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 21 y 53) afirma que el constituyente no completó la confección del texto constitucional, y lo dejó intencionalmente incompleto. Esto es, dejó un margen de maniobra para la adecuada acomodación del texto constitucional a la realidad social. Reconoce, así, su absoluta incapacidad de prever, de ahí que el legislador ordinario actúe finalmente orientado por las disposiciones del legislador constituyente, gozando de autonomía para fijar los medios que considere más adecuados para la óptima consecución de los fines. Así, para el autor, delinear el concepto de "*servicio postal*" sirve para saber qué servicios postales deberán ser mantenidos por la Unión conforme dispone el artículo 21.º, inc. X, de la Constitución, y afirma: "*(...) surge uma pergunta: cabe à União manter todos esses "serviços postais", por força do art. 21, X, da CF/88? O autor pensa que não. A decisão constituinte de atribuir a competência de manter o serviço à União deriva da preocupação em atender determinado interesse coletivo, ou seja, reputa-se imprescindível à sociedade a oferta regular de serviço postal em todo o território nacional, em condições economicamente acessíveis, e, por isso, obriga-se o Poder Público a fazê-lo*".

Cabe mencionar, también, que el artículo 21.º X de la CF/88 establece que la Unión debe mantener el servicio postal, e impone que tal actividad sea obligatoriamente ejercida por el Poder Público federal teniendo en cuenta su importancia para la integración nacional, aunque en ningún momento niega la posibilidad de que los particulares también puedan explotarla[58].

El constituyente quería asegurar el mínimo y no impedir el máximo, de ahí que intentase, en el Proyecto de Ley Postal, adoptar el servicio universal estableciendo segmentos reservados a la ECT. Sin embargo, la actual configuración del sector lleva a creer que cabe a la Unión mantener los servicios postales de necesidad social/esencial por ser considerados como servicios públicos privativos. La Unión está obligada a mantener y ofrecer tales servicios a la sociedad, en todo el territorio nacional, de modo contenido y económicamente accesible, y con observancia de las metas y deberes de calidad y universalidad. Es evidente que el interés público implícito en la prestación de ese servicio público tiende a extender al máximo la noción de servicio universal. El ideal, en un Estado de justicia democrático y de derecho, es la máxima democratización y acceso a los servicios postales.

Se entiende que no estamos ante un monopolio legal, ya que la Ley 6.538/78 no fue "*recepcionada*" por la actual Constitución; mucho menos constitucional, ya que no está recogido en el artículo 177.º de la misma[59], pero es un monopolio de hecho, en términos

58 El constituyente quiso asegurar el mínimo y no impedir el máximo, de ahí que intentase adoptar el servicio universal estableciendo áreas reservadas a la ECT en el Proyecto de Ley Postal.

59 En ese sentido, también es apoyado por diversos autores: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Reestruturação do setor postal brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo. [s. a.], v. 19, p. 149 – 169, jul/set 1997, p. 157; GANDRA, Ives. Comentário à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, tomo 1, p. 148; BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Os correios, o projeto de lei e o monopólio. Disponível em: http://www.ibdc.com.br/aplicacoes/news/teimprensaview.asp?biblioteca=s&Noticia=6544G3&idioma=PO, acesso em: 25.08.03; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 261.
En el sentido contrario, de que la ECT detenta el monopolio: FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 239), entiende que desde 1797 se tiene monopolio de los servicios de correos; COMPARATO, Fábio Konder. *In:* BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. Revista de direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 222, [s. a.], p. 179-212, out/dez, 2000, p. 200; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 610; BAPTISTA, Wagner Nogueira França e BRAZ, Glória de F. Alvim F. Pereira F. Inexigibilidade de licitação entre órgãos e entidades da Administração Pública na contratação de serviços. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo. a. XI, v. 9, p. 428-435, set. 1998, p. 431.
JOÃO BOSCO LEOPALDINO DA FONSECA (FONSECA, João Bosco Leopaldino da. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 199) ejemplifica la actuación directa en régimen monopolístico de la ECT, diciendo que esta se consagra en el art. 21, X, de la Constitución de 1988. Así también lo hace AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA (SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 121) al tratar de la intervención directa del Estado en el dominio económico. Dice el autor que el monopolio es una de las formas de explotación directa de la actividad económica por el Estado, y asume como ejemplo la ECT, afirmando que esta sería una empresa pública federal con actuación prevista en la Ley n.º 6.538 y un monopolio garantizado por el artículo 21.º, inc. X, de la Constitución.
EROS ROBERTO GRAU (GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 85, 86) afirma en su libro que el tema posibilita distintas consideraciones que hacen que sea factible distinguir entre servicio público monopolizado y actividad económica monopolizada. Uno de los más

económicos y no jurídicos, pues la ECT posee el control de la producción y del precio en su acepción más amplia, además de detentar una parcela substancial del mercado, donde ninguno de sus concurrentes tiene el poder sobre los precios de mercado. Es decir, la ECT controla la producción, distribución, prestación o venta de las actividades postales. Aparte de eso, entendiendo el servicio postal como un servicio público, el artículo 175.º de la CRFB impone que el mismo sea delegado mediante permiso o concesión. Como la Unión nunca delegó tal servicio[60], cierto es afirmar que existe un privilegio exclusivo a favor de la ECT, y es de resaltar que este ocurre solamente en el ámbito de los *servicios postales universales*. Todos los demás servicios son susceptibles de explotación por cualquier empresa.

Luego, el hecho de que actualmente exista en realidad un monopolio en el sector postal supone una reserva de mercado para los servicios postales universales que, de acuerdo con la legislación vigente, serían los enumerados en los artículos 9.º y 27.º de la Ley Postal. Es decir, las cartas, tarjetas postales, correspondencia agrupada y telegramas, independientemente de su peso y precio, se reservan a la ECT. Esos sectores podrán, sin embargo, ser delegados en cualquier momento a la iniciativa privada mediante las figuras del permiso o de la concesión, conforme dispone el artículo 175.º de la CRFB[61].

Esta práctica constituye hoy en día el modelo postal mundial. Aunque adoptando el régimen de libre competencia en los servicios postales, una gran parte de los países han optado, en mayor o menor medida, por el establecimiento de un segmento reservado al prestador del servicio universal que lo hiciese viable económicamente y equilibrara el déficit causado por la prestación de ese servicio[62].

---

visibles sería el referido al ejercicio del monopolio postal por una empresa estatal en los términos que establece la Ley n.º 6.538. Ya en aquella época se veía una voluntad de debatir el tema, aunque nunca fue concretada. JOAQUIM MACALOSS (MACALOSS, Joaquim. O serviço postal e o privilégio exclusivo. Revista de Direito Público. São Paulo. a. XVI, n. 68, out/dez 1983, p. 121) entiende por servicio postal un servicio público privativo del Estado, no prestado en régimen de monopolio, pero sí en régimen de privilegio exclusivo. No coincidimos con él, pero al menos, es más acertado que los demás en relación con la terminología.
Sin consideraciones mayores al respecto, al examinar el artículo 21.º, inciso X, de la actual Constitución, autores como JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v.30, GERALDO ATALIBA (ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan/mar 1986, p. 93), JOSÉ AFONDO DA SILVA (Curso de direito constitucional positivo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991) e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979), aseguran que existe un monopolio del servicio postal por parte de la Unión Federal.

60 Se excluye aquí el problema de la franquicia ya mencionado.

61 Con relación a la delegación, la orientación que la Directiva Postal 2002/39/CE (ítem 26) aporta es que debe ocurrir por medio de una *"licencia"*, tanto para delegaciones otorgadas a operadores en régimen público como en régimen privado. Sin embargo, el artículo 2.14 de la Directiva anterior 97/67/CE las dividía en autorizaciones generales y licencias individuales.

62 La Unión Europea estableció en el artículo 7.º, ítem 1, de la Directiva 2002/39/CE la facultad de los Estados Miembros de mantener sus reservas de servicio al prestador universal de envíos nacionales e internacionales con los límites de peso y precio allí fijados.

Esto es necesario para garantizar la transición de una situación de monopolio estatal absoluto a una realidad de libre competencia, sin que de esta transición advenga merma de calidad del servicio prestado o de accesibilidad económica al mismo por parte de los usuarios.

Los operadores del sector y los estudiosos del asunto parecen coincidir, en su gran mayoría, en la importancia de salvaguardar el servicio universal que, en general, se opera por medio del establecimiento de segmentos reservados. Efectivamente, la época de liberalización a cualquier coste, sin preocupación alguna por la calidad de los servicios y los beneficios sociales advenidos de la apertura del sector, es cuanto menos reprobable.

La reserva legal de parcela de la actividad postal al operador que tiene la misión de prestar los servicios universales es, por tanto, regla común en las legislaciones de los países, y tiene el único papel de viabilizar la prestación de los servicios llamados esenciales.

El Proyecto de Ley Postal Brasileña adopta tal solución, que no le desvincula de la tendencia internacional. Al contrario, persigue la liberalización responsable del sector, de forma gradual y sin sobresaltos. Este proyecto establece la reserva de ciertas actividades postales al prestador del servicio universal, con carácter transitorio, por un plazo máximo y perentorio de 10 años, autorizando la reducción o extinción de la reserva en 5 años por parte del Poder Ejecutivo, conforme la conveniencia del sector[63].

Lo que se busca con el Proyecto de Ley Postal es garantizar la evolución segura y serena de un sector que, aunque pueda presentar problemas desde un punto de vista técnico, aún es percibido por la sociedad como generador de buenos frutos por prestar servicios de alta calidad, incluso si se comparan con los indicadores internacionales.

3.3. La posición del Supremo Tribunal Federal Brasileño

Recientemente, el Supremo Tribunal Federal decidió una petición de *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) de la *Associação Brasileiras das Empresas*

63 Partiendo de la premisa de que la ECT posee el monopolio de la actividad postal, el legislador introduce un artículo en el Proyecto de Ley Postal imponiendo el fin del monopolio de manera gradual por medio de la competencia. La intención del legislador es realizar la transición cautelosamente, con vistas a preparar al operador público para su actuación en un mercado totalmente competitivo, convirtiéndole en un operador ágil, capaz de obtener resultados positivos en mercados competitivos rentables, a fin de financiar la prestación del servicio esencial, ya que la futura empresa *"Correios do Brasil S.A."*, que sustituirá a la ECT, tendrá el deber de garantizar la universalidad de los servicios a toda la población.
De ese modo, el Proyecto intenta preservar la viabilidad de los servicios universales, y lo hace así porque Brasil no posee un volumen tan concentrado de actividad postal y, sobre todo, por su gran dispersión geográfica, lo que aumenta el coste de los servicios universales. Por ese motivo, se consideró más adecuado el abandono de los criterios de peso y precio para limitar la exclusividad del prestador de los servicios universales. Se optó por otra alternativa.

de Distribuição (Abraed)[64] con el que se pretendía la declaración de "*no-recepción*" por la CRFB de la Ley n.º 6.538/78[65].

El ministro Marco Aurélio, tras excluir la preliminar de ilegitimidad activa y reputar atendidos los presupuestos de que trata el artículo 3.º de la Ley 9.882/99, acogió la petición formulada para declarar la "*no-recepción*" por la CRFB de los artículos de la Ley n.º 6.538/78 que disciplinaran el régimen de prestación del servicio postal como un monopolio exclusivo de la Unión, con el fundamento de que viola el principio de la libre iniciativa, de la libertad de ejercicio de cualquier trabajo, de la libre competencia y del libre ejercicio de cualquier tipo de actividad económica (arts. 1º IV, 5º XIII, 170, *caput,* IV y párrafo único de la CRFB, respectivamente).

Resaltando, inicialmente, la necesidad de interpretar la Constitución en el sentido de darle la mayor eficacia posible ante la realidad vigente, consideró que la expresión *manter o serviço postal,* contenida en el inciso X del artículo 21.º de la CRFB, insertada en la primera Constitución y repetida en las siguientes, había adquirido un alcance diverso con el pasar del tiempo, evolucionando en el sentido de dejar de significar, en el contexto social presente, un monopolio, pero sí un conjunto de servicios que la Unión debe garantizar, y eventualmente prestar, de forma directa si no existe interés económico por el desarrollo de dicha actividad en ciertos lugares del territorio brasileño. Consideró los cambios sufridos por el Derecho Administrativo Brasileño, originados a partir de la gradual reducción de la participación directa del Estado en la actividad económica, en razón del reconocimiento de su ineficiencia en la prestación de servicios públicos y en la realización de las inversiones tecnológicas necesarias para la mejora de los mismos, destacando, con relación a la ECT, las diversas fallas observadas en su administración, el retraso tecnológico, y los elevados costes y precios de los servicios prestados.

---

64 Para más información, véanse los informativos del STF n.º 392, 409, 510 y 554. No se pueden dar más detalles sobre la decisión, pues a 30 de diciembre de 2009 –fecha de finalización de este trabajo– la misma aún no había sido publicada.

65 ADPF n.º 46. Relator: ministro Marcos Aurélio Melo. En su demanda la Abraed requer: "*1) o deferimento de liminar, nos termos do art. 5.º, caput c/c parágrafo 3.º da CF/88, determinando-se a suspensão de todo e qualquer processo e decisões judiciais que versem sobre a matéria, expedindo-se ofícios aos Tribunais Regionais Federais pátrios informando a decisão, haja vista a impossibilidade de individualizar todos os feitos em trâmite versando sobre o tema; 2) alternativamente ao primeiro pedido, o deferimento de liminar unicamente para as associadas da Abraed, impedindo que sejam vítimas de ações da ECT até julgamento final desta ADPF; 3) deferimento de liminar que permita às associadas da Abraed até o julgamento final da ADPF o livre exercício dos seus objetivos sociais; e, no mérito: 4) o reconhecimento de violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho, perpetrados por atos da ECT; 5) a declaração, nos termos do art. 11 da Lei n.º 9.882/99, da inconstitucionalidade da Lei n.º 6.538/78, especialmente no que concerne ao "monopólio" da União; 6) a declaração, nos termos do art. 11 da Lei n.º 9.882/99, do que deve entender contemporaneamente por carta, restringindo tal conceito ao "papel escrito, metido em envoltório fechado, selado, que se envia de uma parte a outra, com conteúdo único, para comunicação entre pessoas distantes, contendo assuntos de natureza pessoal e dirigida, produzida por meio intelectual, e não, mecânico", devendo restar excluído expressamente deste conceito as correspondências de mala-direta, revistas, jornais e periódicos, encomendas, contas de luz, água e telefone e assemelhados, bem como objetos bancários tais como talões de cheques, cartões de créditos, etc.*"

Concluyó que el monopolio del servicio postal no había sido "*recepcionado*" por la CRFB, pues no existe previsión en el texto constitucional que sea exhaustiva en cuanto a la institución del monopolio en la actividad económica (arts. 21.º XXIII y 177.º de la CRFB). Aseveró que, en pro del interés público, la actuación del Estado debería ser subsidiaria, excluyendo su intervención innecesaria en áreas sustentadas de forma satisfactoria por el sector privado (titular de la actividad económica), permitiendo, de esa forma, la libertad de iniciativa y de competencia. El Estado pasa a ser, entonces, un mero agente normativo y regulador de las actividades económicas en los términos dispuestos en el artículo 174.º de la CRFB. Con ese fin, se atiende mejor al interés de la colectividad, garantizando que el servicio postal sea prestado en régimen de competencia entre las diferentes empresas del mercado consumidor. Este es el modelo que mejor promueve el mejoramiento tecnológico, la reducción de los costes operacionales y los precios de los servicios. Afirmó que, al reconocer que la actividad económica no es propia del Estado, sería indispensable definir el servicio postal como servicio público o como actividad económica en un sentido estricto, siendo, además, posible la existencia de un doble régimen (público y privado) en la realización de la referida actividad.

Se percibe claramente que el ministro Marco Aurélio siguió una línea de pensamiento similar a la defendida en el presente trabajo; sin embargo, el Tribunal no lo entendió así.

Prosiguiendo la causa, el ministro Eros Grau discrepó y juzgó improcedente lo solicitado. Teniendo en cuenta la orientación fijada por el propio STF en la ACO 765 QO/RJ, en el sentido de que el servicio postal constituye un servicio público (por lo tanto, no una actividad económica en sentido estricto), consideró insuficiente la argumentación en torno a la ofensa a los principios de la libre iniciativa y de la libre competencia.

Distinguiendo el régimen de privilegio del que reviere la prestación de los servicios públicos del régimen de monopolio, afirmó que los regímenes jurídicos bajo los cuales son prestados los servicios públicos implican que su prestación sea desarrollada bajo cierto privilegio, incluso el de la exclusividad en la explotación de la actividad económica en un sentido amplio. La potencialidad de ese privilegio incentiva la prestación del servicio público por el sector privado cuando este actúa bajo los instrumentos de concesionario o permitido. Aseveró que la prestación del servicio postal por parte de la empresa privada solo sería posible si la CRFB afirmase que el servicio postal es libre a la iniciativa privada, tal como lo hace en relación con la salud y la educación, que son servicios públicos que pueden ser prestados independientemente de concesión o permiso por estar excluidos de la regla del artículo 175.º, en razón de lo dispuesto en los artículos 199.º y 209.º, todos ellos de la CRFB.

No es esa la idea que sostiene el presente trabajo. Se cree que el constituyente, en el orden económico brasileño, deseó que el Estado actuase como regulador y no como

prestador directo de servicios, autorizando a la iniciativa privada a actuar en cualquier sector que no estuviese prohibido y no en sectores que estuvieran permitidos. Sin embargo, la alegación de que el servicio postal es un servicio público ejercido en régimen de privilegio exclusivo también es similar a la posición defendida en el presente trabajo, ya que se entiende que el servicio postal esencial es un servicio público.

El juicio fue suspendido con la petición de vistas del ministro Joaquim Barbosa. Él y el ministro Cezar Peluso se sumaron al voto del ministro Eros Grau que, discrepando, juzgó improcedente la petición formulada, fundamentando que el servicio postal constituye un servicio público –y no una actividad económica en sentido estricto– que la ECT presta en régimen de privilegio, habiendo sido "*recepcionada*" la Ley n.º 6.538/78 por la CRFB.

Dos ministros votaron por la procedencia parcial de la petición. Por un lado, el ministro Carlos Britto que, considerando también que el servicio postal es un servicio público de prestación exclusiva por parte de la Unión, resaltó, sin embargo, que la "*recepción*" de la Ley n.º 6.538/78 se restringiría a las actividades que impliquen comunicación privada y comunicación telegráfica, no alcanzando, por lo tanto, a las de carácter eminentemente mercantil. Por otro lado, el ministro Gilmar Mendes declaró la "*no-recepción*" solamente de los artículos 42.º, 43.º, 44.º y 45.º de la ley impugnada, que tratan de la criminalización de la violación del monopolio postal de la Unión, dado el carácter abierto de la disposición, en oposición al principio de la reserva legal estricta.

Posteriormente, el proceso fue nuevamente suspendido en virtud de la petición de vista de la ministra Ellen Gracie, quien acogiéndose a lo decidido en el juzgado de la ADI 3080/SC, acompañó la discrepancia para juzgar improcedente la petición formulada, basándose en que el servicio postal constituye un servicio público –y no una actividad económica en sentido estricto– que la ECT presta en régimen de privilegio, y al que no se aplican los principios de la libre competencia y de la libre iniciativa[66].

Se percibe que, después de la discrepancia suscitada por el ministro Eros Grau, la postura hasta este momento era desfavorable, en parte, a la tesis defendida en este trabajo.

Tras el voto de la ministra Ellen Gracie, el proceso fue suspendido en virtud de la petición de vistas del ministro Menezes Directo. Cuando la causa fue retomada, el STF juzgó, por mayoría, improcedente la petición formulada en *argüição de descumprimento de*

66 Cabe resaltar la importante interpretación de la ministra Ellen Gracie, quien aseveró que el conocimiento de la petición formulada implicaría una vulgarización de la institución de la ADPF, lo que la Corte debería evitar so pena de herir las finalidades para las cuales fue concebido dicho instituto. Esclarece que el objeto de la acción, a propósito de cuestionar la constitucionalidad de la Ley n.º 6.538/78, sería conseguir la interpretación del artículo 47.º de ese cuerpo legal, a fin de dar a la palabra "*carta*" un significado que excluya de su contenido los puntos que constituyen el objeto de interés de las asociadas de la arguyente, tales como revistas, periódicos, encomiendas, recibos de agua, y otros. Es decir, bajo el disfraz de violación de los principios constitucionales de la libre competencia y de la libertad de iniciativa, la arguyente estaría pretendiendo que se le atribuyera la parcela menos penosa y más rentable del mercado de entrega de correspondencia por medio de la lectura reduccionista del texto constitucional, cuando se refiere a servicios postales, al excluir todo lo que no fuera correspondencia privada y confidencial.

preceito fundamental, propuesta por la Abraed. En esta sesión, el ministro Carlos Britto presentó argumentos a favor de su voto, afirmando excluir del concepto de servicio postal la entrega de encomiendas e impresos.

Prevaleció, por lo tanto, el voto del ministro Eros Grau, que "*venció*" a los ministros Marco Aurélio, que juzgaba procedente el pleito, Gilmar Mendes, que cambió el voto emitido en la sesión anterior, y Ricardo Lewandowski y Celso de Mello, quienes lo juzgaron parcialmente procedente, interpretando que la prestación exclusiva de la actividad postal por parte de la Unión se limitaría a los conceptos de carta, tarjeta postal y correspondencia agrupada, en los términos recogidos en el artículo 9.º de la Ley n.º 6.538/78, no incluyendo la distribución de recibos (bancarios, del agua, teléfono y electricidad), periódicos, libros, revistas u otros tipos de encomiendas o impresos.

El STF, por unanimidad, interpretó conforme al artículo 42.º de la Ley n.º 6.538/78 para restringir a su aplicación las actividades postales descritas en el artículo 9.º del referido texto legal.

4. El sector postal argentino y sus peculiaridades

Argentina organizó el sector postal casi a la par que el resto de sus instituciones. Tal y como hicimos al tratar el modelo brasileño, también nos limitaremos a hacer referencias a la última etapa que vivió el modelo argentino, que tuvo su inicio en 1972 con la creación de la *Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (ENCOTEL),* que tenía a su cargo todos los servicios postales públicos nacionales e internacionales, así como la prestación de servicios monetarios y actividades complementarias, subsidiarias y accesorias de la actividad postal[67]. Se trataba de una empresa estatal, pues el carácter social y promocional de los servicios específicos (además de la vital importancia de su objetivo; esto es, la explotación de las comunicaciones postales y telegráficas internas e internacionales) impuso en ella la exclusiva participación del Estado en función de una potestad que le es inalienable. Cabe añadir que la creación por ley de la ENCOTEL obedecía a la singularidad de la actividad postal, que por su naturaleza social y notoria condición de bien público no encaja en la clasificación de servicio público de naturaleza comercial o industrial que exige la Ley 13.653 y sus modificaciones para que el Poder Ejecutivo pueda, por sí mismo, constituir empresas del Estado.

Después de la creación de ese nuevo ente, era necesario reemplazar la Ley 816 de Correos de la Nación, vigente desde 1876. Para ello, fue promulgada la Ley 20.216, de 16 de marzo de 1973, también conocida como Ley de Servicios Postales. Esta ley introdujo variantes sustanciales respecto a la anterior, entre las cuales se reitera la inviolabilidad de

67 Creada por la Ley 19.654. Buenos Aires, 14 de marzo de 1972. Su Estatuto Orgánico fue aprobado por el Decreto 1.111 de 9 de febrero de 1973.

la correspondencia, se amplía el monopolio postal del Estado, y se exponen expresamente los derechos y obligaciones de los usuarios y del Estado, entre otros aspectos.

Hasta 1979, la empresa estatal ENCOTEL constituía un monopolio legal estatal totalmente protegido. Con la Ley 22.005, de 31 de mayo de 1979, comenzó la apertura del mercado, permitiendo la participación de prestadores privados bajo la figura de *colaboradores*. Las autorizaciones eran otorgadas por la propia empresa estatal, que también ejercía el control. ENCOTEL podía encargar temporalmente la ejecución total o parcial del servicio *cuando existan razones de fuerza mayor u otras causas que afecten la regularidad del servicio postal* (art. 1.º). A cambio del permiso, ENCOTEL cobraba un *derecho* a los operadores postales privados cuyo importe resultaba de aplicar a los envíos las tarifas establecidas para cartas simples por la empresa estatal. ENCOTEL se reservaba el papel de administrador de dichos permisos.

En la práctica, estos *colaboradores* fueron ganando más y más espacio en el mercado. Por otro lado, a la incipiente apertura del mercado interno se sumó, a finales de la década de 1980, la autorización a los *couriers* internacionales para ejecutar la actividad postal internacional.

Tal panorama cambió en 1989, cuando los aires de la privatización y de la reforma del Estado ya podían respirarse. El 17 de agosto de 1989 se sancionó la Ley 23.696, que declaraba sujetos a concesiones los servicios de ENCOTEL. Dentro del plazo legal, el *Ministerio de Obras y Servicios Públicos* asumió la gestión operativa de la empresa[68]. Al año siguiente se creó la *Comisión Nacional de Telecomunicaciones,* dependiendo directamente del Poder Ejecutivo[69], con funciones tales como la regulación administrativa y técnica, el control, fiscalización y verificación en materia de telecomunicaciones de acuerdo con la normativa aplicable, y las políticas del Gobierno Nacional para el sector. Seguidamente, se dispuso la concesión de los servicios prestados por ENCOTEL[70], obligando a que se confeccionase el Pliego de Bases y Condiciones y se llamase a licitación en el plazo de 180 días[71].

En 1992, ENCOTEL[72] cedió su lugar a la *Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A. (ENCOTESA)*[73], que pasó a actuar en régimen de libre competencia, pues el De-

68 Resolución MOSP 183, de 6 de noviembre de 1989.

69 Decreto 1.185 de 22 de junio de 1990.

70 Decreto 2.074 de 3 de octubre de 1990.

71 El Decreto 2.408, de 12 de noviembre de 1991, fija un cronograma para las privatizaciones, entre ellas la de ENCOTEL.

72 Se resalta el hecho de que el Decreto 1.163, de 4 de junio de 1993, declaró el estado de liquidación de ENCOTEL, y el Decreto 2.075, de 25 de noviembre de 1994, aprobó y transfirió el Estado de Activos y Pasivos a 31 de junio de 1993, de ENCOTEL a ENCOTESA. El cierre de ese proceso se efectuó mediante Resolución MEyOSP 558, de 11 de marzo de 1998.

73 El Decreto Nacional 214 de 24 de enero de 1992 reestructura los servicios alcanzados por la Ley de Correos 20.216, y crea la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT), que será asistida por los sectores organizados de la comunidad, directamente vinculados al quehacer postal. Fue creada por medio del Decreto

creto 1.187, de 10 de junio de 1993, suprimió el monopolio postal y determinó que los precios y servicios del mercado local e internacional se pactaran libremente. El mismo Decreto creó un Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales. Bastaba con inscribirse en dicho registro y abonar un derecho de inscripción para comenzar a operar. Cumplidos estos requisitos, se concedía automáticamente la calidad de prestador de servicios postales. Esto implicaba abandonar un régimen de regulación/supervisión de la calidad de los servicios para dar lugar a un régimen de competencia absolutamente libre, sin exigencias y con poco control del Estado[74]. ENCOTESA permaneció activa hasta 1997, año en que se privatizó a través de un proceso de concesión de los servicios por un período estipulado de 30 años[75].

2.792 de 29 de diciembre de 1992. Por el Decreto 660/96, ese organismo de control pasó a formar parte de la Comisión Nacional de Comunicación (CNC).

En el contexto de la reestructuración estatal, resulta necesaria la concurrencia de una empresa oficial de correos, que, sobre la base de la ENCOTEL, asuma una participación más activa, con el objeto de permitir la existencia de un auténtico mercado en el sector. A tal propósito se crea, también en el Decreto Nacional 214 de 24 de enero de 1992, la ENCOTESA, que al poseer la forma jurídica de sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, le concede mayor autonomía de actuación. Esta pasó a funcionar con la aprobación de su Estatuto por medio del Decreto 2.793, de 29 de diciembre de 1992. Además, en este mismo Decreto se la declara sujeta a privatización.

74 La doctrina argentina creía constitucional la desregulación y desmonopolización postal. AGUSTÍN GORDILLO (GORDILLO, Agustín. Después de la reforma del Estado. 2.ª **ed. Buenos Aires: F.D.A., 1998, p.** I-25): *"nos parece constitucional e irreversible la desregulación y desmonopolización postal del decreto 1187/93, pero no necesariamente la nueva regulación que en el mismo decreto se establece"*.

75 Se convocó a licitación pública nacional e internacional a los fines de otorgar la concesión de todos los servicios postales monetarios y de telegrafía que prestaba ENCOTESA por medio del Decreto 265, de 24 de marzo de 1997.

La adjudicación se produjo a través del Decreto 840, de 26 de agosto de 1997, a la empresa Correo Argentino S.A. (CASA), un consorcio integrado mayoritariamente por la empresa Sideco Argentina S.A. (73,5%) perteneciente al grupo económico SOCMA, el Banco Galicia y Buenos Aires S.A. (12,5%) y los trabajadores de la antigua ENCOTESA mediante el Programa de Propiedad Participada (14%). Ese mismo Decreto aprobó el estatuto social de esta última y declaró en proceso de liquidación a ENCOTESA.

Según D. AZPIAZU, E. BASUALDO Y M, KHAVISSE (AZPIAZU, D., BASUALDO, E. y KHAVISSE, M. El nuevo poder económico en la Argentina de los años '80. Buenos Aires: Legasa, 1986), las empresas vinculadas al grupo SOCMA son propiedad de Franco Macri, y mantuvieron innumerables vínculos con los diferentes gobiernos que se sucedieron en el país a partir de 1976, expandiéndose notablemente hasta convertirse en uno de los más importantes e influyentes del país.

ANA CASTELLANI (CASTELLANI, Ana. Instituciones y Desarrollo en América Latina: El Caso del Correo Oficial de la República Argentina. Princeton: Center for Migration and Development - Working Paper #08-05ª, Set, 2008, p. 12) afirma que: *"El principal criterio para definir la adjudicación fue el pago del canon comprometido por el consorcio ganador: 103 millones de pesos al año (en ese momento, equivalentes a 103 millones de dólares estadounidenses) a cumplirse en dos cuotas semestrales. Varios analistas destacaron oportunamente que el modo en el que se había realizado la concesión implicaba una serie de inconsistencias que impedían garantizar la sustentabilidad del servicio. Efectivamente, al no modificar el marco regulatorio de la actividad, CASA debía cumplir con la prestación de un servicio no rentable como el SPBU, realizar importantes inversiones en los primeros años de la concesión, pagar un elevado canon y competir con otras empresas privadas que no tenían ninguna de estas obligaciones (sólo debían pagar 5000 pesos anuales para permanecer en el registro de prestatarias). Evidentemente, el concesionario, que conocía estas condiciones de entrada, supuso que era factible modificar el marco regulatorio en el corto plazo, desplegando una estrategia que le permitiera quedarse con el servicio mediante una oferta de canon muy elevada para iniciar después una ronda de negociaciones destinadas a modificar las condiciones de concesión y/o regulación de la actividad"*.

La empresa *Correo Argentino S.A. (CASA)* se hizo cargo de la administración del Correo Oficial, siendo responsable del servicio universal, y ya desde su inicio mostró resultados muy desalentadores (pérdidas contables, reducción en la cuota de participación en el mercado, incumplimiento del compromiso de inversiones, etc.), además de dejar de pagar el canon en marzo de 2000 incurriendo en una clara violación del contrato de concesión. Ante tal situación, la Auditoria General de la Nación (AGN) solicitó al Poder Ejecutivo la rescisión de dicha concesión e informó sobre el incumplimiento de la CNC en las tareas de control de la empresa concesionaria. A pesar de esta recomendación, y de la contundencia de las pruebas elevadas en el informe, el gobierno no rescindió el contrato. En 2003, con la declaración de falencia de la empresa, se rescindió el contrato de concesión. Se constituyó una unidad administrativa al cargo del Servicio Oficial de Correos para reorganizar la empresa durante 180 días[76]. Cumplido este plazo, se creó la sociedad *Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA)*, cuyas acciones son hoy propiedad del Estado Nacional[77].

La compañía CASA tenía una deuda de 900 millones de pesos, y el Estado, que era el principal acreedor, rehusó la propuesta de renegociación de los débitos y pedidos para prorrogar el contrato, lo que forzó la quiebra de la empresa[78]. Tal intervención estatal se consideró una renacionalización de Correos. En este sentido, cabe mencionar que el sector postal argentino ostenta la particularidad de haber sido el primero de los servicios públicos renacionalizados en Argentina.

Tal situación, a la que se llegó por culpa del concesionario[79] y que hizo que el Estado Argentino reasumiese el control del Servicio Oficial de Correo, fue transitoria, pero el

---

76 Fue el Decreto 1.075, de 19 de noviembre de 2003, el que rescindió, por culpa del concesionario, el Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Nacional y la empresa Correo Argentino S.A.
Ese Decreto concedió al Estado Argentino el servicio oficial de correos, otorgándole transitoriamente la operación del mismo. También instruyó al ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios para que, en un plazo determinado, procediera a llamar a Licitación Pública Nacional e Internacional con la finalidad de volver a privatizar el servicio público postal. Véase también la Resolución S. C. n.º 95, de 24 de noviembre de 2003 que crea, en el ámbito de la Secretaría de Comunicaciones, del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y por un período de ciento ochenta (180) días, el Consejo Asesor Postal Ad-Honórem.

77 La Resolución S. C. n.º 129 de 31 de mayo de 2004 declaró que la totalidad de las Licencias para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones que fueran transferidas a Correo Argentino S.A., deberían entenderse otorgadas al Estado Nacional Argentino, Unidad Administrativa de la Secretaría de Comunicaciones. El Decreto n.º 721, de 11 de junio de 2004, dispone la constitución de Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA) y la Resolución n.º 440, de 11 de agosto de 2004, aprobó el Acta Constitutiva y los Estatutos de la Sociedad Correo Oficial de la República Argentina S.A.

78 BRAGA, Paulo. Argentina pretende renacionalizar Correio. Valor. São Paulo, 10, 11 e 12 de octubre de 2003, Internacional, p. A9. Menciona que, a principios de 2004, una decisión de la justicia americana bloqueó 11 millones de dólares americanos que estaban en dos cuentas del Correo Argentino en los EE.UU. Se consideró que los recursos del Correo corresponden a una deuda con el Estado Argentino. Se arguyó, también, que el Correo es una empresa pública y que, por tal motivo, el dinero sería público pasible; por tanto, de embargo. (BRAGA, Paulo. Juiz bloqueia conta nos EUA do correio argentino. Valor. São Paulo, 17 de fevereiro de 2004, Internacional, p. A13).

79 El Gobierno Argentino afirma que el correo oficial incurrió en bastantes irregularidades e incumplimientos durante los años de gestión privada, como incumplimiento del pago del canon, considerar como inversiones

Estado Argentino viene prorrogando la puesta en marcha de una nueva privatización hasta el día de hoy[80].

Esto significa decir que, hasta el momento, Argentina no ha definido de manera oficial el carácter jurídico de la CORASA, ni se ha discutido públicamente la necesidad de mantener, o no, la gestión del servicio en el ámbito del sector público. En este sentido, ANA CASTELLANI[81] afirma que "*la situación de CORASA es precaria, generando importantes consecuencias en el funcionamiento de la propia empresa y del mercado postal, al no saberse aún cuál va a ser la situación definitiva del Correo Oficial*".

Hoy se encuentra un sector abierto a la libre iniciativa y competencia cuyo principal actor es el propio Estado, que presta el Servicio Oficial de Correo. Esto ha sido considerado por muchos como un error. Ya sea por la inacción u omisión estatal, o por una inversión de prioridades del interés público en favor del privado, se ha cambiado un programa de privatización que Argentina desarrolló a lo largo de la década de 1990. En la actualidad no hay monopolio ni exclusividad alguna en el sector postal, pero sí una falta de reglamentación y regulación, así como una ausencia de planificación y fiscalización. ANA CASTELLANI[82] concluye afirmando:

> aún falta sancionar un marco regulatorio que fije reglas de juego más parejas y que establezca con precisión los mecanismos que garanticen la sustentabilidad del SPBU, ya que en la actualidad CORASA sigue compitiendo en condiciones desiguales en tanto es la única empresa del sector obligada

ciertas indemnizaciones a empleados, gestión deficitaria una vez que hubo caído la participación en el mercado y pérdidas contables increíbles, incremento de hasta un 750% del valor de las tarifas en algunos segmentos, dolarización de las tarifas y búsqueda de fusiones, entre otros.

La empresa Correo Argentino S.A. alega que ha prestado los servicios que le fueron dados en concesión en condiciones desventajosas y no igualitarias respecto a otras empresas prestadoras de servicios postales. Ha debido competir con empresas inscritas que operan sin cumplir con sus obligaciones impositivas, previsionales y sociales, y con empresas que actúan en la clandestinidad. Ha debido competir soportando asimetrías laborales y sindicales con empresas que obtienen beneficios impositivos por encuadrar a su personal en un convenio de trabajo más ventajoso y ajeno a la actividad postal. En general, afirma que el Estado no hizo su parte como agente fiscalizador de la economía, provocando su quiebra. Incluso, asevera que el propio Estado ha reconocido que, por inacción u omisión, el mercado postal se ha sumido en el caos y el descontrol (véanse Memorias de la Comisión Nacional de Comunicaciones correspondientes a los años 1999 y 2000).

80 Primeramente, el Decreto n.º 635, de 14 de julio de 2005, prorrogó los plazos del artículo 4.º de los Decretos n.º 1.075/2003 y n.º 721/2004 para el llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional a fin de volver a privatizar el servicio público postal, a efectos de que se consolide la operatoria de la sociedad Correo Oficial de la República Argentina S.A. Después, el Decreto n.º 1.758, de 29 de diciembre de 2005, prorrogó hasta el 30 de junio de 2006 el plazo fijado en el artículo 1.º del Decreto n.º 635/2005; el Decreto 1.087, de 23 de agosto de 2006, dio por prorrogado hasta el 31 de julio de 2007 el plazo fijado en el artículo 1.º del Decreto n.º 1.758/2005; el Decreto 1.477, de 22 de octubre de 2007, concedió la prórroga hasta el 31 de julio de 2008, y el Decreto 2.346, de 30 de diciembre de 2008, lo hizo hasta el 31 de julio de 2009.

81 CASTELLANI, Ana. Instituciones y Desarrollo en América Latina: El Caso del Correo Oficial de la República Argentina. Princeton: Center for Migration and Development - Working Paper #08-05ª, Set, 2008, p. 15.

82 CASTELLANI, Ana. Instituciones y Desarrollo en América Latina: El Caso del Correo Oficial de la República Argentina. Princeton: Center for Migration and Development - Working Paper #08-05ª, Set, 2008, p. 21 y 29

> a proveer un servicio no rentable, como el servicio postal básico, sin ningún tipo de privilegio institucional. (…)
> la inexistencia de un marco regulatorio para el sector conspira contra la calidad y rentabilidad del servicio, contra los derechos laborales de los empleados y contra la propia solvencia de CORASA, ya que no queda claro cómo puede seguir financiando el SPBU si compite en "igualdad de condiciones" (en realidad, en peores condiciones) con empresas que no están obligadas a brindarlo.

Por tanto, para evitar un total caos y descontrol del sector, la doctrina (e, indirectamente, también la jurisprudencia) vienen estudiando los límites existentes en la actualidad.

4.1. El deficiente proceso de regulación argentino en el sector postal

Contemplando el sector postal argentino, se advierte que su análisis es de gran utilidad para analizar por qué la ausencia de un marco regulatorio en el campo de las empresas privatizadas puede causar daños a un Estado, así como comprender el cambio que un proceso privatizador introduce en la relación Estado-iniciativa privada-ciudadano. Además, también es muy utilizada la visualización del proceso de desmonopolización y liberalización, pues pone a prueba las tradicionales nociones del servicio público[83].

Amparándose en la Ley de Reforma del Estado (Ley 23.696, de 17 de agosto de 1989), Argentina privatizó las principales empresas públicas en menos de siete años. Tal decisión fue en gran parte motivada por la necesidad de aportar ingresos fiscales con el fin de hacer frente al pago de servicios y capital de la deuda externa, así como para generar confianza en la iniciativa privada exterior.

Parece que la rapidez con la que se desarrolló este proceso provocó que la nación argentina tuviese grandes problemas de credibilidad internacional, pues a lo largo de los años siguientes a los siete mencionados, se llevaron a cabo una serie de renacionalizaciones[84] que condujeron a una completa falta de seguridad jurídica a todos los que deseaban invertir en el país.

---

83 JUAN M. GONZÁLEZ MORAS (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Servicios postales: su actual regulación y desmonopolización (en particular, sobre la participación de las provincias como prestadoras de servicios postales). Buenos Aires, Documentos de Trabajo, Departamento de Investigación, Universidad de Belgrano, 2001, p. 3) cree que los rasgos característicos del servicio público continúan aún presentes, aunque, claro está, reclaman ser resistematizados.

84 Además del sector postal, también fueron renacionalizadas empresas encargadas del control del espacio radioeléctrico, de provisión de agua potable y saneamiento, y las líneas del ferrocarril San Martín.

Además, tal precipitación ocasionó una gran ineficiencia en el modo en que se hicieron las privatizaciones. Para hacerse una idea, en los contratos de las empresas privatizadas no se aseguraban mecanismos de descuentos ni herramientas de *socialización* de los costes por medio de subsidios cruzados o cualquier otro mecanismo. En Argentina, el proceso privatizador se estableció, principalmente, considerando criterios de rentabilidad, quitando al Estado la posibilidad de operar como *garante* de la prestación de los servicios, pues además de que el Poder Legislativo intervino poco (ya que, por lo general, se operó mediante decretos del Ejecutivo) también se produjo un incumplimiento de los pasos *lógicos* de una privatización (marco regulatorio-ente regulador-licitación y concesión) y poco control de las tarifas y metas de calidad tanto en los contratos como en la efectiva acción (u omisión) de los entes reguladores[85].

MARIANO WISZNIACKI[86] afirma que:

> Un caso paradigmático en concepto de una mala administración del proceso privatizador fue el del servicio de correo postal. Éste no formó parte del primer segmento de privatizaciones, donde por ejemplo se entregó ENTEL o Aerolíneas Argentinas, sino que se intentó generar primero algún tipo de desregulación del mercado para luego llamar a licitación pública. Sin embargo, la gestión de Correo Argentino en manos privadas (que no superó los seis años) distó de ser eficiente y luego de la crisis 2001, el fin de la convertibilidad y un accidentado proceso de renegociación de contratos de servicios públicos amparados en la Ley Nº 25561 de Emergencia Económica, fue el primer servicio devuelto a manos del Estado en noviembre de 2003 durante la administración Kirchner.

Hay que plantearse hasta dónde llegaron los problemas en la gestión privada de la empresa Correo Argentino S.A. como resultado de un deficiente proceso de regulación por parte del Estado Argentino.

Al final, todo el proceso de desregulación de la actividad postal desde 1992 fue llevado a cabo a golpe de Decreto, sin que ello motivase grandes preocupaciones acerca de la legitimidad de un estado democrático. Basta verificar el cambio de postura de un Decreto que proponía una apertura gradual del régimen de monopolio estatal creando un mercado abierto con regulación del Estado, asignando licencias basadas en niveles de

85 WISZNIACKI, Mariano. La privatización y regulación del correo oficial argentino en perspectiva. Revista Question. La plata, a. 9, v. 13, verano 2007, p. 1.

86 WISZNIACKI, Mariano. La privatización y regulación del correo oficial argentino en perspectiva. Revista Question. La plata, a. 9, v. 13, verano 2007, p. 1.

eficiencia y *solvencia,* a otro que establecía un mercado abierto y competitivo sin control de los parámetros de calidad para la asignación de licencias.

Es más, como ya hemos apuntado, en la privatización del sector postal argentino no se cumplieron los tres pasos básicos en un proceso de este tipo; es decir: establecimiento de un marco regulatorio, creación de un ente regulador y privatización[87]. Sin un marco regulatorio (que, por definición, es el conjunto de reglas, orientaciones, medidas de control y valoración que posibilitan el ejercicio del control de las actividades gestionadas por un ente regulador) es imposible regular. Esto sucedió con la *Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT)* desde el año 1992, y a partir de 1996 con la *Comisión Nacional de Comunicación (CNC),* áreas que dejaron de tener una entidad sectorial para convertirse en entidades multisectoriales; una decisión política que perjudicó aún más al mercado.

Esa falta de fiscalización, supervisión, sanción (y, probablemente, el conocimiento de la impunidad) hizo que Correo Argentino S.A., llegara a sumar más de 10.000 trabajadores indemnizados bajo el concepto *retiro voluntario,* considerando casi 100.000.000 de pesos/dólares como inversión, además de eximirse de su responsabilidad contractual de realizar inversiones no menores a 25.000.000 pesos/dólares anuales. Otra consecuencia de la ausencia de un marco regulatorio, por no hablar del escaso control en cuanto a las metas de calidad, fue un gran incremento de las tarifas, y el listado de incumplimientos e ilegalidades por parte de todas las partes interesadas no termina aquí.

---

87 CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO (MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. Agências reguladoras e agências executivas. Revista Trimestral de Advocacia Pública. Rio de Janeiro, a. VII, n. 13, p. 11-18, mar/2001, p. 13) afirma que:

"*1. As agências reguladoras devem ser criadas preferivelmente antes de se dar início ao programa de privatização dos serviços envolvidos, de maneira que as regras já estejam estabelecidas quando do início ao procedimento licitatório e início das atividades por parte dos novos grupos;*

2. As agência reguladoras estão subordinadas às regras de controle dos atos administrativos em geral. Com relação aos procedimentos relacionados à atividade sancionatória, imprescindível que seja garantido o princípio da prévia e ampla defesa do sancionado, estando as agências sujeitas ao novo regime dos procedimentos administrativos, instituído pela Lei nº 9.784, de 29.01.99, quando a própria agência não tiver a previsão de procedimento administrativo próprio.

3. A atuação das agências reguladoras busca a excelência da prestação do serviço público, sob o ponto de vista técnico. As decisões, contudo, devem sempre ser norteadas pela busca do interesse da coletividade.

4. Para que o novo modelo de administração pública, caracterizado pelo "Estado Regulador", e do qual as agências reguladoras são instrumentos, possa efetivamente ser instaurado de maneira eficaz, imprescindível que as agências de fato cumpram o seu papel, não apenas na elaboração de regulamentação técnica, mas também, que os atos dos concessionários, permissionários ou autorizados sejam efetivamente Fiscalizados, aplicando-se as sanções cabíveis,

5. Cabe à sociedade em geral a participação ativa nesse modelo administrativo, que deve buscar por meio de audiências públicas, reclamações, ações judiciais e outras vias disponíveis, a defesa de seu próprio interesse.

6. Inúmeras questões legais, que encontrarão posicionamentos doutrinários extremamente divergentes surgirão no decorrer da atuação das agências, e mesmo no momento de criação de várias delas. Tais questões deverão sempre ser analisadas à luz dos princípios constitucionais e do nosso sistema legal vigente. Contudo, não deverá ser relegado a segundo plano a motivação da criação desse novo modelo, qual seja, a busca da justiça social por meio da garantia de um ambiente propício ao desenvolvimento econômico da nação".

Sobre el tema, véase: GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Servicios postales: su actual regulación y desmonopolización (en particular, sobre la participación de las provincias como prestadoras de servicios postales). Buenos Aires, Documentos de Trabajo, Departamento de Investigación, Universidad de Belgrano, 2001, p. 16.

Se concluye que el Estado, antes garante de que todos los ciudadanos pudiesen hacer uso de los servicios postales, dejó de serlo al dejarles a merced de la lógica de mercado, que por ineficiencia de regulación, elevó las tarifas hasta valores abusivos, arrastró a los servicios a una absoluta falta de calidad y al propio Estado a un colapso externo, dado que los ingresos fiscales esperados con la privatización no supusieron ni el 7% del valor ofertado en la licitación.

TIM WALSH[88], al hablar del proceso de reforma argentino, resume:

> En definitiva, la reforma postal argentina fue un fracaso. Si bien todo el país sufrió las consecuencias, los trabajadores de Correo han sido los más afectados ya que se quedaron sin sus puestos de trabajo, sin sus ingresos y con sus vidas destrozadas. El Grupo Macri aún tiene a su cargo la concesión para administrar y operar CASA, pero la empresa, de hecho, está quebrada. Argentina plantea una interrogante fundamental sobre la compatibilidad de la desregulación del mercado postal (desmonopolización) y la provisión del servicio universal. La competencia por los mercados más lucrativos (*cream-skimming*) y el elevado costo de los cánones parecen haber condenado el proyecto desde el comienzo. Es importante destacar que el incumplimiento del pago de la deuda Argentina y la crisis económica general de 2002, no fueron los causantes del fracaso de la reforma postal; el proyecto ya había fracasado mucho antes. No obstante, no hay dudas de que la progresiva crisis económica demoró las conversaciones sobre cómo reparar el daño. Mientras tanto, Argentina se ha transformado en un ejemplo práctico de los peligros de la privatización y la reforma postal.

4.2. La privatización del servicio postal y las garantías constitucionales argentinas

La Constitución Argentina no hace mención expresa del sector postal, y su rango constitucional se deriva de una combinación de artículos. Básicamente, la consideración sobre la regulación del artículo 75.º, inc. 14, la consagración del principio de secreto postal e inviolabilidad de la correspondencia del 18.º y las normas de defensa de la competencia y del interés de los consumidores, contempladas en el artículo 42.º.

La reforma constitucional de 1994 suprimió de la competencia legislativa la facultad de establecer postas, limitándose a *arreglar y establecer los correos generales de la Nación*

88 WALSH, Tim. Delivering Economic Development: Postal infrastructures and sectoral reform in developing countries. London: Consignia plc, 2001, p. 27.

(art. 75.º, inc. 114). Para ROBERTO DROMI y EDUARDO MENEM[89], tal supresión se ve impuesta por la realidad, la modernización y el perfeccionamiento de las comunicaciones, pero para los autores: *permanece inmodificada la competencia legislativa respecto del servicio de correos como servicio público*. Junto con ese artículo, existen otras dos disposiciones constitucionales importantes: el artículo 4.º, que afirma que el Gobierno Federal debe proveer a los gastos de la nación con los fondos del Tesoro Nacional obtenidos del producto de una serie de ámbitos (entre ellos; la renta de Correos[90]), y el artículo 126.º, que impide a las provincias ejercer el poder delegado al Gobierno de la Nación, no pudiendo dictar leyes sobre el servicio postal.

En su preámbulo, la Constitución Argentina establece que el Estado debe *promover el bienestar general,* y siendo considerado el servicio postal como un servicio público, se está hablando de prestaciones de interés comunitario[91] que explicitan las funciones-fines del Estado. Por otro lado, la Constitución, al imponer en su artículo 42.º el deber de proveer al control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, reconoce el derecho de los usuarios a un nivel de prestaciones adecuado y a la mejora de sus condiciones de vida. Para hacer efectiva la máxima constitucional de la libre elección, es necesario que el Estado ejerza su control en defensa de la competencia, procurando siempre controlar a los monopolios.

Por último, en su artículo 18.º, la Constitución Argentina determina que la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados es un derecho fundamental, consagrando el principio del secreto postal.

De este modo, la regulación postal debe respetar siempre esas imposiciones constitucionales[92]. El Estado, a fin de resguardar el secreto postal y la inviolabilidad de la

---

89 DROMI, Roberto; MENEM, Eduardo. La constitución reformada: comentada, interpretada y concordada. Buenos Aires: Cuidad Argentina, 1994, p. 241.

90 Para AGUSTÍN GORDILLO (GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo: Tomo 1, Parte General. 8.ª ed. Buenos Aires: F.D.A., 2003, p. XV-26): "*Conforme al artículo 4 de la Constitución, lo atinente al régimen de Correos es federal. Bajo esta primera definición podemos luego encuadrarlo también como establecimiento de utilidad nacional y como supuesto de comunicación interprovincial e internacional*".

91 AGUSTÍN GORDILLO (GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo: Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado. 8.ª ed. Buenos Aires: F.D.A., 2006, p. V-36) afirma: "*Hay interés público en los servicios de transporte, aguas, correos, teléfonos, electricidad, porque cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica*".

92 En lo atinente a la regulación específica de la actividad, el servicio postal aún tienen como marco la mencionada Ley de Correos n.º 20.216, sancionada en marzo de 1973, y sus modificatorias. Dicho marco legal establece los derechos generales de los usuarios de los servicios postales, entre ellos: a) la inviolabilidad de los envíos postales y el secreto postal; b) el retiro del servicio o modificación de la dirección del envío que no haya sido entregado; c) disponer de un comprobante de envío para la reclamación de irregularidades en la prestación del servicio postal, ya sea ante el operador del servicio o ante la CNC (no es aplicable a la correspondencia simple); d) la indemnización, en caso de pérdida, extravío, destrucción, expoliación, despojo o avería intencional, de los envíos postales sometidos a control especial en su aceptación y entrega; e) la gratuidad en la imposición de impresiones en relieve y grabaciones para uso de ciegos o en envíos postales cuya exención de pago se hubiere establecido en leyes especiales, y f) la recepción del Servicio Público Básico Universal (comprende la recogida y distribución de correspondencia simple de hasta 20 g, telegramas simples de hasta 20 palabras y giros postales

correspondencia, debe tomar las medidas necesarias antes de otorgar autorizaciones para la prestación de servicios y, una vez otorgadas, ejercer plenamente su deber de fiscalización y control del comportamiento de todos los agentes que intervienen en la actividad. Además, debe garantizar que todos los prestadores tengan obligaciones similares o iguales a efectos de dar cumplimiento al mandato constitucional, no solo de igualdad ante la ley, sino de defensa de la competencia contra toda distorsión de los mercados. El mismo principio de libre competencia exige el control de las condiciones de operación de todos los prestadores postales, incluyendo el cumplimiento de sus obligaciones impositivas, previsionales y sociales, así como la sanción de todos aquellos que requieran, utilicen o cooperen en la oferta o prestación de servicios de quienes operen de forma ilegal. Teniendo en cuenta el mandato constitucional de garantizar el derecho de los usuarios a la libre elección del prestador en todas las áreas de servicio, el Estado deberá velar porque los prestadores autorizados ofrezcan efectivamente los servicios para los que solicitaron su autorización. Finalmente, el Estado debe controlar la forma de prestación de los servicios por parte de cada operador postal, con el propósito de cumplir con el mandato de garantizar el derecho de los usuarios a una información adecuada y veraz sobre la calidad y características de los servicios contratados.

Pero no son solamente los preceptos constitucionales los que exteriorizan la voluntad ciudadana y política de un país. Las normas infraconstitucionales también lo hacen. De entre las normativas actualmente vigentes en el ordenamiento jurídico argentino, se observa la obligatoriedad de mantenimiento de la universalidad y continuidad del servicio, objetivos indiscutibles cuando se habla de servicios públicos esenciales. Corresponde añadir, entre otros muchos objetivos infraconstitucionales[93], las normas que establezcan

de hasta mil pesos), como así también el servicio de comunicaciones fehacientes que incluyen los telegramas y las cartas-documento.

Al mismo tiempo, son obligaciones propias del Correo Oficial: a) mantener la emisión de sellos postales y prestaciones filatélicas (emisión de catálogos destinados a coleccionistas); b) garantizar la calidad de la atención: las oficinas deben exhibir sus horarios y frecuencia de recolección y distribución dentro de su área de cobertura, estándares del servicio que están obligadas a cumplir y horario de atención al público, que debe cubrir como mínimo el de los comercios del área, y c) respetar las tarifas máximas establecidas para el Servicio Público Básico Universal.

93 Se pueden mencionar otros objetivos, como: reglamentar aspectos como el Servicio Postal Universal y su sustento; representar a la República Argentina ante los organismos postales internacionales y cumplir las obligaciones que la Nación contraiga con los países miembros de dichas organizaciones; resguardar el Correo Oficial –en tanto prestador de una actividad estatal necesaria– y la prestación por este de servicios –existentes o que puedan desarrollarse en el futuro por aplicación de adelantos tecnológicos– que se derivan de la delegación estatal de facultades; adecuar los giros monetarios a las normas que regulan el mercado financiero; redespacho de correspondencia a través de un prestador de nivel nacional para garantizar que todo envío sea apto para llegar a cualquier destino; cumplir las normas de seguridad en materia de transporte de correspondencia; cumplir las normas de seguridad en materia de casillas de correo; cumplir las disposiciones en materia de objetos de circulación prohibida; ofrecer los requisitos mínimos de eficiencia y de calidad de los servicios; limitación objetiva de la responsabilidad de los prestadores y los mecanismos de garantía y reparación a los usuarios para casos de incumplimiento; incorporar nuevas tecnologías y adecuar los servicios a los adelantos tecnológicos, entre otros.

mecanismos efectivos y transparentes de regulación y control por parte de la autoridad de aplicación en materia postal; en el caso argentino, la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), ente de control de las telecomunicaciones y de los servicios postales de la República[94].

Queda aquí definitivamente aclarado el panorama respecto al marco normativo de la actividad postal, marco normativo que bien puede presentarse como el de un servicio público en régimen de competencia. De ese modo, así como se sustenta para el caso brasileño, los servicios esenciales, que la legislación argentina obliga a que CORASA realice con la obligación de prestar el Servicio Oficial de Correo y, por tanto, los servicios universales[95], son servicios públicos privativos[96]. Todos los demás servicios considerados como no esenciales son actividades económicas en sentido estricto no monopolizadas. Tales servicios públicos deben ser prestados de forma continua y universal, independientemente de su rentabilidad o atractivo económico. Son aquellos que, en función de su importancia para el ciudadano y para el desarrollo e integración nacional, la nación argentina se obliga a asegurar a toda la sociedad. Los servicios no integrantes del servicio postal esencial se relegan a la libre iniciativa, conforme a las necesidades del mercado y a las decisiones de los empresarios interesados en la ejecución de tales actividades. Así se configura porque, dentro del panorama del servicio público en Argentina, coexisten dos regímenes de delegación del servicio; es decir, dos técnicas de habilitación: la concesión para el caso del correo oficial (servicios esenciales), y la autorización o licencia para las demás prestaciones postales (servicios no esenciales)[97].

---

94 A pesar de las declaradas intenciones gubernamentales de fortalecer el poder de control del organismo, las fuertes reducciones, tanto del presupuesto como de la estructura de recursos, de la Gerencia de Servicios Postales de la CNC, aún no han sido modificadas. Además, ANA CASTELLANI (CASTELLANI, Ana. Instituciones y Desarrollo en América Latina: El Caso del Correo Oficial de la República Argentina. Princeton: Center for Migration and Development - Working Paper #08-05ª, Set, 2008, p. 7) afirma que "…". Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que, en el año 2005, la CNC dictó, en una tentativa por paliar los efectos de la competencia desleal, la Resolución n.º 1.811, que reglamenta nuevos procedimientos y requisitos de información para acceder y permanecer en el Registro Nacional de Prestadores de Servicios Postales (requisitos en lo referente a la situación del personal y a la consistencia económica, financiera y operativa de la prestación). Mediante el Decreto n.º 521/2002, el Poder Ejecutivo dispuso la intervención de la Comisión para su reorganización por el período de vigencia de la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario n.º 25.561 (aún vigente).

95 Artículo 3.º del Decreto 115/97.

96 ANA CASTELLANI (CASTELLANI, Ana. Instituciones y Desarrollo en América Latina: El Caso del Correo Oficial de la República Argentina. Princeton: Center for Migration and Development - Working Paper #08-05ª, Set, 2008, p. 3): "*En la actualidad, la empresa Correo Oficial de la República Argentina (CORASA) es la prestadora del servicio público postal, telegráfico y monetario, nacional e internacional. Además, es la encargada de representar al país ante la Unión Postal Universal (UPU) y la única obligada a prestar el Servicio Postal Básico Universal (SPBU); servicio que cumple una gran importancia en la comunicación e integración de la población a lo largo del extenso y heterogéneamente ocupado territorio nacional*".

97 Afirma JUAN M. GONZÁLEZ MORAS (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Servicios postales: su actual regulación y desmonopolización (en particular, sobre la participación de las provincias como prestadoras de servicios postales). Buenos Aires, Documentos de Trabajo, Departamento de Investigación, Universidad de Belgrano, 2001, p. 24), que todo el sistema está orientado a la diferenciación de un *servicio postal universal* (al que de-

Lo que debe quedar claro es que los servicios públicos postales prestados por el concesionario se realizan bajo un régimen de no exclusividad, además de estar encargado de la prestación obligatoria de ciertos servicios postales básicos, esto es, que *obligatoriamente* debe prestar el concesionario del correo oficial, y que deben integrarse en el concepto de servicio universal y ser prestados en tanto suponen obligaciones de servicio público[98].

Se percibe con todo lo expuesto que el sector postal argentino posee un alto grado de liberalización, producto de la desmonopolización del mismo y de la posibilidad, en cualquier momento, de incorporación de la iniciativa privada en el sector bajo un régimen de competencia. Además, en el sector hay actualmente una notable ineficiencia en la prestación de servicios adecuados y una total inseguridad jurídica. Aún no está perfectamente definido el ámbito de los servicios universales, ni tampoco su régimen –es decir, el tipo de habilitaciones o licencias que se requerirían para la prestación de servicios universales–, existiendo, en la actualidad, una coexistencia entre el concesionario del correo oficial y la iniciativa privada. El concesionario debe prestar los servicios universales de forma obligatoria, pero sin exclusividad, lo que permite a la iniciativa privada prestar los mismo servicios desde que se encuentran habilitados por la inscripción en el registro nacional. Por otro lado, la autoridad regulatoria del sector carece de dicha autoridad para imponer, por ejemplo, las obligaciones de servicios públicos a quien presta los servicios universales[99].

Conclusiones

En el presente trabajo se pueden observar tres grandes bloques antagónicos como forma de estudio del sector postal. Tomando como referencia a los países miembros de la Unión Europea (que llevaron a cabo sus reformas postales y que, por consiguiente, cambiaron sus modelos) analizamos lo que ocurre en dos países latinoamericanos en vías de desarrollo: Brasil y Argentina. El primero se encuentra en *vías de desarrollar* sus reformas, pero aún no ha logrado realizarlas, mientras que el segundo, tras ejecutar tales reformas, volvió a la situación anterior –al menos, en la práctica–.

berían aplicarse aquellas condiciones de prestación, y cuya mayor o menor amplitud depende de la definición que de él haga la autoridad competente en la materia), y servicios en competencia prestados fuera de aquellas condiciones.

98 Artículo 1.º del Decreto 265/97 y artículos 1.º y 5.º del Decreto 431/98.

99 ANA CASTELLANI (CASTELLANI, Ana. Instituciones y Desarrollo en América Latina: El Caso del Correo Oficial de la República Argentina. Princeton: Center for Migration and Development - Working Paper #08-05ª, Set, 2008, p. 3): "*la empresa se encuentra en una situación jurídica endeble ya que aún el gobierno no ha tomado una decisión definitiva sobre la necesidad de mantener el Correo Oficial en manos del Estado o recurrir nuevamente a una privatización, ya sea parcial o total del mismo. También son precarias las reglas de juego en las que desarrolla sus prestaciones, ya que el marco regulatorio del mercado postal sigue siendo el mismo que estuvo vigente durante la década del '90, momento en el que se desreguló por completo la actividad, ocasionando serios perjuicios al Correo Oficial*".

Existen, por tanto, tres extremos: un nacionalismo exacerbado de países como Brasil, donde el monopolio público sobre los servicios postales es prácticamente total; otro en el que se ha implementado una completa privatización del sector, que es el caso argentino, y un último modelo, el europeo, que ha liberalizado el mercado postal con reservas y muchas cautelas.

Concluiremos afirmando que la opción de una mayor o menor participación estatal depende del grado de intensidad establecido en la regulación sectorial, lo que constituye una decisión política del Poder Publico, en razón de la cual modula la manera de intervenir en la actividad en la medida en que así lo exija la satisfacción del interés público.

Quinta Parte
Regulação das Águas

Public Participation in Water Management Policy - The European Water Framework Directive

*Patricia Jonason**

Introduction; Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level; The European Framework Directive: background and summarized description; Public participation in environmental matters; 1 - The participatory processes taken place in the frame of the drawing-up and of the transposition of the Water Framework Directive; 1.1 - The participatory process at the European level in the frame of the preparation and the drawing-up of the Water Framework Directive; 1.2 - The participatory process at the European level in the frame of the implementation of the Directive by the Member States; 1.3 - The participatory processes throughout the Swedish implementation process; 1.3.1 - The transposition of the Water Framework Directive into Swedish Law; 1.3.2 - The participatory processes which took place in the frame of the transposition of the Water Framework Directive; 1.3.2.1 - Ad hoc public participation by the means of hearings during the drafting of transposition law; 1.3.2.2 - Usual public participation trough consultation of outside bodies on the drafts of transposition law; 2 - The rules on participation contained in the Water Framework Directive and their transposition into the Swedish legislation; 2.1 - The field of application ratione materiae of the provisions concerning public participation; 2.1.1 - The forms of public participation mentioned in the Directive; 2.1.2 - The stages in the decision-making process covered by public participation; 2.2 - The field of application ratione personae of the provisions on public participation; 2.3 - The transposition of participation provisions of the Directive into Swedish Law; 3 - Swedish public participation in practice in the frame of the first cycle; Final conclusions.

Introduction

Environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level

Principle 10 of the Rio Declaration

This assertion is particularly relevant concerning the water issue. Thus, its intrinsic complexity makes necessary to take into consideration the knowledge and experience of all stakeholders for the design of an adequate water management policy. Furthermore, the involvement of all the citizens is essential for the successful implementation of water regulation and the achievement of the environmental objectives.

* *Assistant Professor in the Public Law Department at Södertörn University, Stockholm, Sweden. Teaches Administrative, European and Human Rights Law. Research interests: the Right of Access to Information as well as in the Environmental Governance.*

The European legislator which has, by the means of the 2000 Water Framework Directive[1] (hereinafter referred as to the Directive), initiated a new water management model for the European countries in order to achieve a good ecological status in all European water bodies, emphasizes the decisive role played by public participation for the success of the Directive[2] and therefore introduces public participation mechanisms that have to be transposed into national law.

This paper will address the issue of public participation considered as a means for achieving effective water management policy in the frame of the European Water Framework Directive.

We will firstly highlight the participatory processes which have taken place during the phase of the preparation of the Directive as well as in the frame of its transposition into the legal systems of the Member States (1).

Secondly, on the basis of the Directive, we aim to highlight the role the European legislator grants to public participation in the water management policy. This analysis will be coupled to the analysis of the transposition of the European provisions of public participation into the Swedish legal system (2).

Finally, we will examine how the provisions on public participation transposed into the Swedish water management legislation have been applied in practice in the frame of the first planning cycle (3).

Water, "*which is not a commercial product like any other but, rather a heritage which must be protected, defended and treated as such*" [3], and is essential both for human health and development as well as for the ecosystem[4], is an issue that, per definition, concerns all citizens. We will notice that the citizens' concerns about water issues are reflected in all the aspects that will be subject to our analysis. However, the question is how far the citizens are willing to be involved in the decision-making process in the field of water management policy.

Before dealing with the issues mentioned above we will provide some background information concerning the European Framework Directive. We will moreover analyse the concept of public participation in environmental matters and its role as a means in achieving efficient water management policy.

---

1 Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy.

2 See Preamble 14 in which the European legislator recognizes that the success of the Water Framework Directive in particular relies "on information, consultation and involvement of the public, including users".

3 Recital 1 of the Water Framework Directive.

4 Water "is essential for human life and it is needed for many industrial activities and processes. Adequate quantities of sufficient quality have to be available in the wilderness to sustain wildlife, plants and unique ecosystems", in Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – towards sustainable water management in the European Union – First stage in the implementation of the Water Framework Directive 2000/60/EC, COM(2007) 128 final, p.2.

The European Framework Directive: background and summarized description[5]

The issue of water has been a matter of concern for the European legislator since the 70's. The European Water Framework Directive allegedly represents a third "wave" of European water legislation which introduces a "combined approach", associating the set up of quality standards laid down in the frame of the first "wave"[6] of water legislation, with the set up of emission limit values on which the second "wave" [7] of water legislation focused on. The new water legislation furthermore constitutes an "integrated approach" introducing, in a single framework, a model for integrated river basin management based on the natural geographical and hydrological units instead of on administrative boundaries[8].

The Water Framework Directive, adopted on 20 October 2003 after a long decision-making process[9], aims "to contribute to the progressive reduction of emission of hazardous substances to water" in order to achieve "good status" for all European waters, including inland surface waters, transitional waters, groundwater and coastal waters by 2015[10]. For reaching the goal to guarantee sufficient quantities of good quality water across Europe[11], the Directive states several obligations that the Member States have to fulfill respecting certain deadlines. The Member States had the obligation to identify all the river basins lying within their national territory and assign each of them to an individual river basin district, which constitute, in the frame of the Directive, the principal unit for management of river basins. River basins covering the territory of more than one Member State had to be assigned to an international river basin district[12]. It was incumbent on the Member States to identify competent authorities by 22 December 2003[13]. The European countries had by the end of 2004 to complete an analysis of the characteristics of each river basin district, a review of the pressures and impact of human

5 For a comprehensive commentary of this new piece of water legislation see Chave, P., *The EU Framework Directive, An introduction*, IWA publishing, London, 2002.

6 Which includes the Surface Water Directive and the Drinking Water Directive.

7 When for example the Urban Wastewater Management Directive and the Directive for Integrated Pollution and Prevention Control were enacted.

8 For more details and references see Kaika, M., The Water Framework Directive: A New Directive for a Changing Social, political and Economic European Framework, *European Planning Studies*; 11:3, 2003 p. 300.

9 It took nearly ten years for the need for a more global approach for water legislation identified by the Council to be addressed by the Commission in its proposal published in 1997. It took three more years for the Water Framework Directive to be adopted.

10 The Directive also contributes to the Community and the Member States compliance to conventions dealing with the protection of marine waters against pollution, as for example the Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area.

11 Communication from the commission to the European Parliament and the Council – towards sustainable water management in the European Union – First stage in the implementation of the Water Framework Directive 2000/60/EC, COM(2007) 128 final, p.2.

12 Article 3 and 24 of the Directive.

13 Article 3 and 24 of the Directive.

activity on the status of water and an economic analysis as well as to ensure the establishment of a register of areas requiring special protection[14]. Additionally the Member States had the obligation, in order to establish a coherent and comprehensive overview of water status, to establish programmes for the monitoring of water status which needed to be operational by 22 December 2006[15].

On the basis on the results of the analysis of the characteristics of the river basin districts, the Member States have the obligation to draw up by the end of 2009, for each river basin district, a River Basin Management Plan[16], describing the characteristics of the basin, the environmental objectives that have to be achieved and including a programme of measures that have to be taken in order to achieve the environmental objectives of the Directive within a river basin district. The programmes of measures, which shall at least include the "basic" measures laid down in the Directive (as for example measures consisting in controls over the abstraction of fresh water and groundwater), have to be made operational by 2012[17] and deliver the environmental objectives of the Directive by 2015[18]. Consultation with interested parties including the public is required, at least concerning the preparation of river basin management plan[19]s and the Directive mentions deadlines concerning consultation, within a repetitive cycle of 6 years. In addition, the Directive requires Member States implementing, from 2010, water-pricing policies that provide adequate incentives to use water resources efficiently and ensure an adequate contribution of the different water uses to the recovery of the costs of water services, from at least industry, households and agriculture[20]. Finally, the Members States have are required to determine effective, proportionate and dissuasive penalties to be imposed in the event of breaches of the national provisions adopted pursuant to the Directive[21].

Public participation in environmental matters

Public participation usually described as "allowing people to influence the outcome of plans and working processes"[22], is fundamentally based on the democratic idea that those who will be affected by a decision should have the right to be involved and influence the decision. The right to be involved in the decision-making process is particu-

14 Article 5 and Article 6, Annex II and Annex III of the Directive.
15 Article 8 of the Directive.
16 Article 13 of the Directive.
17 Article 11 of the Directive.
18 Article 4 of the Directive.
19 Article 14 of the Directive.
20 Article 9 of the Directive.
21 Article 23 of the Directive.
22 Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p.4.

larly crucial pertain to environmental matters, e.g. decisions which have implications on people health and on the whole ecosystem. The principle or right to public participation is also based on the idea that the public involvement in the decision-making process is a prerequisite for a successful application of the adopted regulation.

At the international level the principle of public participation in environmental matters has been enshrined in the Rio Declaration adopted during the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) that too place in 1992. Article 10 of the Declaration states that "*At the national level, each individual shall have* (….) *the opportunity to participate in decision-making processes*".

A the European level, the principle of public participation has been consecrated and developed in the Århus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters adopted on the 25th of June 1998 during the fourth Ministerial Conference in the "Environment for Europe" process[23]. The Århus Convention, ratified by 43 Parties, one of which is the European Community[24], and entered into force on 30 October 2001, has unquestionably strongly influenced the introduction of participatory rules in the Water Framework Directive[25].

The reasons why public participation is essential for an efficient water management policy are multiple. In giving the opportunity to benefit from the knowledge and experience of stakeholders, public participation enables the design of rules better adapted to the environmental reality and therefore with a high degree of practicability. Furthermore, participation procedures, in facilitating dialogue (or at least the possibility to make ones voice heard), defuse conflicts and enhance the acceptance for the rules enacted. This in its turn gives the means for an effective implementation of the rules by the principal stakeholders. Last but not least, public participation contributes to the environmental awareness of the general public, which is especially important concerning the issue of water where the behavior of all the citizens is crucial for the achievement on the environmental objectives stated in the Directive.

---

23 See also the Council Directive 85/337/EEC on the Assessment of the effects of certain public and private projects on the environment and the Directive (2001/42/EC) on the Assessment of the effects of certain plans and programmes on the Environment. See also the Council Directive 90/313/EEC on the freedom of access to information on the environment replaced by the Directive 2003/4/EC of the European Parliament and the Council on the freedom of access to information on the environment.

24 By Council decision 2005/370/EC. The Convention is applying to the institutions and the bodies of the Community through Regulation (EC) no 1367/2006.

25 "Participatory processes: in anticipating the Århus ratification of the EU, the WFD ensures the active participation of all businesses, farmers and other stakeholders, environment NGOs and local communities in river basin management activities", in Commission staff document SEC (2007) 362, p. 6.

1. The participatory processes taken place in the frame of the drawing-up and of the transposition of the Water Framework Directive

We will firstly examine the participatory processes which have taken place, at the European level, in the frame of the preparation and drawing up of the Water Framework Directive (1.1). Secondly, we aim to study the participatory process that has taken place, and is still taking place, at the European level in the frame of the transposition and the implementation of the Directive into the national Law of the Members States (1.2). Thirdly, we will study the participatory process taken place in Sweden in the frame of the transposition of the Directive (1.3).

1.1. The participatory process at the European level in the frame of the preparation and the drawing-up of the Water Framework Directive

The taking account of the increasing awareness of citizens and other actors in water issues[26] and of the necessity to address the complex problems related to water in a way which could be subject to a consensus among the stakeholders[27], has conducted the European legislator to involve all the interested parties in the frame of the development of the new European Water Policy.

At the first stage of the European procedure of legislation the public participation took the form of a call for participation launched by the Community after the Commissions' communication about a new piece of water legislation was formally addressed to the Council and the European Parliament. All interested parties were invited to comment the drafting of the Directive. Most of the comments the Community received from organisations and individuals welcomed the broad outline given by the Commission.

In addition to this general public consultation, a two day conference was organized in May 1996 and hosting some 250 delegates such as representatives of Members States, regional and local authorities, enforcement agencies, water providers, industry, agriculture, consumers and environmentalists[28]. The outcome of the consultation procedure has

26 The Commission underlines the increasing demand by citizens and environmental NGOs "for cleaner rivers and lakes, groundwater and coastal beaches" and points it out (designates) it as "one of the main reasons why the commission has made water protection one of the priorities of its work", see http//ec.europa.eu/environment/water/water-framework/info/intro_en.htm

27 Kaika highlights the wish to through opening dialogue "diffuse conflict at is nascent stage", in The Water Framework Directive: A New Directive for a Changing Social, political and Economic European Framework, *European Planning Studies*; 11:3, 2003 p. 302.

28 See Kaikas reflections about the fact that, concerning the second forum for participation, the Commission selected its interlocutors, in The Water Framework Directive: A New Directive for a Changing Social, political and Economic European Framework, *European Planning Studies*; 11:3, 2003 p. 303.

shown a consensus on the need of a single piece of legislation instead for the fragmented legislation that existed at the time.

1.2. The participatory process at the European level in the frame of the implementation of the Directive by the Member States

Furthermore, after the adoption of the Directive, public participation has embued the conferences that were organized in connection to the publishing of the Commissions' reports on the progress of the implementation of the Directive.

The first European Water Conference, took place in March 2007, with the goal to *"gather people (…) interested in European Water policy to discuss the achievements, challenge and ambitious solutions for the European Union and its citizens"*[29]. About 400 participants such as EU policy makers, water administrations, interested public including business, NGOs and civil society organizations as well as international organizations, water experts and researchers discussed the first implementation report. In the frame of the second European Water Conference, organized in April 2009, after the publishing of the second implementation report, the 450 participants[30] discussed in particular the implementation of the participation mechanisms provided by Article 14 in the Directive. The outcomes of a survey on public participation in the planning process of the Members states, presented during the conference, showed that consultation process had "helped in raising public awareness on water issues, improving draft documents, establishing new contacts between stakeholders and improving coordination between institutions as well as enhancing acceptance of the results"[31]. However, the experiences carried out in the Member States have also revealed weaknesses in the implementation of the consultation mechanisms. The conclusions of the survey outlined the measures which should be taken in the frame of the next consultation in order to improve public participation mechanisms[32].

Public participation has also been an issue handled by a specific informal working group, set up in October 2001, under working group 2.9 (on the Best practices in river basin management planning) in the frame of the common strategy for supporting the implementation of the Water Framework Directive[33]. The work of the group resulted in

29 See the words leaflet of the 2007 European Water Conference.

30 Representing the same categories of stakeholders as in the frame of the first conference.

31 See the presentation "Public participation in the planning process – State of play" presented during the conference.

32 The question of public participation was also one of the key issues discussed during an agency meeting organized in Stockholm in August 2009 under the Swedish presidency of the European Union on the theme The Water Framework Directive – Sharing experiences and meeting future challenges.

33 Strategy, developed jointly by the EU Member States, Norway and the European Commission in order to allow a *coherent and harmonious implementation* of the directive.

a document entitled "Guidance on Public participation in relation to the Water Framework Directive" aiming at assisting the national authorities with the implementation of Article 14 of the Directive. This guidance document, which constitutes an advisory and non-legally binding document, is besides being a helping tool addressed to the Member States, also seen as an instrument to inform stakeholders and the general public about the participatory process as well as "*to encouraging them to engage in river basin management planning explaining what can be expected and outlining opportunities*"[34].

The guidance document can in itself be regarded as the outcome of a public participation process as it constitutes the synthesis of the discussions which took place between the stakeholders and experts composing the specific informal group. It's also of interest to notice that the draft version of the guidance has been submitted by some Member States to national consultation in order to get comments from a larger audience during the phase of the development of the guidance.

1.3. The participatory processes throughout the Swedish implementation process

Before tackling specifically the participatory issue (1.3.2) we aim to succinctly describe the wider transposition work of the Water Framework Directive (1.3.1).

1.3.1. The transposition of the Water Framework Directive into Swedish Law

The task to transpose the Water Framework Directive into Swedish Law has been entrusted to two committees. The Committee on Swedish Water Administration[35] has been required to design a proposal on organization for the implementation of the Directive while the already existing Committee on the Swedish Environmental Code[36] has received the task to draw up a proposal to comply among others with the European provisions on environmental objectives and on programs of measures. The reports published by the two committees in 2002[37] led, after their submission for comments to various consultation bodies, to two Governments bills[38]. The provisions adopted by the Parliament have been introduced in the Environmental Code. Other provisions have been adopted

34 Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p. 3.
35 Utredning Svensk vattenadministration.
36 Miljöbalkskommitté.
37 SOU 2002:105 and SOU 2002:107.
38 Prop. 2003/04:2 and Prop. 2003/04:2.

by the Government in the form of the Ordinance on management of the water environment quality (hereinafter referred as the Ordinance)[39].

The changes introduced in the Swedish water legislation in order to comply with the Directive- as for instance reinforcing the provisions related to environmental quality- have in the whole been welcomed by the Swedish legislator.

The implementation of the Directive has lead to the introduction of a new organizational model working in parallel to the existing municipal water planning system[40]. The Swedish legislator has, in compliance with the Directive, proceeded on the identification of river basins and divided Sweden into five river basins districts based upon the connection of geographical areas with the major sea basins[41], the Bothnian Bay, the Bothnian Sea, Skagerack and Kattegatt, the Southern Baltic Sea and the Northern Baltic Sea. The Water Authority (or River Basin District Authority) (vattenmyndigheten) designed for each river basin district, in accordance with the Directive, has the general responsibility for the decision-making and for the coordination in water management issues. The decisional organ of this authority, the Water District Board (vattendelegationen), which formally is attached to one of the County administrative boards in each river basin district, is composed of members designed by the Government among experts from the county administrative boards as well as from the municipalities and other organizations.

A drafting committee (beredningssekretariat) based at each of the 20 County administrative boards, is in charge of the operative work. The Swedish Environmental Protection Agency and the Geological Survey of Sweden provide guidelines and advice for the Water authorities. The municipalities also have an important role to play in the water management policy, both in providing their knowledge and experiences to the Water authorities as well as in participating in the operative work.

In order to enhance public participation, collaborative bodies are established at the local and regional level. These so called Water councils (vattenråd)[42], which act as a forum for discussion on the water issues concerning the local water queries, have no formal power but can constitute influential actors in the frame of the participatory process preceding the decision-making concerning water issues. Reference groups, composed of

39 Förordning (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön. The instructions for the county administrative boards, länstyrelseinstruktionerna, were also subject to changes because of the transposition of the directive in order to take into account the new role the county administrative boards had to play in the matter of water legislation.

40 See Hedelin , B and Lindh, M. Implementing the EU Water Framework Directive – Prospects for Sustainable Water Planning in Sweden, *European Environment*, 18, 2008 (327-344), p 329.

41 SOU 2002:105, p, 19.

42 The water councils aim to gather all interested parties and not only municipalities and branch organisations as it was the case for the Water management associations that the water councils intend to replace. On those Water Management associations see Grönwall, J. "Ramdirektivet och "allmänhetens medverkan" – Vad gäller för vattenförbunden? (The Framework Directive, "Public Participation" and Water Management Associations, *Vatten,* 58 111-117, Lund, 2002.

representatives from major interest organization are also established as complements to the water councils[43].

1.3.2. The participatory processes which took place in the frame of the transposition of the Water Framework Directive

Besides the usual procedure taking place within the Swedish legislation process which allows outside bodies to give their comments on the draft legislation (1.3.2.1), the procedure followed in the frame of the transposition of the Water Framework Directive contained an ad hoc consultation procedure on the drafting stage of the transposition law (1.3.2.2).

1.3.2.1. Ad hoc public participation by the means of hearings during the drafting of transposition law

The Committee Swedish Water Administration in charge of the preparation of the draft for the transposition of the Water Framework Directive made use of a "broad and open process" in the frame of its work[44]. Three hearings which were held during the drafting phase gathered each about 80 persons representing central public authorities, county administrative boards, the Swedish Association of Local Authorities and Regions, branch organisations, industry and environmental organisations. The stakeholders were, after the second and the third hearings, given the opportunity to comment the preliminary proposals presented by the committee. This open way of working has, according to the committee, been successful. The participants has shown a high degree of participation and the procedure has permitted to better anchor the legislative process on water issues within the participating organisations. Additionally, the committee reported to have benefited from the comments collected during the consultation process [45].

1.3.2.2. Usual public participation trough consultation of outside bodies on the drafts of transposition law

The usual Swedish process of legislation, also followed in the frame of the transposition of the Water Framework Directive, allows a certain measure of public participation. Thus, the drafting of the text proposed by the committee appointed by the government

43 For more details about the raison d'être of those reference groups, see Implementing the EU Water Framework Directive – Prospects for Sustainable Water Planning in Sweden, Beatrice Hedelin and Magnus Lindh, European Environment, 18, 2008 (327-344), p 329.

44 SOU 2002:105, p. 17.

45 SOU 2002:105, p.45-47.

to make proposals is submitted for consultation to several bodies having an interest in the issue[46]. The report established at the next stage of the process of legislation – which contains the draft that will be submitted to the Parliament as a Government bill[47] – is based upon the proposal made by the committee as well as on the comments made by the outside bodies.

The bodies required to give their opinions on the drafts proposals related to the implementation of the Water Framework directive were, besides the Environmental Courts, some Faculties of Law and Law offices, several State agencies[48], all county administrative boards and municipalities, as well as organisations defending environmental interests, industry or landholders.

A large range of stakeholders have in consequence had the opportunity to participate first in the frame of the preparation of the draft of the statute aimed to transpose the Directive into Swedish Law, and then in the phase of decision-making of the transposition law on the basis of the draft.

In the following we aim to analyse the participatory provisions laid down in the Water Framework Directive and to examine how those provisions has been transposed into Swedish Law.

2. The rules on participation contained in the Water Framework Directive and their transposition into the Swedish legislation

With the point of departure of the participatory provisions laid down in the Directive we will study the field of application *ratione materiae* (2.1) and the field of application *ratione personae* (2.2) of the participatory mechanisms at the European level and how the Directive has been transposed into Swedish Law (2.3).

Public participation is regulated by Article 14 of the Directive which states, under the heading "*Public information and consultation*", that

> *1. Member States shall encourage the active involvement of all interested parties in the implementation of this Directive, in particular in the production, review and updating of the river basin management plans. Member States shall ensure that, for each river basin district, they publish and make available for comments to the public, including users:*

46 Actually, besides the bodies explicitly designed by the Government to give their opinion about the draft every organisation or individual has the right to do so.

47 Or in some cases firstly to the Council of legislation. For more details on the Swedish see Strömholm, S. (ed), *An introduction to Swedish Law*, Norstedts, 1988, Chapter 1.4.

48 As for instance the Swedish Chemicals Agency and the Swedish Environmental Protection Agency.

(a) a timetable and work programme for the production of the plan, including a statement of the consultation measures to be taken, at least three years before the beginning of the period to which the plan refers;
(b) an interim overview of the significant water management issues identified in the river basin, at least two years before the beginning of the period to which the plan refers;
(c) draft copies of the river basin management plan, at least one year before the beginning of the period to which the plan refers.
On request, access shall be given to background documents and information used for the development of the draft river basin management plan.
2. Member States shall allow at least six months to comment in writing on those documents in order to allow active involvement and consultation.
3. Paragraphs 1 and 2 shall apply equally to updated river basin management plans[49].

Furthermore Preamble 46 states that "*To ensure the participation of the general public including users of water in the establishment and updating of river basin management plans, it is necessary to provide proper information of planned measures and to report on progress with their implementation with a view to the involvement of the general public before final decisions on the necessary measures are adopted*".

2.1. The field of application *ratione materiae* of the provisions concerning public participation

What are the forms of public participation laid down in the Directive (2.1.1) and what are the stages in the decision-making process concerned by the provisions on public participation mentioned in the Directive (2.1.2)?

2.1.1. The forms of public participation mentioned in the Directive

Article 14 of the Water Framework Directive is not making use of the generic term public participation but of the expressions "public information" and "consultation" as well as of the term "active involvement". Nevertheless, Preamble 46 is employing the phrase "participation of the general public".

49 The influence from Århus Convention is here evident. Article 7 of the Convention, dealing with Public participation concerning plans, programmes and policies relating to the environment, states that
"Each Party shall make appropriate practical and/or other provisions for the public to participate during the preparation of plans and programmes relating to the environment, within a transparent and fair framework, having provided the necessary information to the public".

However, the Directive mentions three forms of "public participation", which correspond to different levels (degrees) of involvement: information supply, consultation and active involvement.

Public participation consisting in *information supply* or public information, is the foundation[50] and pre-condition for the public to participate in the decision making process. The Directive prescribes both the obligation to disclosure a number of documents in a proactive manner as well as the obligation to give access to information when a request to access to information is made.

The obligation to proactive disclosure, laid down in article 14, firstly concerns information related to the frame of the decision-making process, including information defining the frame for the consultation process (Article 14.1 a). The obligation to disclosure secondly concerns information of huge importance for the comprehension of the pressing issues that are subject to consultation (Article 14.1 b). Finally, the disclosure concerns the draft copies of the river basin management plan that to be submitted to consultation (Article 14.1 c).

The Directive also prescribes the obligation for the public authorities to give access to *background documents and information used for the development of the draft river management plan*[51] when such a request is made.

The second element of public participation, *consultation,* which constitutes its "lowest level if we consider information supply as being the foundation"[52], means that the public authorities submit the documents to the stakeholders/the public in order to get their comments. Article 14 of the Directive mentions only comments in writing, whilst Preamble 14 refers to consultation in general.

The third element and higher level of public participation, *active involvement*, "implies that stakeholders are invited to contribute actively to the planning process by discussing issues and contributing to their solutions"[53]. This form of participation has only to be "encouraged" according to the Directive, while information supply and consultation have to be "ensured". The margin of maneuver the Directive let to the Members States in employing vague terms like "encourage" and "active involvement" which, are not creating concrete obligations for the States, seems to reflect the wish of the European legislator to take into account the differences between the Member states in the matter of public participation.

---

50 Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p 19.

51 This obligation, which corresponds to the citizens right to access to information is also handled in the Åhrus Convention.

52 Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p 18.

53 Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p 18.

2.1.2. The stages in the decision-making process covered by public participation

The Member States requirement to encourage active involvement of the interested parties concerns, according to the words of the directive, "*in particular* […] *the production, review and updating of the river basin management plans*".

One may question the limitation of the field of application of the compulsory provisions on public participation to the stages listed in Article 14.1. Thus, there is a risk to focus excessively on the role of the public/interested parties as information providers and to neglect the important role the stakeholders have to play in the decision-making process concerning the concrete measures to be taken in order to achieve the environmental objectives.

However, the guidance document, adopted in the frame of a common strategy for supporting the implementation of the Water Framework Directive, recommends public participation "at any stage in the planning process, from the Article 5 requirements to the Programme of Measures and the design of the River Basin Management Plan"[54].

2.2. The field of application *ratione personae* of the provisions on public participation

The directive is making use of different terms to designate the addressees of the participatory rules, depending on the form the participation takes. Concerning public participation in terms of information supply and "pure" consultation the directive employs the term "public"[55]. This term is not defined in the Water Framework Directive. However, the Directive (2001/42/EC) on the Assessment of the effects of certain plans and programmes on the Environment (Article 2. d), as well as the Århus convention (Article 2.4) contains a definition applicable in the frame of the Directive[56].The public is, according to those texts, defined as "*One or more natural or legal persons, and, in accordance with national legislation or practice, their associations, organizations or groups*".

In respect to public participation in terms of active involvement, the term used by the Directive is "interested party". This term is not either defined by the Directive but can, according to the Guidance document, "*be interpreted as meaning any person, group or organisation with an interest or "stake" in an issue either because they will be affected or may have some influence on its outcome. This also includes members of the public who are not yet*

54 Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p.4.
55 Preamble 14 and 46 the Directive also use the phrases "public, including users" and "general public".
56 Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p. 22.

aware that they will be affected (in practice most individual citizens and many small NGOs and companies)"[57].

Since it's not possible, for practical reasons, to involve all potential interested parties in the participatory process selection has to be made. Such a practical problem is taking into account in the Århus Convention, which states that "*the public which may participate shall be identified by the relevant public authority, taking account the objectives of this convention*" (Article 7). The Directive itself is not directly attentive to the issue. However, the guidance on public participation makes recommendations for the Members States and lists factors aiming to help them in selecting the parties which should be involved in the decision-making process[58].

2.3. The transposition of participation provisions of the Directive into Swedish Law

The Swedish Water legislation taken pursuant to the Directive contains a general provision on public participation as well as specific provisions concerning respectively river basin management plans and programmes of measures.

In a general provision consecrated to water authorities[59], the Swedish legislator requires from the water authorities to *"plan their work in a way that render possible and encourage the participation* (samverkan) *of all who are concerned by the management of the water environment quality*". Furthermore, those authorities have an obligation of consultation concerning the decisions about quality standards, management plans, programmes of measures or issues of huge importance in accordance to the Ordinance. The actors covering by the consultation obligation are, according to the Ordinance, "*other public authorities, municipalities, organisations, industry representatives and individuals who are concerned by the decision*". In a similar manner as the European legislator, the Swedish legislator makes use of the verb "encourage" when it concerns participation/involvement. Taking measures to involve the public is an obligation. However, the legal framework does not precise what kind of measures the Water authorities have to take, allowing them the possibility to adapt the forms of the public participation to the current circumstances[60]. However, the Swedish Environmental Protection Agency enumerates several examples,

57 Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p.18.
58 See Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive, 2002, p. 22 as well as Annex I.
59 Chapter 2, Section 4 of the Ordinance.
60 See the guidelines from Swedish Environmental Protection Agency on public participation, Naturvårdsverkets handbook 2006:1, Samverkan om vattenförvaltning –information, kommunikation och samråd, p.8.

like information supply by the mean of the Internet, brochures, newsletters or communication measures as meetings, workshops, interviews, surveys and hearings[61].

Following the example of the Directive, the Swedish legislation renders the consultation compulsory.

Beside the abovementioned general provision on participation, the Swedish legislation regulates[62] in a detailed manner the consultation procedures which have to take place concerning the river basin management plans and the programmes of measures. The legal framework is similar in both cases apart from the specification made in regard of the management plans about the documents to be submitted to the consultation process. The Swedish Ordinance takes up here faithfully the words of Article 14.1 of the Directive[63]. The remaining requirements are common for river basin management plans and programmes of measures. The water authorities shall, by the mean of a notification in local newspapers ("*or in another way*" what concerns the programmes of measures), give public authorities, municipalities, organisations, industry representatives, the public and the others who are concerned the possibility to, under at least six months, give their comments. The notification itself shall contain information about where the documents are available, the time schedule to give comments as well as information to whom the comments have to be addressed and on the way to leave comments. After the consultation, the competent authority has to present, in a specific compilation, the opinions which have been sent to the water authority and how they have been taken into account. Last but not least, the Swedish provisions prescribe at which public authority the documents that have been submitted to consultation, respectively the adopted river basin management plans and programmes of measures, have to be available.

Comparing the European and the Swedish provisions on consultation we can notice that the Swedish legislation is going further that its European counterpart in establishing substantial participation mechanisms. Apart from including the programmes of measures in the field of application of the provisions on consultation, the Swedish legislation is also more openhanded than the Directive concerning the form of the comments since the Directive, in contrast to the Swedish legislation only mentions comments in writing. Furthermore, the Swedish legislation is going further than the Article 14 in the Direc-

61 See Naturvårdsverkets handbook 2006:1, Samverkan om vattenförvaltning –information, kommunikation och samråd, p.11-13.

62 Chapter 5, Sections 3 and 4 of the Ordinance when it concerns the river basin management plans and Chapter 5, Section 4 Environmental Code completed by Chapter 6, Section 7 when it concerns the programmes of measures.

63 However, the question can be raised if the transposition into Swedish Law of the provisions of the Directive that concerns the timing is entirely satisfying. Thus, while the directive stipulates in Article 14-1 timing concerning the date for the publishing and the point of departure for making documents available, it seems that the Swedish ordinance is using the schedule as a timetable concerning the obligations the water authorities have in the frame of the drawing up of the river basin management plans.

tive in imposing the public authority the obligation to compile the comments received as well as to make an evaluation of the impact of the comments However, regarding the river basin management plans, this obligation be compared to the obligation required by Annex VII of the Directive which states that these plans shall cover "*a summary of the public information and consultation measures taken, their results and the changes to the plan made as a consequence*".

Concerning the terms employed in the Swedish legislation to determine the addressees of the participatory process, we could notice that the Swedish terms are both precise - insofar as the Swedish provisions list the kind of organizations concerned by the participatory procedures - and generous - the public and "others" concerned are included in the circle of the persons who have to be involved in the participatory process. According to the Swedish preparatory works the term "concerned" has to be understood in an extensive manner[64]

3. Swedish public participation in practice in the frame of the first cycle

The consultation procedure in the frame of the first planning cycle was divided in three phases and carried out pursuant to the timing laid down in the Directive by each of the five Swedish Water authorities within its river basin district. In the following, we aim to illustrate the Swedish consultation procedure with the consultations taken place within the Northern Baltic Sea district.

The first consultation procedure, on work programme for the production of river basin management plan for the Northern Baltic Sea district, took place between the 1th February and the 1th August 2007. A document containing the work programme as well as a timetable for consultations and other participation measures entitled "cooperation for better water"[65] was send for comments to 175 interested parties as well as notified in 27 newspapers. Six consultation meetings, one for each county within the river basin district were organised – with the exception of Stockholms county that organised two meetings. The public participation issue itself was of central importance in the frame of this first consultation procedure. The questions asked in the work programme illustrate this well. The water authority was namely specifically interested to know if the participants in the consultation found it clear how they could access the information they wished as well as if they found it clear how and when they could influence the work in the frame of the planning process. The other questions concerned water management it self. The

64 SOU 2002:107, p. 233.
65 "Samarbete för bättre vatten"

participants were asking if they found it clear how water management is working and how they wanted the water management to be implemented. The granting of a fundamental place to the participation issue is corroborated by the objectives set out in the work programme. Thus, besides the objectives consisting in summarily describe the Swedish water management until 2010 and to provide a timetable regarding public participation, the work programme aims to "*help citizens and other interested parties in influencing the work and its content*".

The water authority received a total of 73 written comments (15 from State agencies, 42 from communal organizations, 14 from branch organizations and other interest organizations and 2 from individuals) and between 15 and 50 persons were present to each of the meetings. The consultation report established in December 2007 contains a compilation of the opinions received by the water authority as well as the comments of the Water authority itself on the opinions expressed. The report also.gives an account of some of the questions that were brought up during the meetings. The missive accompanying the report states that the opinions would be taken into account as much as possible in the work in progress. The documents related to this consultation round, inclusive the opinions sent by the organizations or individuals, were uploaded on the water authority's website.

The second consultation, which took place from the 1th February to the 1th December 2008, on the interim overview of the significant water management issues, followed to a large extent the model of the precedent consultation. An extensive and pedagogic document presenting the complex water issues, but inevitably also containing a vast amount of technical data, was sent to 174 interested parties as well as notified in 29 newspapers. In addition to the questions concerning the access to information, the public was invited to make proposals concerning waterareas or water problems that had to be dealt with as well as to make proposals in order to improve water management. Seven consultation meetings took place. The water authority received 84 written answers (16 from State agencies, 44 from communal organizations, 22 from branch organizations and other interest organizations and two from individuals) as well as 90 answers to a survey made on the Water authority website. According to a consultation report dated from November 2008, a common evaluation of the opinions received by the five water authorities had been made at the national level. The evaluation has reportedly been used and will be used in the frame of the preparation of the water basin management plans, the programmes of measures and for environmental quality standards. The consultation report furthermore states, in a laconic manner, that the comments received within the river basin district had already been put to use and would continually be used for the ongoing work within the river basin district. A short summary of the opinions would be joined to the river basin management plan.

The third consultation procedure took place from the 1th March to the 1th September 2009. The points at issue of the consultation were, besides the draft on river basin management plan, the draft of the programmes of measures as well as environmental quality standards and Environmental impact assessments. Four documents were in consequence submitted to consultation. Among the questions asked to the public in the document containing the draft of the river basin management plan one concerned the proposals eventual need for complement or for changes to changes Another question concerned the priorities to make in the next planning cycle Concerning the programmes of measures the water authority wanted to know if they were measures which had to be changed, and if yes, how and why The documents were sent for comments to 181 interested parties and the water authority received totally 202 written comments (27 from state agencies, 63 from communal organizations, 92 from branch and other interest organisations and 20 from individuals)[66].

Besides the abovementioned participation measures taken place in the frame of the formal consultation procedures, the water authority has organised ad hoc seminars and meetings addressed to specific stakeholders as for instance the reference group on land and forests and water councils. The active involvement of the public has also been encouraged by the mean of information spreading through the Web and by leaflets.

The rapid survey of the participatory process within the Northern Baltic Sea district gives rise to several reflections.

The participatory process has on the whole worked in a satisfying manner. The Swedish authorities have respected the timing imposed by the Directive, the measures taken have been characterized by their high quality and the principal stakeholders have taken the given possibility to participate in the decision-making process. However, the observation is less positive when it comes to the participation of the general public.

The outcome of the survey shows that it is far from an easy task to involve the general public in the decision-making process despite the intensive, ambitious and diversified measures taken by the authority to encourage the involvement of all interested parties.

The low involvement of the general public can seem paradoxical in a well-watered country as Sweden where the issue of water lies close to the heart of each citizen but can, at least partly, be explained by the high of trust the Swedes hold for their government. Other explanations can be the complexity of the water issue as well as the methods employed in order to reach the public[67].

66 In November 2009 the consultation report is still to be published.

67 The notification in newspapers has not given convincing results. A method employed in France, consisting in sending questionnaire to all the households, gave a degree of response varying between less than 1% to 4% depending on the river basin.

In practice the individuals who participated to the consultation procedure were – with some rare exceptions - landowners more disposed to defend their individual interests than to consider the water issue in a wider perspective.

One may therefore question the proportionality of the measures taken by the authorities in relation to the participatory outcomes when it concerns the general public. However, one should not forget that the measures are not only taken in order to encourage the public to be involved but can also be considered to contribute to the citizens awareness in the water issue.

A general remark concerns the application by the water authority of his documentation obligation in accordance with the Swedish water legislation. As we could observe, the water authority made a compilation of the opinions received in the frame of the consultation procedure. By contrast, the obligation to report how the comments have been taken into account does not seem to have been accomplished properly. It is obviously a delicate task to conciliate the different opinions and to take into account the comments in the ongoing work[68].

Final conclusions

The emphasis of the role of public participation in the Water Framework Directive reflects the shift from traditional government to governance and is based on the postulate that public participation is a *sine qua non* condition for the successful implementation of the water management policy. The European legislator has himself informed, communicated and consulted with stakeholders in the frame of the drafting of the Directive as well as during the transposition of the Directive into the domestic Law of the Member States.

However, one may wonder if the European legislator sufficiently highlights, in the Water Framework Directive, the participation mechanisms. Indeed, the Directive lets a wide margin of appreciation to the Member States for choosing the measures to be taken in order to encourage the active involvement of all interested parties. Only the organisation of formal consultations related to river basin management plans is compulsory. This caution emanating from the European legislator could be explained by the necessity to take account to the disparities existing between the Member States in the field of public participation. Obviously there is no standard recipe in public participation matter and the measures in that field have to be adapted to the national, regional and local circumstances. However that may be, the role of the *Guidance on Public Participation in relation to the Water Framework Directive* has to be underlined as an important tool to enhance the informal public participation measures.

68 It will be interesting to see how the authority will fulfill this obligation in the frame of the third consultation report.

Water both concerns everybody and requires the daily involvement of all citizens for its preservation. One observation made on the basis of the Swedish experience[69] is that, amongst others because of the intrinsic complexity – both legal and technical – of the water issue, the simple citizens are not inclined to really participate in the decision-making process of water legislation. This leads us to two interconnected reflections. Firstly, more than to achieve a real participation of the general public in the decision-making process it is crucial to achieve a good level of environmental awareness among the citizens. Secondly, and partly as a consequence of the low degree of direct participation of the general public, it is important to emphasize the role of the interest organisations (NGOs) which used to have the needed technical and environmental expertise and the will to take active part in the decision-making process. In this manner, the general public can participate – although indirectly – to the decision- making of the water management policy.

69 It is evidently not possible to make general conclusions on the sole basis of a superficial empirical study limited in time and space. However my hope is that the outcomes concerning the Swedish experience could contribute to the reflection on the participation mechanisms.

Water Resources Regulation and Trading in Australia

*Janice Gray**

Introduction; Part 1 - The regulatory landscape in Australia; Legislation; Executive Action; Common Law; Media; Governmentality; The market; Part 2 - Key Aspects of Water Management and Regulation in Australia; Introduction; Context-Climatic Conditions; How has water traditionally been managed in Australia?; CoAG and Winds of Change; The New Trading-Based Water legislation – key concepts; Regulatory agencies, institutions and trading; Water resources; Important aspects of water trading legislation and regulation; Overview of water markets in Australia; Part 3 – Prognosis; Legislation; Governmentality and the Statisticalisation of Data; The Media; The Market; Ambit of the Water Market; Global Economic Crisis, a 'New Normal Economy' and the Water Market; The Market and Environment; General observations; Outcomes of new water regulation hard to fathom; The beast can't bear up to the regulatory/managerial burden; Conclusion.

Introduction

Water management in Australia has undergone some significant changes in the past ten to fifteen years. Those changes have taken place against the backdrop of climate change and long term drought. They have also taken place in the context of new and evolving approaches to regulation and governance.

Although the meaning of the term 'regulation' is highly contested, for the purposes of this chapter, it will be viewed as a type of behaviour modification or what Morgan and Yeung call the 'purposive shaping of social behaviour'.[1] Seen this way, regulation involves channelling human and societal conduct by way of direct or indirect incentives, disincentives, rules, influences and pressures, for example. Accordingly, it can take many guises. These include legal restrictions created by government through the parliamentary process and the promulgation of legislation, the creation of regulations by the executive, the development of case law by the judiciary, self-regulation, social regulation by way of social mores and expectations, co-regulation and regulation by the market. As a tool of

* *Senior Lecturer in the School of Law, at the University of New South Wales, Australia; Co-authored of the book, Property Law in New South Wales, first published by LexisNexis in 2003 with a revised edition in 2007 and of the book, Water Resources Law, published in 2009.*
Was a Visiting Scholar at both the Centre for Socio Legal Studies and Wolfson College, University of Oxford, England from July to December, 2009. She is indebted to both the College and the Centre for providing a stimulating environment in which to write this chapter.

1 B Morgan and K Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, p xiv.

social organisation regulation has come to include 'governance in and by networks'.[2] In practice, regulation commonly covers diverse areas such as pricing, wages, development approvals (for buildings), employment in certain professions or occupations, starting a business and natural resource management.

Reshaped forms of regulation have emerged globally in the last few decades with a view to better steering behaviour, so as to yield predictable and desired outcomes. In general, those re-shaped forms have favoured a shift away from centred, top-down, command and control style governance and turned towards pragmatic decentred approaches which incorporate flexibility and involve a range of regulatory agencies, techniques and players.[3] Collaboration between private, public and non-government stakeholders has become a hallmark of new regulation and there has been a belief that more can be achieved collectively than individually. The edges between the state and 'civil society' have become blurred.[4] The new forms of regulation have embraced polycentricity and 'decentredness'. They are commonly regarded as 'flexible, imaginative and innovative forms of social control' which seek to 'harness' governments, business and third parties.[5] New terms have also emerged to describe aspects of the changing forms of governance and regulation.[6] For example, the term 'smart regulation' was coined to describe the emerging regulatory approaches which relied on 'collaborative governance', 'outsourcing regulation' 'empowering participants', 'finding complementary mixes' of instruments, 'sequencing instruments' and encouraging 'win-win' outcomes.[7] Other terms such as the 'hollowed-out corporation' or the 'hollowed-out state' gained popularity as descriptors of the way in which traditionally powerful organisations, and indeed the welfare state itself, were being re-fashioned or re-configured. Some of the most recent literature also speaks of regulatory capitalism rather than the regulatory state, taking heed of the fact that the state has become a less dominant player.[8]

---

2 Bevir M and Rhodes R , *Interpreting British Governance* , Routledge, London, 2003 as cited in Braithwaite J, *Regulatory Capitalism*, Edward Elgar, 2008 p 1.

3 J Black, 'Tensions in the Regulatory State' [2007] *Public Law* 58-73 at 58; N Gunningham and P Grabovsky, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford, 1998, p 6.

4 N Gunningham, The New Collaborative Environmental Governance: The Localization of Regulation' (2009) *Journal of Law and Society* (36)(1) p 145.

5 N Gunningham and P Grabosky, *Smart Regulation, Designing Environmental Policy*, Clarendon, Oxford, 1998, p. 4.

6 G de Burca and J Scott (eds), *Law and Governance in the EU and the US*, Hart Publishing, 2006 pp 1-15. observe that it is very difficult to define 'new governance' and that it is often defined by what it is now.

7 J Black, 'Tensions in the Regulatory State' [2007] *Public Law* 58-73 at 58; N Gunningham and P Grabovsky, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford, 1998,chapter 6.

8 D Levi-Faur, 'Regulatory Capitalism: the dynamics of change beyond telecoms and electricity', (2005) 19; (3) *Governance*, 497-525; D Levi-Faur, 'The global diffusion of regulatory capitalism' (2005) 598, Annals of the American Academy of Political and Social Science, 12-32; D Levi-Faur (ed), 'Varieties of regulatory capitalism', (2006) 19 (3) *Governance* 363-6; J Braithwaite, *Regulatory Capitalism*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2008.

Since the 1970s the market has increasingly (re-)emerged as a regulatory player.[9] It is regarded as a tool in the increasing armoury of regulation—one of the methods by which behaviour and outcomes can be steered-- but at other times, the literature also speaks of the market as an oppositional force to regulation. In opposition it is positioned outside the regulatory frame and is commonly seen as operating in tandem with de-regulation. In fact, the market is both depending on the circumstances and the purpose of inquiry. But such binaries are not the only way to conceptualise the market, as the concept of a regulated market demonstrates. Viewed in all these ways, the market has assumed an expanding role in a range of sectors.

However, although the market has become 'a central trope of regulatory politics'[10] it should not be forgotten that as a regulatory tool, it is just one amongst a plethora of formal and informal methods by which conduct is steered towards producing particular outcomes. Its role and impact are undeniably significant in many areas. But, as a method of arranging the distribution of resources and services its benefits would seem to be increasingly contestable, particularly in the present global economic crisis.

This chapter takes as its focus one subject of regulation, that of water resources, and seeks to describe and evaluate some of the regulatory methods applicable to it. Part one explores how the Australian regulatory landscape is constituted in a broad sense and in so doing it seeks to expose the multi-faceted nature of that landscape. Part two sets out some of the key aspects of water resource regulation such as legislation, trading rules, plan rules and Ministerial consent. In particular, this section explores how water trading operates in the Australian context because trading and the market are considered to be neo-liberal tools of social organisation which provide the most efficient mechanisms for resource and service distribution.

Part three offers a prognosis of the way in which water resource regulation is working. The chapter concludes that while the market may be beneficial in some ways, many of the environmental effects of water trading will not be seen for some years to come and it is, therefore, problematic to champion the market as a form of regulation when the outcomes remain so potentially uncertain. Further, the market may have social impacts on communities which are negative, in part because the primary purpose of the market is the maximisation of profit not the social good of citizens nor the environmental health of the planet. Finally, an overly heavy reliance on a market based approach to water management may result in a form of governance in which the role of ethical decision making and trust are diminished.

---

9 The market was, of course, a key player in the earlier 19th century era of *laissez-faire* capitalism but with the growth of the welfare state etc it lost sway.

10 B Morgan and K Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, p 2.

In short, the market is but one tool of water regulation and while Australian society, policy makers and politicians have been enchanted by the market over the last couple of decades, its allure may now be dimming a little. Assessments of real, rather than theoretical, market performance in a range of sectors, along with the impact of the global economic crisis that originated in the banking and mortgage sectors, seem to be triggering a re-evaluation of the market's purported, extensive benefits. If those purported benefits are slight or even non-existent a return to a system of state-based public administration of water resources should not be discounted. But any new state-based system of public administration would need genuinely to address the over-allocation of water resources through a re-assignment of water rights (accompanied by compensation), to apply a realistic cap on extractions, and to operate in tandem with a system of water taxes, the effect of which would be to penalise excessive consumption and regulate salinity levels, for example.

Part 1
The regulatory landscape in Australia

Within the regulatory landscape there are various participants, players, tools, styles, agencies and approaches. This section aims to sketch out some of these with a view to creating a broad picture of forms of regulation in Australia, including legislation, executive action, the common law, the media, special interest groups, federal/State relations and markets. It also explores governmentality as way through which regulation may be considered. The picture that emerges is one of a patchwork where a multiplicity of formal and informal steering techniques are employed. Older style offence and punishment type legislation exists alongside command and control style regulation which prescribes behaviour, monitors and polices compliance with legal standards through regulatory agencies. [11] These, in turn, line up alongside markets and the newer, softer forms of decentred, multi-layered regulation noted above.

Legislation

Despite the fact that generally the state's role in regulation has been diminishing, legislation (which is state created) remains an important form of governance in Australia. It is helpful, therefore, to appreciate how legislation is created and who is responsible for it.

Australia is a federal constitutional monarchy which operates by way of parliamentary democracy. It federated in 1901 and is now comprised of six States and two ter-

11 N Gunningham and P Grabosky, *Smart Regulation, Designing Environmental Policy*, Clarendon, Oxford, 1998, p 5.

ritories.[12] The Federal or Commonwealth government is comprised of a lower house, the House of Representatives, and an upper house of review, known as the Senate. The Federal Constitution (which is actually a piece of United Kingdom legislation[13]) sets out which issues fall within the Commonwealth's ambit. Those that are not caught in the net of federalism are, by default, State issues.

All federal bills must first pass through both houses of parliament (the legislature) and be assented to by the Governor General before they become Acts of Parliament. Such Acts have traditionally been tools of regulation. They have caused communities to be governed by parliamentary will. Hence, legislation has been able to criminalise stealing or require a person to have a licence to abstract water, for example. Legislation is, therefore, commonly regarded as a clear example of centred, command and control style regulation, in that the state sets out in statute the type of conduct required and proscribed. Breaches of those statutory requirements create criminal or civil penalities. The coercive force of the law becomes evident in legislation.

At a State[14] and Territory level, things operate similarly. Separate State constitutions exist.[15] These permit State parliaments, which also commonly have both upper and lower houses,[16] albeit with different names, to pass legislation for and on behalf of the people of the State. Historically there has been a tension between Commonwealth and the States over the extent of federal powers and responsibilities, a tension which shows up in the field of water resources regulation.

Executive Action

The Australian Constitution (like the various State constitutions) separates the parliament from both the executive and the judiciary, thus enabling other levels of regulation to exist through executive action and judicial decision-making.

The Executive Council is usually comprised of all Ministers in the parliament as well as the Governor. The Executive includes the Prime Minister, the Ministry and the Cabinet.[17] The Ministers, who are either chosen by the Prime Minister or elected by cau-

12 The six states are: New South Wales, Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia and Tasmania. The two territories are: The Australian Capital Territory (which houses the national capital, Canberra) and the Northern Territory.

13 The Australian Federal Constitution is *An Act to Constitute the Commonwealth of Australia*. [9th July 1900] (63 & 64 Victoria - Chapter 12). See Parliament of Australia, Senate website. Available at: <http://www.aph.gov.au/senate/general/constitution/preamble.htm > Accessed 19 October 2009.

14 Here the word 'State' refers to a geographical area, not unlike a province.

15 Some state constitutions were, until recently, found in a collection of Acts. In Queensland's case they were consolidated in 2001.

16 Note that some states such as Queensland have a unicameral rather than bi-cameral system.

17 The Cabinet is the group of most senior Ministers

cus, administer the government departments which comprise the Public Service. Hence each government Minister is responsible for certain aspects of management and is supported by a bureaucracy. Responsibility for water management in the federal jurisdiction, for example, presently comes within the purview of the Minister for Climate Change and Water. One common function of the Minister or Governor[18] is the development, design and implementation of 'delegated legislation'. Delegated legislation commonly provides the fine grained detail that is absent in statutes. Delegated legislation can, however, only be made where specific statutes empower the Executive to do so. It is often regarded as efficient because it relieves parliaments from having to develop time-consuming and technical legislation. It also allows changes to be made more speedily than would statutory amendment. This can be very useful in cases where amendments to timetables and fees are required, for example.

Delegated legislation includes regulations, codes (of practice), specifications, by-laws, letters patent, environmental planning instruments, ordinances and guidelines. These play a key role in determining what citizens are and are not permitted to do and how they may do it. Delegated legislation in the form of regulations which determine fees (such as for approvals and permits) may also have the effect of gatekeeping because those regulations may potentially limit access, on the basis of pricing. Further, although administrative practices and procedures devised by the bureaucracy do not have the status of delegated legislation, they are also influential. They commonly determine the pace at which legislative rights may be accessed and operationalised. Hence, satisfaction of a raft of preliminary requirements, may, for example, make it difficult for an applicant to gain an approval to which he/she is entitled under legislation. Therefore, bureaucratic practices and procedures also operate as another layer of regulation.

Common Law

The common law is yet another tool of regulation. In the context of this discussion the term common law refers to judge-made law which is based on the doctrine of precedent.

Australia inherited a common law system when it was 'settled' by the British, [19] and received as much of the common law of the British Imperial Government as was relevant

18 Where the Governor is the delegate, he or she usually acts on the advice and recommendations of the Minister. Sometimes rules committees of courts also create delegated legislation.

19 The term 'settlement' is problematic because in reality Indigenous Australians were living in Australia at the time of colonisation. The issue was discussed in *Mabo v Queensland* (1992) HCA 23: *Mabo v Queensland* (1992) 175 CLR 1. Arguably more British common law than was relevant to the conditions of the colony was 'received' in Australia. Hence the British law of water which was designed for wholly different circumstances (such as where rivers were constantly flowing) were imported into Australia.

to the conditions of the fledgling colony.[20] Over time, Australian courts began creating a localised or domestic body of common law themselves which eventually (along with statute) came to modify and expand the imported, imperial common law. Historically, therefore, judge-made law has played a significant role in the legal fabric of the country. Today, although its contribution has arguably been diminished by the proliferation of statutes, the common law remains a significant form of regulation.

Common law is both decided and made throughout the hierarchy of courts, with superior courts being able to overturn the judgements of inferior courts where there are mistakes of law.[21] The highest court in the land is the High Court which hears cases of special federal significance such as constitutional cases. It also hears appeals by way of special leave from Federal, State and Territory courts. Federal matters of lesser significance are initially heard in the Federal Court[22] while the Supreme Court of each State hears the most serious State matters, which may also, under certain conditions, go on appeal to the High Court.

Although advocates of 'strict legalism' are inclined to see the role of the judiciary as one of mere interpretation, exhibiting no element of judicial agency, that anodyne picture has been contested, as judicial officers dissect and analyse the manner in which they make decisions and consequently make the law that governs and regulates society. Indeed, former High Court Justice, Michael Kirby, has noted that the 'strict and complete legalism' fashioned by pure logic is not the basis of judicial decision-making.[23] Instead, he suggested that, [t]hree institutional features of the common law particularly reinforce the elements of judicial creativity.' [24]

These features are:

(1) The personal characteristics of the senior judiciary, who were selected from a small cohesive pool of barristers, shared a common socio-economic background and were typically organized along hierarchical lines;
(2) The obligation to give reasons which has opened up the opportunity for a dialogue; a dialogue, which at least in the twentieth century, has not had to be

20 See *Australian Courts Act* 1828,;AC Castles, 'The Reception and Status of English Law in Australia' (1963) 2 *Adelaide Law Review* 1; B Kercher, 'Alex Castles on the Reception of English Law', (2003) Australian Journal of Legal History (5). Available at: < http://austlii.law.uts.edu.au/au/journals/AJLH/2003/5.html#fn2> Accessed 1 November 2009.

21 Mistakes of law may be appealed but mistakes of fact are rarely able to be appealed.

22 Note that the Family Court of Australia is also a federal court.

23 Justice Michael Kirby, The Second Hamlyn Lecture, 2003. *Judicial Activism, Authority, Principle and Policy in the Judicial Method*, Delivered 20 November 2003, University of Exeter, UK. Shortened version available at: < http://www.hcourt.gov.au/speeches/kirbyj/kirbyj_20nov.html > Accessed 17 October 2009.

24 Justice Michael Kirby, The Second Hamlyn Lecture, 2003. *Judicial Activism, Authority, Principle and Policy in the Judicial Method*, Delivered 20 November 2003, University of Exeter, UK. Shortened version available at: < http://www.hcourt.gov.au/speeches/kirbyj/kirbyj_20nov.html > Accessed 17 October 2009.HHH

informed by a 'sterile pretence that solutions to all problems were to be found only in the language or logic of a past decision, Act of Parliament or written constitution'; and

(3) The right of judges in collegiate courts to dissent with the effect of stimulating creativity.[25]

Hence, the judiciary's role in creating a far more contextualised and textured common law emerges as another important aspect of regulation. Judge-made law, fashioned through the personal characteristics of the judiciary and the legal framework traditions and methodology in which judges' decisions are made consititutes another form of regulation of conduct. Although the common law is precedent-based and therefore predictable, judges have choices and the way that they interpret those choices impacts on the common law as a regulatory tool.

To date, there have been very few judicial decisions made under the new wave of water legislation which commenced at the end of the twentieth and the beginning of the twenty first centuries.[26]

Media

The media is significant in influencing behaviours, mores and discourses.[27] It acts in a variety of ways. Sometimes it fosters and promotes government policies, while at other times, it tends to take the lead on policy development, by highlighting concerns and issues, encouraging debate and arguing for a particular position. In this capacity, it adds to the regulatory landscape because it influences behaviour or conduct to produce certain outcomes.

The media's techniques are varied. One effective method of influence, used increasingly in recent years, is that of 'public shaming'. By exposing details about certain events and being directly or indirectly critical of them, the media brings pressure to bear on the conduct of both key players and a wide range of stakeholders, commonly causing shifts in behaviour and attitude. The role of shaming has been significant in the criminal jurisdiction, where for example,

25 Justice Michael Kirby, The Second Hamlyn Lecture, 2003. *Judicial Activism, Authority, Principle and Policy in the Judicial Method*, Delivered 20 November 2003, University of Exeter, UK. Shortened version available at: < http://www.hcourt.gov.au/speeches/kirbyj/kirbyj_20nov.html > Accessed 17 October 2009.

26 *Murrumbidgee Horticulture Council Inc v Minister for Land and Water Conservation* [2003] NSWLEC 213; *ICM Agriculture Pty Lted and Ors v Commonwealth of Australia and Ors* [2009] HCATrans 94 (1 May 2009); *Arnold and Ors v Minister Administering the Water Management Act* 2000 and Ors [2009] HCATrans 91 (1 May 2009) are examples of the little case law that there is in the field.

27 The role of the media in water management was acknowledged by the very existence of the International Media Consultation on Water and Climate Change, 24-25 September 2009, Zaragoza, Spain. Details available at: < http://news.ninemsn.com.au/national/875489/cubbie-station-sale-draws-closer > Accessed 20 October 2009. The consultation among other things sought to explore the role of communicators in shaping public opinion and identify best practice for information exchanges.

those who have driven under the influence of alcohol have been 'shamed'.[28] It conceivably has a similar role to play in regard to the theft of water, or flouting of water restrictions for example, particularly during periods of water shortages or in relation to achieving agreement at international meetings or conferences, such as the United Nations International Conference on Climate Change, in Copenhagen, in December, 2009.[29]

The impact of the media is potentially very great in Australia, partly because Australians have a high rate of exposure to various forms of media. Not only do they listen to radio, watch television and read newspapers but they have one of the highest uptake rates of internet technology in the world, with a large percentage of people having access to the internet in their homes.[30] Commentary, articles, photographs, editorials, talk-back radio, posters displays and online discussion (particularly following news and documentary items) help inform and modify views and conduct. People are invited to vote on-line about certain issues which range from whether a celebrity should adopt another child to whether climate change is genuine. In doing so they become part of the very medium that influences and steers their behaviour. Accordingly, they are regulated by the media and regulated by themselves. Finally, as is discussed later, it is important to remember that the media is not a 'unity' and substantial sections of it are controlled by a small number of large corporations, which have their own financial and political interests.

Governmentality

Governmentality provides a model or way in which regulation and governance might be considered. Originally developed by Michel Foucault,[31] the concept has been expanded by others including Nikolas Rose [32]and Mitchell Dean.[33] It is based on a blending of two concepts: 'gouverner' (to govern) and mentalite (modes of thought). It employs an understanding of 'government', which goes beyond formal institutions, structures and methods or techniques of control. Indeed, Foucault's understanding of government, extends to governing of the self, as well as to governing the biopolitical.

28 See J Braithwaite, *Crime, Shame and Re-integration*, Cambridge University Press, 1999.

29 On 6/7 December 2009 a joint, common editorial led by the UK newspaper *The Guardian*, which called for a more unified approach to climate change issues was published in 45 countries, in 57 papers and in 20 different languages.

30 Australian Bureau of Statistics, *Australian Social Trends* 4102.0, 2008, 'Internet Access at Home' notes that ' [t]he rate of access has quadrupled in recent years, from 16% of Australian households in 1998 to 64% in 2006–07. The rate of Broadband Internet uptake has also increased.' Available at: < http://www.abs.gov.au/AUSSTATS/abs@.nsf/Lookup/4102.0Chapter10002008 > Accessed 22 October 2009. Presumably these figures are even higher in 2009 as the cost of computers declines.

31 M Foucault, *Governmentality*,. Translated by Rosi Braidotti and revised by C Gordon in G Burchell, C Gordon and P Miller (eds) *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago University Press, Chicago, 1991. Note Foucault's ideas were expounded in his lectures at College de France between 1977 and 1984.

32 N Rose, *Inventing Our Selves* , Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

33 M Dean, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, London, Sage, 1999.

Hence, issues of self control, managing households and guidance for families also come within the ambit of this more broadly understood concept of governing.[34] In this sense Foucault's concept of governmentality harks back to the courtiers of King George III, who during the monarch's period of alleged 'madness', asked how was it possible for the King to govern the country if he could not govern himself?

Foucault spoke of governmentality as the 'art of government'. He saw power residing both within as well as outside, formal institutions and he recognised that the media, social networks and institutions could, along with the state, exert forms of social control which regulated and governed behaviours.[35] In this sense, Foucault's concept of governmentality finds application in the new, 'smart', collaborative and decentred regulation that has won favour today and which operates by way of a range of formal and informal actors, players and institutions, who, in part, self-govern or self regulate. Hence regulation by state institutions, commercial organisations and non-government organisations (such as charities, for example) may be viewed through the lens of governmentality. Seen this way, there is a link between governmentality and neo-liberalism, as neo-liberalism has encouraged the active role individuals play in regulating capitalism through the exercise of 'freedom' and 'choice', particularly as consumers.[36] The term 'neo-liberal governmentality' thus emerged to describe the kind of governmentality that is based on the predominance of market mechanisms rather than state controls. Yet, even neo-liberal governmentality acknowledges that the state still has some (if rather diminished) role to play in guiding conduct and behaviour.

The market

With the limited success of many systems of public administration (commonly accompanied by command and control style of regulation)[37] and the rise of neo-liberalism, the market emerged as a new and powerful force and field. Advocates of neo-liberalism commonly argued the case for de-regulation and the introduction of the market as a means by which resources and services could be better allocated and managed. De-regulation gained favour and competition via the market was introduced into a range of former public sector monopolies. Accordingly, in Australia telecommunications, transport, electricity, postal services and even some gaols to name but a few, were fully or partially privatised as part of the shift towards marketisation. At the same time much regulatory

34 See T Lemke, 'Foucault, Governmentality and Critique' in September (2002) 14 (3) *Rethinking Marxism*, 49-64; T Lemke, *Ecocritique: Contesting the Politics of Nature*, Economy and Culture, (1997) University of Minneapolis Press, Minneapolis.

35 See A Hunt and G Wickham, *Foucault and the Law*, Pluto Press, London, 1994.

36 See D Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

37 N Gunningham and P Grabosky, *Smart Regulation, Designing Environmental Policy*, Clarendon, Oxford, 1998, p 7.

apparatus was dismantled or cut back. Indeed back in 1998, Gunningham observed that, '[R]egulators are in retreat, reluctant to argue for new or tougher regulation for fear of alienating either their political masters or influential business lobbies who are never reticent to suggest that such regulation will make them less competitive, or hasten their move to another jurisdiction'.[38] Yet, despite the inroads of the market, the market has not replaced all other forms of regulation in the Australian context. Instead, remnants of the traditional 'more-standards-and-tougher-penalties' approach have generally co-existed, at least to some extent, alongside emerging or established markets and nowadays markets also co-exist alongside the new de-centred forms of regulation.

It is worth noting that while markets commodified many areas of life, particularly in the Thatcher and Reagan eras, globally there was some resistance to the introduction of the market in the environmental sector.[39] But in Australia this resistance was broken with the early adoption of the market in the environmental sphere of water management. In the water sector, as in many other areas, the market operates as both a form of regulation as well as something to be regulated. The market arguably encourages water resource holders to move water resources from low value use to high value use. In that sense, the behaviour of the water resource holders (in terms of selling and buying) steers the resource to a desired end. However, the market is also regulated itself so that its raw outcomes are moderated, controlled or tempered, arguably leading to a better balance of social, political, economic and environmental outcomes.

Today, the market and the recognition of the plethora of property rights which are legally needed to support a market, remain a very significant part of the regulatory landscape in Australia. However, the effectiveness of the market as a tool of social organisation, particularly in relation to environmental resource management, is increasingly being questioned. Such questioning began prior to the global economic crisis of 2008, but has become more pronounced since then.

Part 2
Key Aspects of Water Management and Regulation in Australia

Introduction

This section leaves behind the general regulatory landscape and focuses specifically on the way in which water resources have been and are, regulated in Australia. It pro-

38 N Gunningham and P Grabosky, *Smart Regulation, Designing Environmental Policy*, Clarendon, Oxford, 1998, p 8.

39 For a critique of the market see R Kuttner, Everything for Sale: The virtues and limits of markets, Alfred A Knopf, New York, 1997.

vides a context for this discussion by exploring the climatic conditions in Australia and it offers a brief historical account of how the market came to play such a significant role in water management. It then considers in more detail how trading, one of the cornerstones of the market, operates, in relation to water resource management.

As observed at the outset, like several other areas of environmental law, Australian water law has undergone much change in the last fifteen or so years. The systems of public administration that served Australia for most of the twentieth century were replaced with new approaches to water management which rely heavily on the legal separation of rights in land from rights in water, so facilitating the easy introduction of water markets and water trading. Some restrictions on trading were also introduced in attempts to establish regulated markets. Many of these restricitions were captured in legislation, the common law, policy, trading rules and guidelines, while others operate more informally, such as through the media or pressure/interest groups. All form part of the wider regulatory landscape sketched out above.

Context- Climatic Conditions

Parts of Australia have been in the grip of serious drought for the last ten or so years.[40] In particular, the south eastern areas (where most of the population lives) have been very badly affected. Further, temperatures in the second half of the twentieth century rose more than the global average, with the annual average temperature increasing by 0.9 degrees Celsius.[41] Streamflow has also decreased in water catchment areas in the south eastern parts of the country.[42] Indeed, the Garnaut Review concluded, '[A]s a result, droughts have become hotter, with effects on rainfall, evaporation and runoff, and, more generally, water availability for human use'.[43]

Public water storages have also provided a good indication of the severity of the water problem, with many storages containing below average volumes.[44] In particular, the region known as the Murray-Darling Basin is officially 'in crisis'. Water flows in rivers have decreased, with some rivers drying up completely. Meanwhile salinity levels have

40 Research into the drought has often been related to the El Nino - Southern Oscillation phenomenon

41 R Garnaut, *The Garnaut Climate Change Review: Final Report*, Commonwealth of Australia, Cambridge University Press, 2008, paragraph 5.2.1. Available at: < http://www.garnautreview.org.au/pdf/Garnaut_Chapter5.pdf > Accessed 5 November 2009.

42 R Garnaut, *The Garnaut Climate Change Review: Final Report*, Commonwealth of Australia, Cambridge University Press, 2008, chapter 5 key points introduction. Available at: < http://www.garnautreview.org.au/pdf/Garnaut_Chapter5.pdf > Accessed 5 November 2009.

43 R Garnaut, *The Garnaut Climate Change Review: Final Report*, Commonwealth of Australia, Cambridge University Press, 2008, paragraph 5.2.1 relying on N Nicholls, (2004) 'The changing nature of Australian droughts', *Climatic Change* 63: 323–36.. Available at: < http://www.garnautreview.org.au/pdf/Garnaut_Chapter5.pdf > Accessed 5 November 2009.

44 A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009 p vii.

risen, affecting plant and aqua life. In turn this has affected the Murray Darling region's capacity to continue acting as the 'food bowl' for much of the country. [45] The lower lakes of the Murray Darling Basin, such as Lake Alexandrina, have been particularly vulnerable to the effects of water scarcity. Meanwhile, somewhat oddly, other parts of the country (commonly where water is not easily captured) have experienced rare flash floods and their after-effects.

Despite the flash floods, Australia, nevertheless, remains the driest inhabited continent and, along with South Africa, has the highest level of inter-annual variability of precipitation.[46] Overall, the high variability of rainfall distribution and run off (making annual rates of both unpredictable to determine) has meant that it is, in turn, very difficult to devise a system of defined water access rights that allocate reliable amounts of water to human use.[47] Further, evapotranspiration has added to the complexity of the issue, causing water to be lost from transportation facilities such as open, earthen channels. When the role of human intervention and the concept of climate change are also introduced into this scenario, it is not difficult to see why Australian water management has been so challenged by the task of sharing available water between users and uses.

How has water traditionally been managed in Australia?

Water in Australia was managed by Indigenous Australians long before the British legal system, introduced its methods of water management. Indigenous people (that is, Aboriginal and Torres Strait Islander people) exercised communal rights over both fresh, salt, inland and off-shore waters. Rights to water were inherently linked to land, culture, art, spirituality, food and ecology, for example. The Indigenous relationship to water (even today) although varying between different tribal groupings, tends to reflect the concept of stewardship[48] and has been described as having spiritual, social and jural significance.[49]

With the arrival of British colonisation, Indigenous water law traditions went unrecognised and as part of the broader 'reception' process, English water law became ap-

45 See L Godden in P Troy, *Troubled Waters: Confronting the Water Crisis in Australia's Cities*, ANU ePress, 2008, chapter 8. Available at: < http://epress.anu.edu.au/troubled_waters/mobile_devices/index.html > Accessed 5 November 2009.

46 D I Smith, *Water in Australia: Resources and Management*, Oxford University Press, Melbourne, 1998, p 14.

47 A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009, p 5.

48 A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009, p 5; S Jackson, Indigenous values and water management: a case study from the Northern Territory (2005) Australian Journal of Environmental Management 12(3) 136- 146; S Jackson and J Morrison 'Indigenous perspectives on water management, reforms and implementation' in K Hussey, S Dovers (eds) *Managing Water for Australia: the social and institutional challenges*, CSIRO, Melbourne, Australia.

49 M Langton, 'Freshwater' in Lingiari Foundation, *Background Briefing Papers: Indigenous Rights to Waters*, Lingiari Foundation, Broome, 2002, p 47.

plicable to Australia.[50] Hence, common law rights came to govern water in Australia in the private domain, while water flowing naturally in a stream or river was treated in a rather Romanesque way,[51] as though it were a form of common property, which could not be 'owned' by any individual but was available to all.[52]

Riparian rights, formed the basis of private water access rights under this system and, in time, a complex system of public control came to provide another level of management.[53] Such water access rights were commonly limited to domestic and stock use.[54] Other methods of water access which existed under the system of public control were (a) by way of personal licences that were commonly attached to the land where the water was to be used and (b) rights to receive water from a public utility.[55]

The main regulatory tools or mechanisms in the era of public administration, as this era was known, were the common law decisions of courts, executive action and legislation.These regulatory tools assisted government monopolies to manage water resources and deliver water services. Unfortunately, however, the system of public administration faltered under the weight of its task and ultimately proved quite cumbersome. It suffered from at least one major drawback. The system permitted the over-allocation of water resources by the ongoing creation of more and more water permits or licences. In other words, water was treated as an ever-expanding resource which could accommodate the creation of additional licences, when, in fact, water needed to be treated as a finite resource, albeit one whose form changes depending on its position in the water cycle.[56]

The market did not feature very strongly in this era or under this model of water management, although in the State of Victoria between 1939 and 1944 (that is, during another drought), a restricted form of trading did operate. Further, in 1983, the New South Wales government also reacted to the informal trading that had begun to take place in response to (the late introduction of) embargoes on the creation of further water

50 This was confirmed in *Gartner v Kidman* (1962) 108 CLR 12 at 13.

51 Note that Joshua Getzler comments that water law is one of the most Romanesque parts of English law generally. See J Getzler, *A History of Water Rights at Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p 2.

52 D Fisher, *Water Law*, LBC, Sydney, 2000 p 64. See also *Mason v Hill* (1833) 110 ER 692 at 700. Note that despite Deakin *et al*'s Report, 'First Report of the Royal Commission on Water Supply Irrigation in Wester America so far as it has Relation to the Circumstances of Victoria', Victorian Parliamentary Papers, Vol 2, Paper No 19, Victorian Government Printer, Melbourne, 1855 suggesting that the stated should 'own' water, the approach taken was instead to invest the States with a right to the use and control of water in flow (in rivers etc).

53 Systems of public administration operated in state and territory jurisdictions in Australia. For further details see A Gardner, R Bartlett and J Gray, Water Resources Law, Lexis Nexis, Sydney, 2009, chapter 24.

54 S Clark and I Renard, 'The Riparian Doctrine in Australian Legislation' (1970) 7 *Melbourne University Law Review*, 475.

55 A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009, p 26. Note that the public utilities had poorly defined rights of access themselves.

56 The water cycle involves a complex chain which includes water being captured as rain, being used to grow food, being consumed as food by humans, being excreted by humans, being treated as waste and returned to the earth or the sea. Evaporation and condensation are key features of the cycle.

licences and permits. That state amended its *Water Act* 1912, so permitting a limited form of trading via temporary transfers.[57]

CoAG and Winds of Change

The adoption of a market as a means of managing water did not gain official acceptance until some years later. While water seemed plentiful, there was little incentive to trade in it but as the drought began to make its effects felt, and the embargo on permits had an impact, pressure to find a method that allowed water to be transferred to places where it was needed, increased. That pressure coincided with (a) the growing international consciousness about the importance of sustainability as a concept of environmental management and (b) the gathering neo-liberal forces in favour of marketisation.

All of these issues were taken up by the Council of Australian Governments (CoAG) in 1994, which endorsed 'the adoption of trading arrangements in water', the 'clarification of property rights' and the 'allocation [of water] to the environment', in its Communique of the same year.[58] In relation to rural water, it was anticipated that the market would reduce 'the impediments to irrigation water being transferred from low value broad-acre agriculture to higher value uses in horticulture, crop production and dairying'. Furthermore, CoAG anticipated the shift in water resource use occurring 'subject to social, physical and environmental constraints'.[59] Hence, in theory at least, regulatory controls were built into the market-based approach to water management. Put another way, the market was to be one regulated by social, physical and environmental constraints.

Other key aspects of the 1994 Communique which are relevant to the issues of water management and trading are:

- Part 3 (d) (iv) which refers to pricing and rural water supply.[60] (It states that where trading is to occur across State borders, that pricing and asset valuation arrangements are to be consistent) and;
- Part 5 which relates to trading in water allocations or entitlements. (It states that water is to be used to maximise its contribution to national income and welfare within the social, physical and ecological constraints of catchments. It also states that trading arrangements in water allocations or entitlements

57 A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009, p 558 – 559.

58 Council of Australian Governments, Communique from the meeting of 25 February 1994, CoAG, 1994. Available via link at: < http://coag.gov.au > Accessed 9 November 2009.

59 Council of Australian Governments, Communique from the meeting of 25 February 1994, CoAG, 1994. Available via link at: < http://coag.gov.au > Accessed 9 November 2009.

60 Note that full cost recovery, consumption-based pricing which factors in future expenditure on infrastructure and asset refurbishment was a key aspect of the 1994 CoAG Water Reform Framework Agreement.

> should be instituted once the entitlements arrangements have been settled; cross border trading should be introduced wherever possible; and that individual jurisdictions should develop the necessary institutional arrangements from a natural resources management perspective, to facilitate trade in water with the (then) Murray Darling Basin Commission being satisfied that trades relating to water in the Basin satisfy sustainability goals.[61])

State and Territory governments were encouraged to fulfil the objectives of the CoAG Communique by virtue of 'a carrot and stick' approach which saw the then Federal government offer large incentive payments to jurisdictions which complied with CoAG objectives. Compliance usually involved major legislative changes, as well as the introduction of a range of institutional arrangements.. The incentive payments which were made under National Competition Policy Payments scheme saw approximately $16 million paid out over the periods 1997-1998 and 2005- 2008. [62]

Further, the States' and Territories' adoption of the 2004 Intergovernmental Agreement on a National Water Initiative (NWI)[63] re-vitalised the adoption of a water market and trading. Agreement was reached to establish a water market and trading arrangements that would:

> i) facilitate the operation of efficient water markets and the opportunities for trading, within and between States and Territories, where water systems are physically shared or hydrologic connections and water supply considerations will permit water trading;
>
> ii) minimise transaction costs on water trades, including through good information flows in the market and compatible entitlement, registry, regulatory and other arrangements across jurisdictions;
>
> iii) enable the appropriate mix of water products to develop based on access entitlements which can be traded either in whole or in part, and either temporarily or permanently, or through lease arrangements or other trading options that may evolve over time;
>
> iv) recognise and protect the needs of the environment; and
>
> v) provide appropriate protection of third-party interests.[64]

61 Council of Australian Governments, Communique from the meeting of 25 February 1994, CoAG, 1994. Available via link at: < http://coag.gov.au > Accessed 9 November 2009.

62 A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009, p 525.

63 Available via link at: < http://www.nwc.gov.au/www/html/117-national-water-initiative.asp > Accessed 9 November 2009. The NWI was agreed by most States in 2004.

64 Australian Government, National Water Initiative, cl 58 Available via link at: http://www.nwc.gov.au/www/html/117-national-water-initiative.asp > Accessed 9 November 2009. See also cl 23 of the same agreement which sets out the statement of objectives.

The Commonwealth, New South Wales, South Australia, Victoria and the Australian Capital Territory also made the Intergovernmental Agreement on Addressing Water Over-allocation and Achieving Environmental Objectives in the Murray Darling Basin on the very same day. This Agreement is known as the Living Murray Agreement. [65] Under it the parties jointly committed $500 million, over a five year period, for a range of environmental measures including the purchase of water rights by market-based strategies, and investment in behavioural change to reduce urban consumption. Both these measures reflect some of the new approaches to regulation discussed in Section 1 of this chapter.

In 2007, another step was taken to secure Australia's water future when the Commonwealth National Plan for Water Security was announced. That plan promised $10 billion of Commonwealth funding which was to be used to implement a ten point plan that focused on the improvement of water use efficiency and the over-allocation of water resources. The then Prime Minister promised funding for upgrading irrigation infrastructure but the *quid pro quo* was that the Commonwealth would share the water savings with irrigators on a 50:50 basis. In turn, the Commonwealth would give its share to the environment.

Another aspect of the water security plan was that new governance arrangements were to be put in place in the MDB. Under these the Commonwealth would create a new cap on water extractions in that area. The Commonwealth was also to buy back $3 billion worth of water entitlements and make structural adjustment payments to those irrigators who gave up their entitlements and exited the irrigation industry. Further, $500 million was also to be spent on engineering works to improve river operations and storage in the MDB and national measures were to be taken to: restore the Great Artesian Basin: expand the role of the Bureau of Meteorology and investigate future land and water development in the northern part of Australia.

In order to implement the National Plan for Water Security and particularly the new governance arrangements in the MDB, the States needed to refer their constitutional powers to the Commonwealth. One State, Victoria, refused to do so and ultimately, the *Water Act 2007* (Cth) was assented to without reliance on the State referred powers.

The *Water Act* 2007 seeks to implement the NWI reforms and in so doing sets up a new Commonwealth authority, known as the Murray Darling Basin Authority (MDBA), which has responsibility for preparing a new Basin Plan that sets sustainable diversion limits. A Commonwealth Basin Plan, also operates and it requires the compliance of State water management plans. A further aspect of these arrangements was that the States were to continue to administer their own water entitlements systems but new

65 See Living Murray Agreement. Available at: http://www.coag.gov.au Follow links. Accessed: 3 September 2009.

market guidelines were to be created and administered by the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) which is a Commonwealth regulatory body. [66]

A change of Commonwealth government at the end of 2007 meant some changes to the 2007 National Plan for Water Security. Those changes were incorporated into the Agreement on Murray Darling Basin Reform, signed in 2008, by six MDB jurisdictions and the Commonwealth. In short, the Plan largely adopts the *Water Act 2007* (Cth) in relation to the MDB but it sets up a new Ministerial Council with supporting committees.[67] Further, the MDBA, which is a Commonwealth body, now has responsibility for the operation of the River Murray system. Some changes have also occurred in relation to the ACCC's water market guidelines[68]

As a result of the MDB Reform Agreement, the amount of funding to support reform has increased to $12.9 million nationally.[69] This funding is, in part, being used as a regulatory tool because it is, at least to some extent, tied to the implementation of certain Basin State priority projects and the delivery of substantial and lasting water returns to the environment.[70]

The New Trading-Based Water legislation – key concepts

As the above suggests much of the new water legislation introduced across the States and Territories of Australia in the post 1994 CoAG era was aimed at providing a platform for trade. Accordingly, one of the legislation's objectives was to design new style entitlements which were proprietary in nature, for what was to be the subject of trade if it were not property?[71] Yet, creating proprietary entitlements, was not without its problems. It tended to raise a number of controversial issues, for example, the question of whether the old style water rights were in some cases also proprietary and whether their loss should be compensable? Such an issue had particular relevance in the Murray Darling Basin States because each of the different basin States had different laws and over-

66 Taken from A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law in Australia*, LexisNexis, 2009, p 46.

67 The Agreement on Murray-Darling Basin Reform was technically implemented by way of amendment to the *Water Act* 2007 (Cth).

68 For a more detailed discussion see A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law in Australia*, LexisNexis, 2009, p 47.

69 See Parliament of Australia, House of Representatives, *Hansard*, Second Reading Speech on the Water Amendment Bill 2008, 25 September 2008, p 8657 at 8660.

70 The Agreement on Murray-Darling Basin Reform, para 4.12 and Schedule E. Available on CoAG site < http://www.coag.gov.au > and follow links. Accessed 1 August 2009.

71 The refinement of water entitlements as property rights has been called for by many including the Productivity Commission in its 2006 Report. See Australian Government, Productivity Commission, Rural Water Use and the Environment: the Role of Market Mechanisms, 11 August, 2006. Available at: < http://www.pc.gov.au/__data/assets/pdf_file/0004/14818/waterstudy.pdf > Accessed 9 November 2009.

allocation and over-use of water resources varied between those basin States.[72] These issues added to the tension and difficulties of developing a collaborative system of water management which had trading in and between States as a key tenet.

Another contentious issue associated with the introduction of tradable proprietary water entitlements was whether governments should actually cancel old licences altogether and start afresh with new entitlements which re-allocated water according to present knowledge about the volumes of water available. Perhaps not surprisingly no jurisdiction took up that challenge. Instead a conversion process took place whereby old style water rights were converted into new style entitlements without much alteration to the share available to entitlement holders.[73] In many ways this approach represents a missed opportunity to reallocate scarce resources to achieve better sustainability goals. It is arguably the single greatest weakness in the introduction of the new approach to water management.

Despite the fact that no wholesale revisiting of over-allocated water systems took place at the time of conversion, some States, for example, New South Wales and Queensland did go beyond merely converting their old water rights into new entitlements which could be traded.[74] These States also separated out the component parts of their old water rights. Hence they created four new kinds of entitlements: (a) a perpetual share; (b) an annual allocation; (c) approvals of 'works' to extract water; and (d) approvals to use water on specified land for specified purposes.

Unfortunately, no uniform nomenclature emerged across jurisdictions to describe these new entitlements and approvals. Hence a water access entitlement (that is, a perpetual entitlement) is known in one State as a water access licence[75] while in others it is called a share[76] or a water allocation,[77] for example. This has caused considerable confusion, particularly in the context of interstate water trading. Nevertheless, it is possible to distil some generic terminology from all the different terms contained in the diverse legislation.

To explain, the generic term, 'water access entitlement' applies to the perpetual share and that share is commonly expressed in terms of a percentage or a unit entitlement. (The share or water access entitlement may be traded in whole or part, permanently or temporarily.) Meanwhile the annual allocation, generically known as a 'water allocation', represents what the share style entitlement converts into in real terms.[78] Put

72 The relevant states in the Murray Darling Basin are New South Wales, South Australia and Victoria.
73 Even 'sleeper licences' which had not been used for years were converted.
74 As at 2009 Western Australia and the Northern Territory are still to unbundle their water rights. Meanwhile some other states still have partially unbundled rights.
75 *Water Management Act* 2000 (NSW).
76 *Water Act* 1989 (Vic).
77 *Water Act* 2000 (Qld).
78 The generic term 'water allocation' should not be confused with the Queensland legislation's use of the term to cover the water access entitlement.

another way, it represents say, X% of the available consumptive pool of water in any one water year. That seasonal amount is credited to the licence holder's account each year. Water allocations like water access entitlements are tradable in whole or part.

This process of dividing up old water rights into their component parts and recognising them all separately, known as 'unbundling, was adopted by CoAG in 2004, when it adopted the NWI.[79] As a result, unbundling which began in New South Wales and Queensland, became an obligation of all States and territories as they signed the NWI. Some jurisdictions have satisfied this obligation more rapidly than others.

The aim of unbundling, like the creation of property rights, is to facilitate the easier operation of the market. Unbundling, for example, permits the transfer of water entitlements without amending the regulatory specifications for water works and water use approvals.[80] One effect of it has been, therefore, to permit water broking, whereby a person may hold a water access entitlement without a works or use approval.

Trade in salinity and pollution credits is another aspect of the water market that has gained appeal with the NWI having committed to study the feasibility of such markets.[81] The aim of such markets is the provision of incentives for water-use efficiency and to deal with the issue of environmental externalities.

Regulatory agencies, institutions and trading Water resources

The minutiae of how the trading provisions operate in the relevant jurisdictions is beyond the scope of this chapter and is dealt with comprehensively elsewhere[82] but it is useful to examine the broader structure of the new water management system and some of the in-built regulatory approaches that are embedded in the legislation, or operate by way of executive action or trading rules, for example. A consideration of these informs thinking on how much governments should be permitted to alter water sharing plans; how secure access rights and entitlements should be if they are to be the

79 For further discussion on the development of water markets in Australia see D Campbell, 'Water Trading Instruments in Australia: some Thoughts on Future Development of Australian Water Markets' in J Bennett (ed) *The Evolution of Markets for Water*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005 p 139. See also The Australian Government, Productivity Commission, *Rural Water Use and the Environment: The Role of Market Mechanisms*, 25 August, 2006. Available at: < http://www.pc.gov.au/__data/assets/pdf_file/0004/14818/waterstudy.pdf > Accessed 9 November 2009.

80 An example of a water work would be a pump.

81 Note that a salinity trading scheme has been developed for the Hunter Region of New South Wales. See New South Wales Water Information, Hunter Integrated Telemetry System. Available at: < http://www.waterinfo.nsw.gov.au/ > Accessed 1 December 2009.

82 A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009, chapter 25.

lynchpins in a market based system of water management; and on what basis trading should be permitted.

For water trading and the market to operate effectively the States and Territories need to introduce compatible institutional and regulatory arrangements which facilitate trade across borders. Such arrangements need to take account of any differences between entitlement liability, supply losses, supply source constraints associated with infrastructure, exchange rates for trading between systems, consistent pricing policies and requirements of the MDB Cap.[83]

Generally speaking the primary regulatory authority for the management of water resources which has emerged across the States and Territories is the Minister, who is responsible for water resources legislation within his or her jurisdiction. The powers given to the relevant Minister are commonly extensive. In New South Wales, for example they include constituting water management areas, approving water management plans, determining water access licence applications and making water determinations as to the volume of water generally available in a given water year, as well as determining applications for transferring or dealing in water access licences.[84] Other States and jurisdictions tend to replicate these responsibilities to greater or lesser extents, sometimes relying on specific agencies such as the Environmental Protection Authority (EPA) [85] (in the Australian Capital Territory) to perform some of these functions. At other times subsidiary roles are delegated to the Chief Executive Officer (in Tasmania), or the Natural Resource Management Boards (in South Australia). The State of Victoria, however, follows a quite different approach by conferring significant administrative functions on regional bodies known as authorities. [86] Authorities perform regulatory functions as well as having resource management responsibilities.

Furthermore, all States and Territories provide for some form of consultation by regulatory agencies with State consultative agencies.[87] Consultation also occurs at a regional or local level with each State or Territory's water resources legislation providing for the establishment of bodies to advise the Minister on how he or she administers the legislation. Again this demonstrates another form of regulation which impacts on water management.

---

83 A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009, p 43 by reference to NWI, cl 59-60. Australian Government, National Water Initiative. Available at: < http://www.nwc.gov.au/www/html/117-national-water-initiative.asp > Accessed 30 November 2009.

84 See *Water Management Act* 2000 (NSW).

85 *Water Resources Act* 2007 (ACT).

86 See *Water Act* 1989 (Vic) s 3 and Part 6, Division 1 and Schedule 1.

87 See for example, the Natural Resources Management Council of South Australia; Natural Resources Management Act 2004 (SA) Chapter 3, Part 2; Western Australian Water Resources Council; Water Resources Legislation (Amendment) Act 2007 (WA) Part 7, inserting Part IIA of the *Water Agencies (Powers) Act* 1984 (WA).

Important aspects of water trading legislation and regulation

Although not all jurisdictions have fully implemented the NWI and unbundled their entitlements, it is (albeit with some degree of difficulty) possible to tease out some important features associated with water trading regimes and the more formal methods of water regulation which have emerged in Australia.

First, it is anticipated that ultimately all water resource trading in Australia will occur on the basis that NWI tradable entitlements are its subject. The types of NWI entitlements that presently exist are outlined above. The first two of these, that is, the water access entitlement and the water allocation, currently form the basis of water trading. Trade may be in full or part, temporary or permanent.

Secondly, some kind of consent, usually Ministerial consent, is normally required for the transfer to proceed. Such consent is commonly tied, at least in part, to legislative requirements which outline the sorts of issues the Minister must consider in making his/her decision. Accordingly, the consent requirement acts as a form of regulation on the free trading of water entitlements.

Thirdly, other kinds of regulation also exist in the form of the water plan rules, dealing principles and trading rules with which there must be compliance. Many of these are specifically designed to apply to the particular region/area/catchment which is the subject of the water entitlement. It is common for Ministerial approval not to be forthcoming unless such compliance is first found to exist.

Fourthly, restrictions on water trading may also exist by way of restrictions imposed directly on the entitlement itself. Hence, in New South Wales, for example, planned environmental water may only be used for environmental purposes and adaptive environmental water is committed by way of a condition being imposed on the water access entitlement, in compliance with the water management plan.[88]

Fifthly, a Register which contains details of the trade needs to be maintained. Jurisdictions vary in relation to whether this is available freely, on request and for a fee.

Overview of water markets in Australia

Although all States and Territories have introduced water resources trading, there is not one, single water resources market in Australia. Instead, markets have emerged in more localised circumstances. They operate within States, water catchments, zones and

88 See *Water Management Act* 2000 (NSW) s 8E(9). . It seems that even if a water plan permitted the trading of adaptive environmental water, that could only occur if (a) the trade were also consistent with the *Water Management Act* 2000 (NSW) and the Ministerial condition which defined it as adaptive environmental water and (b) the trade were only temporary

systems but there is not really a national market and given that one State, Tasmania, is an island and another, Western Australia, is very remote, it is perhaps possible that this will never be so. The problems posed by the physical transfer of water makes a national water market a very different case from a national market in electricity, for example, which is a resource than can easily be moved from grid to grid.

Further, even within the more localised water markets that have emerged there is a 'patchiness' about their development. They have been embraced in some areas but not in others. In reality, it is probably best to speak of two main and distinct kinds of water markets that have developed. They are the bulk water market and the private water market. The bulk water market basically involves trade between statutory authorities, government business entities and local authorities, who own and operate the dams, weirs and pumping stations etc and who act as bulk water operators.

The other type of water market, the private market, which is the major focus of this chapter, covers those private individuals and companies, who trade their access entitlements to take water from rivers, creeks or aquifers etc. This market includes trading between irrigators in irrigation districts, whose rights to access water are provided by the irrigation corporation/co-operative to which they belong. Such irrigators can normally trade freely with other irrigators in the same corporation/co-operative but outside trade has proved difficult when the corporation/co-operative has imposed restrictions preventing it. In turn, this has raised restraint of trade issues which have had both policy and legal implications.[89]

Another kind of water market which also exists is the environmental water market, whereby water is purchased for the benefit of the environment. This type of water market remains fairly undeveloped thus far. To date, it has been dominated by government participation although some commentators suggest that non-government agencies and 'green' companies may become players in the future. Presently, this market has the difficult taks of attempting to redress past failures to commit enough water to the environment. Whether it can achieve this object is a moot point and it is discussed in the Section 3.

Finally, the push to establish a fully functioning water market has been persistent in the Australian context with the Productivity Commission, in 2006, calling for: improvement to the entitlement and seasonal allocation regimes; the further reduction and removal of trade constraints; the reform of an 'over-reliance' on planning processes to allocate water for environmental purposes; and a greater reliance on markets (and less on regulation) to improve irrigation salinity.[90] Some of these suggested changes have since

89 See NWI para 60(iv) and 63(ii).

90 See Australian Government, Productivity Commission, Rural Water Use and the Environment: the Role of Market Mechanisms, 11 August, 2006. Available at: < http://www.pc.gov.au/__data/assets/pdf_file/0004/14818/

taken place but not all. Given the present state of the global economy and markets more generally, perhaps any tardiness in implementing the suggested market-friendly reforms may ultimately be seen as a positive rather than a negative.

Part 3
Prognosis

While Part 1 of this chapter fleshed out the broad regulatory landscape of Australia and Part 2 discussed the operation of Australian water resource management (particularly the market) this Part seeks to draw these earlier two Parts together, by examining how effectively water regulation is working in the Australian context.

Water resource regulation, like several other areas of regulation, has emerged as a type of 'government at a distance'. It has come to operate by a series of relayed messages emanating from a diverse variety of sources which ideally are held together by an overarching direction set by the state. Put rather prosaically, today the state seems no longer keen to be the cook but is still happy to have a finger in the pie.

Further, the current state of play is marked by uneven operation across the range of regulatory tools and regimes. The performance of both specific regulatory tools and the overall effectiveness of water regulation in Australia is assessed in the following section.

Legislation

As observed in Part 2, water legislation across Australia has been completely revamped in the last decade or so, but these changes have occurred at an even rate and degree. [91]

For example, even with the encouragement of National Competition Policy Payments, not all jurisdictions have managed to pass legislation which creates new style, unbundled, tradable entitlements; entitlements which government policy sees as the basis of trade. (Western Australia has been notably tardy in this regard.) Further, there is no uniformity of legislative terminology across the jurisdictions. Hence, it is not easy to determine exactly what is the subject of trade, particularly in inter-State/jurisdictional trading, where the same bundle of rights may masquerade under different names. This potentially creates an atmosphere of uncertainty and tentativeness which may be partially responsible for impeding trade. (Note that trade and the market are discussed under a separate heading below.)

waterstudy.pdf > Accessed 9 November 2009 p xxv.

91 For specific details of the relevant legislation in each jurisdiction see A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, LexisNexis, Sydney, 2009.

Despite the fact that the legislative reform and management of water resources has not been achieved in a cohesive and integrated manner, it has still been the subject of review and refinement in an attempt to better meet policy objectives. This is so in most States but particularly in New South Wales, where for example, yet another suite of legislative amendments became effective in early 2009. Those amendments gave more teeth to the compliance powers of the New South Wales Office of Water, which is charged with regulating access to water across that State. A key role of the Office is to ensure compliance with legislation; legislation that aims to achieve the equitable sharing of water resources.[92]

It is notable that a driving force of the NSW amendments was to prevent illegal water activities, such as water theft, including pumping from a stream during periods when pumping is not permitted and unapproved dam or earthworks constructions etc. Broadly speaking the new offences cover: (a) taking water when not authorised by a licence; (b) metering and; (c) harming an aquifer or waterfront land.[93]

The way the legislation goes about modifying behaviour and preventing certain activities in relation to the three areas outlined above, is by the use of punitive measures, such as penalties (of up to $1.1 million and up to two years imprisonment for individuals as well as fines of up to $2.2 million for corporations). The legislation also encourages people to report anonymously the illegal activities of others. Used in this manner, legislation is invoking a command and control style approach but it is also incorporating an element of, if not self regulation, what might be called, 'neighbour regulation', whereby compliance monitoring becomes, in part at least, the responsibility of fellow citizens.

Clearly, one aim of the legislative changes is to ensure that water remains in the hands of those licensed to have it, so that it will be available to be used by them or alternatively so it can be put on the market by them. Another aspect of the legislative amendments operating as a tool of regulation, is that they highlight the multi-dimensional interplay of regulatory forces. To explain, the water theft legislation is not simply handed down from the state on-high. True, the legislation relies on a strict rule/harsh penalty approach but its use is justified to the wider community through persuasive and explanatory material available on government websites and in newspapers, for example. Hence, the internal media machine of government departments is also employed to encourage acceptance and 'ownership' of the legislation by the wider community, whose attitude towards that legislation, plays a part in its effective operation as a regulatory tool. Further, the ability of the courts to order an offender to publicise his or her offence resonates of

92 NSW Office of Water, Water Compliance Policy, Available at: < http://www.water.nsw.gov.au/Water-Management/Law-and-Policy/Compliance/default.aspx > Accessed 20 November 2009.

93 NSW Office of Water, Water Compliance Policy, Available at: < http://www.water.nsw.gov.au/Water-Management/Law-and-Policy/Compliance/default.aspx > Accessed 20 November 2009

public shaming, a technique discussed earlier. In the present case, although the courts might employ public shaming, they remain dependent on the media to make it successful.

Yet another aspect of the water theft legislation is that it permits courts to order an offender to pay for an environmental project. This approach is designed to moderate behaviour by not only causing the offender to suffer financial loss but also by forcing him or her to do good works. It, therefore, borrows from some of the criminal law regulatory models which use the requirement of 'community service' as a means of deterrence, punishment and education. In the criminal sphere, however, the community service model has met with mixed responses. Apparently, all too often involvement in community service projects is poorly organised and monitored. Presumably, these problems, could be overcome with better planning and co-ordination. What perhaps is more important but harder to assess is whether positive attitudinal changes take place when people are placed in such programs. If it does, perhaps aligning environmental offenders with ecologically sustainable environmental projects even if only in a financial way, may yield positive results.

Governmentality and the Statisticalisation of Data

One impact of the development of the internet and cyberspace technology has been the growth of the statisticalisation of data, including all manner of data about water consumption, water sources, water restrictions and water quality, for example. In most States a website is devoted to information such as the volume of water stored in dams, river levels and flows, salinity levels and water accounting. The availability of such information is capable of acting as an informal tool of regulation. Conduct is altered and decisions are made about water use on the basis of this information. For example, details on dam levels have served as a tool of regulation by educating people so that they come to govern themselves (and their neighbours) by moderating their consumption of water because they are aware of its scarcity.

Another example of the statisticalisation of data which exemplifies its role in water regulation is the '200 target' in South East Queensland. A target of using no more than 200 litres of water per day, per person was set by government. As it was only a target, formal penalties were not imposed for over-consumption. The results of water use were monitored and displayed on the internet and these were very positive. Anecdotal evidence suggests that people took this form of governing the self very seriously and tried hard to adhere to the target. Indeed, neighbours were even known to chastise other neighbours for wasteful water use. [94] This suggests that self (or neighbour) regulation was at least, in these particular conditions, a successful form of water resource regulation.

94 Presentation by Professor Peter Spearitt, Annual Symposium, Academy of Social Scientists, Canberra, 20 November, 2007. For further information on the target see the Queensland Government, 'Regional Water

Whether it could be relied on in more diverse circumstances is perhaps more problematic.

The Media

In the context of water management, the media is a regulatory tool of considerable force. As observed above it commonly, although not always operates, in tandem with other regulatory tools, such as legislation. The media is potentially the tool of anyone who has the power to use it. Therefore, its voice is splintered and multi-directional. Hence, on issues such as whether more dams (eg the Travestone Dam, in South East Queensland) should be built to capture water and increase potable supplies, the media both reflects and creates the views of the diverse interest groups involved including those of irrigators, engineers, local residents and environmentalists.

In the case of Travestone, the media has, on one hand, been responsible for developing a growing awareness that large-scale infrastructure projects may not be the most effective means of enhancing potable water supplies. Newspaper articles, television, radio and internet blog sites particularly, have highlighted the environmental harm which infrastructure, such as a dam, is likely to produce. But running counter to these views are others that the media takes up (or creates) and they demonstrate a bias towards large scale infrastructure development: a bias which is often couched in the language of 'responsible government decision-making' and based on ideas about 'protecting the community in the future' or exploiting 'engineering triumphs'. Implicit in this latter approach may be the view that trading and the market are not necessarily crucial to water management because if increased water supplies are available there is perhaps not the same need to cap and trade the sources that presently exist. Of course, there are middle-ground positions, too.

The disparate and competing forces which are constituted by and reflected in the media highlight the media's role as a site where ongoing tensions are played out. In this sense, the media reflects the ebb and flow of opinion, reminding us that nothing is static. The public mood, the state mindset and the corporate consciousness are all drawn into the ebb and flow and decisions are made and conduct is altered, in part, on the basis of the persuasiveness of the media at any given time.

Hence in the dam example above (although hard to ascertain in concrete terms), the media is very likely to have played a role in shaping the Commonwealth Environment Minister's proposed decision to reject the Queensland government's plan to build the Travestone Dam. The subject has certainly received much media attention.

Use Under Target 200', Available at: < http://www.qwc.qld.gov.au/tiki-read_article.php?articleId=382 > Accessed 14 December 2009.

However, as with most of the decisions which ultimately regulate behaviour, there are likely to be multiple factors which determine the direction of the decision taken. For example, in relation to Travestone, the Commonwealth Minister must also make his decision within the parameters set out in legislation and by reference to the various reports and guidelines which must inform that decision.[95] Therefore, he must consider whether 'the economic and social benefits associated with the project are sufficiently large to outweigh any significant environmental impacts'.[96] Further, the Minister must also consider whether alternative strategies would achieve similar economic and social benefits without causing the same environmental harm.

Another example of the role of the media in shaping and influencing water regulation may be seen in regard to Cubbie Station. Cubbie Station, situated in Southern Queensland is the largest privately owned irrigated farm in the Southern Hemisphere. It was created in the 1980s through the amalgamation of 12 floodplain properties. Since then it has been engaged in cotton farming (a high water use crop). Its heavy water use is supported by the installation of very large water storage dams along the Culgoa River, which is part of the Murray-Darling Basin. It has been estimated that in an average year Cubbie uses 200,000 megalitres of water while in a good year this rises to 500,000 megalitres.

Cubbie is reputedly licensed to take 460,000 megalitres of water per year; an amount not only equivalent to all the water Sydney Harbour but also to all the irrigation entitlements of irrigators downstream in north-western New South Wales.[97] Further, the water available to Cubbie under its licences was supplied at the very cheap price of $3,700 per annum, which is inconsistent with present moves to use pricing as a regulatory tool. [98]

It was the media's tenacious reporting that disclosed these and other facts about Cubbie. Indeed, the media also highlighted that much of Cubbie's actual water use relied not on specific water 'extractions' but rather on the use of overland flows before they reached rivers. (Queensland legislation allows any person to take 'overland flow water… for any purpose' unless there is a promulgation preventing it.) Hence, although only 70 gigalitres may have been drawn from the Culgoa, the capturing of flood events

95 In 2009 the Commonwealth Environment Minister is the Honorable Peter Garrett.

96 The Centre for International Economics, *Review of economic aspects of Traveston Crossing Dam Environmental Impact Assessment Documentation*, November, 2009. Available at: < http://www.environment.gov.au/epbc/notices/assessments/2006/3150/pubs/traveston-dam-cie-report-part1.pdf > Accessed 20 November 2009.

97 ABC television, *7.30 Report*, 'Bitter Water Feud Grows in Queensland' 24 February 2004. Transcript available at: < http://www.abc.net.au/7.30/content/2004/s1052459.htm > Accessed 1 December 2009.,

98 ABC television, *7.30 Report*, 'Bitter Water Feud Grows in Queensland' 24 February 2004. Transcript available at: < http://www.abc.net.au/7.30/content/2004/s1052459.htm > Accessed 1 December 2009.,; B Keane, Cubbie Station Was Never Sustainable, *Crikey*. Available at : < http://www.crikey.com.au/2009/10/30/cubbie-station-was-never-sustainable/ > Accessed 1 December 2009. Note that as this chapter mentions earlier water resources, rather than water services (including urban water pricing) are the subject with which it deals.

before they reached the Balonne and Culgoa rivers meant that high levels of extraction were unnecessary. The water was got by another means. In relaying this information, media coverage drew attention to not only the high level of water use in times of extreme drought and the damage caused to the Murray Darling water system, but also to the inappropriate and largely unmonitored means by which Cubbie captured water. The reduction of water availability for downstream States which occurred as a result of allowing Cubbie to capture large volumes of water in channels, was also raised. [99] Consequently, these issues gained currency and topicality amongst diverse communities throughout Australia. By exposing facts and opening up debate, the media enlightened consciousness on the big issues of over-allocations, water licensing and regulation.

As pressure increased on Cubbie to conform to water use goals and practices (pressure which has been exerted by the media, along with state controls such as legislation and policy) the unsustainable nature of Cubbie's activities was recognised. Newspaper reports, internet blogs and radio and television reports all played a very important part in bringing this knowledge into the public domain and in shaping reactions to it.

Perhaps it is also not surprising that as pressure mounted forcing Cubbie to reconsider its high water use and the ethics of capturing overland flows, as well as its compliance with the licensing requirements, water management plans and market rules etc, it has emerged that Cubbie is no longer economically sustainable either. Some might conclude that Cubbie's future became less certain when the benefit of the water indulgences that it enjoyed looked likely to disappear.[100] As a postscript, it can be observed that in October, 2009, Cubbie went into voluntary liquidation with neither the Commonwealth nor Queensland government, being prepared to buy it out.

The Cubbie Station case is just one such case which demonstrates how the media, can operate within the water context, to guide and channel behaviour towards desired endpoints. The case highlights how management and regulation of resources such as water does not occur in an insulated manner. The media, legislation, the market, policy and interest groups for example, all move in and out of exerting pressure on players to alter their behaviour so as to move towards certain outcomes. What is created is a dance of subtle and unsubtle measures, operating in uneven degrees with varying effects to produce desired outcomes.

---

99 B Keane, Cubbie Station Was Never Sustainable, *Crikey*. Available at : < http://www.crikey.com.au/2009/10/30/cubbie-station-was-never-sustainable/ > Accessed 1 December 2009.

100 Note that the Cubbie Group Chairman, Keith de Lacey blamed Cubbie's failure not on the need to comply with changed water policy but rather on the drought. See ABC news, 'Cubbie Station Going into Administration', 29 October, 2009. Available at: < http://www.abc.net.au/news/stories/2009/10/29/2727856.htm > Accessed 1 December 2009.

The Market
Ambit of the Water Market

The market, as observed above, is both patchy and multi-faceted in the water resources context. A single national market has not emerged despite the fact that much of the policy literature refers to it as a goal or objective. In Tasmania and Western Australia, for example, water is unlikely ever to be physically traded out of those States, because the hydrological systems (either artificially or naturally created) are not there to support such a step. However, it is possible that a national market could exist to the extent that water futures or other water entitlements could be held in one State by entities in another.

To date, the effectiveness of the market as a regulatory tool has arguably been impeded by the relatively small number of trades that have taken place.[101] One key reason for that is that drought conditions have meant that there is very little water available to be traded. Most trades have been of water allocations (temporary entitlements) rather than of perpetual shares. Irrigators seem disinclined to want to part permanently with their perpetual entitlements to water availability but are more content to sell their annual allocation of water, commonly opting out of irrigation for the particular year concerned. The preference for temporary trades would suggest that it will be harder to plan for the environmental/sustainability effects of trading because on-going patterns cannot be so readily established. Hence, it is difficult for a Minister or other authority, for example, to make a truly informed decision about whether or not a trade might result in environmentally harmful outcomes such as increased salinity levels. This is arguably the case even though salinity monitoring, by way of sophisticated and integrated telemetry systems using radio and telephone to collect automatically realtime data from remote environmental monitoring sites, may be in place.[102]

Yet, the push to introduce and then expand the water market has been tenacious and persistent over the last two decades or so. For example, calls for additional water products such as seasonal allocations, leases and options contracts to be incorporated into the market, under the Living Murray Initiative, were made by the Productivity Commission, while the use of administrative arrangements to allocate water for environmental purposes was discouraged by the Commission. Recommendations to open up inter-

101 The number of trades that have taken place in New South Wales on the New South Wales Government Information site. Available at: http://www.waterinfo.nsw.gov.au/ > Accessed 1 December 2009. See also < http://wma.naturalresources.nsw.gov.au/wma/WaterTradeSearch.jsp?selectedRegister=WaterTrade&summaryType=intra > Accessed on 1 December 2009. In New South Wales, in the 2007-2008 water year, the most trades have taken place in the Murray Regulated Water Source where there were 777 trades totalling only 35,983 units or megalitres. More water was moved by fewer trades in the Murrumbidgee Regulated Water Source where 470 trades resulted in 249,267 units or megalitres of water being moved.

102 Such monitoring commonly extends to: water levels; water temperatures; water salinity; and in some cases rainfall intensity. The market and the environment is discussed below.

district water entitlements and remove exit fees have also received support. In short, the water market has been embraced by much of government and industry but the present global economic crisis may be cause for concern in the water context as well as the banking and mortgage sectors. It may give rise to a re-evaluation of our romance with the market in recent years and just as the first flush of romance does not always live up to expectation, so it might be with the market. In hindsight, we may be left wondering what we ever saw in it.

Global Economic Crisis, a 'New Normal Economy' and the Water Market

Whether there are lessons for the water market and regulation, in the crisis of global capitalism witnessed in the last quarter of 2008 (and thereafter) have yet to be fully explored. However, it is perhaps worth considering the global economic crisis a little more carefully, if only to encourage some degree of circumspection about the present obsession with the market and with Australia's trail blazing approach to its incorporation in the water sector.

The global economic crisis of 2008, which is presently being controlled by massive state expenditure and intervention, is grounded in deep-rooted structural problems. [103] In the 1970s and 1980s, the world saw a model of capitalism develop which was dependent on unregulated markets, internet expansion and the related policy of globalisation. Markets increasingly lacked transparency and were populated by a host of different economic creatures such as false swaps and derivatives. The logic of supply and demand was found not to influence market activity anything like the effect of 'information turbulence' because markets tend to be dependent on perception not reality. Without controls in place, it became very difficult to untangle things when they went wrong. And go wrong they did.

Hence, liberalisation, unfettered growth and cyberspace development, it has been argued, led to the emergence of the 'global innovation of capitalism' which, in turn, created some reversible and some irreversible, features. The reversible features are being partially and may even be fully, addressed by state 'bail-outs' but the irreversible features, such as the global networks created by the internet, cannot be reversed. They are here to stay. Hence, any recovery from the global economic crisis will imprint on society a new form of capitalism compared with the one that preceded the crisis. A 'new normal economy' will emerge and it will carry with it a new economic culture. That culture is

103 The following discussion of the global economic crisis in this section is heavily based on a talk given by Professor Manuel Castells, OII Distinguished Visiting Professor of Internet Studies, Research Professor, Open University of Catalonia, 'The crisis of Global Capitalism:towards a new economic culture?' Oxford University Press Building, Great Clarendon St, Oxford, 22 October, 2009. Any errors (if they exist) in capturing Professor Castells' ideas lie with the author of this chapter.

presently in its embryonic stage but already some inkling of what it might look like is beginning to emerge. Its character will, in part, be influenced by the huge cumulative growth (30%) which took place in the United States of America between 1998 and 2008 and the present imbalance between capital accumulation in countries such as China and the deficit in the United States. It will therefore, be shaped by the lending frenzy that transformed people into borrowers beyond their means. And it will be shaped by the fact that banks themselves relied on securitization to finance their loans, often lending to each other, so when the crisis came the pack of cards fell down. Further, the lenders were not always banks but were, at times, hedge funds and new forms of financial institutions which went largely unsupervised. The response to the credit crisis will also help shape the 'new normal economy'.

How the economy will be able to regain its strength is uncertain. As noted above public spending has been used thus far to try to keep economies afloat but now government debts the world over (including Australia which is doing better in the economic crisis than many other countries) have increased. This then raises the question, of where further funds will come from? Taxes could be raised but this would seem to be politically suicidal in the present climate, particularly when unemployment is also rising. On that note, the International Labour Organisation predicted that over 51 million jobs could be lost in 2009[104] and the International Monetary Fund has commented that, '[a]s in past downturns, Spain [has] had the steepest reduction in the employment rate, followed by the United Kingdom and Germany. However, current employment losses in Spain—where the global crisis has coincided with the end of an extraordinary but unsustainable housing and construction boom—have been substantially higher than in previous cycles.'.[105] Unemployment in Spain, Italy and Germany is now in double-digits so not much spending is occurring and without being in receipt of income it is difficult for people to pay taxes.

Perhaps another alternative is for the countries in debt to borrow from countries such as China, which is accumulating capital. (The irony of the last bastion of communism, China, coming to the rescue of capitalism is inescapable in this scenario.) But China is itself suffering from a drop in exports to countries who can no longer afford to buy its goods.

There is clearly less demand, investment and lending in the post 2008 economic climate. Meanwhile this picture is accompanied by a sharp increase in unemployment. Although it is not suggested that this will lead to the total collapse of capitalism, it seems

104 Reported by BBC News. Available at: < http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/7855661.stm > Accessed 15 December 2009.

105 International Monetary Fund, *Comparing Recessions in German Spain,and the United Kingdom*. Available at< https://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2009/num111809a.htm > Accessed 15 December 2009.

to be leading to a re-fashioned capitalism in which telecommunications and digitialised entertainment have expanded; a new link between the private and public sectors is being built and; importantly for this chapter, a more adaptive style of living is being forged in which non-commercial ways of living feature. If this kind of new normal economy continues to emerge, it may not necessarily serve a water market well. The water market based as it is, on detailed legislative reform which commodifies water entitlements may not have many synergies with a less commercialised economy, increasingly based on barter, self production and sharing. Evidence of the latter may be seen in the rise of gardening as source of food supplies in both urban and rural areas. In Sydney, for example, there is evidence of footpaths being colonised by locals to grow vegetables. In the United Kingdom there seems to be a re-emergence of the common allotment along with vegetable gardens springing up in individual back gardens. In the United States, Michelle Obama's well publicised White House vegetable garden has been seen as the model for many others.

The 'white bicycles' of Amsterdam, which people share to transport themselves across the city, have mutated into different forms in Paris and elsewhere. House-swaps have also burgeoned as a way of holidaying and 'friends' banks' have also developed, whereby friends form a loose co-operative to lend and borrow between themselves. This re-casting of the economic model we live under has implications for all presently existing markets, but particularly for the water resources market which is the subject of this chapter. The water market is dependent on trade to move water from one place to another but if society is forced to save rather than spend and that appears to be the trend that is causing government so much concern,[106] then it is likely the water market may shrink if not stagnate.

That would, in turn, raise the question of what things would look like if the water market failed? At its most rudimentary level, the answer to that question under the present system of water management is that water entitlements would not be re-distributed and hence the water itself would remain to be accessed by the original holders of the entitlements.[107] Presumably, this would only be a problem if one were of the view that water did need to be moved from one place to another. Although, some degree of water needs to be moved from one place to another to enable the ordinary functioning of a society, there would seem to be some room for debate on how much and to what extent water needs to be re-distributed. A view is gaining currency that perhaps society needs to be more circumspect in its acceptance that water redistribution is necessarily positive. For example, the Snowy Mountains Hydro Electric scheme built in the 1950s, which was seen, when begun, as the triumph of human endeavour over the environment,

106 The Australian government sought to redress this trend by the provision of economic stimulus packages to encourage expenditure.

107 The original holders of the water entitlements would, in turn, only be able to access their entitlements if they could afford to purchase the water to which they were entitled.

'harnessed' and diverted massive amounts of water from the Koscuisko Mountains of Australia to enable its use in the generation of electricity. As a result a town (Adaminaby) was deliberately flooded, water courses were altered and large scale infrastructure was built. Today, the merits of this project are being re-visited by some environmentalists as the effects of water diversions and infrastructure development on the environment emerge.

Indigenous land and water practices are also receiving belated attention. For example, practices which permit water that is caught in a billabong (pond) to remain there, rather than re-connecting it to a river, have received support from a growing number of environmental scientists. The land surrounding the billabong is apparently nourished by this approach. Both these examples (the Snowy Mountains Scheme and Indigenous water practices) suggest the movement of water which is a key objective of water trading and the water market, is not a practice that is without its critics. However, having said that, it is worth re-iterating that some degree of water movement is what makes ordinary existence possible.

But how much water movement should be tolerated or indeed encouraged, by water trading? As noted above, the South Australian government has had to buy in water on the bulk water market, for cities such as Adelaide, in order to secure water supplies for that city's inhabitants. Whether water purchases such as these are the best solution given that the projections on Adelaide's water future are quite grim, is increasingly debatable. Whether Adelaide and places like it have a future if sustainability goals are to be pursued. is becoming a contentious issue. Although a controversial suggestion, perhaps another way of looking at the 'Adelaide problem' is to move the people not the water. This approach would align more comfortably with the views of the critics of the Snowy Mountains Scheme and the proponents of Indigenous water practices but it would create a high price in terms of social dislocation and the budgetary implications in re-settling populations would be extensive. But when other resources, such as gold, have run out, people have had to be re-located and towns have died. Hence there are precedents for not 'propping up' unsustainable towns and cities. Whether we as a society can afford to supply water to towns, cities and farms where the cost of getting it there is high and the environmental implications of doing so possibly quite negative, the tough options need to be considered, at least. It may be that development has spawned in places where it cannot be supported.

Perhaps it should not be forgotten that over a century ago, the surveyor, George Goyder marked out a saltbush line running across South Australia, suggesting that no agriculture should take place north of the line because there was not the rainfall to support it. Maybe we should take heed of his counsel today in deciding whether to transfer water to increasingly dry places in order to support development there.

The Market and Environment

Yet, the literature in the field, at least in Australia, has until very recently remained quite upbeat about the benefits of water trading and the market. It commonly rehearses the objectives and goals of water trading, focusing on the economic benefits of moving water from low value to high value use. It also re-iterates the importance to the market of separating rights in land from entitlements to water, by emphasising the flexibility that the 'unbundling' process encourages. But separating rights in land from those in water creates a dislocation between land and water. It sets up a disjuncture or disconnect between two very closely related aspects of nature. Accordingly, it becomes somewhat ironic to speak of 'integrated' catchment management when the pre-conditions for the trade supporting it are based on dislocation and separation.

Besides this concern, other economic and environmental concerns have also arisen. For example, economists debate how best to address the manner in which environmental externalities (such as evaporation) can be factored into market mechanisms and the extent to which the water market itself should be regulated. The role of environmental managers has also become the subject of robust discussion and calls for the expansion of their roles have been expressed, with some reports, advocating better access for such managers, to the full range of water-related products, on the same terms and conditions as other market participants. [108] Yet, perhaps environmental managers should not compete (if they are to compete at all) [109] on the same terms, but rather more favourable ones, given that their *raison d'etre* is meant to be the preservation of the environment rather than profit maximisation. Markets will not matter a toss if the environment is so degraded as to threaten the existence of human life.

Whether an 'environmental' market is, in fact, the best solution for returning water to the environment is contestable. Environmental markets may not yield the anticipated results when those selling water entitlements to the environment are able to hold off for a better price than environmental/governmental agencies are willing to/can pay. By the time licence holders sell their entitlements to the environment, the environment may have become more seriously damaged. Perhaps the environmental market will not have the capacity to address the urgency of environmental needs. Put another way, perhaps the environment might not be able to wait.

---

108 Australian Government, Productivity Commission, 'Rural Water Use and the Environment: The Role of Market Mechanisms', 11 August 2006, p xxii. Available via link at: < http://www.pc.gov.au/projects/study/water-study > Accessed 1 December 2009.

109 They would not compete if water management were not market-based.

General observations
Outcomes of new water regulation hard to fathom

How the emerging patchwork of water regulation in Australia, which as we have seen operates by way of various interactions including those between the legislation, the executive, the market, media, policy and other informal controls, is working is somewhat difficult to ascertain clearly. Gunningham observes that in the United States of America '[m]any scholars are concerned that collaborative initiatives……are producing disappointing results but have only limited data on why this might be so.' He goes on to suggest that more needs to be done in 'mapping progress' and 'identifying what works and what doesn't and why'.[110]

Unfortunately, Australia may be in the same position. There are concerns about the effectiveness of some of the co-operative and multi-levelled regulatory approaches presently being employed but waiting to map their progress may be fraught for at least two reasons. First, regulatory changes may occur quickly and subtlely. In that sense, regulation is rather like a virus -not in the sense that it is a disease- but in the sense that it morphs into some other form just as one has worked out how to deal with it. Therefore, the luxury of time may not exist and it might not be possible to delay action and step back to see how regulation pans out. The second reason is that the resource being regulated in this discussion is very special. It is now hackneyed to re-iterate water's life-sustaining qualities but they cannot be over-looked. Getting it wrong in relation to water is arguably likely to have more serious consequences than making regulatory mistakes in relation to electricity, gas, telecommunications or transport, for example. Without water people die.

An example of where it is difficult to know how the regulatory tools are working but where there is a fear that they might not be working well, is in relation to the trading of groundwater resources. Groundwater trading has been introduced and like surface water trading, these trades are meant to be controlled or regulated to some extent, by having to obtain approvals for the trade. However, approvals are commonly granted by the Minister or other authority, on the basis of compliance with water planning rules, guidelines or policies, for example. (In New South Wales an example of such a policy would be the Policy for Groundwater Transfers in Inland NSW Outside Water Sharing Plan Areas while trading rules in other areas are established by the relevant Water Sharing Plan.) According to many these amount to sufficient regulatory controls.[111] Yet, with

110 N Gunningham, The New Collaborative Environmental Governance: the Localization of Regulation, (2009) 36 (1) *Journal of Law and Society* 145 at 146.

111 T Boyd & J Brumley, 'Advancing the trade of groundwater entitlements n Australia, *Water Resources Management III*. Available at: < http://library.witpress.com/pages/PaperInfo.asp?PaperID=14554 > Accessed 1 December 2009.

the best will in the world approval may be granted only for it to be later proved that approval led to harmful environmental or social outcomes. Environmental scientists and engineers point out, that the effects not just on water, but on land and vegetation may not be known for the next hundred years or so.[112] Put another way, a little like the mesotheleoma (asbestos) cases, the harm from groundwater trading might not emerge for a long time into the future and unfortunately the precautionary principle does not seem to be being applied in this area with as much force as might be thought appropriate. This is so despite the fact that many research initiatives have spawned and there is a developing body of literature aimed at addressing the inter-connection of groundwater, land and river systems.[113] It remains unfortunate that the water market and the associated trading of groundwater became operational before status reports on groundwater resources had been completed.[114] In such circumstances it is difficult to have confidence in the view that the impacts of groundwater trading had been taken into account in approving trades, when the quality and extent of the resource itself remained unknown.

The beast can't bear up to the regulatory/managerial burden

Another aspect of the introduction of regulated markets has been the introduction of a whole armoury of so-called protective mechanisms which are designed to soften or manipulate direct market impacts. Hence, there has been a rise in cost benefit analyses, mission statements, objective and goals statements, anticipated outcomes reporting, actual outcomes reporting, feedback and evaluations. Consents and accountability have become key parts of this managerial frame. In theory, these requirements may have merit in tempering the freedom of the market but, in practice, they have served to slow down action and over-burden those with whom the responsibility for compliance rests. Their weight looks set to crush the beast (in this case water resources) that they are supposed to protect and support. As managers and market participants in the water resources sector try to comply with the various approvals, consents, codes, reports, water plans rules, trading rules, government policy, legislation and the like, their sense of frustration

112 Reference to Professor Ian Acworth, A Gardner, R Bartlett and J Gray, *Water Resources Law*, Lexis Nexis, Sydney, 2007 p 621.

113 See the' Connected Waters Initiative' based at the University of New South Wales. See also M Young, 'Do Rivers Have Aquifer Rights?' *Aqua Australis*, Journal of the Hydrological Association of South Australia, November, 2001, p 1; See also the Report of the ARMCANZ/ANZECC High Level Steering Group on Water published by Commonwealth of Australia, entitled Groundwater Trading- Occasional Paper, 2002. Available at: < http://www.environment.gov.au/water/publications/agriculture/groundwater-trading.html > Accessed 1 December 2009. However, the last report is notably concerned with why more groundwater trades have not occurred and how they could be encouraged.

114 New South Wales Office of Water, Groundwater. Available at: < http://www.water.nsw.gov.au/Water-Management/Water-availability/Groundwater/default.aspx > Accessed on 1 December 2009.

increases. Compliance is proving both time-consuming and costly. It is also commonly complex, yet as Karen Bakker has observed if a market is to operate in relation to water, it needs to be strictly regulated and this is an expensive exercise.[115] Whether it can be properly regulated is perhaps more problematic than first thought. One possibility is that the system designed to regulate the market may be so oppressive that it implodes and becomes unworkable. If that eventuated water would not be traded and hence would not be moved from place to place or alternatively, it would be moved but without the strictures that regulation imposed. Either alternative gives cause for concern.

In the area of water, we have arguably become so obsessed with monitoring various and separate aspects of water management that we run the risk of losing sight of the big picture. That picture is that the world's water resources are finite and need to be shared equitably amongst a community of users. Australia is, to some extent, sheltered from the latter of those two imperatives because it is an island and does not share transnational water boundaries[116] but it would be naïve to think that it was not or did not need to be part of global water management. Australia does, for example export its water resources in food and its treatment of rivers and wastewater which flow into the sea have water quality implications for the wider world.

Rather than focussing on water trading as a key tenet of water management, it may be better to focus on developing more ways to reduce water consumption while also increasing water sources via environmentally friendly methods, such as through recycling. At the same time perhaps consideration could also be given to re-installing greater state responsibility for water resource management and water services provisions (the latter of which has not formed the focus of this chapter.) One reason for restoring state responsibility in this sector would be to herald the return of an ethics in water management and sharing. Without wishing to over-state the position, the market generally saw the diminution of conventionally civilised methods of dealing with issues based on trust, respect, fairness, equity, integrity, ethics and service. The market paradigm replaced that mentality with one of commodification, profit, success, risk and loss where loss falls. There is arguably a growing desire, at a grass roots level if not yet in the literature, to return to a more civilised, compassionate society where happiness rather than wealth plays a more significant role. [117]

115 K Bakker, *An Uncooperative Commodity: Privatising Water in England and Wales*, OUP, Oxford, 2004. Note that Bakker's research focuses on water services rather than resources.

116 For a discussion of transboundary water management see E Louka, *Water Law and Policy: Governance Without Frontiers*, OUP, Oxford, 2008.

117 The following example might serve as a microcosm for a wider discontent. In a different context a newspaper journalist recounted the tale of a young teenager, who having saved his hard earned cash went shopping with friends (and without a parent) for a new pair of joggers. As soon as he left the shop and before he had worn the joggers out, he realised that he had bought one size too small yet the sales assistant would not allow him to exchange the shoes. He took the risk, bought the wrong size and the loss had to lie where it fell. No compas-

Conclusion

Water resources in Australia are regulated in a wide range of ways which include both formal and informal; state and private; as well as commercial and non-commercial ways. Accordingly, the market is but one tool only of water resource regulation. However, it is a tool with which many sectors of Australian society grew enamoured over the last two decades. Further, it looked to provide an alternative to the failing methods of water management which were in evidence throughout the twentieth century. However, in the present global economic crisis and as the real, rather than theoretical, implications of marketisation begin to emerge, the market's credentials and applicability in a range of spheres are under increasing scrutiny. If newspapers, blogs and talk-back radio for example, have any credence, the romance with the market appears to be wearing off for significant numbers of citizens, politicians and policy makers.

The market's image is being tarnished for a number of reasons. One reason is, as suggested above, that markets more generally appear to be proving less effective tools of social organisation than had been anticipated, the result of which is that the burden of 'propping up' the economy has increasing fallen to the state. Accordingly, we have witnessed a return to state intervention of the economy in the form of loans to banks, state guarantees of banks and stimulus packages to individuals. In this context the belief that the market is adequately self-regulating has been seriously challenged.

While the banking sector has received much attention as a site where profit has been privatised and loss socialised (with bank Chief Executive Officers receiving large bonus payments in the face of bail-outs by the state) the state has had to intervene, or at least be prepared to intervene, in other sectors too. For example, in 1996, in Adelaide, South Australia, when a 'widespread and offensive stench' covered the city, the South Australian government had to intervene to fix the problem of raw sewage being accidentally released into the treatment ponds at the city's treatment plant. United Water, a private operator, was heavily criticised for its involvement in the problem but ultimately it was the state which had to solve the problem. To do so, the South Australian government had to hire a team of private consultants, who allegedly were former employees of the old state monopoly but had lost their jobs when the utility was largely dismantled and private companies were invited to enter the market.[118] Further examples of the state having potentially to intervene may be seen in much of the legislation covering privatised resource services, such as electricity and water /wastewater services. The state is

sion, civility or ethics seemed to govern the exchange. It is with this sort of mindset that society seems to be growing discontent.

118 See J Gray and A Gardner, Exploiting the Unspeakable; Third party access to sewage and public-sector sewerage infrastructure, in P Troy (ed) Troubled Waters, ANU ePress, Canberra, 2008, p 51.

effectively made the supplier of last resort, to whom society turns if the private sector fails. This situation begs the question: if the state has to bail out the private sector when things go wrong, why does not the state simply resume its former role as supplier of utility services and manager of resources? Is it not better for the state to clean up its own mess rather than the mess of others?

However, a full blown application of this logic would lead to a completely socialised state, which Australian voters have repeatedly indicated they would not like. Yet, a return to a more balanced mix of state and private sector responsibilities may be desirable, particularly if key resources (and services) which make very real impacts on the lives of citizens, are returned to state control. (Although water services have not been the focus of this chapter, a return to state control in this sector, would arguably prevent water costs which most agree must rise, from becoming unaffordable.)

A less drastic response, given that the balance is presently tipped in favour of the market, would be to introduce more heavily regulated markets. But as Karen Bakker has observed, good water regulation is expensive and difficult to implement. One is then left wondering whether it can really be achieved and the examples of the excessively burdensome nature of monitoring, compliance and accounting that accompany regulated markets suggest that it might not.

If there are doubts about the effectiveness of a regulated market, water is not an area in which risks should be taken. Water is too precious.

Although, the Australian state-based systems of publicly controlled water administration of the nineteenth century failed, that is not to say that all systems of public water administration will necessarily fail. Perhaps a system which genuinely: (1) addresses the issue of water over-allocation by re-assigning water rights (presumably with adequate compensation) in light of clear sustainability targets; (2) includes a sensible cap on extractions; and (3) introduces water taxes aimed at penalising excessive consumption and controlling salinity levels, would be viable. At least, such a system should not be discounted altogether. It may succeed in doing what other schemes have failed to do, that is, establishing a water resource sharing scheme which has integrity and ethics but also delivers positive sustainability outcomes. Presumably such a scheme's operation would also continue to be moderated and steered by formal and informal regulatory tools as well, such as the media, policy and legislation but quite possibly the envisioned scheme would be accompanied by a re-emergence of stronger command and control type approaches which commonly set standards. According to anecodotal evidence from several practitioners this would be welcome. Apparently many water managers would like to see a system of water resource management with which they could comply more simply.

Regulação das Águas e Resíduos em Portugal

*João Nuno Calvão da Silva**

Nota prévia; I – Da organização e gestão do sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos; A) Até 1993: serviços públicos municipais; B) Após 1993: novo modelo de gestão do sector; B.1) Sistemas multimunicipais e municipais: caracterização; B.2) Sistemas multimunicipais e municipais: gestão; II – Do quadro regulatório do sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos; A) Da necessidade de regulação (independente); B) Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais; C) Instituto Regulador de Águas e Resíduos; D) Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR); D.1) ERSAR: da natureza jurídica; D.2) ERSAR: das atribuições; D.3) ERSAR: do âmbito subjectivo de actuação; D.4) ERSAR: dos poderes regulatórios; D.4.1) Poderes regulamentares; D.4.2) Poderes de supervisão; D.4.3) Poderes sancionatórios; D.4.4) Poderes de resolução de litígios; III – Sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos como Serviço de Interesse Económico Geral; A) Dos Serviços de Interesse Económico Geral: breve introdução; B) Águas e Resíduos como Serviços de Interesse Económico Geral: princípio da subsidiariedade; C) Águas e Resíduos como Serviços de Interesse Económico Geral e a Directiva dos Serviços (Directiva 2006/123/CE, de 12 de Dezembro); C.1) Âmbito da Directiva dos Serviços e SIEG; C.2) Directiva dos Serviços: águas e resíduos como SIEG e direito de estabelecimento; C.3) Directiva dos Serviços: águas e resíduos como SIEG e liberdade de prestação de serviços; D) Águas e Resíduos e a Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei nº 23/96, de 26 de Julho).

Nota prévia

No quadro da regulação jurídica da economia em Portugal, o sector das águas e resíduos foi recentemente objecto de importantes modificações no plano legislativo, a justificar estudo razoavelmente exaustivo da nova realidade jurídico-económica e institucional deste domínio tão importante para a economia lusa[1].

* *Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Ciências Jurídico-Comunitárias*

1 Sobre o direito das águas e dos resíduos em geral, *vide* Alexandra Aragão, *O Princípio do Nível Elevado de Protecção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos*, Almedina, Coimbra, 2006, "Direito Administrativo dos Resíduos", *in Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume I,coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, 2009, Joana Mendes, "Direito Administrativo da Água", *in Tratado de Direito Administrativo Especial,* Volume II, coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, 2009.
Sobre o Direito do Ambiente, em geral, *vide* ALVES CORREIA, "Principais instrumentos da tutela do ambiente urbano em Portugal", *in Stvdia Ivridica*, 81, *Colloquia* 13, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, pág. 87 e ss.; CARLA AMADO GOMES, "Direito Administrativo do ambiente", *in Tratado de Direito Administrativo Especial,* Volume I, coordenação de Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, 2009,GOMES CANOTILHO (coordenação), Introdução ao Direito do Ambiente, Universidade Aberta, Lisboa, 1998; *idem*, "Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 69, Coimbra, 1993; *ibidem*, "Protecção do ambiente e direito de propriedade", *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, (separata), Ano 128, Coimbra Editora, Coimbra, 1995/96, pág. 3 ss.; JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Tutela ambiental e Contencioso Administrativo*, Coimbra Editora, 1997, e "Que estratégia para o Direito Ambiental Norte-Americano do séc. XXI: o «cacete» ou a «cenoura»?", *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVII, Coim-

Na elaboração deste estudo, procuramos descobrir as especificidades da regulação do sector das águas e resíduos, contextualizando a análise sectorial no quadro, mais lato, do fenómeno regulatório em geral e de alguns aspectos relevantes de direito da União Europeia, com particular realce para a disciplina dos serviços de interesse económico geral.

Deste modo, o presente trabalho, divide-se em três capítulos: após a caracterização da actual organização administrativa e gestão das actividades do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbano (cfr. Capítulo I), procedemos à análise do novo quadro institucional e regulatório do sector (cfr. Capítulo II), acabando, por fim, pela descrição dos mais relevantes aspectos da disciplina das águas e resíduos enquanto Serviço de Interesse Económico Geral (cr. Capítulo III)

I. Da organização e gestão do sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos

A) Até 1993: serviços públicos municipais

Até à publicação do Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro, o regime geral dos serviços de água e saneamento assentava sobre um *princípio geral de exclusividade de intervenção municipal*[2]: a gestão e a exploração destes serviços cabiam aos municípios, isoladamente ou em associações municipais, através de departamentos directamente dependentes do executivo municipal (*régie* directa) ou de serviços municipalizados[3].

Por outro lado, o *acesso aos serviços em análise encontrava-se reservado ao sector público*: a Lei nº 46/77[4], de 8 de Julho, de facto, vedou a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público (artigo 4º, alínea c)) e de saneamento básico (artigo 4º, alínea d)).

Numa palavra: os serviços de água e saneamento em Portugal, até 1993, eram ***serviços públicos municipais***[5], ***proibidos à iniciativa privada***.

---

bra, 2001, págs. 291-375; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.

2 *Vide* Licínio Lopes, parecer para a Águas de Coimbra, Empresa Municipal, não publicado, Coimbra, 2007, pág. 4.

3 Sobre os modos de gestão dos serviços públicos económicos, *vide* Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, págs 38-39. De acordo com este autor, "*gestão directa do serviço público* é o que se verifica por exemplo com a gestão do serviço público de distribuição domiciliária de água às populações por serviços municipalizados."

4 Revogada pela Lei nº 88-A/97, de 25 de Julho.

5 Cfr, em especial, artigos 47º e 49º do Código Administrativo. Tendo em conta as disposições deste diploma de 1940, Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira concluem: "até 1993, o sistema português enquadrava-se numa pura lógica do *modelo público-local*". *Vide* Vital Moreira/Fernanda Paula Oliveira, "Concessão de sistemas multimunicipais e municipais de abastecimento de água, de recolha de efluentes e de resíduos sólidos", *in Estudos de Regulação Pública – I*, organização de Vital Moreira, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 28.

B) Após 1993: novo modelo de gestão do sector

Com a publicação do Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro, considerou-se que "a necessidade de promover uma verdadeira indústria da água e do tratamento de resíduos sólidos pressupõe a definição de uma estratégia rigorosa que acautele os interesses nacionais, possibilite o aumento do grau de **empresarialização no sector**, **incluindo capitais privados**, e permita a aceleração do ritmo de investimento"[6]. (negritos nossos)

Destarte, o diploma acabado de referir alterou a Lei de delimitação de sectores (Lei nº 46/77, de 8 de Julho), passando o artigo 4º desta a dispor:

> "1. É vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas:
> a) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de efluentes; em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos, no caso de sistemas multimunicipais;
> b) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de efluentes, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos, no caso de sistemas municipais, salvo quando concessionadas;"[7]

Dito de outro modo: **o Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro, possibilitou diferente gestão do sector das águas e resíduos, um inovador modelo de exploração que não se funda necessariamente sobre a responsabilidade exclusiva dos municípios (B.1) e, por outra banda, aberto à iniciativa privada (B.2)**.

B.1) Sistemas multimunicipais e municipais: caracterização

Actualmente, o modelo português de exploração das águas e resíduos baseia-se na distinção fundamental entre sistemas multimunicipais, de propriedade estadual, e sistemas municipais, titulados pelos municípios.

Nos termos legais[8], são

---

6 Cfr preâmbulo do Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro.

7 A Lei nº 46/77, de 8 de Junho, foi entretanto revogada pela Lei nº 88-A/97, de 25 de Julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, estabelecendo o artigo 1º desta:
"É vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas, salvo quando concessionadas:
a) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso - de sistemas multimunicipais e municipais,"

8 Cfr artigo 1º, nº2, da Lei nº 88-A/97, de 25 de Julho.

> "sistemas multimunicipais os que sirvam pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante a efectuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional, e sistemas municipais todos os demais, bem como os sistemas geridos através de associações de municípios."

Para além de *sistemas municipais*[9], anteriormente detentores do exclusivo das actividades em causa (da captação ao consumo final da água; da recolha ao tratamento e deposição final de águas residuais e resíduos urbanos), o sector das águas e resíduos, após 1993, comporta também a existência de *sistemas de titularidade estadual, os sistemas multimunicipais*[10], tendencialmente criados para resolver questões estratégicas relativas ao saneamento básico de vários municípios.

Na verdade, a necessidade de realização de investimentos avultados em grandes infra-estruturas de captação, tratamento e transporte de água, de recolha, tratamento e valorização de resíduos sólidos e líquidos urbanos, no âmbito de vários municípios, bem como a busca de soluções territorialmente integradas e mais favoráveis ao ambiente e qualidade de vida das populações justificaram a emergência da figura dos sistemas multimunicipais[11].

Como explicam Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira,

> "o sentido dos sistemas multimunicipais não foi portanto o de se substituir aos sistemas municipais, mas sim o de suprir as suas carências, sobretudo em infra-estruturas de captação, e transporte de água, de adução, tratamento e rejeição de efluentes, de tratamento e valorização de resíduos sólidos. Não se tratou de afastar os municípios lá onde eles podem continuar a prestar satisfatoriamente os serviços públicos em causa (distribuição domiciliária de água, recolha de lixos e efluentes), mas sim de assumir a nível supramunicipal as tarefas acima referidas, que eles não podiam realizar ou só insatisfatoriamente podiam realizar".[12]

Conclui, por isso, Licínio Lopes,

> "os sistemas multimunicipais constituem um *plus* auxiliar dos sistemas municipais e de existência eventual relativamente a estes. E dizemos eventual porque não são de existência obrigatória. ***A sua criação e existência (manu-***

9 Sobre estes, cfr Decreto -Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

10 Sobre estes, cfr Decreto -Lei n.º 195/2009, de 20 de Agosto, que altera o regime jurídico dos serviços de âmbito multimunicipal de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos.

11 Nos termos do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, a criação (e a concessão) de sistemas multimunicipais é objecto de decreto-lei (artigo 3º, nº 2) e é "precedida de parecer dos municípios territorialmente envolvidos" (artigo 1º, nº 2). Trata-se de parecer obrigatório, mas não vinculativo, pelo que o Estado pode criar estes sistemas mesmo com o parecer contrário dos municípios auscultados.

12 *Vide* Vital Moreira/Fernanda Paula Oliveira, *ob cit*, pág. 39

tenção) só se justifica se e na medida em que se preencherem (e enquanto preencherem) os respectivos pressupostos".[13]

Deste modo, *a par de serviços exclusivamente municipais, sistemas integrados por definição, com os municípios responsáveis por toda a extensão das actividades em questão (da captação à distribuição domiciliária de água, da recolha ao tratamento e disposição final de efluentes e resíduos sólidos), existem casos de repartição de tarefas entre Estado (sistemas multimunicipais) e municípios (sistemas municipais)*[14].

Quando os sistemas coexistam, cabem ao Estado as actividades a montante da distribuição da água e a jusante da recolha de lixos e efluentes (sistemas "em alta"), cumprindo aos

---

13 *Vide* Licínio Lopes, *ob cit*, pág. 12.

14 A EPAL (Empresa Pública das Águas de Lisboa), sociedade anónima de capitais integralmente públicos, detida a 100% pela AdP- Águas de Portugal, constitui, todavia, caso singular, porquanto funciona "como abastecedora grossista de certos municípios que depois distribuem a água no respectivo âmbito territorial e, por outro lado, como abastecedora directa de consumidores finais, incluindo os consumidores domésticos, como sucede com os da cidade de Lisboa, e grandes clientes directos fora do Município de Lisboa", *vide* Fernanda Maçãs, "Serviços Públicos de Abastecimento de Água, Saneamento de Águas Residuais Urbanas e Resíduos Urbanos", *in Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, (coordenadores: Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2009, págs. 543-544.
Trata-se, por isso, de excepção ao regime geral de titularidade municipal do serviço de distribuição domiciliária de água; em regra, a criação de sistemas "em baixa" da responsabilidade estadual padece de ilegalidade e inconstitucionalidade. Neste sentido, com maiores desenvolvimentos, *vide* Vital Moreira/Fernanda Paula Oliveira, *ob cit*, pág. 36 e ss.
Segundo Fernanda Maçãs, porém, "a integração vertical no âmbito de sistemas de titularidade estatal é possível recorrendo-se à criação para o efeito de entidades empresariais, através de parcerias entre o Estado (Águas de Portugal ou as concessionárias multimunicipais) e os municípios, ou através da celebração de contratos (ou acordos) de gestão por intermédio dos quais os municípios, por livre iniciativa, decidam integrar os respectivos activos municipais em entidades gestoras delegatárias de serviços de titularidade estatal. Nestas situações, as entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal passam a relacionar-se com os munícipes dos serviços públicos de água e de saneamento não por vontade unilateral do Estado, mas sim por livre iniciativa dos municípios envolvidos, deixando incólume o princípio da repartição de competências entre o Estado e os municípios." *Vide* Fernanda Maçãs, *ob cit*, pág. 564.
Na mesma linha, Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira também consideram "lícita a possibilidade de o município concessionar (em sentido próprio) a gestão dos seus serviços públicos a uma empresa de capitais públicos com maioria estadual." *Vide* Vital Moreira/Fernanda Paula Oliveira, *ob cit*, pág. 85.
Assim, no modelo proposto pelo Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais (PEAASAR II) para 2007/2013, "o Estado admite a incorporação dos activos da "baixa" das autarquias nas concessionárias dos sistemas multimunicipais, quando solicitado para tal, assumindo-se estas empresas como gestoras destes activos, essencialmente tendo em vista a realização dos investimentos em falta. Quando tal se evidenciar como conveniente, poderão ser constituídas novas empresas em parceria (Estado, através da AdP, e autarquias) para a 'baixa'." (cfr pág. 111)
Posteriormente, no quadro da implementação do Plano Estratégico de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais para o período 2007 -2013 (PEAASAR II) e do Plano Estratégico de Resíduos Sólidos Urbanos II (PERSU II), o Decreto-Lei nº 90/2009, de 9 de Abril, procedeu à flexibilização do modelo vigente, o que "passa pela consagração em geral da possibilidade de adopção de um modelo de gestão assente numa parceria entre o Estado e as autarquias locais. No essencial, está em causa a possibilidade de ser celebrado um contrato de parceria entre estas entidades, ou por uma entidade gestora de um sistema multimunicipal ou por uma entidade que resulte da associação de entidades do sector empresarial do Estado com autarquias.
O modelo de parceria em causa corresponde à opção designada no PEAASAR II por «integração das baixas», sendo que a primeira das modalidades acima referidas equivale a uma integração das «baixas» nas «altas» existentes, enquanto a segunda modalidade assenta na constituição de uma nova entidade gestora dos sistemas municipais." (cfr pág. 112)
Também o Plano Estratégico de Resíduos Sólidos Urbanos II (PERSU II) prevê a participação do Estado e dos municípios, quer directamente quer através de associações de municípios, em entidades responsável pela exploração e gestão dos sistemas." (cfr preâmblo)
Neste sentido, o Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto, ao rever o regime jurídico dos seviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, consagrou:
"1 - Podem ser estabelecidas parcerias entre o Estado e os municípios, as associações de municípios ou as áreas metropolitanas com vista à exploração e gestão de sistemas municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos.

municípios, por seu turno, a denominada parte "retalhista", isto é, a rede de distribuição domiciliária de água ou a rede de recolha de efluentes e de resíduos sólidos (sistemas "em baixa").

A caracterização do sistema dual acabado de referir decorre, designadamente, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, que "tem por objecto o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos" (artigo 1º, nº 1). No preâmbulo deste Decreto-Lei afirma-se:

> "o presente diploma distingue entre sistemas multimunicipais e municipais, considerando os primeiros como os sistemas em «alta» (a montante da distribuição de água ou a jusante da colecta de esgotos e sistemas de tratamento de resíduos sólidos), de importância estratégica, que abranjam a área de pelo menos dois municípios e exijam um investimento predominante do Estado, e os segundos todos os restantes, independentemente de a sua gestão poder ser municipal ou intermunicipal."

São utilizadores dos sistemas multimunicipais os municípios, sendo as tarifas cobradas a estes e não aos munícipes, utentes dos sistemas municipais[15]. *Excepcionalmente*, admite-se a "distribuição directa" integrada naqueles sistemas[16], isto é, os sistemas multimunicipais podem servir directamente entidades privadas[17], à semelhança do que sucede, por exemplo nos domínios da electricidade e do gás, onde é admitido o fornecimento "em alta" dos grandes consumidores directamente pelo concessionário da rede de transporte e não pelo concessionário da rede de distribuição domiciliária[18].

---

15 Cfr Bases V e XIII da concessão anexas ao Decreto-Lei nº 294/94, de 16 de Novembro, que estabelece o regime jurídico da concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos, Bases XXVIII e XV da concessão anexas ao Decreto-Lei nº 319/94, de 24 de Dezembro, que fixa o regime jurídico da construção, exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação e tratamento de água para consumo público e Bases VI, XXVIII e XIV da concessão anexas ao Decreto-Lei nº 162/96, de 4 de Setembro, que estabelece o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e rejeição de efluentes. Estes três diplomas, substantivamente idênticos, constituem o desenvolvimento, para cada um dos serviços públicos referidos, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro.

16 Cfr artigo 2º, nº 4, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, onde se estabelece:
"4-São considerados utilizadores, para os efeitos do n.°2, os municípios, no caso de sistemas multimunicipais, e qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, no caso de sistemas municipais ou da distribuição directa integrada em sistemas multimunicipais."

17 Na perspectiva de Vital Moreira e Fernanda Paula Oliveira,
"estes utilizadores não municipais têm de ser utilizadores que justifiquem o seu relacionamento directo com os sistemas "em alta" criados pelo Estado, ou seja, terão de ser *utilizadores do tipo de grandes indústrias ou grandes explorações agro-industriais (por exemplo, no domínio da suinicultura) e não os meros munícipes*".
Vide Vital Moreira/Fernanda Paula Oliveira, *ob cit*, pág. 49.

18 Sobre a regulação dos serviços energéticos em Portugal, *vide* Gonçalo Anastácio, "Regulação da energia", *in Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, (coordenadores: Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais, Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2009, pág. 301 e ss, Manuel Lopes Porto, "A tributação dos produtos energéticos ou dos ganhos das empresas produtoras: reflexões sobre a 'Taxa Robin dos Bosques'", *in Revista*

Por último, importa referir que, de acordo com o artigo 2º, nº 2, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, "é obrigatória para os utilizadores a ligação aos sistemas previstos no presente diploma [sistemas municipais e multimunicipais]"[19/20], salvo quando razões ponderosas de interesse público justifiquem outra solução (artigo 2º, nº 3, do Decreto –Lei nº 379/93).

B.2) Sistemas multimunicipais e municipais: gestão

A partir de 1993, operou-se a *abertura dos sectores do abastecimento e distribuição de água, da drenagem e tratamento de águas residuais e de recolha e destino final de resíduos sólidos urbanos à iniciativa privada*, *maxime* através da figura da *concessão*.

Com o Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro, as actividades desenvolvidas pelos sistemas multimunicipais,

> "que se mantêm vedadas a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, podem ser exercidas, em regime de concessão, a outorgar pelo Estado, por empresas que resultem da associação de entidades do sector público, designadamente autarquias locais, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social da nova sociedade, com outras entidades privadas."[21]

Em relação aos sistemas municipais, o mesmo diploma prevê:

> "É vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso às seguintes actividades económicas:

---

de Finanças Públicas e Direito Fiscal, nº 3, Almedina, Coimbra, 2008, Marcelo Rebelo de Sousa "Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica de Baixa Tensão", *n Colecânea de Jurisprudência,* Ano V, 1988, Pedro Gonçalves, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008, Pedro Gonçalves/Rodrigo Esteves de Oliveira, *As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2001, Vieira de Andrade, "Distribuição pelos Municípios da Energia Eléctrica em Baixa Tensão", *in Colectânea de Jurisprudência,* Ano XIV, Tomo I, 1989, e Vital Moreira, "As concessões municipais de distribuição de electricidade", *in A Mão Visível*, Almedina, 2003.

19 Parêntesis nosso.

20 Trata-se de opção destinada a possibilitar a concretização dos princípios gerais enunciados no artigo 2º, nº 1, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, que reza o seguinte:
"São os seguintes os princípios fundamentais do regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais:
a) O princípio da prossecução do interesse público;
b) O princípio do carácter integrado dos sistemas;
c) O princípio da eficiência;
d) O princípio da prevalência da gestão empresarial."

21 Cfr artigo 4º, nº 3, da Lei nº 46/77, de 8 de Julho, na redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro.

> (…)
> b) Captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, recolha, tratamento e rejeição de efluentes, em ambos os casos através de redes fixas, e recolha e tratamento de resíduos sólidos, no caso de sistemas municipais, salvo quando concessionadas".[22]

Na mesma linha, o artigo 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro, dispõe:

> "A exploração e gestão dos sistemas multimunicipais pode ser directamente efectuada pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidade pública de natureza empresarial ou a empresa que resulte da associação de entidades públicas, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social, com entidades privadas."

Quanto aos sistemas municipais, o Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, prevê (cfr artigo 7º, nº 1):

> "A entidade gestora dos serviços municipais é definida pela entidade titular, de acordo com um dos seguintes modelos de gestão:
> a) Prestação directa do serviço;
> b) Delegação do serviço em empresa constituída em parceria com o Estado;
> c) Delegação do serviço em empresa do sector empresarial local;
> d) Concessão do serviço" (artigo 7º, nº 1)

Resumindo: *os serviços públicos de águas e resíduos, sejam sistemas multimunicipais ou municipais, podem ser geridos directamente (Estado/Regiões Autónomas/Municípios, consoante*

22 Cfr artigo 4º, nº 1, alínea b), da Lei nº 46/77, de 8 de Julho, na redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei nº 372/93, de 29 de Outubro.

o sistema em causa), através de administração indirecta (empresa pública)[23]*, ou mediante concessão a empresa privada*[24].

Razões de maior eficiência na gestão privada associadas à necessidade de entrada de capitais privados para a melhoria e o desenvolvimento das estruturas dos sistemas de saneamento básico justificam esta verdadeira *privatização (parcial) da gestão ou da exploração de tarefas administrativas*[25].

Importa, por fim, destacar que a *articulação* entre sistemas multimunicipais e sistemas municipais dos municípios envolvidos naqueles se faz mediante contratos ("de fornecimento", "de entrega") entre a concessionária daqueles e os municípios em causa, ou as concessionárias dos respectivos serviços municipais[26].

II. Do quadro regulatório do sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos

23 Sobre o sector empresarial do Estado, *vide* Eduardo Paz Ferreira, "Aspectos gerais do novo regime do sector empresarial do Estado", *in Estudos sobre o Sector empresarial do Estado,* (organização de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000, João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* págs 49-50, Luís Morais, "As relações entre o Estado e as empresas públicas na sequência da aprovação do Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, *in Estudos sobre o Sector empresarial do Estado,* (organização de Eduardo Paz Ferreira), Almedina, Coimbra, 2000, Manuel Lopes Porto/João Nuno Calvão da Silva, "*Corporate Governance* nas Empresas Públicas", *in Temas da Integração,* nº, Almedina, Coimbra, 2010, em especial pág., Sofia Tomé d'Alte, *A nova configuração do sector empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos,* Almedina, Coimbra, 2007, em especial, pág. 259 e ss.
Quanto ao sector empresarial municipal, à luz da Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro, *vide* Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007. Sobre as empresas municipais, no âmbito do anterior regime jurídico (Lei nº 58/98, de 18 de Agosto), *vide* Pacheco de Amorim, *As empresas públicas no direito português (em especial, as empresas municipais)*, Almedina, Coimbra, 2000.

24 Enquanto os sistemas multimunicipais só podem ser concessionados a empresas com capital maioritariamente público, nos sistemas municipais pode haver concessão a empresas de capitais maioritária ou integralmente privados.
De notar que, após a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 439-A/99, de 29 de Outubro, "Os municípios servidos por sistemas multimunicipais podem deter uma participação maioritária no capital da sociedade concessionária da respectiva exploração e gestão, no respeito pela regra da maioria pública do capital social referida no n.º 1 do artigo 3.º" (cfr artigo 3º-A, do Decreto-Lei nº 379/93, de 5 de Novembro). O Estado, porém, não tem prescindido do controlo das concessionárias destes sistemas, através da detenção de participação social igual ou superior a 51% do capital social destas pelo IEP-Águas de Portugal, SGPS, SA.

25 Sobre a privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas, num contexto de "' fúria' privatizadora que tem alastrado pela Administração Pública", *vide* Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 304 e ss.
Em geral, sobre as várias modalidades/sentidos de privatização, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 41 e ss, Paulo Otero, "Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública", *in Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 36, Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas,* Almedina, Coimbra, 2005, pág. 321 e ss.

26 Cfr artigo 5º, nº 4, do Decreto-Lei nº 294/94, de 16 de Novembro, artigo 5º do Decreto-Lei nº 319/94, de 24 de Dezembro.

A) Da necessidade de regulação (independente)

Com as privatizações e liberalizações em voga na Europa desde os anos 70/80 do séc. XX, alteram-se as relações entre o Estado e a economia, tendo aquele despido as vestes de prestador para passar a desenvolver sobretudo tarefas de regulador[27].

Paralelamente à crescente desintervenção estadual na economia, o Estado Regulador caracteriza-se também pela "desgovernamentalização da regulação"[28], com as autoridades reguladoras, dotadas de independência (embora relativa) do Governo, a assumir a regulação do mercado.

São várias as razões normalmente apontadas para a atribuição da actividade reguladora a autoridades relativamente independentes do Governo[29]: a neutralização política; o grau elevado de especialização atingido em áreas diversas; a tutela dos consumidores, do ambiente e de outros interesses especiais; a preocupação em distinguir as funções de prestador e de regulador, para assim se garantir a igualdade entre operador(es) do Estado e operador(es) privado(s); a necessidade de assegurar o acesso à rede a todos os operadores em condições iguais, no caso das indústrias de rede[30]; a necessidade de aumentar a participação dos cidadãos.

---

27 Sobre o Estado-Regulador, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, em especial, pág. 40 e ss. Pedro Gonçalves fala do "Estado de garantia", o qual é "chamado a assumir uma nova *posição de garante da realização de dois objectivos ou interesses fundamentais*: por um lado, o *correcto funcionamento dos sectores e serviços privatizados* (cf artigo 81º, al. f), da *Constituição*), e, por outro, a *realização dos direitos dos cidadãos*, designadamente dos direitos a beneficiar, em condições acessíveis, de *serviços de interesse geral*." *Vide* Pedro Gonçalves, "Direito Administrativo da Regulação", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 537-538.

28 *Vide* Vital Moreira/Fernanda Maçãs, *Autoridades Reguladoras Independentes (Estudo e Projecto de Lei-Quadro)*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 10.

29 Sobre as razões da adopção do modelo das Autoridades Reguladoras Independentes, *vide* DANIEL TERRÓN SANTOS, *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Estudios de derecho administrativo* (dirigida por Estanislao Arana Garcia), 10, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 15 e ss.; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *O Estado Regulador…, cit.*, págs. 182-183, JOSÉ LUCAS CARDOSO, *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição (contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente)*, Coimbra Editora, 2002, pág. 412 e ss.; MARÍA SALVADOR MARTINEZ, *Autoridades independientes - un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 344 e ss.; MARIANO MAGIDE HERRERO, *Limites Constitucionales de las Administraciones Independientes, Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid, 2000, pág. 120 e ss.; VITAL MOREIRA/FERNANDA MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras…, cit.*, pág. 48 e ss.

30 Em alguns sectores (*v.g.*, telecomunicações, distribuição de energia eléctrica, sector ferroviário,…) há obstáculos técnicos à liberalização da prestação de serviços, resultantes da existência de uma única infra-estrutura de suporte: são indústrias de rede (pública), constituindo-se aí situações de "monopólio natural".
Com a evolução tecnológica, porém, o Estado deixa de ter de prestar o serviço por ser proprietário da rede, tornando-se possível a concorrência na rede, embora esta continue, normalmente (e não necessariamente), a ser pública.
Em consequência da abertura das redes públicas a todos os prestadores de serviços, impõe-se garantir o acesso equitativo dos operadores àquelas.

Nas actividades de abastecimento de água às populações, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, destacam-se *três razões principais para a existência de regulação pública (relativamente independente)*:

a) trata-se de **serviços de interesse geral**, conforme desenvolveremos no capítulo III;
b) "na medida em que constituem **monopólios naturais ou legais** de cariz local ou regional, estas actividades requerem uma forma de regulação que permita ultrapassar a inexistência de mecanismos de auto-regulação que caracterizam os mercados concorrenciais. Sem regulação não há incentivos a um aumento da eficiência e da eficácia das entidades gestoras, aumentando o risco de prevalência destas sobre os utilizadores, com a consequente possibilidade de estes últimos receberem serviços de menor qualidade e de preço mais elevado"[31] (negrito nosso);
c) o facto de o **Estado**, como vimos (cfr capítulo I), intervir "no duplo papel de concedente e accionista principal nas concessionárias multimunicipais, o que pode originar **conflitos de interesses**, que dificilmente poderão ser ultrapassados com um regulador que não seja independente"[32].

Actualmente, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) é o regulador dos serviços de abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos[33], emergindo num contexto evolutivo que remonta à instituição do Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais (1995) e à criação do Instituto Regulador das Águas e dos Resíduos (IRAR), em 1997. Por isso, antes de dissecar a ERSAR, cumpre analisar sinteticamente os principais traços destas entidades.

B) Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais

Com o Decreto-Lei nº 147/95, de 21 de Junho, visava-se

> " assegurar uma correcta protecção do consumidor neste domínio (águas e resíduos), evitando possíveis abusos do mercado, por um lado, no que se refere à garantia e controlo da qualidade dos *serviços públicos* prestados e, por outro, no que respeita à supervisão e controlo dos preços praticados, que se revela essencial por estarmos perante uma situação de *monopólio natural*.

31 Cfr preâmbulo do Decreto-Lei nº 277/2009, de 2 de Outubro.
32 *Vide* Fernanda Maçãs, *ob cit*, pág. 546.
33 Com importantes funções reguladoras (sobretudo, regulação ambiental), não podemos deixar de referir ainda o Instituto Nacional da Água (INAG) e, em matéria de resíduos, a Agência Portuguesa do Ambiente.

> Com efeito, procura-se assegurar no presente diploma a protecção dos interesses dos consumidores utilizadores dos sistemas de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, assegurando-lhes condições de igualdade e lealdade na contratação directa e um direito à informação"[34] (parêntesis e itálico nossos)

Por isso, foi criado o Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais, com a missão de regulação do regime jurídico da concessão dos sistemas municipais e de recolha de informação sobre a qualidade do serviço prestado nos sistemas municipais e multimunicipais.

Consequência da empresarialização do sector das águas e resíduos e da abertura da sua gestão ao sector privado, introduzidas pelos Decretos-Leis nºs 372/93, de 29 de Outubro, e 379/93, de 5 de Novembro, a instituição do Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais teve como principal desiderato a *protecção dos consumidores*.

Com o Decreto-Lei nº 362/98, de 18 de Novembro, e

> "face à crescente complexidade dos problemas suscitados pelos segmentos de actividade económica em causa (águas e resíduos) e à sua especial relevância para as populações, entendeu o Governo ser necessário substituir a figura do referido observatório (Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais) por uma entidade reguladora com atribuições ampliadas no que se refere à promoção da qualidade na concepção, execução, gestão e exploração dos mesmos sistemas multimunicipais e municipais"[35] (parêntesis nossos)

Foi, assim, com o Decreto-Lei nº 230/97, de 30 de Agosto, criado o Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR), constando os seus Estatutos do Decreto-Lei nº 362/98, de 18 de Novembro.

C) Instituto Regulador de Águas e Resíduos

Em termos de organização administrativa, o IRAR tinha de ser incluído no âmbito da *administração indirecta*, enquanto *instituto público*. Com efeito, dispunha o artigo 3º dos respectivos Estatutos:

> "O Instituto Regulador de Águas e Resíduos, abreviadamente designado por IRAR, é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de personalidade jurí-

34 Cfr preâmbulo do Decreto-Lei nº 147/95, de 21 de Junho.
35 Cfr preâmbulo do Decreto-Lei nº 362/98, de 18 de Novembro.

> dica, com autonomia administrativa e financeira e património próprio, sujeita a **superintendência e tutela do Ministro do Ambiente**"[36] (negrito nosso)

Conforme resultava do preâmbulo dos seus Estatutos, o IRAR dispunha de

> "*funções reguladoras* e orientadoras nos sectores da água de abastecimento público, das águas residuais urbanas e dos resíduos sólidos urbanos; visando, sobretudo, *defender os direitos dos consumidores*, bem como assegurar a sustentabilidade económica dos sistemas". (itálico nosso)

Após a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 207/2006, de 27 de Outubro, o IRAR passou a denominar-se Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), clarificando-se a ideia de estarmos perante *regulador de **serviços** de águas e resíduos*[37].

---

36 De acordo com o entendimento dominante, os poderes de superintendência e/ou da tutela sobre entidades públicas da administração indirecta (ou da administração autónoma) só existem quando e nos termos previstos na lei. *Vide* FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 706; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 7ª edição, Âncora Editora, Lisboa, 2003, pág. 128; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Volume I, Lex, Lisboa, 1999, pág. 228; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, "Os poderes de tutela e superintendência sobre os institutos públicos", *in Relatório e Proposta de Lei-Quadro sobre os Institutos Públicos*, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, pág. 103.
Diferentemente, pensamos que os poderes de superintendência e tutela se presumem. Ao contrário da maioria da doutrina, entendemos que a omissão do legislador não pode subverter a arquitectura constitucional da legitimação democrática da Administração, fundada na responsabilidade governamental perante a Assembleia da República, atentos os poderes do Executivo sobre o conjunto do aparelho administrativo.
Na nossa perspectiva, de acordo com a solução dominante na doutrina, pode retirar-se da ausência legal de especificação dos poderes de superintendência e/ou de tutela a criação de mais espaços de administração independente.
Assim, acompanhamos Vieira de Andrade, quando defende valer o princípio de que a superintendência não se presume apenas em relação aos elementos exorbitantes do conteúdo típico deste poder. *Vide* VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Administrativo, sumários desenvolvidos ao curso de 2005/2006*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado, pág. 37. Nesta linha de pensamento, afir-ma Rui Medeiros, "a densificação legal dos poderes de superintendência e/ou de tutela sobre uma entidade pública integrada na administração indirecta ou na administração autónoma não constitui uma questão inteiramente deixada pela Constituição na liberdade de conformação do legislador (…) a Constituição não pareceu abrir a porta a soluções em que o Governo fique pura e simplesmente desprovido de poderes intra-administrativos que lhe assegurem efectivamente o estatuto de órgão superior da Administração Pública e, num Estado democrático, por ela politicamente responsável", *vide* JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, 2006, pág. 732. Também Vital Moreira considera suscitarem-se dúvidas de constitucionalidade da ausência de precisão legal de quaisquer poderes de tutela em relação às ordens profissionais, *vide* VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 216 e ss. Por fim, Vasco Moura Ramos considera, pelo menos parcialmente, o art. 199.º, alínea d), da CRP uma norma jurídica atributiva de poderes, acrescentando que a não consagração legal dos poderes de superintendência e/ou tutela violaria o princípio da tipicidade constitucional de competências. *Vide* VASCO MOURA RAMOS, *Da compatibilidade do New Public Management com os princípios constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, pág. 198.
Em relação ao IRAR os poderes de superintendência e tutela decorrem expressamente do artigo 3º dos respectivos Estatutos, preceito transcrito em texto, não havendo, portanto, quaisquer dúvidas quanto à sua inserção na administração indirecta portuguesa.

37 Somos da opinião de que não é feliz a mudança de denominação de IRAR para ERSAR, porquanto esta terminologia restringe a actividade da entidade em causa á regulação dos serviços de águas e resíduos, parecendo

D) Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR)

D.1) ERSAR: da natureza jurídica

No quadro da organização administrativa, a ERSAR, à semelhança do IRAR, é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e património próprio[38], integrando-se, assim, na denominada *administração indirecta*[39], como *instituto público*[40].

Se as opções governamentais delineadas para o sector das águas e resíduos (Resolução do Conselho de Ministros nº 72/2004, de 17 de Maio, Plano Estratégico de Abasteci-

olvidar as importantes atribuições e poderes que a ERSAR assume em matéria de coordenação e fiscalização do regime da qualidade de água para consumo humano.

38 Quanto ao regime económico-financeiro da ERSAR, estabelece o artigo 15º dos Estatutos:
"1 - A ERSAR, I. P., dispõe das seguintes receitas próprias:
a) *As taxas relativas à actividade de regulação estrutural, económica e de qualidade de serviço, devidas pelas entidades gestoras de serviços de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos*, segundo critérios definidos em portaria aprovada pelo ministro da tutela;
b) *As taxas relativas à atribuição de regulação da qualidade da água para consumo humano, enquanto autoridade competente, devidas pelas entidades gestoras de abastecimento de água*, segundo critérios definidos em portaria aprovada pelo ministro da tutela;
c) O produto de quaisquer bens e por serviços prestados pela ERSAR, I. P;
d) Os rendimentos provenientes da exploração, alienação ou oneração de bens próprios, ou resultantes de aplicações financeiras no Tesouro;
e) Os subsídios, os financiamentos, as comparticipações e as doações atribuídos por quaisquer entidades nacionais ou estrangeiras;
f) Quaisquer receitas que por lei, contrato ou outro título lhe sejam atribuídas.
2 - Transitam para o ano seguinte os saldos apurados em cada exercício." (itálico nosso)

39 Em relação à administração indirecta, o Governo dispõe de poderes de superintendência e de tutela, através dos quais orienta e fiscaliza a sua actuação, assim se justificando a responsabilidade governamental perante a Assembleia da República.
Nos termos do artigo 42.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos (Lei n.º 3/2004, de 15/01), superintendência significa "poder de dirigir orientações, emitir directivas ou solicitar informações aos órgãos dirigentes dos institutos públicos sobre os objectivos a atingir na gestão do instituto e sobre as prioridades a adoptar na respectiva prossecução".
Tradicionalmente, porém, o poder de superintendência era entendido como uma das dimensões da hierarquia administrativa, um poder de controlo hierárquico, algo que, em face dos actuais dados constitucionais, anularia na prática a personalidade jurídica das entidades integrantes da administração indirecta. Sobre o conceito de superintendência e a sua evolução, *vide* BARBOSA DE MELO, *Direito Constitucional e Administrativo da Banca, da Bolsa e dos Seguros*, policopiado, Coimbra, 2004/2005, págs. 16 e 17.
Por outro lado, o poder de tutela concretiza-se, designadamente, na sujeição à aprovação do ministro da tutela do plano de actividades, do orçamento, do relatório de actividades e das contas e nas necessidades de autorização prévia do ministro da tutela para a aceitação de doações, heranças ou legados, de aprovação dos Ministros das Finanças e da tutela dos regulamentos internos e dos mapas de pessoal, bem como de autorização daqueles membros do Executivo para a negociação de acordos e convenções colectivas de trabalho, para a criação, a participação na criação ou a aquisição de participações relativamente a entes de direito privado se se mostrar imprescindível para a prossecução das respectivas atribuições (art. 41.º da Lei-Quadro dos Institutos Públicos).

40 Dispõe o artigo 1º dos Estatutos da ERSAR, aprovados pelo Decreto-Lei nº 277/2009, de 2 de Outubro:
"1 - A Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I. P. (ERSAR, I. P.), é um instituto público integrado na administração indirecta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio.
2 - A ERSAR, I. P., prossegue as atribuições do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, sob tutela do respectivo ministro."

mento de Água e de Saneamento de Águas Residuais II e Plano Estratégico dos Resíduos Sólidos Urbanos II) pareciam apontar "no sentido da institucionalização de uma entidade reguladora independente para o sector"[41], em bom rigor, a ERSAR acaba por não corporizar qualquer exemplo de administração independente[42].

Trata-se de solução legislativa que colhe o nosso aplauso, porquanto temos reservas quanto a entidades reguladoras independentes do poder político, sobretudo, relativamente à questão da *accountability* e da sua democraticidade[43]. Como afirma Vital Moreira, "a principiologia de um Estado de Direito não consente a substituição generalizada da administração do Estado por um «governo de especialistas»"[44].

D.2) ERSAR: das atribuições

Da leitura do artigo 3º dos Estatutos da ERSAR, ressalta a *dupla missão* desta entidade:

a) "a **regulação** dos sectores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos e
b) o exercício de **funções de autoridade competente para a coordenação e fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano**."

Para cumprir a primeira vertente da missão, são cometidas à ERSAR, entre outras, as seguintes atribuições:

"a) Regular os serviços de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos sólidos urbanos, incluindo quaisquer actividades complementares e acessórias;
(…)
c) Assegurar a **regulação estrutural** do sector de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos sólidos urbanos, contribuindo para uma melhor organização e para a clarificação das regras do seu funcionamento, nomeadamente colaborando na formulação das políticas e dos diplomas respeitantes a estes serviços;

41 *Vide* Fernanda Maçãs, *Ob cit*, pág. 554.
42 Segundo Gomes Canotilho, "entende-se por administração independente a administração infra-estrutural prosseguida por instâncias administrativas não integradas na administração directa do Estado e livres da orientação e da tutela estrutural mas sem se reconduzirem aos esquemas da administração autónoma". *Vide* GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7 edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 567.
43 Para maiores desenvolvimentos, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit*, pág. 179 e ss.
44 *Vide* VITAL MOREIRA, *Administração autónoma…, cit*,pág. 136.

d) Assegurar a **regulação económica** das entidades gestoras, garantindo a prática de preços que, num ambiente de eficiência e eficácia na prestação do serviço, permitam assegurar a viabilidade económica e financeira dessas entidades;
e) Assegurar a **regulação da qualidade de serviço** prestado aos utilizadores pelas entidades gestoras, avaliando o desempenho dessas entidades e promovendo a melhoria dos níveis de serviço;"[45] (negrito nosso)

No respeitante à faceta de autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano, cumpre destacar as seguintes atribuições da ERSAR:

"b) Exercer as funções de autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano junto de todas as entidades gestoras de abastecimento de água;
f) Assegurar, como autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano, nos termos da alínea b), a aplicação da legislação respectiva, designadamente por meio da inspecção aos sistemas de abastecimento e a supervisão dos laboratórios de análises da água para consumo humano;"[46]

D.3) ERSAR: do âmbito subjectivo de actuação

Antes da entrada em vigor dos novos Estatutos, o âmbito de intervenção da ERSAR enquanto *regulador* era limitado. Dispunha o artigo 4º, nº 2, do Decreto-Lei nº 362/98, de 18 de Novembro:

> "As entidades da administração local autárquica não estão sujeitas à intervenção do IRAR em tudo quanto respeite à gestão dos sistemas, com excepção do controlo da qualidade da água para consumo humano"

Mutatis mutandis, a actuação da ERSAR abrangia todas as entidades gestoras de sistemas de distribuição públicos de água para consumo humano, incluindo Câmaras Municipais, serviços municipalizados, empresas municipais e intermunicipais, apenas enquanto *autoridade competente para a qualidade da água de consumo humano*; como *regula-*

45 Cfr artigo 5º, nº 1, dos Estatutos da ERSAR.
46 *Idem*.
Importante neste âmbito é também a atribuição prevista na alínea i), do nº 2, do artigo 5º, dos Estatutos da ERSAR, que reza:
"i) Monitorizar o controlo da qualidade da água para consumo humano, no âmbito da sua missão de autoridade competente, constante na legislação em vigor, nomeadamente inspeccionando, supervisionando, avaliando, aprovando, pronunciando -se e emitindo pareceres, propostas e recomendações;"

dor, a ERSAR intervinha apenas junto das entidades gestoras concessionárias de sistemas municipais e multimunicipais[47].

Com a Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro, que aprova o regime jurídico do sector empresarial local, sujeitaram-se as entidades do sector empresarial local aos poderes de regulação da respectiva entidade reguladora. Estabelece o artigo 11º deste diploma:

> "As entidades do sector empresarial local que prossigam actividades no âmbito de sectores regulados ficam sujeitas aos poderes de regulação da respectiva entidade reguladora"

Neste sentido, o artigo 8º, nº 2, do mesmo diploma, prevê:

> "A criação das empresas ou a decisão de aquisição de uma participação social que confira influência dominante nos termos da presente lei deve ser obrigatoriamente comunicada à Inspecção-Geral de Finanças, bem como à entidade reguladora do sector"

Por outro lado, a Lei das Finanças Locais (Lei nº 2/2007, de 15 de Janeiro), veio atribuir à entidade reguladora a responsabilidade pela verificação de disposições relativas aos preços de serviços prestados por entidades de gestão directa municipal ou intermunicipal, incluindo sob a forma de serviços municipalizados ou intermunicipalizados, e por empresas municipais e intermunicipais, voltando assim a alargar o âmbito de intervenção dos regulador dos serviços das águas e dos resíduos (cfr artigo 16º, nº 6).

Nesta linha, o Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos, veio consagrar e densificar os poderes regulatórios da entidade reguladora do sector. Dispõe o artigo 11º deste Decreto-Lei:

> "1. A entidade reguladora dos serviços para os efeitos do presente decreto -lei é a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I. P.
> 2. Compete à entidade reguladora zelar pelo cumprimento das obrigações das entidades gestoras, decorrentes do presente decreto -lei e demais legislação aplicável, com o objectivo de promover a eficiência e a qualidade do serviço prestado

47 Embora a atribuição do serviço público à EPAL não assente em qualquer contrato de concessão, esta empresa encontrava-se sujeita à regulação da ERSAR, por força do artigo 2º, nº 2, do Decreto-Lei nº 362/98, de 18 de Novembro, que estipulava:
"A EPAL, Empresa Portuguesa das Águas Livres, S. A., é considerada, para efeitos do presente diploma, como a concessionária do sistema multimunicipal da área da Grande Lisboa, previsto na alínea c) do n.° 3 do artigo 3.° do Decreto-Lei n.° 379/93, de 5 de Novembro"

aos utilizadores e a sustentabilidade económico-financeira da prestação destes serviços, contribuindo para o desenvolvimento geral do sector.

3. O âmbito de intervenção da entidade reguladora é extensível à entidade titular dos serviços, quando esta for distinta da entidade gestora, sempre que estejam em causa direitos e obrigações desta última ou dos utilizadores.
4. Compete à entidade reguladora, na prossecução dos números anteriores:
   a) Emitir recomendações gerais relativas à interpretação e à forma de implementação do presente decreto-lei;
   b) Emitir pareceres, a pedido das entidades titulares e das entidades gestoras dos sistemas, sobre questões relativas à interpretação e à forma de implementação do presente decreto-lei;
   c) Emitir pareceres sobre os contratos atinentes aos diversos modelos de gestão e respectivas peças pré-contratuais;
   d) Emitir recomendações gerais relativas aos tarifários dos serviços objecto do presente decreto-lei, independentemente do modelo de gestão adoptado para a sua prestação, e acompanhar o seu grau de adopção, divulgando os respectivos resultados;
   e) Elaborar códigos de boas práticas, não vinculativos, no que diz respeito à implementação do presente decreto-lei e da restante legislação aplicável;
   f) Exercer as restantes competências previstas na lei"

Refletindo a ***universalização*** *da intervenção da entidade reguladora sobre todas as entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal e municipal que actuem nos sectores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos*, estabelece o artigo 4º do Decreto-Lei nº 277/2009, de 2 de Outubro, estabelece:

"1. Estão sujeitas à actuação da ERSAR, I. P., no âmbito das suas atribuições e nos termos do presente decreto-lei, as entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal e municipal que actuem nos sectores referidos no artigo anterior, designadamente através de:
   a) Prestação directa do serviço;
   b) Delegação do serviço;
   c) Prestação do serviço através de parceria entre entidades públicas;
   d) Concessão do serviço.
2. Estão também sujeitas à actuação da ERSAR, I. P., as freguesias em que tenham sido delegados estes serviços, que, para o efeito do presente decreto -lei, são equiparadas a entidades gestoras de sistemas de titularidade municipal no âmbito da alínea b) do número anterior.

(…)

4. Estão ainda sujeitas à actuação da ERSAR, I. P., quaisquer outras entidades para quem tenha sido transferida a responsabilidade pela gestão de serviços no âmbito dos sectores regulados, independentemente da sua natureza pública ou privada e do título que legitima o exercício daquelas actividades, que, para o efeito do presente decreto-lei, são equiparadas a entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal ou municipal no âmbito da alínea d) do n.º 1, consoante o caso" (itálico nosso)

Com o alargamento do âmbito subjectivo de actuação da ERSAR, pretende-se "assegurar as condições de igualdade e transparência no acesso e no exercício da actividade de serviços de águas e resíduos e nas respectivas relações contratuais, nomeadamente de forma a promover uma maior igualdade da protecção dos direitos de todos os utilizadores destes serviços, independentemente do tipo de entidade que lhe presta o serviço, bem como uma maior uniformidade de procedimentos junto de todas elas, bem como consolidar um efectivo direito público à informação geral sobre o sector e sobre cada uma das entidades gestoras"[48]

Naturaliter, no domínio das águas e dos resíduos, *os poderes da ERSAR não são (nem podem ser) tão extensos como noutros sectores da vida económico-social* (cfr ponto **D.4**), porquanto os serviços públicos em causa têm natureza essencialmente municipal[49]. Isto é, *por imperativo constitucional, a intervenção regulatória do Estado tem de ser limitada, salvaguardando o conteúdo essencial da autonomia local*.[50]

D.4) ERSAR: dos poderes regulatórios

Para assegurar a regulação dos mercados, as autoridades reguladoras têm de ser dotadas de poderes adequados, os quais variam em função do sector e do país.

Genericamente, Vital Moreira resume os poderes regulatórios "em três etapas essenciais: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc…); (b) implementação correcta das referidas regras (autorizações, licenças, injun-

48 Cfr preâmbulo do Decreto-Lei nº 277/2009, de 2 de Outubro.

49 Cfr Lei nº 159/99, de 14 de Setembro, que estabelece o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais. O artigo 26º, nº 1, desta reza o seguinte:
"É da competência dos órgãos municipais o planeamento, a gestão de equipamentos e a realização de investimentos nos seguintes domínios:
a) Sistemas municipais de abastecimento de água;
b) Sistemas municipais de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas;
c) Sistemas municipais de limpeza pública e de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos"

50 No entanto, o alargamento do âmbito subjectivo de actuação da ERSAR a Câmaras Municipais, serviços municipalizados, empresas municipais e intermunicipais, não pode ser considerado inconstitucional: tal como no ordenamento do território e urbanismo, no sector das águas e dos resíduos, os interesses, por exemplo, de defesa dos consumidores e do ambiente, são simultaneamente nacionais e locais, legitimando, por isso, a intervenção legislativa que proceda àquele alargamento.
Para maiores desenvolvimentos, *vide* Fernanda Maçãs, "Serviços Públicos…", *cit*, págs. 559-561.

ções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento e punição das infracções". Conclui, por isso, o autor: "É por a regulação poder conjugar estes *três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial* – que a doutrina norte-americana refere as "comissões reguladoras independentes" como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial)"[51](itálico nosso).

Assim, importa proceder a breve síntese dos principais poderes das entidades reguladoras em geral e da ERSAR em especial: poderes regulamentares, poderes de supervisão, poderes sancionatórios e de resolução de litígios.

D.4.1) Poderes regulamentares

Na lição de Afonso Queiró, "os regulamentos, considerados numa perspectiva material, são normas jurídicas, dimanadas de órgãos administrativos, no desempenho da função administrativa"[52](itálico nosso).

Neste sentido, as autoridades reguladoras são órgãos administrativos e podem ter competência regulamentar[53], apesar de a Constituição incumbir o Governo de "fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis" (art. 199.º, alínea c).

A Lei Fundamental não impõe, porém, a reserva da competência regulamentar ao Governo, consagrando, designadamente, um poder de emissão de regulamentos da Administração Autónoma[54].

---

51 *Vide* VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, págs. 36-37.

52 *Vide* AFONSO QUEIRÓ, "Teoria dos Regulamentos", *in Estudos de Direito Público*, vol. II, Obra dispersa, Tomo I, Coimbra, 2000, pág. 214.
Sobre o conceito de regulamento administrativo, *vide* MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª edição, Coimbra Editora, Lisboa, 1973, pág. 95 e ss.; SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Danúbio, Lisboa, 1981, pág. 95 e ss.; VIEIRA DE ANDRADE, " O Ordenamento jurídico – administrativo", *in Contencioso Administrativo,* Braga, 1986, pág.. 58 e ss.
Embora na definição de regulamento Afonso Queiró apenas referisse "órgãos administrativos", o autor admitia a hipótese de delegação de poderes regulamentares a entidades privadas: "Pode suceder que os serviços públicos estejam concedidos a entidades privadas e que a lei, ou o acto ou contrato de concessão de acordo com a lei, sujeite os utentes desses serviços às normas regulamentares por eles fixadas". *Vide* AFONSO QUEIRÓ, "Teoria dos Regulamentos", *in Estudos de Direito Público*, vol II, oba dispersa, tomo I, Coimbra, 2000, pág. 247. Sobre os regulamentos administrativos de entidades privadas, *vide* PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas…, cit.,* pág. 105 e ss.

53 Como a moda da administração independente ainda não tinha surgido, Afonso Queiró não a incluía nos órgãos administrativos emitentes de regulamentos, embora fosse claro a emissão destas regras jurídicas gerais e abstractas não se cingir à competência do Governo. Afirmava este Professor de Coimbra: "Os regulamentos dimanam de órgãos administrativos; são editados pela Administração. A Administração de que provêm os regulamentos é tanto a Administração estadual como a Administração autónoma, descentralizada ou autárquica. A Administração estadual (ou estatal) é constituída pelo Governo e pelos órgãos na sua dependência. A Administração autónoma ou descentralizada é constituída pelos entes públicos menores". *Vide* AFONSO QUEIRÓ, "Teoria dos Regulamentos", *cit*., pág. 217.

54 Nos termos do art. 227.º, n.º 1, alínea d), da Constituição da República Portuguesa, as regiões autónomas têm o poder de "regulamentar a legislação regional e as leis emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar."

Por outro lado, é consensual entre nós a possibilidade de a lei ordinária conferir poder regulamentar a outras autoridades[55], pelo que é admissível o estabelecimento deste poder a favor de autoridades reguladoras pelos diplomas legais instituidores destas.[56]

Deste modo, em Portugal, são vários os reguladores com poder de emissão de regulamentos aplicáveis a relações externas[57]: a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários[58], a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos[59], a Entidade Reguladora para a Comunicação Social[60], o ICP-ANACOM[61], a Entidade Reguladora da Saúde[62], a Autoridade da Concorrência[63], entre outras[64].

Por sua vez, "as autarquias locais dispõem de poder regulamentar próprio nos limites da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar" (art. 241.º da Constituição).

55 Dispõe o artigo 112º, n.º 7, da Lei Fundamental: "Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão".
No comentário a este preceito, Jorge Miranda afirma: "Não há tipicidade constitucional de formas e competências regulamentárias. Ambas são apenas as que a lei estabelecer, no respeito das normas constitucionais pertinentes [artigos 199.º, alínea d), 227.º, n.º 1, alínea d), 232.º, n.º 1, 233.º e 241.º]. *Vide* Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Anotada*, Tomo II, *cit*., pág. 278.

56 Nas palavras de Paulo Otero, "Se é certo que a Constituição reconhece expressamente competência regulamentar ao Governo, às regiões autónomas, às autarquias locais e às universidades públicas, utilizando até para o efeito cláusulas gerais habilitadoras do exercício de um poder regulamentar genérico por parte das entidades públicas territoriais, não se pode esquecer a susceptibilidade de a lei, respeitados que sejam os condicionalismos constitucionais, criar novas estruturas decisórias administrativas dotadas de poder regulamentar: a Constituição habilita que o legislador crie novas entidades públicas e lhes confira o exercício de poder regulamentar, tal como admite que a lei atribua competência regulamentar a órgãos desconcentrados" (itálico nosso). *Vide* PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 543.

57 Regulamentos externos são os que projectam os seus efeitos nas esferas jurídicas de outros sujeitos de direito, enquanto os regulamentos internos têm a sua eficácia limitada ao interior da pessoa colectiva pública do órgão que os emitiu. *Vide* JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, *cit*, págs. 209-210.

58 *V.g.*, o art. 9.º, alínea n), do Código do Mercado de Valores Mobiliários, onde se atribuía ao Conselho Directivo da CMVM a competência necessária para "aprovar os regulamentos e os outros actos norma-tivos cuja competência a lei atribua à CMVM(…)".

59 De acordo com os Estatutos da ERSE, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12/04, compete a esta entidade, em relação ao Sistema Eléctrico Público (SEP), preparar e emitir o regulamento tarifário (art. 8.º, n.º 1, alínea a)) e em relação ao SEP e ao Sistema Eléctrico não vinculado preparar e emitir os regulamentos de relações comerciais, do despacho e do acesso às redes e às interligações (art. 10.º, alíneas a), f), e i), respectivamente).

60 Nos termos do art. 24.º, n.º 2, alínea c), dos Estatutos da ERC – Entidade Reguladora para a Comuni-cação Social, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 08/11, cabe ao conselho regulador, no exercício das suas funções de definição e condução de actividades da ERC, "aprovar regulamentos".

61 Cfr. art. 9.º, alínea a), dos Estatutos do ICP-ANACOM, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 07/12, onde se confere a esta entidade poder para elaborar regulamentos quando estes se mostrem indis-pensáveis ao exercício das suas atribuições.

62 Cfr. art. 17.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10/12, preceito que estipula a competência do conselho directivo da Entidade Reguladora da Saúde para aprovar regulamentos necessários ao desempenho das atribuições do organismo.

63 Cfr. art. 7.º, n.º 1, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, onde se dispõe que "para o desempenho das suas atribuições, a Autoridade dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação"(itálico nosso).

64 Cfr., por exemplo, art. 4.º, n.º 1, alínea a), dos Estatutos do Instituto de Seguros de Portugal, art. 8.º dos Estatutos do Instituto Nacional de Aviação Civil, art. 5.º, alínea c), dos Estatutos do Instituto Nacional do Transporte Ferroviário.

No sector das águas e dos resíduos, a ERSAR também dispõe de *poderes normativos de natureza regulamentar*. Estabelece o artigo 5º, nº 2, alínea a), dos Estatutos desta entidade:

> "2. São ainda atribuições da ERSAR, I. P.:
> a) Exercer funções de autoridade reguladora dos serviços públicos de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, aprovando regulamentos com eficácia externa e exercendo poderes sancionatórios;" (negrito nosso)

Na mesma linha, a propósito das competências do Conselho Directivo da ERSAR[65], o artigo 8º, nº 2, alínea b), dos Estatutos desta autoridade prevê:

> "b) **Aprovar regulamentos com eficácia externa** em matérias tarifária, de qualidade de serviço e dos procedimentos regulatórios, no quadro do presente decreto -lei e dos regimes jurídicos cuja execução ou supervisão compete à ERSAR, I. P." (negrito nosso)

Destarte, em matéria de qualidade do serviço prestado aos utilizadores, dispõe o artigo 12º do Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto:

> "Através de regulamento, a entidade reguladora define níveis mínimos de qualidade para os aspectos que estão directamente relacionados com a qualidade do serviço prestado aos utilizadores e por eles sentidos directamente, bem como as compensações devidas em caso de incumprimento."

Para concluir, cumpre notar que

> "A produção de efeitos dos regulamentos com eficácia externa da ERSAR, I. P., depende da sua homologação pelo ministro da tutela, sendo os mesmos publicados no Diário da República, 2.ª série, e disponibilizados no sítio da Internet da ERSAR, I. P., sem prejuízo da sua publicitação por outros meios considerados adequados." (cfr artigo 19º, nº 1, dos Estatutos da ERSAR)

65 Para além do Conselho Directivo (artigo 8º dos Estatutos), a estrutura orgânica da ERSAR comporta ainda o fiscal único (artigo 9º dos Estatutos) e o Conselho Consultivo (artigo 10º dos Estatutos).

D.4.2) Poderes de supervisão

Para além da criação de regras gerais e abstractas (regulamentos), as autoridades reguladoras também tomam decisões individuais e concretas no âmbito do seu papel de supervisão, especialmente de supervisão económica (*Wirtschaftsaufsicht*), vale dizer, do controlo da actuação dos operadores económicos e dos mecanismos dos mercados.

De facto, de modo a cumprirem as tarefas de supervisão, as autoridades reguladoras são titulares de poderes de autorização[66], aprovação[67] e registo[68], bem como de prerrogativas de inspecção e de investigação[69] de elementos relevantes para aferir do funcionamento dos respectivos sectores no quadro das regras definidas.

No sector das águas e dos resíduos, os Estatutos da ERSAR referem-se várias vezes aos poderes de supervisão desta entidade. Com efeito, no elenco de atribuições descrito no artigo 5º, nº 2, prevê-se:

> "f) *Monitorizar* o cumprimento contratual, legal e das demais normas aplicáveis às actividades das entidades gestoras, nomeadamente emitindo recomendações, **utilizando os meios procedimentais e processuais que se revelem mais adequados para a garantia do interesse público e da legalidade, designadamente providências cautelares**, e cooperando com outras entidades públicas;
> g) *Supervisionar e avaliar* as tarifas e outros aspectos económico-financeiros de entidades gestoras, nomeadamente emitindo pareceres, propostas e recomendações;
> (…)

66 Como paradigma deste acto de supervisão temos a autorização das instituições de crédito concedida, em regra, pelo Banco de Portugal e comunicada sempre à Comissão Europeia (art. 16.º, n.ºs 1 e 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – RGICSF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31/12, objecto de sucessivas alterações). Sobre a autorização das instituições de crédito com sede em Portugal, *vide* FERNANDA MAÇÃS, "Regime Jurídico da Autorização das Instituições de Crédito com sede em Portugal", *in Estudos em Homenagem a Banco de Portugal – 150.º Aniversário (1846-1996)*, Banco de Portugal, Lisboa, 1998, pág. 183 e ss.
Nos Estatutos da ERSE, consagra-se também a competência desta entidade para conceder autorização de adesão ao Sistema Eléctrico Não Vinculado aos clientes do Sistema Eléctrico Público que tenham apresentado o respectivo pedido (art. 10.º, alínea e)). No respeitante às concessões e licenças de serviço público, a decisão cabe ao Governo, embora esta só possa ser tomada com base em parecer prévio, obrigatório e não vinculativo (art. 98.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo), da ERSE (art. 13.º dos Estatutos da ERSE).

67 Cfr. artigo 9.º, alínea d), dos Estatutos do ICP-ANACOM, art. 14.º, n.º1, d), e) e f), dos Estatutos da ERSE, entre outros.

68 Cfr., designadamente, os artigos 9.º, 43.º e 365.º do CVM e o artigo 9.º, alíneas d) e e), dos Estatutos do ICP-ANACOM.

69 Exemplificativamente, cfr. as inspecções/auditorias previstas nos artigos 120.º, n.º 2, do RGICSF, 24.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal, 9.º, alíneas b) e c), 12.º e 16.º, n.º 1, dos Estatutos dos ICP-ANACOM, 364.º, n.º 1, alínea a), do CVM, 7.º, n.º 3, alínea a), dos Estatutos da AC, 20.º, n.º 1 e 2, e 22.º do Estatutos da ERSE. Com especial relevância, cfr. o art. 17.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, que confere poderes de inquérito e de inspecção de tipo policial à Autoridade da Concorrência.

j) *Supervisionar*, *monitorizar e avaliar* a qualidade geral no sector de serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, incluindo do serviço prestado pelas entidades gestoras, sensibilizando -as para os problemas específicos detectados, emitindo pareceres, propostas e recomendações, promovendo a investigação e o desenvolvimento no sector e premiando casos de referência" (itálico e negrito nossos)

Mais impressiva parece ser a supervisão exercida pela ERSAR enquanto autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano, conforme decorre de prerrogativas constantes do artigo 5º, nºs 1 e 2, dos Estatutos[70]:

"1. São atribuições da ERSAR, I. P.:
(…)
f) Assegurar, como autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano, nos termos da alínea b), a aplicação da legislação respectiva, designadamente por meio da ***inspecção*** *aos sistemas de abastecimento e a supervisão dos laboratórios de análises da água para consumo humano*;
(…)
2. São ainda atribuições da ERSAR, I. P.:
(…)
i) Monitorizar o controlo da qualidade da água para consumo humano, no âmbito da sua missão de autoridade competente, constante na legislação em vigor, nomeadamente ***inspeccionando, supervisionando, avaliando, aprovando***, pronunciando -se e emitindo pareceres, propostas e recomendações;" (itálico e negrito nossos)

Com especial relevância na acção supervisora da ERSAR, não podemos deixar de referir os *poderes de autoridade* outorgados pelo artigo 15º, nº 1, dos Estatutos desta autoridade. Dispõe este preceito:

70 Cfr também, em matéria de competências do Conselho Directivo da ERSAR, o artigo 8º, nº 2, alínea c), dos Estatutos, que reza:
"2 - Sem prejuízo das competências que lhe sejam conferidas por lei ou nele delegadas ou subdelegadas, compete ao conselho directivo:
(…)
c) Realizar, no âmbito do controlo da qualidade da água para consumo humano, ***inspecções*** *aos sistemas de abastecimento e a supervisão dos laboratórios de análises da água para consumo humano*, nos termos previstos na legislação aplicável;" (negrito e itálico nossos)

> "A ERSAR, I. P., exerce os poderes de autoridade necessários à prossecução das suas atribuições, designadamente no que respeita a acesso a locais vistoriados, solicitação de documentação, solicitação de colaboração de outras autoridades públicas e de autoridades policiais, suspensão ou cessação de actividades e encerramento de instalações, nos termos e com a extensão definidos nos regimes jurídicos dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos e no regime da qualidade da água destinada ao consumo humano."

Por último, no âmbito da missão de vigilância sobre os mercados[71], há também a salientar os extensos deveres de informação e de colaboração das entidades supervisionadas com as respectivas autoridades reguladoras[72], às quais incumbem, correspondentemente, deveres de sigilo[73]/[74].

No domínio em análise, "as entidades gestoras devem remeter à entidade reguladora os tarifários dos serviços, acompanhados da deliberação que os aprovou; os relatórios e contas ou documento equivalente de prestação de contas, bem como as restantes informações decorrentes da aplicação das disposições do presente decreto -lei, do estatuto da entidade reguladora e demais legislação aplicável" (artigo 13º nº 1, do Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto), ficando os membros dos órgãos sociais e os trabalhadores da ERSAR "sujeitos a deveres de segredo profissional sobre os factos e documentos cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente das funções que desempenham na ERSAR, I. P., não podendo divulgar nem utilizar as informações obtidas que não no estrito cumprimento das suas funções" (cfr artigo 14º, nº 1, dos Estatutos da ERSAR).

D.4.3) Poderes sancionatórios

Em caso de incumprimento do quadro regulatório, as autoridades reguladoras podem aplicar sanções, com o poder sancionatório a surgir como prolongamento natural das prerrogativas de supervisão e de fiscalização[75].

---

71 Para uma destrinça pormenorizada dos conceitos de vigilância, supervisão, investigação, inspecção, observação e polícia, *vide* RICARDO RIVERO ORTEGA, *El Estado Vigilante - Consideraciones Jurídicas sobre la función Inspectora de la Administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, em especial, pág. 55 e ss.

72 Cfr., por exemplo, artigos 120.º do RGICSF, 13.º, n.º 1, dos Estatutos do ICP-ANACOM, 361.º do CVM, 8.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência e 6.º dos Estatutos da ERSE.

73 *V.g.* artigos 60.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal, 14.º dos Estatutos do ICP-ANACOM, 354.º, 355.º e 356.º do CVM, 36.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência e 6.º, n.º 4, dos Estatutos da ERSE.

74 Sobre a possibilidade de estes deveres de segredo poderem, muitas vezes, conflituar com os deveres de cooperação entre entidades reguladoras, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* pág.154 e ss.

75 Os poderes sancionatórios das autoridades reguladoras foram contestados em França, por eventual violação do princípio da separação dos poderes. Com efeito, a excessiva concentração de competências (regulamentares, de supervisão e ainda sancionatórias) em *Autorités Administratives* violaria o equilíbrio institucional visado por

De entre os mecanismos sancionatórios à disposição das autoridades reguladoras[76], destacam-se as coimas, de cariz pecuniário, e as sanções acessórias, incluindo estas medidas diversas como o encerramento de estabelecimentos, a revogação de autorizações, a suspensão de alvarás, entre outras.

Para além destas sanções de carácter punitivo, os reguladores recorrem a instrumentos de índole essencialmente persuasiva: advertências[77], admoestações[78], faculdade de suspender a execução da sanção[79] ou do processo de contra-ordenação[80] constituem meios de prevenir o cometimento (ou a repetição) de infracções ao quadro regulatório[81].

Na aplicação das sanções, as autoridades reguladoras devem estrito respeito aos procedimentos legais, nomeadamente ao direito do contraditório[82], e aos princípios

---

aquele princípio. O *Conseil Constitutionnel* pronunciou-se, porém, pela validade do exercício de prerrogativas sancionatórias pelas autoridades reguladoras, "desde que, por um lado, a sanção susceptível de ser aplicada excluísse qualquer privação de liberdade e, por outro lado, que o exercício dos poderes sancionatórios fosse acompanhado de medidas legais destinadas a salvaguardar os direitos e as liberdades constitucionalmente garantidos", cfr. Ac. n.º 2000-433 de 27/07/03, do *Conseil Constitutionnel. Vide Conseil d'État, Les Autorités administratives indépendantes – Rapport Public 2001 – Jurisprudence et avis de 2000, Études er Documents*, n.º 52, *La Documentation Française*, Paris, 2001, págs. 330-331 e JOSÉ LEFEBVRE, "Le pouvoir de sanction, le maillage repressif"*, in Le Désordre des autorités administratives indépendantes – L'exemple du secteur economique et financier* (direcção de Nicole Decoopman), Ceprisca, Amiens, 2002, pág. 111.

Também nós pensamos que as garantias legais de cumprimento dos direitos de defesa e, sobretudo, o facto de estar sempre assegurado o recurso judicial da decisão das autoridades reguladoras (cfr. art. 61.º, alínea d) do Decreto-Lei n.º 433/82) acautelam o equilíbrio entre centros de poder. Acresce a tecnicidade dos problemas da regulação e a celeridade exigida na sua resolução, a fazerem dos reguladores entidades adequadas à repressão das infracções cometidas.

Os mesmos argumentos já não podem, porém, ser esgrimidos a favor da última palavra dos reguladores no domínio contra-ordenacional, sob pena de violação da separação de poderes, mormente da reserva de jurisdição.

76 Exemplificativamente, cfr. artigos 388.º a 421.º do CVM, 11.º dos Estatutos da ERSE, 10.º dos Estatutos do INAC, 10.º dos Estatutos do ICP-ANACOM.

Também a Autoridade da Concorrência goza de poderes sancionatórios (cfr. artigos 7.º, n.º 2, 19.º, 42.º e 43.º a 48.º da Lei n.º 18/2003), pelo que, também nesta sede, surgem problemas de conflitos de competência e de articulação entre a autoridade transversal e os reguladores sectoriais.

Para além da colaboração entre todos os reguladores, Maria Manuel Leitão Marques, João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte defendem que "quer o princípio da separação funcional de tarefas das autoridades reguladoras independentes, quer o recurso às regras gerais de competência do regime geral das contra-ordenações (art. 33.º e ss.) poderão, quando necessário, fornecer respostas adequadas à resolução de conflitos de competências, negativos e positivos, deixando, assim, a investigação e qualificação das infracções e a aplicação das sanções à autoridade mais habilitada para o fazer em razão da matéria". *Vide* MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES / JOÃO PAULO SIMÕES DE ALMEIDA /ANDRÉ MATOS FORTE, Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial), CEDIPRE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 44.

77 *V.g.*, art. 413.º do CVM.

78 *V.g.*, art. 414.º do CVM.

79 *V.g.*, artigos 223.º do RGICSF e 415.º do CVM.

80 *V.g.*, art. 214.º do RGICSF.

81 Refiram-se também as sanções pecuniárias compulsórias aplicáveis pela Autoridade da Concorrência nos termos do art. 46.º da Lei n.º 18/2003. Sobre a figura em geral, *vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.

82 *V.g.*, artigos 25.º e 26.º da Lei n.º 18/2003.

Como afirma Luigi Marnotti, "nos procedimentos de natureza sancionatória, deve ter aplicação o princípio de que o sujeito ao qual a Administração pretende aplicar uma sanção deve poder defender-se no curso do proce-

constitucionais, havendo, obviamente, possibilidade de recurso jurisdicional das suas decisões[83].

No domínio das águas e dos resíduos, o artigo 5º, nº 2, dos Estatutos da ERSAR veio reforçar a *possibilidade de aplicação de medidas sancionatórias por este regulador*[84], ao prever:

> "São ainda atribuições da ERSAR, I. P.:
> *a) Exercer funções de autoridade reguladora* dos serviços públicos de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, aprovando regulamentos com eficácia externa e **exercendo poderes sancionatórios**;" (itálico e negrito nossos)

Desta sorte, cabe ao Conselho Directivo da ERSAR,

> "Exercer o **poder contra -ordenacional** nos termos do presente decreto -lei, dos regulamentos com eficácia externa e dos regimes jurídicos cuja supervisão compete à ERSAR, I. P.;"[85] (negrito nosso)

Em concreto, cumpre salientar as contra-ordenações estabelecidas no artigo 72º, do Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto:

> "1. Constitui contra -ordenação, punível com coima de € 7500 a € 44 890, no caso de pessoas colectivas, a prática dos seguintes actos ou omissões:
> a) Falta de implementação de qualquer um dos sistemas previstos no n.º 5 do artigo 8.º;
> b) Incumprimento das obrigações de informação à entidade reguladora previstas no n.º 4 do artigo 10.º, no artigo 13.º e no artigo 51.º;

dimento". *Vide* LUIGI MARNOTTI, "Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti", *in Il procedimento davanti alle Autorità independenti, Quaderni del Consiglio di Stato, G. Giappichelli,* Turim, 1999, pág. 62.

83 Em regra, o controlo judicial das decisões proferidas pelas autoridades reguladoras em processos de contra-ordenação cabe ao Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa.
Das decisões do Banco de Portugal de aplicação de coimas ou outras sanções recorre-se para o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa (art. 229.º do RGICSF), enquanto das sanções aplicadas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa (art. 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003).
Por último, segundo o art. 13.º da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004), "das decisões, despachos ou outras medidas adoptadas pela ARN [o ICP-ANACOM] no âmbito de processos de contra-ordenação, (…) cabe recurso para os tribunais de comércio" (parêntesis nosso).

84 Antes da entrada em vigor dos actuais Estatutos, a ERSAR apenas podia aplicar coimas em matéria de qualidade da água para consumo humano, no âmbito do Decreto-Lei nº 156/2005.

85 Cfr artigo 8º, nº 2, alínea e), dos Estatutos da ERSAR.

c) Prestação de um deficitário nível de serviço nos termos estipulados no regulamento de qualidade de serviço previsto no artigo 12.º;
d) Falta de comunicação aos utilizadores do serviço da data a partir da qual o mesmo passa a ser prestado sob responsabilidade do concessionário, nos termos previstos na alínea d) do n.º 4 do artigo 41.º;
e) Recusa de prestação dos serviços de águas ou resíduos nos casos em que os mesmos se devam considerar disponíveis, nos termos previstos no artigo 59.º;
f) Falta de comunicação prévia aos utilizadores sobre interrupções programadas no abastecimento de água ou na recolha de águas residuais nos termos previstos no n.º 5 do artigo 60.º;
g) Incumprimento dos deveres de informação previstos nos n.os 2 a 4 do artigo 61.º e no n.º 6 do artigo 80.º;
h) Inexistência do regulamento de serviço exigido pelo artigo 62.º ou manifesta desconformidade com o conteúdo mínimo exigido;
i) Não apresentação da proposta de regulamento no prazo de um ano previsto no n.º 2 do artigo 62.º;
j) Falta de prestação de informação aos utilizadores sobre as condições contratuais nos casos previstos no n.º 3 do artigo 63.º;
l) Incumprimento da obrigação de envio das listagens mensais de utilizadores nos casos previstos no n.º 4 do artigo 63.º;
m) Recusa de celebração de contratos de fornecimento e de recolha com utilizador em violação do disposto no n.º 6 do artigo 63.º;
n) Inexistência de mecanismos apropriados para a apresentação de reclamações pelos utilizadores nos termos previstos no n.º 2 do artigo 68.º

2. Constitui contra -ordenação, punível com coima de € 1500 a € 3740, no caso de pessoas singulares, e de € 7500 a € 44 890, no caso de pessoas colectivas, a prática dos seguintes actos ou omissões por parte dos proprietários de edifícios abrangidos por sistemas públicos ou dos utilizadores dos serviços:
a) O incumprimento da obrigação de ligação dos sistemas prediais aos sistemas públicos, quando tal resulte do disposto no artigo 69.º;
b) Execução de ligações aos sistemas públicos ou alteraçãodas existentes sem a respectiva autorização da entidade gestora, nos termos previstos no n.º 9 do artigo 69.º;
c) Uso indevido ou dano a qualquer obra ou equipamento dos sistemas públicos.

3. A negligência é punível, sendo nesse caso reduzidos para metade os limites mínimos e máximos das coimas referidos nos números anteriores."

Por último, cumpre salientar que "o processamento e a aplicação das coimas compete à entidade titular dos serviços na área onde tiver sido praticada a infracção quando o infractor seja um utilizador e **à entidade reguladora sempre que o infractor seja a entidade gestora**" (negrito nosso), revertendo integralmente o produto das coimas aplicadas pelo regulador para o Fundo de Intervenção Ambiental (cfr artigo 73º, nºs 1 e 4, do Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto).

D.4.4) Poderes de resolução de litígios

Conforme ressalta do próprio texto constitucional, a definição material de função jurisdicional é indissociável dos órgãos incumbidos de assegurar essa função, isto é, a caracterização substantiva do poder jurisdicional não prescinde de uma nota orgânica.

Desta forma, impõe-se a questão da reserva de jurisdição: será que os tribunais e os juízes (reserva de juiz) têm o exclusivo do exercício de funções jurisdicionais? Ou poderão estas ser desempenhadas por outras instâncias de composição de conflitos?

Em relação às autoridades reguladoras a resposta a esta interrogação assume particular relevância, na medida em que algumas destas entidades gozam de poderes de resolução de litígios[86], falando-se, por isso, na sua *natureza parajudicial ou quase-jurisdicional*[87].

Também a ERSAR é dotada de *poderes de resolução extra-judicial de litígios*. Com efeito, dispõe o artigo 5º, nº 2, alínea l), dos Estatutos:

> "Analisar as reclamações dos utilizadores e os conflitos que envolvam as entidades gestoras, *nomeadamente apreciando-os, promovendo a* ***conciliação e a arbitragem*** *entre as partes* e tomando as providências que considere urgentes e necessárias;" (itálico e negrito nossos)

86 *V.g.*, a ERS (art. 31.º dos Estatutos da ERS), o ICP-ANACOM (art. 10.º da Lei n.º 5/2004), a ERSE (art. 3.º, n.º 1, alínea i), dos Estatutos da ERSE), a ERC (art. 24.º, n.º 3, alíneas j) e t), dos Estatutos da ERC).

87 *Vide* BERTRAND DU MARAIS, *Droit Public de la Régulation Economique*, Dalloz, Paris, 2004, pág. 510, DELPHINE COSTA, "L'Autorité des Marchés financiers: juridiction? Quasi-juridiction? Pseudo-juridiction?", *in Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6, Dalloz, Novembro-Dezembro 2005, pág. 1174 e ss. e VITAL MOREIRA, *Auto-regulação…*, *cit*., pág. 37.

Em nossa opinião, a reserva jurisdicional cumpre-se, via de regra, com a garantia de recurso para os tribunais; só excepcionalmente se verifica uma reserva absoluta[88] a favor destes[89].

Neste sentido, a atribuição do poder de composição de litígios às autoridades reguladoras é constitucionalmente admissível desde que garantido o recurso para os tribunais[90] e não se invada o núcleo duro da função jurisdicional.

Questão diferente, embora conexionada, da constitucionalidade da resolução de conflitos jurídicos pelas autoridades reguladoras, é a da natureza desta actividade.

Na verdade, quando na solução de questões de direito entre particulares ou entre particulares e o regulador a actuação deste se justifica pela realização de um específico interesse público que não o da mera prossecução da justiça, a resolução do conflito traduz-se num acto administrativo de resolução de conflitos[91], recorrível para a jurisdição administrativa[92].

Por seu turno, se a intervenção das autoridades reguladoras não prossegue qualquer interesse público específico, antes visando apenas a realização, desinteressada, do direito e da justiça, estamos perante o exercício de função jurisdicional, materializando-se a actividade administrativa numa sentença arbitral, recorrível para os tribunais judiciais[93].

---

88 Vieira de Andrade utiliza a terminologia de reserva absoluta e reserva relativa para expressar a ideia exposta em texto, *vide* VIEIRA DE ANDRADE, "A reserva de juiz e a intervenção ministerial em matéria de fixação de indemnizações por nacionalizações", *in Scientia Ivridica*, tomo XLVII, n.º 274-276, 1998, pág. 21 e ss.
Paulo Rangel prefere o "critério jurisprudencial das «duas palavras»", defendendo a coincidência da noção de reserva absoluta com "aquelas matérias em que os tribunais têm de ter não apenas a «última palavra», mas logo a «primeira palavra»", ou seja, "existe, pois, nos casos de reserva absoluta, um verdadeiro «monopólio de juiz» ou, para usar a fórmula germânica, um «monopólio de jurisprudência», que impede, de todo em todo, o exercício dessa função por parte de outras autoridades - administrativas, legislativas, «judiciais/não jurisdicionais» – mesmo que das decisões destas últimas possa haver recurso para um juiz". *Vide* PAULO CASTRO RANGEL, "O Direito ao Poder – Desenvolvimentos do conceito de Reserva de Jurisdição", *in Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, págs. 305-306.
Na última edição do seu Manual, Gomes Canotilho recorre a estes termos de "monopólio da última palavra" e "monopólio da primeira palavra" (*Monopol des letzten Wortes e Monopol des ersten Wortes*). *Vide* GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional…, cit*., págs. 668-669.

89 Em sentido contrário, Oliveira Ascensão considera inconstitucional a lei que atribua funções substan-cialmente jurisdicionais a órgãos administrativos, mesmo quando garantido o recurso ao tribunal. *Vide* OLIVEIRA ASCENSÃO, "A reserva constitucional da jurisdição", *in O Direito*, ano 123.º, II-III, 1991, pág. 472.

90 *V.g.*, os artigos 42.º, n.º 3, dos Estatutos da ERS, 13.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2004, 61.º, n.º 1, dos Estatutos da ERSE, 75.º, n.º 3, dos Estatutos da ERC.

91 Nas palavras de Afonso Queiró, "se, ao tomar-se uma decisão, a partir de uma situação-de-facto traduzida numa «questão de direito» (na violação do direito objectivo ou na ofensa de um direito subjectivo), se actua, por força da lei, para se conseguir a produção de um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa «questão de direito», então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos, sim, perante um acto administrativo". *Vide* AFONSO QUEIRÓ, "A função administrativa", *in Estudos de Direito Público*, vol. II, Obra Dispersa, Tomo I, Coimbra, 2000, pág. 109.
Nesta situação, estamos no âmbito da função administrativa e não jurisdicional, pelo que não se levanta o problema da eventual violação da reserva de juiz.

92 Cfr. art. 13.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2004 e art. 61.º, n.º 1, dos Estatutos da ERSE.

93 Cfr. art. 42.º, n.º 3, dos Estatutos da ERS e art. 75.º, n.º3, dos Estatutos da ERC.

Conquanto a distinção proposta entre acto administrativo de solução de questões de direito e actividade arbitral da Administração[94] pareça clara, a sua concretização revela-se espinhosa, traduzindo-se, amiúde, em soluções legais contestadas[95] e incoerentes[96].

Estamos certos de que no sector das águas e resíduos a questão acabada de expor será devidamente ponderada.

III. Sector do abastecimento de água, saneamento de águas residuais urbanas e resíduos urbanos como Serviço de Interesse Económico Geral

A) Dos Serviços de Interesse Económico Geral: breve introdução

No âmbito do Estado Providência, os serviços públicos eram sinónimo de titularidade pública, embora a sua gestão pudesse ser deferida a entidades privadas, designadamente através de contratos de concessão.

Mais do que um modo de organização, o Serviço Público traduzia a essência do Estado e espelhava a filosofia das relações entre a acção pública e o *corpus* societário: a civilização do Bem-Estar assentava na propriedade pública dos serviços destinados à satisfação dos interesses colectivos.

Com os défices orçamentais e a ineficiência da gestão da *res publica*, a concepção clássica de Serviço Público é posta em causa: a dimensão subjectiva perde o protagonismo para a vertente material daquela noção.

Neste sentido, o essencial é a satisfação das necessidades fundamentais da colectividade, independentemente de tal escopo ser prosseguido através de serviços públicos tradicionais, a cargo do Estado ou concessionários, ou por entidades privadas sujeitas a "obrigações de interesse geral" ("obrigações de serviço público").

---

94 Sobre esta distinção, *vide* FERNANDA MAÇÃS, "O controlo jurisdicional das Autoridades Reguladoras Independentes: perplexidades e desafios em face do princípio do Estado de direito", *in Cadernos de Justiça Administrativa,* nº 58, Julho/Agosto 2006, págs. 44 a 47, e PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas…, cit*., págs. 546 – 548.

95 Cfr. crítica de Pedro Gonçalves ao art. 18.º, n.ºs 5 e 6, do Decreto-Lei n.º 415/98, onde se estabelecia o recurso aos tribunais judiciais das decisões do ICP sobre as controvérsias entre os operadores das redes públicas de telecomunicações e prestadores de serviços. Entretanto, a solução legal foi modificada pelo art. 13.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2004, preceito que remete o recurso das decisões de litígios pelo ICP-ANACOM para a jurisdição administrativa. *Vide* PEDRO GONÇALVES, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 152-153.

96 Neste sentido, Fernanda Maçãs afirma: "A fronteira entre ambas as situações [acto administrativo de resolução de conflitos jurídicos e actividade arbitral da Administração], assentes na presença ou não de actividade directamente relacionada com a realização de interesses administrativos, nem sempre é fácil de estabelecer tendo sobretudo em conta as soluções nem sempre coerentes tomadas pelo legislador e a amplitude que assume nos dias de hoje a Administração". *Vide* FERNANDA MAÇÃS, "O controlo…", *cit,* pág. 46.

Na verdade, com o movimento de privatizações e liberalizações, a influência comunitária e a emergência do Estado Regulador, assiste-se ao desmantelamento de muitos serviços públicos clássicos e à assunção pelo mercado de tarefas anteriormente monopolizadas pelo poder público.

Deste modo, o "serviço público à francesa" vê-se substituído pelos SIEG, fórmula comunitária[97] que acentua a missão de interesse comum[98] e indicia a neutralidade (?) da União Europeia relativamente à natureza pública ou privada do prestador dos serviços públicos[99].

Nas palavras de Ana Maria Guerra Martins, "a coabitação da figura do serviço público e da prossecução do interesse público com os princípios e as regras comunitárias da concorrência nem sempre é fácil, ou, para não usar eufemismos, tem-se revelado até muito difícil".[100]

Ora, no domínio da União Europeia, os SIEG constituem o elemento que visa assegurar a articulação entre o primado do mercado e valores sociais. Com efeito, o cumprimento das regras da concorrência não envolve necessariamente a satisfação de todos os interesses gerais, pelo que, frequentemente, aquelas regras têm de ser limitadas, ou afastadas, em favor de outras grandezas, nomeadamente de ordem social[101].

---

97 Como ensina Fausto de Quadros, "O instituto do serviço público constitui um bom exemplo de interacção sistemática e dogmática que se vem estabelecendo desde sempre entre o Direito Administrativo e o Direito Comunitário e que ao longo dos últimos cinquenta anos tem presidido à evolução de ambos esses ramos do Direito". *Vide* FAUSTO DE QUADROS, "Serviço Público e Direito Comunitário", *in Os caminhos da privatização da Administração Pública, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 280.
Sobre a relação entre o Direito Administrativo e o Direito Comunitário e o novo conceito de Direito Administrativo Europeu, *vide* FAUSTO DE QUADROS, *A nova dimensão do direito administrativo – O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001.

98 Como nota José Luis Martinez López-Muñiz, o Direito Comunitário "preferiu falar de serviços de interesse económico geral, (…) um **conceito material ou objectivo** e não uma noção subjectiva da realidade aludida [a dos serviços públicos] que obrigava a incluir apenas os serviços próprios do Estado ou reservados à titularidade de algum dos poderes públicos do âmbito dos Estados" (negrito e parêntesis nossos). *Vide* JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-LÓPEZ-MUÑIZ, "Servicio Público, Servicio Universal y «Obligación de Servicio Público» en la perspectiva del Derecho Comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos", *in Os caminhos da privatização da Administração Pública, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 257.

99 Segundo Robert Kovar, "à expressão «serviço público» o Tratado instituidor da CEE preferiu a de «empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral», embora os textos de direito comunitário derivado se refiram preferencialmente a "empresas que asseguram um serviço universal". Estas escolhas procedem da intenção de privilegiar uma terminologia julgada mais neutra do que um conceito [serviço público] carregado de uma significação demasiado particular, ideológica" (parêntesis e itálico nossos). O autor não considera inocentes as escolhas de vocabulário, antes resultado de um fenómeno de laicização do conceito de serviço público: "A uma certa sacralização do serviço público opõe-se uma concepção laica de serviço de interesse geral". *Vide* ROBERT KOVAR, "Droit Communautaire et service public: esprit d'ortodhoxie ou pensée laicisée*", in revue trimestrielle de droit européen,* n.º 2, 32.º ano, Dalloz, Paris, Abril-Junho 1996, págs. 220-221.

100 *Vide* ANA MARIA GUERRA MARTINS, "A emergência de um novo Direito Comunitário da Concorrência – As concessões de serviços públicos*", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLII, n.º 1, Coimbra Editora, 2001, pág. 79.

101 Cfr artigo 106º, nº 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ex-artigo 86º, nº 2, do Tratado da Comunidade Europeia), que dispõe:

B) Águas e Resíduos como Serviços de Interesse Económico Geral: princípio da subsidiariedade

No âmbito do princípio comunitário da subsidiariedade[102], compete aos Estados a definição dos SIEG e das entidades, públicas ou privadas[103], responsáveis pela sua prestação, pois as autoridades nacionais conhecem melhor as realidades do seu país e as necessidades dos seus cidadãos do que as instituições europeias[104].

"As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União."

Para maiores desenvolvimentos, sobre as circunstâncias excepcionais, justificadas pela especificidade da missão de que são incumbidas, em que as empresas de SIEG podem não se sujeitar às regras da concorrência, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* pág. 227 e ss.

102 O princípio da subsidiariedade é um princípio geral do ordenamento jurídico da União Europeia consagrado no art. 5.º, §2, do Tratado da União Europeia, o qual dispõe:

"Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União".

Sobre o princípio da subsidiariedade, *vide* ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso…, cit*., pág. 256 e ss; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 102 e ss.; GORJÃO-HENRIQUES, *ob. cit*., pág. 229 e ss; JOÃO MOTA DE CAMPOS/JOÃO LUIZ MOTA CAMPOS, *Manual de Direito Comunitário*, 4ªedição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, pág. 280 e ss.; KOEN LENAERTS/PIET VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pág. 99 e ss.; MARIA LUÍSA DUARTE, "A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no direito comunitário – pressupostos e limites", *in Estudos jurídicos e económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000, pág. 719 e ss

103 Não obstante o princípio da neutralidade (art. 345.º do TFUE), os SIEG têm vindo a ser proporcionados cada vez mais por entidades privadas. Segundo Manuel Porto, "para a evolução verificada tem sido decisiva a experiência conhecida, experiência que, contrariando ideias feitas, tem vindo a ser inequívoca quanto às melhores prestações conseguidas pela concorrência, v.g. com participação privada: conseguindo-se que os serviços sejam de melhor qualidade e a mais baixo preço, assegurando-se ainda – sempre no quadro de uma regulação exigente e estimulante – a satisfação de todos os demais requisitos de um serviço público universal. Para além do maior benefício proporcionado assim aos destinatários dos serviços, aliviam-se recursos indispensáveis noutros sectores sociais (da saúde à assistência à velhice) onde não pode deixar de ser o Estado a intervir, e não se penalizam tanto os contribuintes, com um aumento de tributação que, com um recurso inevitável à tributação indirecta, acaba por sacrificar sempre mais os mais pobres (por melhor boa vontade que se tenha para o evitar)". *Vide* MANUEL PORTO, "A lógica de intervenção nas economias: do Tratado de Roma à Constituição Europeia", *in Colóquio Ibérico: Constituição Europeia – Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Stvdia Ivridica, 84, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 2005, págs. 636-637.

104 No contexto europeu, a evolução dos SIEG prima, assim, pela heterogeneidade. Em relação a Portugal, *vide* MANUEL PORTO, "Serviços Públicos e Regulação em Portugal", *in Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, ano 1, n.º 3, Editora Fórum, Belo Horizonte, Julho/Setembro 2003, pág. 161 e ss; mais recentemente, *vide* MANUEL PORTO, "Abertura ao Mercado e Regulação: uma primeira avaliação da experiência portuguesa nos sectores da energia, das comunicações e dos transportes", *in Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, n.º 10, Editora Fórum, Belo Horizonte, Abril-Junho 2005, pág, 169 e ss.

Para uma visão geral do direito dos serviços públicos da Alemanha, da Benelux, da Finlândia, da Suécia, da Grécia, do Reino Unido, da Irlanda, da Itália e da Espanha, *vide L'Idée de Service Public dans le Droit des États de*

Não obstante a definição dos interesses gerais caber na esfera de soberania dos Estados, a qualificação de um serviço como SIEG pode ser sindicada pela Comissão Europeia[105] e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), mas apenas em casos de erro manifesto de apreciação[106].

Particularmente relevante neste domínio tem sido a jurisprudência do TJUE, bastando-se, para efeitos de aplicação da excepção do artigo 106.º, n.º 2, do TFUE, com a definição da missão de serviço público através de um acto de autoridade pública[107].

Com os Acórdãos Corbeau[108] e Almelo[109], porém, o TJUE procedeu a aproximação substancial à noção de SIEG, assente num conjunto de elementos comuns (*v.g.*, universalidade, continuidade, qualidade, defesa dos utentes), sem, todavia, se pôr em causa a responsabilidade estadual na definição dos SIEG[110].

Em Portugal, as actividades de abastecimento público de água às populações, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos são qualificadas, por lei, de serviços de interesse geral[111].

Dispõe o artigo 3º do Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto:

---

l'Union Européenne, (direcção de Franck Moderne e Gérard Marcou), L´Harmattan, 2001, em especial págs. 83-365.

105 O artigo 106.º, n.º 3, do TFUE, reza assim:
"3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas."
Sobre as atribuições da Comissão ao abrigo do preceito transcrito (ex- artigo 86º, nº 3, do TCE), *vide* SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y mercado*, I, (Fundamentos), Civitas, Madrid, 1998, pág. 201 e ss.

106 Afirma-se no ponto 21 da Comunicação de 2000 da Comissão:
"A liberdade de definição dos Estados-Membros significa que os Estados-membros são, em primeira instância, os responsáveis pela definição do que considerem serviços de interesse económico geral, com base nas características específicas das actividades. Esta definição pode apenas ser sujeita ao controlo das situações de abuso (…). Em áreas que não estão especificamente cobertas pela regulamentação comunitária, os Estados-membros beneficiam de uma ampla margem de manobra na concepção das suas políticas, que apenas podem ser sujeitas a controlo por erro manifesto". *Vide* Comunicação da Comissão – Serviços de Interesse geral na Europa, COM(2000) 580 final, Bruxelas, 2000.
Nas palavras de Jörn Axel Kämmerer, "a regulação é deferida pelo TCE à Comissão (art. 86.º, n.º 3) e às políticas comuns. Onde ainda falte a regulação comunitária, aos Estados-Membros é permitida uma ampla margem de discricionariedade. Corresponde ao princípio da subsidiariedade que essa discricionariedade vale para definir os interesses públicos na prestação de serviços, cabendo à Comissão apenas apontar «vícios ostensivos»". *Vide* JÖRN AXEL KÄMMERER, "Strategien zur Daseinvorsorge – Dienste im allgemeinem Interesse nach der «Altmark» - Entscheidung des EuGH", *in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 1, Frankfurt, 2004, pág. 29.

107 Para uma análise dos arestos jurisprudenciais mais relevantes, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* págs. 225-226. Concluímos aí: "mais do que a dificuldade em ultrapassar a imprecisão inerente ao conceito de interesse geral, a posição do TJCE compreende-se pela cautela e respeito devidos à soberania estadual." (cfr pág. 226)

108 Cfr. Acórdão de 19/05/93, Processo-crime contra Paul Corbeau, Processo C-320/91, ponto 15.

109 Cfr. Acórdão de 27/04/94, Gemeente Almelo e outros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij, Processo C-393/92, ponto 48.

110 Na definição do que entende por missão de interesse de interesse geral, o TJUE recorre às clássicas "leis de Roland", que traduzem os princípios típicos do serviço público: continuidade, igualdade, mutabilidade. Para maiores desenvolvimentos, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* pág. 213 e ss.

111 Em bom rigor, os diplomas legislativos deviam classificar as actividades de abastecimento público de água às populações, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos como serviços de inte-

> "A exploração e gestão dos sistemas municipais, tal como referidas no n.º 1 do artigo anterior, consubstanciam serviços de interesse geral e visam a prossecução do interesse público, estando sujeitas a obrigações específicas de serviço público."

Em termos idênticos, no preâmbulo dos Estatutos da ERSAR, aprovados pelo Decreto-Lei nº 277/2009, de 2 de Outubro, afirma-se

> "As actividades de abastecimento de água às populações, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos constituem serviços de interesse geral, que visam a prossecução do interesse público, essenciais ao bem -estar dos cidadãos, à saúde pública e à segurança colectiva das populações, às actividades económicas e à protecção do ambiente."

Trata-se de qualificação por acto de autoridade pública que tem correspondência no plano substantivo, porquanto a missão de interesse geral a ser prosseguida nos serviços de águas e resíduos deve cumprir os princípios enunciados no artigo 5º, do Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto, que reza o seguinte:

"1. As actividades referidas no n.º 1 do artigo 2.º (actividades de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos) devem ser prestadas de acordo com os seguintes princípios:
   a) A promoção tendencial da sua **universalidade** e a **garantia da igualdade no acesso;**
   b) A garantia da **qualidade** do serviço e da **protecção dos interesses dos utilizadores**;
   c) O desenvolvimento da **transparência** na prestação dos serviços;
   d) A protecção qualidade da saúde pública e do ambiente;
   e) A garantia da eficiência e **melhoria contínua na utilização dos recursos afectos, respondendo à evolução das exigências técnicas e às melhores técnicas ambientais disponíveis**;
   f) A promoção da solidariedade económica e social, do correcto ordenamento do território e do desenvolvimento regional.

---

resse económico geral e não serviços de interesse geral, porquanto trata-se de serviços de natureza comercia/ industrial e não de autoridade ou sociais.
Sobre a distinção entre Serviços de Interesse Geral (SIG) e Serviços de Interesse Económico Geral (SIEG), *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* pág. 220 e ss.

2. Os princípios estabelecidos no número anterior devem ser prosseguidos de forma eficaz, de forma a oferecer, ao menor custo para os utilizadores, elevados níveis de **qualidade** de serviço." (parêntesis e negrito nossos)[112]

No preâmbulo dos Estatutos da ERSAR, aprovados pelo Decreto-Lei nº 277/2009, de 2 de Outubro, afirma-se igualmente que os serviços de interesse geral de abastecimento de água às populações, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos "devem pautar -se por princípios de **universalidade** no acesso, de **continuidade** e **qualidade** de serviço, e de **eficiência** e **equidade dos preços**". (negrito nosso)

C) Águas e Resíduos como Serviços de Interesse Económico Geral e a Directiva dos Serviços (Directiva 2006/123/CE, de 12 de Dezembro)

C.1) Âmbito da Directiva dos Serviços e SIEG

Fundamental para mediar o mercado interno e outros interesses públicos relevantes (*v.g.* valores sociais), o conceito de serviços de interesse económico geral funciona como limite à liberalização de serviços na União Europeia e, à escala global, no seio da Organização Mundial do Comércio (OMC)[113].

No contexto da Directiva dos Serviços[114], instrumento fundamental para a dinamização do mercado de serviços na União Europeia, dispõe o artigo 2º, nº 2:

---

112 Na mesma linha, dispõe o artigo 10º do Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de Agosto:
"1 - As entidades gestoras devem implementar mecanismos de avaliação, cujo conteúdo contemple, pelo menos, um sistema de análise de desempenho.
2 - O sistema referido no número anterior tem em consideração factores de contexto e contempla pelo menos as seguintes vertentes:
a) A defesa dos interesses dos utilizadores, correspondentes a aspectos que estão relacionados com as tarifas praticadas e a **qualidade do serviço** a eles prestado;
b) A sustentabilidade da prestação dos serviços públicos em causa, nomeadamente aspectos que traduzam uma capacidade infra -estrutural, operacional e financeira necessária à garantia de uma prestação de **serviço regular e contínua** aos utilizadores de acordo com **elevados níveis de qualidade**;" (negrito nosso)
Sobre a regulação de níveis de qualidade do serviço prestado aos utilizadores, cfr artigo 12º do mesmo diploma.

113 Sobre a OMC e o sistema comercial internacional em geral, *vide* Jónatas Machado, *ob. cit.,* pág. 407 e ss, Luís Pedro Cunha, *O sistema comercial multilateral e os espaços de integração regional*, Coimbra Editora, 2008, e Manuel Porto, *Economia – Um texto introdutório*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 383 e ss. Em especial sobre os SIEG no contexto da globalização económica, *vide* Markus Krajewski, "Protecting a shared value of the Union in a globalized world: services of general economic interest and external trade", *in The Eu and WTO Law on Services – Limits to the realisation of general interest policies within the sevices markets?,* coordenação de Johan W. van de Gronden, Kluwer Law International, 2009, pág. 187 e ss.

114 Para uma análise desta, *vide* C. Barnard, "Unravelling the services directive", *in Common Market Law Review*, vol. 45, nº 2, Abril 2008, pág. 323 e ss, Vassilis Hatzopoulos, "Assessing the services directive", *in The Cambridge Yearbook of European Legal Studies,* Volume 10, 2007-2008, coordenação de Catherine Barnard, Hart Publishing, 2008, pág. 215 e ss. Numa perspectiva mais económica, *vide* Harald Badinger e Niklas Maydell, "Legal and economic issues in completing the EU internal market for services", *in Journal of Common Market*

"2. A presente directiva não se aplica às seguintes actividades:
a) Serviços de interesse geral sem carácter económico;"

Não obstante a confusão terminológica desta Directiva em matéria de serviços de interesse geral[115] e a desnecessidade do preceito transcrito *supra*[116], forçoso é concluir que os serviços de interesse económico geral caem no âmbito de aplicação da Directiva.

C.2) Directiva dos Serviços: águas e resíduos como SIEG e direito de estabelecimento

Em matéria de direito de estabelecimento[117], não havendo regime especial para os serviços de interesse económico geral[118], os Estados-membros encontram-se proibidos de sujeitar o acesso/exercício a essas actividades a "regimes de autorização"[119] (cfr. artigo 9º da Directiva dos Serviços).

Studies (JCMS), Volume 47, nº 4, Setembro 2009, pág. 693 e ss. Em especial sobre os SIEG no contexto da Directiva dos Serviços, *vide* Ulla Neergaard, "Services of general (economic) interest and the services directive – what is left out, why and where to go?", *in The Services Directive – Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, DJOF Publishing Copenhagen, 2008, pág. 65 e ss.

115 Exemplificativamente, cfr. considerando 17 da Directiva em análise:
"A presente directiva só abrange os serviços prestados mediante contrapartida económica. *Os serviços de interesse geral não se encontram abrangidos pela definição do artigo 50.o do Tratado e, assim, não são incluídos no âmbito de aplicação da presente directiva. Os serviços de interesse económico geral são serviços prestados mediante contrapartida económica, pelo que se encontram abrangidos pelo âmbito da presente directiva*. Contudo, certos serviços de interesse económico geral, como os que podem existir no sector dos transportes, são excluídos do âmbito de aplicação da presente directiva, e alguns outros serviços de interesse económico geral, por exemplo, na área dos serviços postais, são objecto de uma excepção às disposições em matéria de liberdade de prestação de serviços estabelecidas na presente directiva (…)". (itálico nosso)
Ora, em bom rigor, a noção de serviços de interesse geral engloba os serviços sociais de interesse geral, os serviços de autoridade e os serviços de interesse económico geral (isto é, de natureza comercial/industrial). Para maiores desenvolvimentos, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* pág. 220 e ss.
Deste modo, em nossa opinião, a Directiva dos Serviços ao referir-se, no considerando *supra* transcrito, a Serviços de Interesse Geral quer abranger apenas os serviços sociais de interesse geral e os serviços ditos "realengos".

116 Com efeito, os serviços sociais de interesse geral e os serviços de autoridade não estão sujeitos às regras da concorrência ou às liberdades fundamentais do Mercado Interno (salvo se outra for a opção dos Estados, ao abrigo do princípio da subsidiariedade), ou a medidas de harmonização como a Directiva de Serviços. Mais desenvolvidamente, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* pág. 220 e ss.

117 Sobre a distinção entre direito de estabelecimento e livre prestação de serviços, *vide* Gorjão Henriques, *ob. cit.,* pág. 485 e ss, e Moura Ramos, *Das Comunidades…, cit.,* págs. 258-259.

118 Referimo-nos apenas a regras substantivas, porquanto, em termos procedimentais, os serviços de interesse económico geral (SIEG) podem gozar de tratamento especial:
1) o artigo 15º, nº 4, da Directiva dos Serviços prevê a possibilidade de os requisitos que obrigam os Estados-membros a avaliar os seus esquemas de autorização não serem aplicáveis se obstruírem a boa *performance* dos SIEG;
2) os considerandos 71 e 72 da Directiva dos Serviços abrem a possibilidade de o processo de avaliação mútua (cfr artigo 39º) ser afastado quando puder prejudicar os SIEG.

119 Para efeitos da Directiva dos Serviços, a expressão "regimes de autorização" é definida como:
"qualquer procedimento que tenha por efeito obrigar um prestador ou um destinatário a efectuar uma diligência junto de uma autoridade competente para obter uma decisão formal ou uma decisão tácita relativa ao acesso a uma actividade de serviço ou ao seu exercício".

No entanto, as autorizações podem ser justificadas por "razões imperiosas de interesse geral", se não forem discriminatórias e não existirem meios menos restritivos para a prossecução do interesse geral em causa (cfr. artigo 9º, nº 1, da Directiva dos Serviços[120]).

Ora, tendo em conta a amplitude das "razões imperiosas de interesse geral"[121], noção derivada da *rule of reason* da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, facilmente aí podemos incluir os serviços de interesse económico geral (*v.g.* águas e resíduos), legitimando a invocação pelos Estados-membros de restrições nacionais ao direito de estabelecimento em nome de interesses gerais.

Por outro lado, não podemos olvidar o artigo 1º, nºs 2 e 3, da Directiva dos Serviços, que reza:

> "2. A presente directiva não tem por objecto a liberalização dos serviços de interesse económico geral reservados a entidades públicas ou privadas, nem a privatização de entidades públicas prestadoras de serviços
> 3. A presente directiva não tem por objecto a abolição dos monopólios de prestação de serviços nem os auxílios concedidos pelos Estados-Membros, que são abrangidos pelas regras comunitárias em matéria de concorrência.
> A presente directiva não afecta a liberdade de os Estados-Membros definirem, em conformidade com a legislação comunitária, o que entendem por serviços de interesse económico geral, o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, e as obrigações específicas a que devem estar sujeitos".

Destarte, na linha da neutralidade da União Europeia em matéria de regimes de propriedade (cfr. artigo 345º do TFUE, ex-artigo 295º do TCE), somos da opinião de que é possível defender, em especial com base no normativo acima transcrito, a compatibi-

120 Dispõe o artigo 9º, nº 1, da Directiva dos Serviços:
"Os Estados-Membros só podem subordinar a um regime de autorização o acesso a uma actividade de serviços e o seu exercício se forem cumpridas as condições seguintes:
a) O regime de autorização não ser discriminatório em relação ao prestador visado;
b) A necessidade de um regime de autorização ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral;
c) O objectivo pretendido não poder ser atingido através de uma medida menos restritiva, nomeadamente porque um controlo a posteriori significaria uma intervenção demasiado tardia para se poder obter uma real eficácia".

121 Na perspectiva de Johan W. van de Gronden, estas exigências da Directiva dos Serviços "irão afectar o recurso dos Estados-membros aos SIEG", porquanto esta directiva é medida harmonizatória, precludindo a alegação do artigo 106º, nº 2, do TFUE (ex-artigo 86º,nº 2, do TCE) como excepção justificativa da existência de autorizações para aceder e/ou exercer SIEG. Ora, na visão deste Professor, o artigo 9º, nº 1, alínea c), da Directiva em análise, retoma o teste apertado da não existência de meios menos restritivos para a invocação da excepção dos SIEG, há algum tempo abandonado pela jurisprudência do TJUE (cfr acórdão Corbeau), assim dificultando o recurso a estes serviços pelos Estados-membros. *Vide* Johan W. van de Gronden, "The EU and WTO law on free trade in services and the public interest: towards a framework directive on services of general economic interest?", *in The Eu and WTO Law on Services – Limits to the realisation of general interest policies within the sevices markets?,* coordenação de Johan W. van de Gronden, Kluwer Law International, 2009, págs 272-273.

lidade do actual sistema português de administração e gestão das águas e resíduos (cfr. capítulo I) com a Directiva dos Serviços.

Na verdade, cientes de que os preceitos da Directiva dos Serviços podem induzir a privatização e a liberalização das actividades em causa, poder-se-á sustentar, porém, a aplicação das regras relativas ao direito de estabelecimento apenas na medida em que tal não implique a liberalização dos SIEG ou a privatização das entidades públicas que os prestam.

C.3) Directiva dos Serviços: águas e resíduos como SIEG e liberdade de prestação de serviços

Abandonado o princípio do país de origem, eixo central de um projecto de Directiva considerado excessivamente liberal, o artigo 16º, nº 1, da Directiva dos Serviços estabelece:

> "Os Estados-Membros devem respeitar o direito de os prestadores prestarem serviços num Estado-Membro diferente daquele em que se encontram estabelecidos.
> O Estado-Membro em que o serviço é prestado deve assegurar o livre acesso e exercício da actividade no sector dos serviços no seu território".

Noutros termos: na esteira do artigo 56º do TFUE (ex-artigo 49º do TCE) e da jurisprudência do TJUE, a Directiva dos Serviços proíbe os Estados-membros de restringirem o acesso ao mercado no domínio da livre prestação (temporária) de serviços. *Naturaliter*, esta proibição comporta derrogações.

Deste modo, o artigo 17º, nº 1, considera inaplicável o artigo 16º

> "Aos serviços de interesse económico geral prestados noutro Estado-Membro, nomeadamente:
> a) No sector postal, aos serviços abrangidos pela Directiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço;
> b) No sector da electricidade, aos serviços abrangidos pela Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade;

c) No sector do gás, aos serviços abrangidos pela Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural;
d) **Aos serviços de distribuição e abastecimento de água e aos serviços de tratamento de águas residuais**;
e) **Ao tratamento de resíduos**". (negrito nosso)

Ao contrário do projecto inicial (Directiva Bolkestein)[122], os SIEG (águas e resíduos inclusive), por força do preceito acabado de transcrever, são excluídos do âmbito da aplicação da Directiva dos Serviços no respeitante à matéria da livre prestação de serviços, isto é, no fundo, parte significativa desta legislação europeia não cobre os SIEG (cfr. **C.1**)[123].

D) Águas e Resíduos e a Lei dos Serviços Públicos Essenciais (Lei nº 23/96, de 26 de Julho)

No contexto da regulação social a cargo do hodierno Estado Regulador e da tutela do consumidor em geral, não podemos deixar de nos debruçar sobre a lei que protege o utente de serviços públicos essenciais: a Lei n.º 23/96, de 26/07.

No seu art. 1.º, n.º 1, a referida Lei indica expressamente o seu fim: o estabelecimento de "regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente" .

Definindo utente como "a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo" (art. 1.º, n.º 3), a Lei n.º 23/96 visa estender a tutela a todos os utentes[124] de bens ou serviços públicos considerados essenciais.

---

122 No projecto de Directiva Bolkestein, só alguns SIEG- os que actualmente estão previstos (*v.g.* águas e resíduos), a título meramente exemplificativo, no artigo 17º, nº 1, transcrito em texto -, estavam isentos do princípio do país de origem, isto é, os SIEG, em geral, estavam sujeitos a este princípio. Tratava-se, em nossa opinião, de inadmissível violação do princípio da subsidiariedade neste domínio, um claro indício dos propósitos excessivamente liberalizadores daquele projecto.

123 Segundo Johan W. van de Gronden, em matéria de livre prestação de serviços, a Directiva dos Serviços não inova relativamente ao *status quo* anterior à sua entrada em vigor. Na opinião deste autor, no respeitante à livre prestação de serviços, a Directiva 2006/123/CE, de 12 de Dezembro, não harmoniza a matéria dos SIEG, razão pela qual os Estados-membros só podem não se encontrar submetidos à liberdade de prestação de serviços se verificadas as condições previstas no artigo 106º, nº 2, do TFUE (ex – artigo 86º, nº 2, do TCE), conforme desenvolvidas pelo TJUE. *Vide* Johan W. van de Gronden, *ob. cit.*, pág. 269 e ss.

124 A noção de utente não corresponde ao conceito estrito de consumidor, porquanto não releva a qualidade de profissional do prestador do serviço e o destino a dar a este.
Por outro lado, as pessoas colectivas estão expressamente abrangidas na noção de utente, não havendo lugar às dúvidas levantadas acerca da possibilidade de serem consideradas consumidores. Sobre este tema, *vide* PAULO DUARTE, "O conceito jurídico de consumidor segundo o art. 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor", *in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º 75, 1999, pág, 649 a 703 e PAULO MOTA PINTO, "Conformidade e garantias na venda de bens ao consumidor", *in Estudos de Direito do Consumidor*, vol. III, Coimbra, 2000, pág. 214.

Nos termos do art. 1.º, n.º 2, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho,

> "São os seguintes os serviços públicos abrangidos:
> a) **Serviço de fornecimento de água**;
> b) Serviço de fornecimento de energia eléctrica;
> c) Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados;
> d) Serviço de comunicações electrónicas;
> e) Serviços postais;
> f) **Serviço de recolha e tratamento de águas residuais**;
> g) **Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos**"[125]. (negrito nosso)

No âmbito da disciplina jurídica dos serviços públicos essenciais, cumpre destacar a necessidade de observância dos princípios decorrentes da natureza pública dos serviços em causa (*v.g.,* águas e resíduos): o princípio da universalidade, a impor um dever de contratar a qualquer prestador; o princípio da continuidade, a permitir a suspensão do

125 Embora possa ser discutível o critério de selecção dos serviços, parece-nos inquestionável, porém, tratar-se de elenco taxativo.
Por outras palavras: apenas aos serviços essenciais previstos no art. 1.º, n.º 2, é aplicável o regime jurídico da Lei n.º 23/96; outros serviços igualmente idóneos à satisfação de necessidades básicas dos cidadãos, isto é, outros serviços substancialmente essenciais não são incluídos, por opção expressa e inequívoca do legislador, no âmbito do diploma.
Discordamos, por conseguinte, de Mafalda Miranda Barbosa, quando defende que "em vez de taxatividade, dever-se-á falar de tendencial taxatividade". Com efeito, segundo a autora, "todo o diploma se encontra desenhado segundo uma ideia de taxatividade do elenco normativo agregador da regulamentação subsequente. Mas se assim é a priori, somos levados a acreditar que não é imperioso que assim seja no final de um processo dialógico-argumentativo. (…) não podemos esquecer que a analogia faz parte da radical matriz do pensamento jurídico hodierno, pelo que nunca poderá ser afastada do nosso referente problematizante. O direito realiza-se – e realizar-se-á sempre – no confronto de intencionalidades problemáticas, pelo que podemos ser levados a considerar que não estamos em presença de um dos serviços previstos na Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e ainda assim ele ser materialmente assimilável, na sua intencionalidade problemática, ao âmbito material desvelado pelo diploma". *Vide* MAFALDA MIRANDA BARBOSA, "Acerca do âmbito da Lei dos Serviços Públicos essenciais: taxatividade ou carácter exemplificativo do art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho?", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 6, Coimbra, 2004, págs. 423-424.
Independentemente da bondade material da solução da autora, o legislador foi bem explícito na sua opção pelo carácter taxativo do art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 23/96. Interpretações distintas do preceito não têm fundamento positivo e são susceptíveis de violação da segurança jurídica.
Também Pinto Monteiro não tem dúvidas sobre a tipicidade dos serviços abrangidos pela Lei n.º 23/96: "Os serviços abrangidos pela dita lei são os de fornecimento de água, energia eléctrica, gás e telefone (art. 1.º, n.º 2). (…) Poder-se-á sempre objectar, é claro, perguntando por que razão foram aqueles e não outros – ou apenas aqueles – os serviços públicos abrangidos. Acrescentar-se-á, porventura, que também os transportes e os serviços de saúde, por exemplo, se revestem dessa característica de essencialidade (…) mas o legislador português assumiu uma postura diferent e (…) decidiu prevenir as dúvidas e discussões intermináveis que de outro modo haveria sobre o âmbito de aplicação da Lei, no que concerne à determinação de quais os serviços que têm a natureza de serviços públicos e, de entre eles, quais os que são essenciais". *Vide* PINTO MONTEIRO, "A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais", *in Estudos de Direito do Consumidor,* nº 2, Coimbra, 2000, pág. 339.

fornecimento do serviço apenas em determinadas situações e cumpridos certos condicionalismos (art. 5.º); o princípio da qualidade, vazado expressamente no art. 7.º[126].

Importa, por último, clarificar que a expressão legal "serviços públicos essenciais" não quer referir-se a titularidade estadual, isto é, não configura uma noção subjectiva de serviço público. Neste sentido, dispõe o artigo 1º, nº 4, da Lei em análise:

> "Considera -se prestador dos serviços abrangidos pela presente lei toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão".

Obviamente, os privados responsáveis pela gestão de serviços essenciais à comunidade terão de respeitar as denominadas obrigações de serviço público e os princípios que lhe são característicos.

126 Para uma descrição exaustiva do regime jurídico constante da Lei n.º 23/96, *vide* PINTO MONTEIRO, "A protecção do consumidor de serviços públicos…", *cit.,* págs. 338-348.

Regulación del Agua: Panorama Actual sobre la Infraestructura del Servicio de Agua Potable y Desagües Cloacales en la República Argentina

*Mariana García Torres**

"No. Permanecer y transcurrir
No es perdurar, no es existir
Ni honrar la vida
Hay tantas maneras de no ser,
Tanta conciencia sin saber. Adormecida.
Merecer la vida no es callar ni consentir Tantas injusticias repetidas.
Es una virtud, es dignidad. Y es la actitud de identidad. Más definida ..."
(Eladia Blazquez, Honrar la Vida)

I.- Introducción. II.- El derecho humano al agua. Conceptos post modernos. III.- La importancia de la regulación del agua. IV.- Actual esquema de regulación en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Sujetos que hoy intervienen. Alcances del sistema de control y regulatorio. V.- Concesiones y explotaciones: sobre la organización del sector sanitario en el resto de la República Argentina. VI.- La infraestructura sanitaria y su financiamiento. VII.- Sobre los desafíos a afrontar en cumplimiento a los Objetivos del Milenio (2015) VIII.- Pinceladas Finales.

I. Introducción

En el presente trabajo trataré la regulación del agua circunscripta a la prestación del servicio público[1] de agua y desagües cloacales (alcantarillado) en la República Argen-

* *Vicepresidenta del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) y Directora en representación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La autora es abogada con orientación en derecho público de la Universidad de Belgrano, Especialista en Derecho Administrativo y Diplomada del Programa Ejecutivo en Administración y Modernización Judicial, dictado por la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad de Buenos Aires y la Fundación Carolina de Argentina. Docente Universitaria. Coordinadora Nacional del Departamento de Derecho Ambiental de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Coordinadora del Área Jurídico Técnica del CARCEM del Instituto Tecnológico de Buenos Aires. Directora de Sociedad Ambiental –Red Social Ambiental Iberoamericana- www.sociedadambiental.net.* *La autora agradece la colaboración de Santiago Duran Cassiet y Valeria Fanti.*

1 No es materia de este pequeño estudio, abordar la noción de servicio público. Para ello, aconsejo la lectura de los autores doctrinarios argentinos, quienes han ahondado en intensos manifiestos y obras sobre la Teoría

tina, ya que como sabemos el agua tiene varios usos, como por ejemplo, generar energía eléctrica, riego para la actividad agrícola, empleada para fines comerciales o industriales, e incluso, regulada para la navegación. Luego de pasar una breve revista sobre el desarrollo y fundamento jurídico del derecho humano al agua y la importancia de la regulación de este recurso vital, procederé a analizar la regulación[2] del servicio y su infraestructura en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)[3] de la República Argentina, el cual en nuestros días es prestado por la empresa Aguas y Saneamientos Argentinos SA (AYSA)[4], en cuya área de concesión habitan apropiadamente 9 millones y medio de personas, de los cuales están abastecidos con agua potable más de 7.800.000 habitantes, lo que daría un abastecimiento del 81% aproximadamente. Mientras, que en relación a los desagües cloacales, la población servida llega a los 5.665.674 millones, aproximadamente, lo que daría un casi un 59% de demanda satisfecha.

Cuando hablamos del servicio público de agua potable o segura, debemos tener en cuenta dos cuestiones que resultan menester desentrañar desde un estadio inicial. La primera, referida a que estamos en presencia de un derecho humano[5] que implica que toda persona, sin discriminación, debe tener, para sus necesidades esenciales, acceso a una cantidad y calidad de agua suficiente, suministrada en las mejores condiciones posibles[6] , mientras que la segunda se vincula con la circunstancia de que la prestación del

de los Servicios Públicos en la República Argentina, su naturaleza jurídica, sus características, sus aspectos primordiales, a saber: MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993; VILLEGAS BASABILBASO, Benjamín, Derecho Administrativo, Tomo III, Editorial T.E.A., Buenos Aires 1951; DIEZ, Manuel M., Derecho Administrativo Tomo III, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1979 y más contemporáneos, BIANCHI, Alberto B., La regulación económica, Editorial Ábaco, Buenos Aires 2001; CASSAGNE, Juan Carlos, En torno a la noción de servicio público, publicado en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1988-II, p. 44; COMADIRA, Julio Rodolfo, El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público, Jornadas sobre Servicio Público, Policía y Fomento, realizadas en la Universidad Austral 7,8 y 9 de mayo de 2003, Ediciones RAP, I Edición mayo 2004; y SALOMONI, Jorge Luis, Teoría general de los servicios públicos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1999, entre otros.

2 Siguiendo a Levy y Spiller (1996), se puede mirar a la regulación como un problema de diseño con dos componentes principales: las reglas de conducta de la regulación y los incentivos de la regulación. Las primeras, se refieren a los mecanismos que una sociedad utiliza para contener los intentos discrecionales de los reguladores y para resolver los conflictos entre reguladores y empresas reguladas. Los segundos comprenden las normas específicas referidas al sistema de precios, subsidios, políticas de competencia y entrada al mercado, reglas de interconexión, etc. Spiller, Pablo y Abdala, Manuel, Instituciones, contratos y regulación en Argentina, Temas, Buenos Aires, 2006, Pág. 18.

3 El Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) comprende todo el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de 24 Municipios de la Provincia de Buenos Aires. El Área de Concesión que tiene la empresa prestataria de los servicios de agua y desagües cloacales, Agua y Saneamientos Argentinos SA (AySA) que se desarrollara en el acápite V) del presente trabajo, abarca la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 17 de esos Municipios, a saber: Tigre, San Fernando, San Isidro, Vicente López, San Martín, Tres de Febrero, Morón, Hurlingham, Ituzaingó, La Matanza, Ezeiza, Esteban Echeverría, Almirante Brown, Lanús, Lomas de Zamora, Avellaneda y Quilmes.

4 Creada mediante Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 304 del año 2006, que mereciera ratificación por parte del Honorable Congreso de la Nación, mediante la sanción de la Ley 26.100.

5 Así lo ha consagrado la Observación General Nº 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

6 GARCÍA, Aniza, El Derecho Humano al Agua, Editorial Trotta, Madrid 2008, Pág. 172.

servicio es realizada en el contexto de monopolios naturales[7], definido como una actividad en la que, en virtud de sus características técnicas intrínsecas, los costos totales de la producción son menores cuando la producción está a cargo de un único proveedor del servicio que cuando ésta se divide entre dos o más proveedores. De este modo, el ingreso de otro prestador no es "prima facie" rentable y el hecho de que el servicio en una región geográfica determinada esté en manos de un único proveedor resulta, en la generalidad de los casos, más eficiente. Tal circunstancia nos lleva a afirmar, que los servicios de agua potable y alcantarillado son los más monopólicos de todos los servicios públicos y, como tal, resistentes a la competencia directa del mercado.

En tal sentido, me propongo trazar en estas líneas unas breves pinceladas sobre el panorama actual que presentan estos servicios en el AMBA, teniendo en cuenta las demandas y necesidades de los usuarios y potenciales usuarios del área servida, los desafíos de la actual empresa prestadora referidos a la infraestructura del sector y el componente regulatorio como herramienta vital para la prestación eficiente del servicio; para luego hacer una apretada síntesis acerca del sistema sanitario en las distintas provincias del país, sus modalidades de prestación, el carácter del operador y finalmente, teniendo en consideración los Objetivos del Milenio (2015), proponer algunos interrogantes que se me presentan, que ameritan la adopción de medidas tanto a corto, como a mediano y largo plazo, en pos de garantizar la universalidad del servicio a toda la población, sin generar situaciones discriminatorias y satisfaciendo las necesidades básicas de los grupos más vulnerables con la concreción de obras de infraestructura, que pongan de una vez por todas fin a tantos años de carencias y violaciones de derechos fundamentales.

II. Conceptos post modernos. El derecho humano al agua

Seguramente uno de los temas más debatidos en la actualidad a nivel interno tanto en América Latina como en muchos países de la Unión Europea es el derecho humano al agua, definido como aquel que goza toda persona, sin discriminación, con el fin de satisfacer necesidades esenciales para el desarrollo de una vida digna; en definitiva, este derecho significa el acceso a una cantidad y calidad de agua suficiente[8], suministrada en las mejores condiciones posibles. Incluso, sabido es que aún existen ciertos intereses y

7 Por definición un monopolio natural constituye una variante de las llamadas situaciones de competencia imperfecta, que se dan cuando una empresa puede influir significativamente en el precio de mercado de su producto. Ver SAMUELSON, Paul A. and NORDHAUS, William D, Economics, 15ta Edición, Editorial McGraw Hill Inc., 1995, Pág.149.

8 Según los criterios de la OMS y el UNICEF, 20 litros de agua al día es una cantidad suficiente para beber y para la higiene personal básica de un individuo; pero si se tienen en cuenta las necesidades de agua para el baño y para lavar, la cantidad mínima de agua al día por persona ascendería a 50 litros diarios.

recelos para abordar al tema desde tal óptica, y son muchos los países donde aún sigue siendo una asignatura pendiente.[9]

Comenzado el siglo XXI, debemos avanzar hacia su pleno reconocimiento como tal, máxime si el mismo se viene desarrollando y construyendo por muchas décadas, habiendo sido reconocido de modo explícito en un gran número de documentos internacionales[10], como tratados, normas y declaraciones, tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento jurídico argentino.

En tal sentido, corresponde citar el preámbulo de la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977; el art. 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño (1989); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo del Salvador"(1988) ; La Declaración de Río del año 1992; el principio IV de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, expresada en la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente de 1992; la Declaración Centroamericana del Agua de 1998; diversas resoluciones de las Naciones Unidas que consagran el derecho al acceso al agua; como así también del Consejo Europeo de Legislación Ambiental, entre otros claros instrumentos.

Y sin lugar a dudas, lo que sí se muestra como acertado avance hacia su pleno reconocimiento y consiguiente protección, es la Observación General (OG) N° 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en virtud de la cual son los Estados quienes deben garantizar el ejercicio sostenible del derecho y un cierto estándar de calidad del agua, para contribuir a que el derecho de acceso básico a este recurso pueda ser igualmente ejercido por las generaciones futuras. Asimismo, en cumplimiento de la obligación de garantizar el derecho al agua sin discriminación[11], también aquí aparece el Estado, quien debe asegurarse de que el modo en que se ejerce este derecho resulte adecuado en función de las distintas necesidades. Es por ello, que hay que reparar en la situación de los sectores, particularmente los más vulnerables de la

---

9 En el V Foro Mundial del Agua, realizado entre los días 16 al 22 de marzo de 2009, en Estambul (Turquía), los estados que participaran no encontraron consenso para declarar como derecho humano el acceso al agua. No obstante, los representantes de los gobiernos locales, en concordancia con la *Declaración de Gobiernos Locales sobre el Agua*, adoptada el 21 de marzo de 2006 en el IV Foro Mundial del Agua celebrado en México, donde se destacó el rol y la responsabilidad de los gobiernos locales y regionales en la gestión del agua y del saneamiento- si firmaron el Pacto de Estambul sobre el agua que establece que el acceso al agua de calidad y al saneamiento es un derecho básico para todos los seres humanos y es necesario desarrollar estrategias para la gestión del agua que permitan responder a los cambios globales.

10 Conf. PINTO, Maurico, TORCHIA, Noelia y MARTÍN, Liber, El Derecho Humano al Agua, Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio, Pag. 35 y sttes. Editorial Abeledo Perrot (2009).

11 SHIVA, Vandana, Las guerras del agua. Privatización, contaminación y lucro, traducción de Susana Guardado, Siglo XXI, México. ¨ Tratándose de los recursos hídricos, asegurar el derecho de todos al agua limpia exige promover una auténtica democracia del agua, porque hoy en día ya está en juego la supervivencia de miles de especies, incluida la humana.¨

sociedad, así como también en reconocer la situación de los agricultores marginados, las mujeres, los niños o los grupos minoritarios que demandan acciones específicas que les garanticen el acceso equitativo a los recursos hídricos y, en particular, del más vital por excelencia.

El derecho al agua implica también su accesibilidad física en las mejores condiciones posibles[12]. La accesibilidad, en sentido propio, se refiere a la capacidad de acceso al agua en cada punto básico de uso: el hogar, las escuelas, el lugar de trabajo permanente o provisional y los servicios de salud. Alcanza tanto a la distancia entre el punto de aprovisionamiento y el punto de uso o consumo, que debe ser la adecuada para garantizar el aporte mínimo diario de agua antes recogido; como a la garantía de la seguridad física adecuada de las instalaciones o servicios para aquél que accede a ellos. En buena medida, el consumo suficiente de agua en términos cuantitativos está condicionado por la distancia que se deba recorrer para su obtención.

Todo lo hasta aquí apuntado versa sobre el "*deber ser*" de este derecho, es decir, desde el ámbito dogmático, cómo debe consagrarse y desarrollarse este derecho vital para la vida humana.

Si bien existen mecanismos institucionales, es decir aquellos cuya puesta en marcha está a cargo de los poderes públicos, y que a su vez pueden ser de carácter político (normas y actos de los órganos legislativos y administrativos) y jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional (tutela de los tribunales y/u otros órganos como comisiones de derechos humanos o de las defensorías del pueblo), y mecanismos no-institucionales o garantías sociales, es decir de participación sustentados en actores no estatales, que van desde los propios afectados hasta los simples ciudadanos o movimientos sociales vinculados a los mismos, considero que el mayor desafío para llevar adelante este "*deber ser*", recae esencialmente en los Estados. Son ellos quienes deben decidir las políticas de planificación de la infraestructura hídrica, son quienes deben planear estrategias regionales y locales, a los fines de poder abastecer de agua a toda la población y, también son ellos quienes deben pensar al derecho al agua como un servicio, de manera tal que las condiciones de prestación del mismo sean eficientes y eficaces. No es posible pensar en un acceso universal si quien lo presta (sea una persona pública estatal o una persona de carácter privado) no puede, por lo menos, cubrir sus costos operativos y de mantenimiento de la infraestructura.

Todo lo expresado nos lleva a aproximar como primera conclusión que el acceso al agua es una necesidad humana innegable, siendo el recurso natural que mayor impacta en la subsistencia del hombre, sin que la técnica o tecnología hayan aún podido reemplazarlo.[13]

12 Observación General Nº 15, pár. 12 c) i) DESC.

13 Conf. El Derecho Humano al Agua, Pag. 31, Obra citada.

Así la cosas, debemos tener presente que el derecho humano al agua también implica la prestación de un servicio público de carácter universal, quizás éste sea el único servicio público que se presenta como un derecho humano por excelencia.

En esta dicotomía *"derecho humano-servicio"*, es donde debemos intentar armonizar estos conceptos y no contraponerlos. Seguramente, someter la prestación del servicio enteramente a las leyes del mercado resultaría negativo y perjudicial en la medida en que se buscaría fundamentalmente la obtención de beneficios y no el acceso universal.

Una vez más, el rol del Estado debe hacerse presente y definir de qué manera el *"servicio–derecho"* va a llegar a aquellas personas donde, desde el punto de vista económico, no es rentable. En efecto, es aquí donde el Estado indefectiblemente debe decidir si financia la infraestructura sanitaria de manera tal que una vez que el "servicio–derecho" llegue a los sectores más vulnerables, asumiendo éstos los costos de inversión, a su vez, el propio Estado pueda obligar a la empresa prestadora del servicio público (sea ésta pública, privada o mixta) mediante los planes de inversión establecidos en los contratos de concesión habilitantes.

En mi opinión, uno de los mejores métodos que debiera optar el Estado es aquél en que los usuarios que se encuentren en mejores condiciones económicas paguen una suma extra y fija, la cual estará destinada a la expansión del servicio para aquellos usuarios potenciales (más desprotegidos). Con un criterio de justicia social distributiva, es que debiera sustentarse el modelo comentado, resultando a claras luces, el sistema más justo y permitiendo que esté garantizada la expansión y su correlativa financiación con prescindencia del tesoro público; y otorgará mayor seguridad y flexibilidad a quien tenga que realizar las obras de expansión, ya que depender del financiamiento del Estado en la mayoría de los casos, no es lo más recomendable, en virtud de los vaivenes de la política pública y, con más razón en muchos de los países de América Latina y el Caribe que presentan economías fluctuantes y débiles que dependen de la ayuda financiera internacional. Igualmente, considero atinado que antes de implementarse este modelo, se abra un fuerte debate acerca de las ventajas y desventajas en cuanto a su adopción, y sus consecuencias, por medio de algún proceso de participación pública (audiencia pública, consulta, entre otros) con los usuarios, las entidades y ongs que los representan y las autoridades gubernamentales. Ello, por lo demás, permitirá transparentar el sistema y todos contarán con la debida información.

Por último, debemos ser concientes de que el hecho de que un Estado reconozca el derecho al agua y al saneamiento en el ámbito internacional e, incluso en su orden interno y sus políticas públicas como un derecho humano no se traduce automáticamente en una mayor efectividad del derecho. El reconocimiento constituye únicamente el primer paso y es necesario que las comunidades que sufren problemas de agua y saneamiento y sus aliados en su mayoría provenientes del tercer sector (ongs, sindicatos, organizaciones

intermedias, académicas, entre otros) sean conscientes de la existencia del derecho, se movilicen en su defensa y lo utilicen para exigir la responsabilidad del Estado. Los derechos no sustituyen a las obligaciones de la acción de los ciudadanos, únicamente les ofrecen una oportunidad de reclamarlos a los responsables de la toma de las decisiones.

En suma, el derecho al agua y al saneamiento no es en sí mismo una panacea para la resolución de todos los problemas relacionados con la falta de acceso al agua potable segura y al saneamiento básico y con la pobreza. Sin embargo, su reconocimiento, como el de otros derechos humanos, ofrece herramientas jurídicas y políticas útiles y sustanciales para aumentar el poder de los grupos marginados y vulnerables y permitirles mejorar sustancialmente su acceso a estos servicios esenciales.

III. La importancia de la regulación del agua

Como expusiera con la Dra. Catalano, al referirnos al veto de la Ley Nacional de Glaciares Nº 26.418 [14], el agua es un "cuerpo" desde el punto de vista físico que existe en gran cantidad sobre la superficie terrestre; según cálculos, cubre las tres cuartas partes de nuestro planeta. Como "cuerpo", el agua puede presentarse en diversos "estados": líquido (ej: ríos), sólido (ej: glaciares) y de vapor (ej: nubes)[15].

Los estados físicos del agua pueden dar lugar al planteamiento de problemas cuya solución debe preocupar a los distintos operadores jurídicos. Debemos tener muy presente que el agua sostiene todas las formas de vida, a saber: la humana, la flora y la fauna. Aproximadamente el 70% de nuestro cuerpo está compuesto por agua. Por otra parte, existen 1,4 km^3 de agua en todo el planeta, respecto del cual el 97% es agua salada y casi el 3% es agua dulce. De esta última, debemos expresar que el 68% se encuentra en polos y glaciares, mientras que el 0,8% es permafroso, es decir, está en suelos congelados. Dentro de ese universo, sólo poco más del 30% en nuestros días es apto para el consumo y se encuentra bajo tierra y, solo el 0,4% sobre la superficie y en la atmósfera[16].

Sabemos que el agua no sólo sirve para la satisfacción de determinadas necesidades humanas, sino que esencialmente es la base de todo ecosistema y del ambiente en general. En función de ello, ha sido regulada por el hombre en forma sectorial, fragmentada

14 "Comentario al veto sobre el proyecto de ley de protección de glaciares", Catalano, Mariana y García Torres, Mariana, publicado en la Revista de Direitos Difusos del Instituto Brasileiro de Advogacia Publica (IBAP), Año IX- Vol. 47, agosto 2009

15 MARIENHOFF, Miguel Santiago "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo VI, Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, Pág. 45.

16 RENOU, Leandro "Todavía existen 150 millones de latinoamericanos sin agua potable", Revista Algo en Común, año IV, N° 35, diciembre 2008.

desde sus funciones de riego, agua potable, energía, etc., y recién desde hace algunos años desde lo ambiental[17].

En modo alguno puede perderse de vista que el derecho humano al agua se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a un medio ambiente sano[18], el que conlleva a la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable, la creación de condiciones sanitarias básicas, y la prevención y reducción de la exposición de la población de factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente la salud.

En una gran parte del territorio argentino y en el mundo, el agua es un recurso escaso. En las décadas próximas, este recurso *vital* adquirirá cada vez mayor trascendencia en la *política internacional* y, potencialmente, cada vez mayor valor *estratégico y económico*. La gestión hídrica requerirá, además, el manejo integrado del recurso por unidad de cuenca, asegurando su uso racional y la protección de su calidad. El manejo sustentable de las aguas es también la clave para el desarrollo de las zonas áridas del país[19]. De allí su importancia.

El variado ambiente físico del territorio argentino, ofrece ejemplos de las hipótesis de aguas en estado sólido. En las regiones australes, parte cordillerana, existen numerosos glaciares que, por la riqueza que representan y por la importancia que tienen como reguladores del caudal de lagos y ríos, en día no lejano darán lugar a controversias que deberán ser resueltas en el campo del derecho, tal como ya está ocurriendo en algunas legislaciones extranjeras y en la doctrina en general; el fenómeno de la congelación del mar territorial se presenta en la región de islas "Orcadas", situadas en la zona Antártica[20].

Hoy en día muchos gobiernos están recurriendo al modelo de las privatizaciones de los servicios públicos para solucionar sus problemas financieros, y parece ser que el suministro de agua no ha logrado escapar a esta problemática. Efectivamente, los defensores de las privatizaciones de los servicios de agua, anteponen como principal argumento la

17 DEL CAMPO, Cristina. "El Derecho al Trasvase de Cuencas. Una cuestión de recursos hídricos provinciales regulables por las leyes de presupuestos mínimos ambientales", Editorial Lexis Nexis, Revista Derecho Ambiental Nº 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, pág. 64.

18 Reconocido en el art. 41 de la Constitución de la Nación Argentina, que reza: "*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".* Asimismo, consultar: LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría del Derecho Ambiental, anexo jurisprudencial a cargo de Mariana Catalano, Pag. 28 y siguientes, Editorial La ley, año 2008; GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada, segunda edición, Pag. 360 y siguientes, Editorial La ley, año 2003.

19 Puede ampliarse sobre el particular, siguiendo BIBILONI, Homero M. "Ambiente y Política", Editorial RAP, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008, Pág. 424.

20 MARIENHOFF, Miguel Santiago "Tratado de Derecho Administrativo", *ob cit N° 1*

falta de capacidad financiera de las administraciones locales y del Estado para afrontar las inversiones necesarias frente a las empresas privadas que, adicionalmente, cuentan con una mayor capacidad para abordar los problemas técnicos. También el deterioro de las infraestructuras constituyó otro argumento para justificar el traspaso de esta tarea pública al sector privado.

Así las cosas, pareciera que los regímenes de propiedad privatizada de construcción y gestión de infraestructuras, de distribución y potabilización, ofrecen una solución más eficiente y más rentable.

Pero no puede olvidarse, sin embargo, que el suministro de agua es un negocio como cualquier otro y que, aunque frecuentemente se pretende simular que con las concesiones las empresas privadas apenas recuperan sus costos de inversión, en realidad llegan a ser considerables los márgenes de beneficio. Y en tal sentido, considero que es deber del Estado –en su rol de garante primario del interés público- proveer a la defensa y tutela de los bienes colectivos, como lo configura el agua de sus cuencas, de sus ríos y lechos. En otras palabras, ambiente natural, cuya salvaguarda no puede estar asegurada por los simples mecanismos de mercado[21].

Con respecto a los monopolios naturales en los servicios públicos, los gobiernos tienen ante sí dos alternativas fundamentales de políticas: la propiedad del Estado, como ha ocurrido históricamente en la mayoría de los países, o la regulación de los monopolios de propiedad privada, como sucede con las "*public utilities*"[22] en los Estados Unidos. Si se abandona la propiedad del Estado o se transfiere la prestación en manos privadas, es preciso que el gobierno intervenga como regulador, justamente para incentivar la eficiencia productiva y en las asignaciones ante la falta de competencia en una rama de actividad naturalmente monopólica.

Dentro del marco jurídico que significó la transformación del Estado Argentino iniciada en la década de los 90, influenciada por las reformas introducidas en Gran Bretaña, deviene recordar que la República Argentina, adoptó el modelo americano de la "*independent agencies*", conocidas como entes reguladores[23].

---

21 Frente a esta idea de que los suministradores de servicios públicos prestados por el Estado son poco eficientes, la realidad demuestra lo contrario. Por ejemplo desde 1995 el servicio de agua en Sao Paulo, Brasil (SABESP), inició una importante reestructuración para funcionar de manera más moderna y eficaz y, recientemente, a raíz de esta reorganización ha podido ampliar su base generadora de ingresos (91% de la población accede a agua potable y el 71% tiene desagües cloacales).

22 Definidas como actividades de interés público, prestadas por los particulares, que requieren la intervención estatal en procura de proteger el bienestar general. Ver BIANCHI, Alberto B., Una nación sobre el servicio público en la Argentina, Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Tomo II, Editorial Paredes, Caracas 2007, Pág. 1657.

23 CASSAGNE atribuye como objetivos de estos entes reguladores la promoción de la competencia, la defensa del mercado y de las libertades económicas de las personas vinculadas a la prestación de los servicios públicos, junto a la justicia y razonabilidad de las tarifas. Esta nueva función estatal, que tiende a proteger el funcionamiento eficiente de todo el ciclo económico con el propósito de mejorar la calidad de vida de las personas,

En un primer momento (1992-2006), dentro del AMBA se optó por un Estado regulador, en cabeza del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), creado por Decreto PEN N° 999/92. En su Directorio, conformado por seis (6) miembros, estaban representados los tres niveles de gobierno involucrados: Nación, Provincia de Buenos Aires y Ciudad de Buenos Aires, con la designación de dos (2) representantes por cada jurisdicción. Este organismo contaba con claras facultades regulatorias básicas, a saber: (i) proteger los intereses públicos y privados que pudieran resultar afectados por el establecimiento de servicios en régimen de monopolios; (ii) imponer obligaciones en materia de seguridad y calidad de las instalaciones; (iii) asegurar la atención de toda demanda razonable de servicios y fijar un standard de calidad; (iv) controlar los precios y las tarifas; y (v) conferir potestades de inspección y supervisión al Estado para garantizar el cumplimiento de las condiciones anteriores[24]. Asimismo, en muchas provincias del país (v.gr. Tucumán, Santa Fe, Salta, Córdoba, Santiago del Estero), en esos años, se siguieron los mismos lineamientos nacionales privatizadores creándose distintos entes de control con similares cometidos, aunque algunos multifunción (es decir, que se sumaba al control del servicio de agua y desagües cloacales, el de otros servicios públicos provinciales).

Como será analizado de modo pormenorizado en los puntos IV) y V) del presente esbozo, hoy la regulación de los servicios de agua potable y alcantarillo aparece disminuida en cuanto a las facultades otorgadas en su Ley Marco (Ley Nº 26.221), pero no por ello menos relevante. En la actualidad la regulación del servicio dentro del AMBA y varias provincias que comenzaron a rescatar "per se" tales prestaciones (como la provincia de Salta) afronta un desafío interesante que se refleja en el fortalecimiento de la regulación y el control más allá del carácter del prestador, en hacer operativas sus decisiones, en actuar aceleradamente ante los reclamos de los usuarios, en trabajar mancomunadamente con los actores en juego y la sociedad civil, en lograr delinear y planificar integralmente la expansión de los servicios para garantizar el suministro a los que por décadas siguen aún esperando.

La necesidad de consagrar una adecuada regulación tiene particular relevancia porque las empresas de agua potable justamente son las encargadas de proporcionar la satisfacción de servicios esenciales e indispensables para toda la comunidad, y las actividades productivas y su funcionamiento tiene consecuencias económicas y sociales mucho más profundas que las que caracterizan a la mayoría de las demás actividades económicas. De ahí que resulte imprescindible contar con instrumentos adecuados y ágiles y un marco re-

viene a invertir en la función que antaño cumplía el Estado en el campo de la regulación económica, donde el poder de policía operaba mediante mecanismos que alteraban artificialmente la oferta y la demanda o las decisiones que corresponden al mercado. CASSAGNE, Juan Carlos, Los nuevos entes reguladores, en Revista de Derecho Administrativo, Nº 14, Pág. 489.

24 TAWIL Guido S, Avances regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria, Editorial El Derecho, T 2000, Pág. 383

gulatorio apropiado, antes de permitir la participación del sector privado en los servicios de agua potable y alcantarillado.

En definitiva, el sistema regulatorio existente en la actualidad, como se verá en los acápites que siguen, ha sufrido modificaciones en cuanto a los roles de los diferentes actores involucrados tanto en la figura del prestador como del sujeto regulador. Ya no estamos en presencia de una empresa privada propiamente dicha, sino ante una empresa pública estatal donde, valga la redundancia, el control y la regulación en miras de transparentar la gestión pública, velar por el interés público, para corregir las experiencias transitadas en otras décadas, adquieren un orden primordial.

IV. Actual esquema de regulación en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Sujetos que hoy intervienen. Alcances del sistema de control y regulatorio.

El modelo regulatorio del servicio de agua potable y recolección de desagües cloacales en la Región Metropolitana en nuestros días, ha quedado establecida mediante la Ley Nº 26.221. Este nuevo marco regulatorio[25], que entre sus considerandos declara al agua como derecho humano, nace ante la fuerte decisión del Estado Argentino de rescindir el contrato administrativo de concesión otorgado en el año 1992 a la empresa Aguas Argentinas S.A.[26], la consiguiente creación de una nueva empresa estatal bajo la

25 El profesor Alejandro PEREZ HUALDE, nos trae una acertada definición sobre la figura de los marcos regulatorios. En tal sentido, el citado autor señala que debe entendérselo como aquel donde se desarrolla el pleno ejercicio del poder de policía en la medida en que tendrá por finalidad establecer las limitaciones fundamentales que imponen de por sí la necesidad de la norma legal. Y también resulta evidentemente implícito que la tarea policial de ejecución de las medidas brindadas por el marco regulatorio quedarán en manos del Poder Ejecutivo responsable de la administración general del país. Consultar, PEREZ HUALDE, Alejandro, Marcos regulatorios de los servicios públicos, inédito, 2008.

26 En junio de 1992, mediante el Decreto Nacional N° 999, el Poder Ejecutivo Nacional aprobó el marco regulatorio para la concesión de los servicios de provisión de agua potable y alcantarillado Esta norma establecía los objetivos y las condiciones básicas de la prestación pero en la mayoria de los aspectos sólo constituía un marco general que requería un perfeccionamiento para que se constituyera en un reglamento específico para regular y controlar un contrato. Por esa razón, para la incorporación del operador privado, se requirió la elaboración de un contrato específico para establecer los derechos y obligaciones de las partes. Es decir, que la regulación y el control de la prestación se debía basar principalmente en las estipulaciones de un contrato suscrito entre dos partes y no en una legislación general que establece las reglas a las que se debe ajustar el prestador, como es el caso de la regulación y control de las empresas de agua potable y alcantarillado, así como de otros servicios de utilidad pública, en Chile, los Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido, por mencionar algunas de las experiencias más relevantes en la materia. El proceso de selección arrojó como resultado la adjudicación al consorcio Aguas Argentinas (integrada por Societé Lyonnaise des Eaux y Compagnie Généraledes Eaux de Francia) que ofreció una reducción tarifaria del 26,9% respecto al nivel aplicado en aquel entonces por OSN. Junto a la incorporación del sector privado a la prestación del servicio, las tres principales jurisdicciones participantes acordaron la creación del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) como organismo de regulación y control de la concesión.

naturaleza jurídica de sociedad anónima, denominada Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (AYSA).[27]

El área de concesión de AySA es de 1.752,37 km2, en la cual habitan aproximadamente 9.660.109 de personas. La misma abastece de agua potable a 7.835.355 habitantes con una producción diaria de agua superficial de 4.406.946 m3 y de agua subterránea de 217.107 m³ (la longitud total de los ríos subterráneos es de 91,51 Km.). El sistema de producción y distribución del agua potable se inicia en las 2 torres de toma, que captan el agua del Río de la Plata. Se encuentran, una a 1200 metros de la costa y abastece a la Planta Potabilizadora Gral. San Martín, emplazada en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires (la cual posee una capacidad de producción de 3.100.000 m³/día y abastece a más de 4 millones de habitantes de la Ciudad de Buenos Aires y de los partidos de Tigre, San Fernando, San Isidro, Vicente López, San Martín, Tres de Febrero, Morón, Ituzaingó, Hurlingham y una parte de La Matanza en la Provincia de Buenos Aires)[28] ; la otra toma está a 2.400 metros de la costa y abastece a la Planta Potabilizadora Gral. Belgrano, ubicada en el partido de Quilmes en la Provincia de Buenos Aires, con una capacidad de producción de 1.900.000 m³/día y abastece a 3 millones de habitantes de los partidos de Quilmes, Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría y Almirante Brown

27 En cuanto a la empresa Aguas y Saneamientos Argentinos SA (AySA) podemos decir que: el 90% del capital accionario pertenece al Estado Nacional, ejerciendo dicha titularidad el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. El restante 10% del capital social corresponderá a los ex trabajadores de Obras Sanitarias de la Nación adheridos al Programa de Propiedad Participada (PPP) en virtud del cual se incorporaron oportunamente como accionistas de la ex concesionaria Aguas Argentinas S.A. La norma de creación de esta sociedad establece que la sociedad anónima es la figura más apropiada para asegurar la fluidez operativa del servicio y lograr la adaptación necesaria frente a los cambios o contingencias del caso, garantizándose así la continuidad y regularidad de la prestación. En virtud de ello, la norma de creación establece que AySA se regirá por sus estatutos y por lo previsto en el Capítulo II,
Sección V, artículos 163 a 307 de la Ley Nº 19.550 (T.O. 1984). A su vez, en el Artículo 11 del Decreto Nº 304/06 establece que AySA se regirá por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables las disposiciones de la Ley Nº 19.549 de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias, del Decreto Nº 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 (Régimen de Contrataciones del Estado) y sus modificatorios, de la Ley Nº 13.064 de Obras Públicas y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley Nº 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional y sus modificatorias. La actual concesionaria, cuenta con un Directorio conformado por cinco (5) Directores designado por la Asamblea de accionistas. Desde su creación en el 2007, se halla presidida por el Dr. Carlos Ben, quien en el último Informe de Responsabilidad Social de la Empresa (RSE), destacó que: *"En esta tarea (la multiplicidad de cuestiones involucradas en los servicios de agua y saneamiento) es fundamental el desarrollo sostenido de una política de Estado que dé consistencia y cohesión a todas las acciones e intereses relacionados. Se requiere, además, de la coordinación, comunicación y trabajo complementario* entre los diversos protagonistas involucrados en esta problemática, para lo cual, a veces, es necesario conciliar visiones diferentes" (ver. www.aysa.com.ar).

28 Para complementar la producción y continuar con la expansión del servicio, se está construyendo una cuarta Planta potabilizadora "Paraná de las Palmas" en el Partido de Tigre al norte de la Provincia de Buenos Aires. Este establecimiento permitirá la incorporación de nuevos usuarios a la red y no generara inconvenientes en el caudal que reciben los actuales usuarios. La planta tendrá una capacidad de producción de 900.000 m³/día y beneficiará a casi 2 millones de habitantes de los partidos de Tigre, San Fernando, San Isidro, Vicente López, San Martín, Tres de Febrero, Hurlingham, Ituzaingó y Morón.

y el resto de La Matanza. Existe una tercera planta, Dique Luján, ubicada en el partido de Tigre de la Provincia de Buenos Aires, con una producción de 3.600 m³/día. La longitud total de la red de distribución de agua potable es de 16.942 Km. aproximadamente y existen 1.607.318 conexiones domiciliarias.

El siguiente gráfico, muestra el sistema de distribución de agua de la empresa AySA dentro de toda el área de concesión, con la ubicación de las mencionadas Plantas, las tomas a las que se hiciera referencia *ut supra* y las 17 estaciones elevadoras.

Fuente: www.aysa.com.ar

En lo referente al sistema de recolección y tratamiento de efluentes cloacales, existen 1.032.082 conexiones domiciliarias en el área de concesión, y la longitud total de la red es de 9.801 Km., aproximadamente. Posee 89 estaciones de bombeo y 4 plantas depuradoras. La Planta Depuradora Sudoeste ubicada en el partido de la Matanza, en el oeste de la Provincia de Buenos Aires tiene una capacidad de tratamiento de 170.000 m³/día y sirve a 502.424 habitantes. Los líquidos tratados en esta planta son vertidos al Río Matanza. La planta depuradora Norte se encuentra en el partido de San Fernando, al noroeste del Gran Buenos Aires y tiene una capacidad de tratamiento de 77.760 m³/día y sirve a 175.447 habitantes. Los líquidos tratados en esta planta son vertidos al Río Reconquista. Se destaca que ésta ha sido una de las pocas obras llevadas a cabo en los años de vigencia del contrato de concesión con la empresa Aguas Argentinas SA y fue

inaugurada en el año 1998. Se había planificado su construcción en cuatro módulos, y solo se realizó el primero de ellos.[29]

Las otras dos plantas son Barrio Uno ubicada en el partido de Ezeiza con una capacidad de tratamiento de 1.000 m³/día y Planta El Jagüel, ubicada en el partido de Esteban Echeverría, ambos de la Provincia de Buenos Aires la cual tiene una capacidad de tratamiento de 9,800 m³/día y sirve a 32.904 habitantes. La mayor estación elevadora de líquidos cloacales de la empresa se encuentra en el Partido de Avellaneda y su función es de la recolectar, elevar y realizar el pretratamiento de los líquidos cloacales de la red de la Ciudad de Buenos Aires y parte de los 17 municipios. La imagen que sigue grafica el sistema de desagües cloacales en el área de concesión de la empresa AySA, la ubicación de las Plantas Depuradoras, las estaciones elevadoras y las cloacas máximas, y el diseño de toda la red troncal.

Fuente: www.aysa.com.ar

Todo lo hasta aquí expresado, permite concluir que a diferencia de lo que ocurre en el resto del territorio argentino, en el AMBA el sistema de provisión de agua potable y alcantarillado se encuentra bajo del poder de policía de la Nación (estado nacional) y no de las jurisdicciones locales (estados provinciales o locales). Ello obedece a que la República Argentina en la década de los 80 decidió descentralizar tales servicios recayendo los

29 Actualmente, ya fue licitado por AySA el segundo módulo y se halla próximo a ejecutarse.

mismos en manos de cada provincia. La Provincia de Buenos Aires, la ex-Municipalidad de Buenos Aires y la Nación no llegaron a un acuerdo referido a la transferencia de la infraestructura que pertenecía a entonces empresa estatal prestataria, Obras Sanitarias de la Nación (OSN). Y en mérito a tal circunstancia fue ésta quien continuó prestándolos por varios años hasta los umbrales de la década de los 90. La sanción de la Ley Nº 23.696 de Reforma del Estado que implicó un abrupto cambio, en lo que aquí interesa, en materia de servicios públicos, declaró a la empresa estatal OSN sujeta al proceso de privatización, decidiendo el Estado Argentino (autoridad concedente) transferir los servicios a manos de terceros privados (autoridad concesionaria), y asumir el rol de control (estado regulador)[30].

En nuestros días, el esquema regulatorio significativamente escapa al trazado en los años en que se mantuvo el auge privatizador, el servicio es prestado por una empresa estatal, como ya se analizara, el área de concesión se ha mantenido incólume, abasteciendo a 17 Municipios de la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[31]; aunque ello en modo alguno es óbice a que en un futuro ingresen nuevos municipios y se extienda el área de expansión y de concesión.

Adentrándonos en el análisis sobre los aspectos más salientes del marco regulatorio[32], los servicios públicos en cuestión son otorgados en concesión bajo el régimen establecido en la norma, en los decretos de rescisión del contrato de Aguas Argentinas SA y de creación de AySA[33], y el contrato de concesión. A ello se agrega que se declara aplicable la Ley Nª 13.577 de la ex OSN, lo que reafirma en gran medida el carácter nacional que se asigna a los servicios en el Área Metropolitana. Y en ese esquema, como autoridad concedente se designa al Poder Ejecutivo Nacional en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y como autoridad de aplicación la Subsecretaría de Recursos Hídricos, con amplias facultades en torno a los planes de obras, expansión de la red, aspectos financieros y económicos, entre otras[34].

---

30 Para un completo análisis de estos tópicos, se recomienda consultar Situación Normativa e Institucional de la Regulación en la Argentina, presentado por el Dr. Jorge Saravia integrante del Grupo Regional de de Participación de la Sociedad Civil y Legislación Regulatoria, Director del Ente Regulador de los Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba y Vicepresidente de Asociación Federal de Entes Reguladores de Agua y Saneamiento (AFERAS), que fuera elaborado por AFERAS, para un congreso internacional realizado por ADERASA en Río de Janeiro, República Federativa de Brasil, mayo de 2009.

31 Para una mejor comprensión acerca del status de los municipios en la Argentina y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consultar ROSATTI, HORACIO D., Tratado de derecho municipal, tomo I, Rubinzal - Culzoni Editores, 1ª ed., Santa Fe, Argentina, año 2006 y ROSATTI, HORACIO D., "Status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires", nota al fallo "Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Bs. As.", T.S. Ciudad Autónoma de Bs. As., 28/04/2000, en Rev. La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional del 18/09/2000.

32 Ley Nacional Nª 26.221, sancionada el 13/2/2007 y promulgada e 28/2/2007, ver Boletín Oficial 2/3/2007.

33 Aprobados por Ley Nacional 26.100.

34 SARCIAT, Diego, La competencia de la Ciudad de Buenos Aires para regular la gestión ambiental del agua, publicado en Revista La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, agosto 2009.

Asimismo, el marco prevé los deberes de la empresa AySA relativos a las condiciones de prestación de los servicios, la ejecución de los planes anuales de mantenimiento, mejoras y ampliación de la infraestructura, en concordancia con los planes elaborados con la participación de la Agencia de Planificación (APLA) y las autoridades nacionales.

Por otro lado, también encuentran fundamento legal las entidades de control, ambas descentralizadas, con una naturaleza jurídica tripartita e interjurisdiccional, ya que en el seno de sus Directorios (conformados por tres (3) miembros) se encuentran representadas las autoridades de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Me refiero al Ente Regulador del Agua y Saneamiento[35] (ERAS) y a la Agencia de Planificación[36] (APLA), quienes llevan el control de la empresa AySA, siendo la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación[37], la autoridad de aplicación de todo el nuevo esquema regulador.

El ERAS, tiene como principal cometido controlar el cumplimiento del marco regulatorio y de las obligaciones del contrato de concesión (o instrumento de vinculación, aún en discusión)[38] y, en particular, debe llevar a cabo el control en cuanto a la calidad del agua potable y de los desechos cloacales que son vertidos a los cuerpos receptores. Pero no sólo con respecto a la concesionaria, sino también a toda el área otorgada en

35 El artículo 42º del MR, establece como las facultades y obligaciones del ERAS las siguientes (entre otras): a) Cumplir y hacer cumplir el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales y sus normas complementarias, realizando un eficaz control y verificación de la Concesión y de los servicios que la Concesionaria preste a los Usuarios. b) Verificar el cumplimiento del "Reglamento del Usuario" aprobado de conformidad con los lineamientos básicos que como Anexo D integran este Marco Regulatorio. c) Requerir de la Concesionaria los informes necesarios para efectuar el control de la Concesión, en la forma prevista en este Marco Regulatorio y en el Contrato de Concesión. d) Dar publicidad general e instrumentar formas eficaces de comunicación con suficiente antelación de los cuadros tarifados aprobados, como asimismo de los deberes y obligaciones de la Concesionaria para con los usuarios de la Concesión. e) Controlar el cumplimiento por parte de la Concesionaria de los planes aprobados, comunicando a la Concesionaria los desvíos comprobados para que esta proceda a adoptar las medidas correctivas necesarias. f) Ejercer el control de calidad del servicio de agua, la medición de caudal que asegure una dotación apropiada a los usuarios, medición de presión en puntos estratégicos que garanticen los previstos en los planes aprobados y en el Contrato de Concesión, efectuar tomas de muestra y realizar análisis físicos, químicos y bacteriológicos a todos los prestadores del Area Regulada. g) Controlar el servicio de desagües y la calidad del vuelco conforme las normas de este Marco Regulatorio a todos los prestadores del Area Regulada. h) Establecer y mantener actualizado un sistema informativo que permita el eficaz ejercicio de la acción de contralor, para lo cual podrá requerir a la Concesionaria toda la información necesaria. i) Dictar su reglamentación interna y normas complementarias que contemplen todo lo referente a su funcionamiento. j) Establecer los procedimientos de consultas de opinión y de audiencia pública cuando estuviera prevista y reglamentar el funcionamiento de la Comisión Asesora del organismo y de la Sindicatura de Usuarios. k) Resolver las controversias que se susciten entre usuarios o entre los usuarios y la Concesionaria con motivo de la prestación de los servicios previstos en este Marco Regulatorio. Para acceder a la norma en su versión completa, consultar www.eras.gov.ar.

36 www.apla.gov.ar

37 En la actualidad, la SSRH se halla bajo la órbita de la Secretaría de Obras Públicas, dependiente del Ministerio de Planificación Federal e Inversión Pública y Servicios de la Nación. Para una mayor consulta sobre sus funciones, objetivos y cometidos, se sirva consultar: www.minplan.gov.ar.

38 A la fecha de elaboración de este trabajo, no se había suscripto el contrato o instrumento de vinculación entre las autoridades de gobierno y la empresa prestataria.

concesión, ya que existen zonas otorgadas en concesión a favor de AySA donde ésta no presta de modo directo tales servicios sino que existe un tercero[39] por ella autorizado (o no), quien es el encargado de brindarlo a los usuarios, donde muchas veces se sirve en condiciones precarias que pueden llegar a poner en riesgo la salud de la población abastecida. Estos servicios, llamados "desvinculados" también están bajo el control del citado ente regulador.

A modo de ilustración, cabe mencionar que esta entidad cuenta con una Sindicatura de Usuarios[40], donde están representadas las entidades no gubernamentales defensoras de los derechos de los usuarios. Para poder participar estas instituciones deben estar en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, dependiente del Ministerio de Economía de la Nación e inscriptas, conforme lo establecido en las normas, en el Registro Nacional de Asociaciones de Usuarios.[41] Los representantes se deben reunir al menos una vez por mes para analizar los temas que estén vinculados y podrán emitir dictámenes fijando su opinión con respecto a los mismos los que deberán ser considerados por el Directorio. El marco regulatorio también establece la figura del Defensor del Usuario, cuya función es representar los intereses de los usuarios en lo que respecta a audiencias públicas o cuestiones contenciosas o de procedimientos administrativos en los que el ERAS sea parte y los derechos de los usuarios pudieran estar afectados por la decisión[42]. La elección del Defensor del Usuario será por concurso público, actualmente está en estudio la metodología para dicho concurso. El ERAS cuenta también con una Comisión Asesora[43] integrada por 3 representantes de los municipios que integran el área de concesión, 1 representante de la Provincia de Buenos Aires, 1 representante de la Ciudad de Buenos Aires, 1 representante del Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (ENOHSA) y 1 representante de la Subsecretaría de Recursos Hídricos . La Comisión Asesora debe reunirse por lo menos dos (2) veces al mes y analiza los temas que considere de incumbencia vinculados a la prestación del servicio o al Ente Regulador y los dictámenes por esta emitidos deberán ser tratados por el Directorio.

El ERAS no cuenta aún con un régimen sancionatorio[44] ni de regulación económica, todo ello se encuentra bajo estudio de la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la

39 En muchos casos, se utiliza la figura de cooperativas o de asociaciones vecinales, que se crean y organizan a tal fin. En la actualidad se halla abocada a realizar un relevamiento de todos los servicios desvinculados, de forma conjunta con AySA, habiéndose detectado más de 314.

40 Art. 54 Inc. II del Marco Regulatorio, Ley Nª 26.221.

41 Actualmente, la Sindicatura de Usuarios esta conformada por 23 asociaciones. Los representantes que actúan en la misma son elegidos por la institución que representan conforme el mecanismo que dispongan las entidades de las cuales provienen. www.eras.gov.ar

42 Art. 54 Inc. III del Marco Regulatorio. Ley Nª 26.221.

43 Art. 54 Inc. I del Marco Regulatorio, Ley Nª 26.221.

44 Ver MONTEQUÍN, Marina Avila, Breve análisis sobre la potestad sancionatoria de los entes reguladores. El caso del nuevo Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), Editorial El Derecho, Suplemento Derecho Administrativo Nº 12.156, Buenos Aires 18/12/2008.

Nación, quien está abocada al estudio del procedimiento sancionatorio, del contrato de concesión del servicio y del reglamento del usuario. Cuestiones, a mi entender, de suma relevancia que ameritan sean puestas en marcha en términos breves con el fin de garantizar la debida calidad en las prestaciones, los derechos y obligaciones del concesionario, los derechos de los usuarios (y potenciales usuarios), las medidas a aplicar frente a la detección de incumplimientos, entre otros aspectos.

Por otra parte, la APLA tiene como principal función la coordinación integral de la planificación de las obras de expansión y mejoramiento de ambos servicios, el control en cuanto a la elaboración de los proyectos, desarrollo de las obras, estudios de impacto ambiental, planes, como también su comunicación a los distintos actores y debe establecer las metas de calidad, aprobar a pedido de la concesionaria la solicitud de las obras de expansión, proporcionar o facilitar a la población acceso a la información, proyectar y disponer la realización de obras de expansión según la disponibilidad de recursos económicos y, en general, intervenir en todas las cuestiones de carácter técnico u operativo que incidan en los planes de acción. También la Agencia intervendrá en cualquier cuestión que se relacione con contingencias de servicio que tengan incidencia en los planes elaborados y en lo que hace a las inversiones programadas y los costos de estos planes y elaborar en conjunto con la concesionaria los planes de expansión.

Y es así que al tratar temas referidos a obras a realizarse en el área de concesión su Directorio aprobará o desechará el proyecto de obra con una nota particular. A la hora de someter una decisión de este tipo, los representantes del municipio donde se desarrollará la obra (los que participan en una Comisión Asesora[45] integrada por representantes de los departamentos de obras públicas de los 17 municipios del AMBA), votarán como un miembro del Directorio más, otorgándoles de esta manera mayor representación a las jurisdicciones involucradas en el servicio[46]. Téngase presente que estas obras de gran envergadura tienen consecuencias importantes en el territorio de estas jurisdicciones locales, como por ejemplo en materia ambiental y de ordenamiento territorial, donde son éstas quienes tienen a cargo el poder de policía ambiental y no la autoridad nacional.

El actual marco no propone incentivos económicos o financieros a la empresa concesionaria, sino que establece, en lo que aquí nos ocupa, las funciones de control de los organismos creados a tal efecto y su relación con la empresa, como también la interrelación entre los sujetos intervinientes. Lo que sí se observa es la existencia de un marco regulatorio que persigue la expansión de los servicios de agua y alcantarillado de

45 El artículo 37º del Marco Regulatorio prevé la conformación de una Comisión Asesora, integrada por un (1) representante de cada uno los municipios comprendidos en la jurisdicción de la concesión, un (1) representante del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un (1) representante de la SSRH, un (1) representante del Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (ENOHSA), un (1) representante de Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA) y un (1) representante de la Provincia de Buenos Aires.

46 Conforme al segundo párrafo del artículo 37º del Marco Regulatorio, Ley 26221.

manera tal que el ERAS, a través de los periódicos controles a los terceros prestadores puede advertir la falencia de éstos y anoticiar acerca de los posibles riesgos en los que se encuentra la población abastecida. En tal caso, de detectarse anomalías en la calidad del agua suministrada a la comunidad, debe comunicar a la APLA sobre el particular, la cual deberá evaluar la situación concreta y examinar los planes de expansión teniendo en cuenta la infraestructura existente, el riesgo sanitario de la población servida y los planes de expansión propuestos por la empresa prestataria, aprobándolos o proponiendo las modificaciones pertinentes.

Como se puede advertir, estamos en presencia de dos entes de control, no de regulación, que disponen de facultades acotadas en relación a otros organismos de naturaleza similar existentes en la Argentina, como ser los que regulan la provisión de gas y de energía eléctrica[47], pero no podemos dejar de resaltar que el esquema que propone la Ley Nº 26.221 aparece como un reto para los actores involucrados, mostrando la importancia del control de calidad del agua suministrada por una empresa estatal y la expansión del servicio a poblaciones que desde un punto de vista económico, no resultan rentables para una empresa[48].

V. Concesiones y explotaciones: sobre la organización del sector sanitario en el resto de la República Argentina.

En este capítulo, se examina cómo se da en cada una de las provincias de la República Argentina la prestación de los servicios sub examine, cuál es el carácter del prestador y la entidad de control, en cada caso. Preliminarmente, se impone resaltar que el orden constitucional argentino adoptó como sistema de gobierno desde la sanción de la Constitución Nacional operada en 1853[49], el sistema republicano, re-

47 Ente Nacional Regulador de la Electricidad y Ente Nacional Regulador del Gas creados mediante leyes Nº 24.065 y Nº 24.076, respectivamente.

48 En este sentido, se ha creado el Programa Tarifa Social, cuyo objetivo es establecer un sistema de asistencia a los usuarios e instituciones del área de concesión que como consecuencia de situaciones criticas encuentren dificultades para afrontar el pago de la tarifa. Es un programa social focalizado. Hay tres tipos de modalidades: 1) Tarifa Social (dirigido a hogares con dificultades socio económicas). 2) Situaciones Especiales o Caso Social (individuos o familias en situación de vulnerabilidad). 3) Tarifa Comunitaria (dirigido a instituciones sin fines de lucro que desarrollen tareas comunitarias).

49 La Constitución de la República Argentina fue sancionada en la Convención Constituyente de 1853, pero no fue hasta 1860, en donde se logró su redacción definitiva, con la integración de Buenos Aires a la Confederación. Ha tenido 4 reformas posteriores, en los años 1866, 1898, 1957 y 1994. Consta de un Preámbulo, el cual mantiene su texto original, 2 partes y 17 disposiciones transitorias. La primer parte tiene 2 capítulos: el primero denominado "Declaraciones, Derechos y Garantías" (Artículos 1 al 35 originales del primer texto) y el segundo "Nuevos Derechos y Garantías" (Artículos 36 al 43 que se han incorporado en la ultima reforma). La segunda parte establece "Las Autoridades de la Nación" y está dividida en dos Títulos: el primero sobre el Gobierno Federal (Artículos 44 al 120) y el segundo a los Gobiernos de Provincia (Artículos 121 al 129).

presentativo y federal.[50] Y ello conlleva a que las provincias que preexisten al Estado Nacional hayan delegado funciones en él y también reservado otras (poderes no delegados).

En lo que respecta a la regulación del agua potable en Argentina, la evolución de las instituciones responsables de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento transitaron cuatro estadios bien definidos[51].

La primera etapa, se inicia en 1912 y concluye en 1980, pese a que la legislación vigente establecía la competencia provincial (siguiendo la manda constitucional), la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en las principales ciudades del país estuvo cargo del Estado Nacional a través de la empresa Obras Sanitarias de la Nación (OSN). Hacia fines de la década de los setenta, OSN era el prestador del 85% de la población servida del país, básicamente del área urbana. La financiación de las inversiones, por ende, se hallaba en manos del Estado Nacional, quien aportaba los recursos a fondo perdido con una concepción que priorizaba los objetivos sanitarios por sobre la gestión eficiente.

En los años 60, Argentina era uno de los pocos países de la región que proveía agua "segura" en sus áreas urbanas y los niveles de cobertura de los servicios la ubicaban en los primeros lugares de América Latina.

Posteriormente, como segunda etapa, por medio de la Ley N° 18.586, reglamentada por Decreto N° 258, se transfirieron a las provincias el personal y los activos libres de pasivos de 161 sistemas. La empresa OSN retuvo la prestación de los servicios del Área Metropolitana de Buenos Aires, constituida por la entonces Municipalidad de Buenos Aires (hoy, Ciudad de Buenos Aires) y, en ese momento, 13 partidos (municipios), que conformaban un continuo urbano donde, en ese entonces, habitaban alrededor de 8 millones de personas.

La tercera instancia se desarrolla a partir del inicio del proceso de reforma del Estado en 1989, mediante la sanción de las Leyes N° 23.696 de Reforma del Estado y N° 23.697 de Emergencia Económica. El desarrollo de esta etapa durante la década de los noventa puede caracterizarse como de consolidación de una nueva organización institucional en la cual se destaca el desarrollo de las funciones de regulación y control ejercidas por entes u organismos con cierto grado de autonomía y especialización (Entes o Agencias regulatorias), y la prestación a cargo de empresas privadas en la mayoría de los casos.

La nueva y actual etapa, la cuarta en la cronología del presente análisis, puede definirse como de reestatización de la prestación de los servicios de agua potable y sanea-

50 Para un profuso análisis del sistema de gobierno, se recomienda GELLI, María Angélica, obra citada, Pág. 14 y siguientes.

51 Para un mayor abordaje al problema de la inversión en el sector del servicio de agua potable y alcantarillado véase ORDOQUI URCELAY, María Bergoña, "Servicios de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina: factores determinantes de la sustentabilidad y el desempeño", CEPAL Recursos Naturales e Infraestructura, mayo de 2007, Pág. 29 y ss.

miento. La nueva organización incluye una empresa prestadora de índole comercial con participación mayoritaria estatal, en el caso del AMBA del propio Estado Nacional, y en los otros casos, bajo la órbita de los estados provinciales o municipales. En principio, se plantea una política de financiamiento con tarifas subsidiadas que cubrirían básicamente los costos operativos, mientras que los costos de inversión serían financiados con aportes del Estado Nacional y préstamos cuyos servicios también serían cubiertos con fondos del Tesoro Nacional.

Y es en tal entendimiento, como vemos que desde la década del 80 se pasa por un sistema de fuerte descentralización y cada provincia, a excepción del AMBA (los 13, luego 17 municipios y la entonces Municipalidad de Buenos Aires, hoy, Ciudad Autónoma de Buenos Aires)[52] toman *"per se"* la administración, el aprovechamiento, la distribución y el control sobre el abastecimiento del agua en su territorio y del servicio sanitario en general. De ahí, el resurgimiento de las administraciones provinciales como ejecutoras de las distintas políticas sobre el sector y su consecuente fortalecimiento con el dictado de normas adecuadas y específicas en pos de salvaguardar tal cometido esencial. No puede dejar de señalarse que en la década de los 90, en líneas generales los estados provinciales adoptaron los lineamientos de la política central y nacional, y pasaron por distintos procesos de privatización en sus administraciones, varias de las cuales aún se mantienen, como en los casos de las provincias de Corrientes y Córdoba.

Y que ya entrado el siglo XXI, a tenor de las políticas económicas adoptadas en el país y, muy particularmente, en materia de servicios públicos, el Estado Nacional tiende a llevar un proceso activo de restatización cada vez más incipiente[53] en miras al interés

52 El artículo 129 de la Constitución Nacional establece que: "La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones". Asimismo, en el año 1997 se sanciona la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. En tal sentido, ver GELLI; María Angélica, La Constitución Estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 1997-B, 1022. El mismo criterio en "GAUNA, Juan O", Fallo CSJN, 7/5/1997, La Ley, 1997-517. Hoy dicha autonomía se halla en creciente construcción ya que existen cuestiones de entidad, donde tanto la Nación como la Ciudad tienen facultades concurrentes, como en materia de seguridad, de administración y control de puertos, de transportes, entre otros cometidos.

53 En la República Argentina, en el año 2002 comienza un fuerte proceso de renegociación de los contratos administrativos públicos, creándose la UNIREN (Unidad de Renegociación, en órbita del Ministerio de Planificación Federal). El estado general del proceso, a abril de 2009, arroja que de las 64 empresas, **41 empresas (64%)** han resuelto su situación quedando: 23 contratos ratificados – entre ellos EDENOR S.A, EDESUR S.A (electricidad) AUTOPISTAS DEL SOL S.A, GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A, AUTOPISTA EZEIZA CAÑUELAS (autopistas), AEROPUERTOS ARGENTINA 2000, METROGAS S.A; 12 relicitados (contratos de corredores viales); 5 rescindidos – entre ellos CORREO ARGENTINO S.A (correo), AGUAS ARGENTINAS S.A (Agua y Desagües cloacales), TRANSPORTES METROPOLITANOS GENERAL BELGRANO SUR S.A Y TRANSPORTES METROPOLITANOS GENERAL ROCA S.A (Ferrocarriles) y 1 excluido (TERMINAL DE OMNIBUS DE BUENOS AIRES S.A); **18 empresas (28%)** han firmado los acuerdo - entre ellas TELEFONICA DE ARGENTINA S.A y TELECOM ARGENTINA (ambas de servicios

público comprometido y frente a los marcados incumplimientos por parte de las empresas privatizadas oportunamente. Y este nuevo modelo es paralelamente imitado por algunas provincias.

El cuadro que sigue, ilustra la situación que actualmente atraviesa cada una de las provincias de la República Argentina con respecto a la regulación de los servicios.

Provincia	Prestador	Entidad regulatoria
Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 17 municipios de Buenos Aires	Aguas y Saneamientos Argentinos S.A	Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) y Agencia de Planificación (APLA)
Buenos Aires (interior)	Aguas Bonaerenses S.A y Cooperativas	Organismo Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA)
La Pampa	Cooperativas y Municipalidades	Administración Provincial del Agua (APA)
Entre Ríos	Obras Sanitarias y Cooperativas	No cuenta con ente regulador
Córdoba	Aguas Cordobesas S.A. y Cooperativas	Ente Regulador de los Servicios Públicos – ERSeP- Ley 8835 -(ente único regulador de los servicios públicos)
Corrientes	Aguas de Corrientes S.A y Concesión Integral en 10 localidades	Administración de Obras Sanitarias de Corrientes (AOSC)
Mendoza	Obras Sanitarias de Mendoza(*) 3 Operadores Municipales: Maipú, Tupungato y Luján. 172 Operadores de Gestión Comunitaria	Ente Provincial del Agua y de Saneamiento (EPAS)
Santa Fe	Aguas Santafesinas S.A. y Otros Prestadores	Ente Regulador de Servicios Sanitarios (ENRESS)

de telefonía), y varias empresas prestadoras de gas; **5 empresas (8%)** están aún en proceso de Renegociación, entre ellas el transporte automotor de Pasajeros que incluye 129 empresas distintas, METROVÍAS S.A (subterráneos) y FERROVIAS S.A y TRENES DE BUENOS AIRES S.A (ambas de ferrocarriles) .

Misiones	Servicio de Agua de Misiones S.A.	Ente Provincial Regulador de Agua y Cloaca (EPRAC)
Chaco	SAMEEP	Administración Provincial del Agua (APA)
Formosa	Aguas de Formosa S.A.	Ente Regulador de Obras y Servicios Públicos (EROSP)
Santiago del Estero	Aguas de Santiago del Estero S.A.	Ente Regulador de los Servicios de Aguas y Cloacas (ERSAC)
Jujuy	Agua de los Andes S.A	Superintendencia de Servicios Públicos y Otras Concesiones- (SUSEPU)
Salta	En proceso de re estatización	Ente Regulador de Servicios Públicos (ENRESP)
Tucumán	Sociedad Aguas del Tucumán	Ente Regulador de Servicios de Agua y Cloacas de Tucumán (ERSACT)
San Luis	Municipalidades y Cooperativas	San Luis Agua
Catamarca	Aguas de Catamarca S.A.P.E.M.	Ente Regulador de Servicios Públicos y otras Concesiones.(En. Re)
San Juan	Obras Sanitarias S.E.	**No cuenta con ente de control**
La Rioja	Aguas de la Rioja S.A.	Ente Único de Control de Privatizaciones (EUCOP)
Neuquén	Ente Provincial de Agua y Saneamiento E.P.A.S	**No cuenta con ente de control**
Santa Cruz	Servicios Públicos S.E.	**No cuenta con ente de control**
Chubut	Cooperativas y Municipios	Organismo Municipal Regulador de los Servicios Públicos OMRESP (Sólo para la ciudad de Trelew) **En el resto, no hay regulador**

Río Negro	Aguas Rionegrinas S.A.(*)	Departamento Provincial de Aguas de la Provincia de Río Negro (DPA)
Tierra del Fuego	Obras Sanitarias de Tierra del Fuego S.E	**No cuenta con ente de control**

(*) intervenidas por la autoridad provincial

Como puede observarse en el cuadro *ut supra*, la descentralización de los servicios de agua potable y alcantarillado ha generado una diversa cantidad de prestadores con regímenes jurídicos totalmente diferentes, encontramos algunas sociedades anónimas de capitales privados, como es el caso de la Ciudad de Córdoba, sociedades anónimas de capitales estatales como el caso que nos ocupa y la prestadora del resto de la Provincia de Buenos Aires, sociedades del estado (SE), sociedades con participación estatal mayoritaria (SAPEM), prestadores constituidos como cooperativas de trabajo y otros prestadores que, en algunos casos, poseen autorización de la autoridad competente y en otros no.

Lo expuesto a las claras evidencia la necesidad de una política rectora regulatoria a nivel nacional que unifique criterios, enfoques, procedimientos, estrategias, técnicas, entre otros cometidos, que permitan un acceso universal. Un buen modelo a seguirse es el transitado por el Consejo Hídrico Federal[54] y la aplicación de los principios rectores.

Datos oficiales[55] evidencian lo dicho anteriormente. Por ejemplo, las provincias más perjudicadas en relación a la cobertura con saneamiento son Misiones, dado que sólo el 16% de sus habitantes cuenta con cloacas, Santiago del Estero con el 17%, Chaco con el 25%, San Juan con el 26%, Formosa con el 32%, Córdoba con el 33% y los 24 partidos que integran el Gran Buenos Aires con el 39%[56]. Estos índices, son bajísimos en relación a la recomendación de la OMS, que considera como un buen saneamiento a aquel que cubre al menos al 90% de la población. Asumiendo este postulado, sólo la Ciudad de Buenos Aires (99%) y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (96%), superan el 90%, mientras que el resto del territorio nacional se ubica por debajo.

54 COHIFE, creado por Ley Nacional Nº 26.438 (sancionada en fecha 3/12/2008), si bien su origen es anterior, donde se coordinan con las distintas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, buen parte de las políticas hídricas rectoras del país, que luego son por cada una jurisdicción. Los principios rectores de la política hídrica son producto del consenso de un federalismo concertado que brinda los lineamientos que integran los aspectos técnicos, sociales, económicos, legales, institucionales y ambientales para una gestión de recursos hídricos integrada y en pos de un desarrollo sustentable. Ver: www.hidricosargentina.gov.ar y www.cohife.org.ar. El actual presidente es el Ing. Rafael Silva (por la provincia de Formosa).

55 Fuente www.indec.gov.ar (Censo Nacional 2001).

56 Este dato corresponde al promedio total del Área Metropolitana (24 Municipios). Cabe recordar que el área de concesión del AMBA prestada por la empresa AySA comprende a 17 de éstos.

La situación es algo mejor en relación a la provisión de agua por red, para la que la OMS recomienda una cobertura de al menos el 95%. A nivel general del país el índice es del 83%, o sea 12 puntos por debajo de lo recomendable. Por regiones, se destacan la Ciudad de Buenos Aires con casi 100% y la Provincia de Santa Cruz con 99%, seguidas por Chubut con el 98% y Catamarca, San Juan y Tierra del Fuego con el 96% cada una; Jujuy, La Rioja, Neuquén y San Luis tienen el 95% y el resto está por debajo. El Gran Buenos Aires (GBA) [57]es la región que menor cobertura tiene en relación al agua potable, dado que sólo el 68% de su población dispone del servicio.

Lo expuesto permite concluir que el GBA es el ámbito más desprotegido del país en relación a saneamiento y al agua de red, y que existen provincias que tienen un fuerte desbalance entre el agua de red y el saneamiento, como San Juan 96 a 26%, Chaco 78 a 25%, Córdoba 91 a 33%, Formosa 75 a 32%, Misiones 73 a 16% y Santiago del Estero 74 a 17%.

Finalmente, quisiera mencionar que en el año 1998 se creó la Asociación Federal de Entes Reguladores de Agua y Saneamiento (AFERAS), entidad que nuclea a las entidades públicas de regulación y/o control, de los servicios de agua y saneamiento de distintas jurisdicciones de la República Argentina.

AFERAS busca ser un lugar de debate e intercambio permanente de información para consolidar el fortalecimiento y desarrollo de las funciones específicas de las entidades de regulación y/o control y promover estudios e investigaciones en el ámbito de las actividades del sector de agua potable y saneamiento. Asiste y asesora técnicamente, en sus diversas disciplinas, a las distintas entidades públicas integrantes de la asociación y/o terceros interesados y busca promover la formación de profesionales especialistas en la materia. En la actualidad, la integran el ERAS y los reguladores de las siguientes provincias Argentinas: Jujuy, Salta, Formosa, Tucumán, Catamarca, Santiago del Estero, Misiones, Corrientes, Santa Fe, Córdoba, La Rioja, Mendoza, La Pampa, Buenos Aires, Río Negro, y el de la ciudad de Trelew (Chubut)[58].

VI.- La infraestructura sanitaria y su financiamiento.

En América Latina, en particular en la Argentina, los déficits de cobertura de los servicios se relacionan principalmente con la falta de inversión de varios años en infraestructura y no con la insuficiencia en la disponibilidad del recurso hídrico[59].

57 Acá también está circunscrito a los 24 Municipios del Área Metropolitana. Cabe recordar que el área de concesión del AMBA prestada por la empresa AySA comprende a 17 de éstos.

58 En la actualidad el Presidente de AFERAS es el Dr. Luis Lobo Vergara, Director del ENRE de la Provincia de Catamarca (www.aferas.org.ar). Asimismo, es de destacar que AFERAS integra la Asociación de Entes Reguladores de Agua Potable y Saneamiento de las Américas (ADERASA) (www.aderasa.org)

59 Según datos de la Organización Panamericana de la Salud, aproximadamente 77 millones de personas no tienen acceso al agua segura y aproximadamente 103 millones a los servicios de saneamiento. Asimismo, debe tenerse presente que el tratamiento de aguas servidas es casi nulo.

Quizás en el actual sistema este sea uno de los grandes desafíos que hoy afronta la empresa estatal AySA. Con un marco regulatorio que no provee incentivos ni mecanismos tarifarios que contemplen el mejoramiento de la eficacia como los casos de expansión del servicio, es difícil pensar en una empresa capaz de generar un superávit y que conlleve financiar obras altamente costosas.

Por ello la empresa ha acudido a organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo[60] y el Banco Mundial[61] para poder asumir los gastos de expansión y mejoramiento de la infraestructura. Asimismo, desde su creación en el año 2006 AySA ha recibido aportes del tesoro de la Nación para poder cubrir sus costos operativos ya que su tarifa se encuentra congelada desde 1998[62].

El marco regulatorio supra comentado también prevé la creación de un fondo fiduciario, constituido como un patrimonio de afectación específico, cuyo único objetivo es la financiación de obras de infraestructura que atiendan a la expansión y mejoramiento del servicio de agua potable y de alcantarillado. El mismo estará compuesto por los apor-

60 AySA recibirá un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por 900 millones de dólares, de los cuales 720 serán financiados por el Banco y el saldo restante por la empresa. Es importante destacar que, el préstamo fue aprobado hoy en forma unánime por el Directorio del Banco. Este monto será destinado a financiar parte de las inversiones contempladas en el Plan Director que, a fines de 2006, fuera aprobado para AySA por el Poder Ejecutivo Nacional, la Agencia de Planificación y la Secretaría de Obras Públicas de la Nación, con el consenso de los municipios que conforman el área de acción de la empresa. Para la primera etapa, la inversión autorizada del préstamo ascenderá a 250 millones de dólares que serán aplicados, a partir de 2009, a las siguientes obras: colector cloacal en el partido de Tigre; ampliación (un nuevo módulo) de la planta depuradora Norte, en San Fernando; rehabilitación de instalaciones de la planta potabilizadora Gral. San Martín, ubicada en el barrio de Palermo; expansión de la red cloacal en los municipios de Hurlingham e Ituzaingó y 35 proyectos de renovación y rehabilitación de redes de agua potable en diversas zonas de la concesión. La segunda etapa del citado préstamo comenzará en el segundo semestre de 2009, contemplando, entre otras obras, la expansión del servicio de redes cloacales en Morón, Tres de Febrero, San Martín, Hurlingham e Ituzaingó. De este modo, el Gobierno Nacional, a través de AySA, confirma la decisión de dar un nuevo impulso a la salubridad de nuestro país, convencido de la necesidad del compromiso de todos los actores para resolver desafíos tan trascendentes como la cobertura de los servicios sanitarios.

61 El Banco Mundial aprobó un programa de créditos para la Argentina por un total de 3.300 millones de dólares para el período 2010-2012, de los cuales entregará inicialmente dos líneas por 1.290 millones de dólares. De estos 1.290 millones, 840 millones se destinarán al financiamiento del Proyecto de Desarrollo Sustentable de la Cuenca Matanza-Riachuelo. Los restantes 450 serán destinados a programas de desarrollo social, como de fortalecimiento familiar y seguro de capacitación y empleo. El plan que se prolongará hasta 2012, llamado Nueva Alianza Estratégica, busca que la Argentina pueda desarrollar su agenda de desarrollo sobre la base de tres objetivos: crecimiento sostenido con equidad, inclusión social y mejoras en la eficiencia de la gestión de gobierno, señaló el organismo de crédito.

62 Hasta no hace mucho tiempo atrás, distintos países de la región planteaban su preocupación por la calidad de infraestructura y cómo los controles fiscales afectaban la inversión pública. Se alertaba sobre los riesgos de caer en un círculo vicioso en donde los objetivos de sostenibilidad fiscal perpetuarán bajos niveles de inversión y, por ende, bajas tasas de crecimiento. Actualmente, la recuperación económica que experimenta la región y la consecuente mayor disponibilidad de recursos disponibles han diluido en parte esas preocupaciones. En la actualidad, el superávit primario que ostenta la región junto con un menor peso relativo de su deuda pública revitaliza al presupuesto público como una fuente sustentable para contribuir al financiamiento de la inversión de la infraestructura. De hecho se ha visto que, aunque lentamente, esta contribución va en ascenso. Esta situación le da a la región grados de libertad para planificar sus inversiones, algo de lo que, en general, careció en el pasado cuando los programas de estabilización y reducción del gasto eran más una regla que una excepción.

tes que realicen los usuarios y los créditos que se acuerden con organismos de crédito, nacionales o internacionales y, de los aportes específicos que realicen los beneficiarios directos de las obras.

Los fondos fiduciarios tienen como objetivo el incentivar las asociaciones públicas privadas en infraestructura, aportando fondos como accionista o prestamista o bien actuando como garante de riesgos políticos, de ingresos mínimos o de futuros pagos del sector público.

Se les adjudica la "ventaja" de que sus recursos podrían no estar sujetos a aprobaciones presupuestarias anuales, y por lo tanto podrían dar más seguridad de pago al sector privado. Esta ventaja tiene sus críticos ya que, se sostiene, los colocaría fuera del control propio de las entidades públicas.

Algunos autores recomiendan la creación de Fondos Fiduciarios de Garantía, que aseguren pagos futuros del sector público. Al igual que los fondos nacionales requieren de un aporte inicial del gobierno, pueden nutrirse de la recaudación de impuestos y recibir bienes muebles e inmuebles "securitizables". Adicionalmente podrían recibir aportes y garantías de organismos internacionales de crédito, lo cual se traduciría en un fuerte apalancamiento de los recursos del fondo.

VII. Sobre los desafíos a afrontar en cumplimiento a los Objetivos del Milenio (2015)

En la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas (septiembre de 2000) se acordó reducir a la mitad el porcentaje de personas que carecen de acceso a los servicios de agua potable para 2015[63]. En la Cumbre de Johannesburgo, (agosto/septiembre de 2002) se reafirmó este compromiso añadiendo una meta acorde con la anterior: reducir a la mitad para el mismo año el porcentaje de personas que carecen de acceso a los servicios de saneamiento.

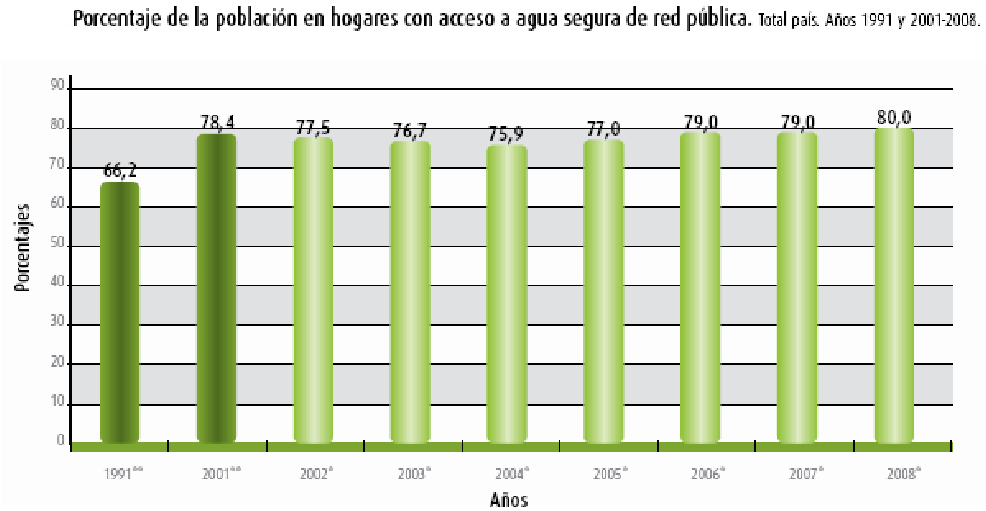
De acuerdo con las estimaciones preliminares del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2003), para cumplir con la meta de reducción a la mitad del porcentaje de habitantes sin los servicios de agua potable, será necesario proveer con acceso a más de 121 millones de personas. Esto demandará inversiones por un monto total de 16,5 mil millones de dólares, o 1,1 mil millones por año entre 2000 y 2015[64]. El 93% de este monto constituye inversiones en el sector urbano y el 7% en el sector rural.

63 El objetivo 7 es: "Garantizar el sustento del medio ambiente". La meta 7.C establece reducir a la mitad, para 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento.

64 Es importante tener presente que estas estimaciones se refieren sólo a la inversión neta; es decir, se limitan únicamente a la construcción de nuevos sistemas y expansión de los existentes, con el fin de ampliar la cobertura hasta los niveles previstos en las Metas del Milenio. Por consiguiente, subestiman las inversiones necesarias para cumplir con los objetivos previstos, puesto que no consideran las inversiones necesarias para reparar, rehabilitar y mantener en buen estado la infraestructura existente, de manera que aquellas personas

En cuanto a los servicios de saneamiento, el logro de los Objetivos del Milenio implica la necesidad de proveer con acceso a casi 140 millones de personas (BID, 2003). Esto demandará inversiones por un total de 22,0 mil millones de dólares entre 2000 y 2015, o sea 1,5 mil millones por año. El 95% de la inversión estará destinada a proveer con los servicios de saneamiento mejorado a la población urbana, y el 5% restante a la población rural.

La República Argentina se ha propuesto reducir en dos terceras partes[65] la proporción de la población sin acceso a agua potable. Entre los años 1991 y 2001 se incorporaron 7 millones de habitantes a la red pública de agua potable lo que implicó un aumento del 12% a nivel nacional. Como se puede visualizar en el gráfico que sigue, si se continúa con la evolución hasta el momento desarrollada, logrará cumplimentar con el 84% de la población servida con agua potable.



Fuente: Informe País 2009 – República Argentina. Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe País 2009.
Datos de 1991 y 2001:Censo Nacional de Población y Vivienda (INDEC).
Datos 2002 a 2008: Estimaciones Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (ENOHSA)

que actualmente tienen acceso a los servicios no lo pierdan o no enfrenten un fuerte deterioro en la calidad de los mismos.

65 Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe País 2009 – República Argentina. Meta 2: Reducir en dos terceras partes la proporción de la población sin acceso a agua potable entre los años 1990 y 2015.

En cuanto a los desagües cloacales la meta es la misma, reducir en dos terceras partes la proporción de la población que carece de este servicio. Entre los años 1991 y 2001 se incorporaron 4,2 millones de usuarios lo que indica un aumento del 8,2%. A partir de 2005 la fuerte inversión pública evidencia un crecimiento de más del 10% en los últimos 3 años.

Fuente: Informe País 2009 – República Argentina. Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe País 2009.
Datos de 1991 y 2001:Censo Nacional de Población y Vivienda (INDEC).
Datos 2002 a 2008: Estimaciones Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento (ENOHSA)

En el caso de estudio presente, AySA busca superar las metas establecidas. Las obras en marcha tienen como objetivo lograr la cobertura del 100% de los habitantes del área en materia de agua potable y del 85% en desagües cloacales para 2011. En tal sentido, en el año 2008 se incorporaron 402.744 habitantes a la red de agua potable y 53.846 al sistema de desagües cloacales.

Como hemos visto, las metas propuestas son altamente ambiciosas. La necesidad de sostener una inversión constante para su cumplimiento es indispensable, no solo para lograr las obras, sino para su posterior mantenimiento. Sin lugar a dudas el acceso a agua segura y al saneamiento es algo por lo que cualquier estado debe velar. El acuerdo sobre los Objetivos del Milenio no hace más que poner luz sobre un compromiso que debería ser adoptado por todos los estados. Sabido es que la mera adopción de las obligaciones que este tipo de acuerdos implican, no necesariamente se traducen en hechos reales. La inversión debe ubicarse desde un punto de vista de política pública estratégica, y no representar una coyuntura de momento que establezca compromisos políticos esporádicos.

VIII. Pinceladas finales.

La discusión que gira entorno a si el acceso al agua potable y saneamiento debe ser considerado como un derecho humano no debe convertirse en un obstáculo que impida que los ciudadanos no accedan al agua potable para consumo humano, ni a la falta de definición de los Estados en materia de políticas públicas. Los fundamentos jurídicos, las declaraciones o pactos de las cumbres internacionales y todos los documentos que se puedan establecer no pueden desconocerse, máxime si estamos en presencia de un recurso vital para el desarrollo de la vida humana, para la salud y también para los ecosistemas y el medio ambiente.

Tampoco es relevante detenernos en el carácter del prestador del servicio, toda vez que mientras la regulación sea eficiente, es indistinto que sea una empresa privada, pública o mixta quien lo provea. El carácter de monopolio natural obliga a refortalecer y hacer más eficiente y transparente el control.

El gran desafío en materia regulatoria que hoy atraviesa Argentina pasa por mostrar que la figura de los entes reguladores no es cosmética. Todo lo contrario. El Estado debe garantizar la eficaz prestación, la calidad del agua y el crecimiento del área de expansión y justamente, fortalecer los mecanismos de control y garantizar la participación ciudadana y el acceso a la información pública.

No olvidemos que el agua es un bien público que debe estar bajo el control eficaz de los estados más allá de que su gestión se delegue o no al sector privado. Sin embargo esto no exime a los propios estados de generar una gestión integrada del agua, planificada y estratégica involucrando a todos los actores del sector.

Necesitamos establecer un nuevo paradigma para responder a la demanda de agua a nivel local y regional, para favorecer la mitigación y adaptación frente a las transformaciones mundiales. Una gestión más equitativa, eficaz y sostenible de los recursos y servicios hídricos requiere de un enfoque integrado, una acción coordinada y de una responsabilidad compartida entre los diferentes niveles de gobierno.

El acceso a un agua de calidad y a servicios de saneamiento supone costes. No obstante, se debe garantizar financieramente el acceso equitativo al agua y al saneamiento en cantidad y calidad suficientes, en particular adaptando los sistemas de recuperación de costos para permitir el acceso a las poblaciones más desfavorecidas, esto conlleva a la indispensable inversión en una infraestructura suficiente que permita que el acceso a estos servicios no se torne en un derecho ilusorio.

Sexta Parte
Regulação dos Transportes

Política Común de Transporte y Redes Transeuropeas. Orígenes y retos. Hacia un renovado modelo de la política de infraestructuras para la Europa del Tratado de Lisboa

*Nuria María Garrido Cuenca**

1.- Introducción: importancia de la política común de transportes. El contraste entre su lenta evolución inicial y la tupida normativa del último quinquenio; 2.- Principales fases en la evolución de la política común de transportes; 3.- La política común de redes transeuropeas. Un complemento inescindible de la política común de transportes en el ámbito de las infraestructuras; A) Introducción: Concepto, origen y significado; B) Funciones y objetivos de las RTE. En particular, el principio de subsidiariedad; C) Medios de ejecución de las RTE; a) El establecimiento de "orientaciones" comunitarias; b) Las Decisiones normativas sobre las orientaciones en el sector del transporte; D) Acciones necesarias para garantizar la interoperabilidad, especialmente en el ámbito de la armonización de las normas técnicas; E) La financiación de las redes transeuropeas en la actualidad; 4.- Las claves de la política común de transportes en la actualidad: previsiones y propuestas de acción del libro blanco de la comisión publicado en 2001 bajo el título "la política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad". Hacia un modelo de "transporte sostenible"; 5.- Perspectivas de la política de transportes europea: la revisión del libro blanco de 2001 en la comunicación "por una europa en movimiento. Movilidad sostenible para nuestro continente" de 2006. Realidades y déficits en la actualidad; A) Razones y objetivos del futuro de la política común; B) Objetivos de la futura política común y síntesis de las principales acciones previstas comunitariamente; C) Conclusiones: una agenda de acción renovada; para concluir: la densidad normativa europea en relación al transporte en los años 2008-2009. Hacia el logro efectivo de una política común de los servicios de transporte y sus infraestructuras. ¿Ayudará el tratado de Lisboa?

1. Introducción: importancia de la política común de transportes. El contraste entre su lenta evolución inicial y la tupida normativa del último quinquenio

El sector transporte tiene una especial relevancia, ya que a su importancia económica en sí mismo hay que añadir que es un factor condicionante para el resto de la actividad económica, en cuanto facilita o impide el intercambio de bienes y servicios, en cuyos costes finales, además, incide de manera notoria. Es por ello que ya los tratados originarios contemplaron la existencia de una política común de transportes, cuyo desarrollo, sin embargo y hasta fechas recientes, no ha sido tan espectacular como, por citar dos ejemplos, el de la política agraria o comercial exterior.

* *Profesora Titular Derecho Administrativo UCLM.*

Por tanto, las razones de la existencia de esta política común son fáciles de intuir. Por un lado, porque el sistema de transportes se configura como elemento que condiciona el resto de sistemas, pues la capacidad de la Comunidad para elevar el nivel de vida de sus ciudadanos dependerá en gran medida de su eficacia para lograr un sistema racional de transportes que libere de todos los obstáculos que supone la existencia de fronteras y de distintas legislaciones nacionales. Ello supondrá una triple perspectiva para el desarrollo de la política común de transportes:

a) No puede concebirse un mercado único o común sin la instauración de la libre circulación de mercancías y la abolición de los derechos de aduana, principios que no podrán hacerse efectivos si no se establece una política común de transportes a cuyo amparo no haya restricciones al comercio, estableciéndose las condiciones para una igualdad de concurrencia, armonizándose las diferentes legislaciones nacionales en la materia;
b) Por otro lado, resulta inviable la integración de Estados en un mercado común, sin que éstos no estén unidos por medios de transportes y comunicaciones adecuados, esto es, infraestructuras aptas para el comercio, lo que igualmente obliga a la prestación de un interés especial en el desarrollo uniforme de los distintos Estados, y que cada vez cobrará mayor protagonismo, hasta el punto de establecerse una nueva política en 1992 ligada ésta al desarrollo de un sistema infraestructural a nivel europeo que sirva de complemento a los objetivos clásicos de la política común.
c) Si el mercado común ha de implantarse sobre la libertad de mercado como condición indispensable para la existencia de una auténtica integración europea, la política común de transportes ha de basarse además en la instauración del mayor grado de liberalización posible, lo que obliga a armonizar las condiciones de prestación de servicios, como afianzamiento de los principios de leal competencia y condiciones de igual concurrencia, eliminándose al máximo todas las restricciones y limitaciones existentes a la libertad de mercado.

Por tanto, podemos decir que serán dos los objetivos nucleares de la política común de transportes que venían recogidos en los originales arts. 70 a 80 del Tratado CEE: por un lado, liberalizar y armonizar las distintas políticas nacionales para lograr una política coherente y equilibrada; por otro, establecer un régimen de control del transporte cuyo fin es conseguir un sistema de competencia ordenada y limitada, evitando situaciones de abuso o posición dominante, con prohibición de discriminación entre los distintos operadores del transporte. Más en concreto, los objetivos específicos de los primitivos arts.74 a 84 eran los siguientes:

- establecer normas comunes aplicables a los transportes internacionales entre los Estados miembros;
- fijación de las condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrían prestar servicios de transporte en los Estados miembros;
- aplicación de medidas para mejorar la seguridad en los transportes;
- legitimación de la adopción de todo tipo de disposiciones necesarias para completar el sistema común de transportes.

En conclusión, el Tratado de Roma pretendía convertir un conjunto de mercados nacionales estancos en un verdadero mercado interior, lo que requeriría la elaboración de una reglamentación común para el transporte comunitario

Al tiempo, debe destacarse que, desde su mismo inicio y consolidación normativa en los tratados originarios, se reconocieron determinadas peculiaridades o especialidades en esta política común cualificada, con dos previsiones de suma relevancia y que no son comunes en la normativa de origen comunitario: por un lado, el establecimiento de un régimen de ayudas ligadas a la consideración de servicio público del transporte, estableciendo el art.73 que serán compatibles con el tratado "las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones de servicio público". Por otro, un conjunto de previsiones ligadas a las limitaciones a la capacidad de oferta, al acceso y las potencialidades en la intervención en materia de precios o tarifas.

Por estas importantes peculiaridades, la política común de transportes se limitó a tres sectores: carretera, ferrocarril y vías navegables. Sin embargo, debe señalarse que en la actualidad, esta política ha ampliado su ámbito de acción al resto de sectores del transporte, como son el transporte marítimo y aéreo, primero por la propia legislación comunitaria y ahora, ya sin dudas, por así establecerse en los Tratados consolidados tras Lisboa.

Hechas estas primeras apreciaciones iniciales, debe señalarse que, en la actualidad, el transporte se halla en una contradicción permanente entre una sociedad que progresivamente solicita mayor movilidad, mejora de la extensión de las líneas de transporte y una opinión pública que cada vez soporta menos la congestión, el deterioro del medio ambiente o la calidad mediocre de algunos servicios. En líneas generales, la solución no pasa sólo por la construcción de nuevas infraestructuras y la apertura de mercados, y ello pues procesos nuevos como la globalización, la ampliación europea o los principios ligados al desarrollo sostenible están imponiendo un modelo de "transporte sostenible" desde tres puntos de vista, económico, social y medioambiental. Así lo pone de manifiesto el importante Libro Blanco de la Política común de transporte de 2001, en que nos detendremos especialmente, pues en él se encuentran los principios y objetivos nucleares de una política común que cada vez se aleja más de las escuetas disposiciones mercantilistas

de los tratados, para entrar en la ordenación e integración de otras perspectivas igual o más importantes (cuestiones sociales, seguridad, medio ambiente). Sin embargo, debemos señalar para entender este proceso histórico las fases esenciales en la evolución de la política común, lo que haremos muy sucintamente, pues la actual política de transportes es mucho más compleja, rica y completa de lo que las previsiones de los Tratados hasta ahora han contemplado. Así se ha producido una evolución digna de resaltar entre aquel inciso inicial donde el transporte como política europea ocupó un espacio capitidisminuido, su progreso en los años 90 con el Tratado de Maastricht y una convulsión legislativa ya en los inicios del nuevo siglo que corregirá la lentitud de su progreso, incorporando las nuevas perspectivas que impone la nueva Europa resultante de Lisboa.

2. Principales fases en la evolución de la política común de transportes

Como señalábamos, el desarrollo de la política común de transportes ha sido espectacularmente lento, hasta el punto de que su verdadero impulso vendrá impuesto, como un hecho absolutamente excepcional, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, resolviendo un recurso de carencia interpuesto por el Parlamento europeo por ausencia de una auténtica política común prevista en los tratados. Como algún autor ha señalado (CASCALES MORENO), las causas fundamentales que han motivado esta situación pueden resumirse en tres:

- la permanencia de un criterio restrictivo de la política de transportes, agravado por el hecho de los déficits de los ferrocarriles, que llevó a subordinar esta política a los puros intereses del ferrocarril;
- la ausencia de una política financiera que posibilitara los objetivos del sector;
- las serias reticencias de los Estados miembros a perder competencias en la materia a favor del derecho comunitario, por los intereses contrapuestos sobre el grado de liberalización del transporte entre los Estados de situación central y periférica.

Así, las fases en esta evolución de la política común, serían las siguientes:

A) Del memorandum de París de 20 de abril de 1961 a la sentencia del Tribunal de Justicia CEE de 22 de mayo de 1985: Esta fase se caracteriza por un contenido prácticamente dedicado al transporte terrestre y, en especial, a la competencia entre el ferrocarril y la carretera. Destacó la Decisión 65/271/CE de 13 de mayo de 1965 relativa a "la armonización de determinadas disposiciones que inciden en la competencia en el sector de los transportes por carretera, ferrocarril y vías navegables", que fue desarrollada

por el Reglamento hasta fechas recientes vigente referido a la "aplicación de las normas de la competencia" en aquellos tres sectores (Reglamento 1017/68/CE, de 19 de julio de 1968). Distintos Programas de acción y Memorándums intentaron el diseño de una red comunitaria de transportes con participación comunitaria en su financiación solucionar los problemas relativos a la imputación de costes infraestructurales o el reforzamiento del mercado de los transportes terrestres. Posteriormente, la Comunicación de la Comisión de 9 de febrero de 1983 ("Hacia una política común de los transportes terrestres") pretende conciliar los problemas del ferrocarril con la carretera, defendiendo la idea de que cada modo debe desarrollarse según las ventajas que aporte al transporte en general. En este comunicación ya se constatan los insuficientes avances en la consecución de los objetivos comunitarios, aceptándose en consecuencia la intervención pública en el sector como medio para la consecución de los fines perseguidos y no como un fin en sí mismo.

B) De la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de mayo de 1985 al Tratado de la Unión Europea de Maastricht: Así se llega a 1985 con muchos programas políticos, escasas decisiones normativas y muchos deseos de buenas intenciones, pero ninguna acción concreta y todavía menos progresos en la realización de los objetivos comunitarios. Esta lentitud del proceso provocó que el Parlamento europeo formulara un excepcional recurso de carencia contra el Consejo, por ausencia de una política común de transportes. La sentencia del TJCEE de 22 de mayo de 1985 declaró la legitimación del Parlamento en el recurso y falló sobre el fondo estableciendo que: "el Consejo, en violación del Tratado, se ha abstenido de asegurar la libre prestación de servicios en materia de transportes y de fijar las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de los Estados miembros".

La trascendencia de este fallo en el proceso de elaboración de una auténtica política común de transportes fue capital, pues a partir del mismo se comenzó a dar un mayor impulso no sólo en los ámbitos del transporte terrestre, sino también en navegación marítima y aérea. Y así, en cumplimiento del fallo judicial, el Consejo adoptaría en noviembre de 1985 un ambicioso Programa de actuación basado en las siguientes directrices:

- creación de un mercado libre, sin restricciones cuantitativas, antes de 1992;
- adaptación progresiva, en base a criterios no discriminatorios, de los contingentes bilaterales durante el periodo transitorio y desarrollo coétaneo de contingentes comunitarios comunes;
- eliminación de las distorsiones de la competencia;
- centralización de las áreas necesitadas de urgente acción comunitaria común, que se cifrarán en las siguientes: ordenación del paso de fronteras y del tránsito, simplificando y, en algún caso, suprimiendo, los controles y formalidades fron-

terizas; organización del mercado del transporte terrestre, marítimo y aéreo; y mejora de la seguridad en los transportes interiores.

C) La aprobación del Tratado de Maastricht: Esta etapa marca el inicio del verdadero despegue de la política común de transportes que se verá complementada, con la base normativa que aportará el propio texto comunitario, con una nueva política común de infraestructuras que será bautizada con el sugerente título de "redes transeuropeas (antiguos arts.129 y ss. Tratado de Maastricht) y, al tiempo, incluyendo definitivamente los modos marítimos y aéreos en esta política. Sus objetivos serán muchos más ambiciosos que hasta la fecha, basados en la libertad del mercado de transportes y eliminación de toda clase de restricciones como forma de implantación del mercado único de transportes, entendido desde una perspectiva global.

Para la consecución de estos fines, se precisa la implantación definitiva de un mercado de transportes más abiertos y competitivos y sin restricción que coarten la libertad de concurrencia en la idea de que, conforme al principio de subsidiariedad, la política común de transportes debe concretarse en acciones que no pueden realizarse satisfactoriamente por los Estados miembros, por razón de su dimensión y efectos, lo que justificará y legitimará la actuación a nivel comunitario tanto desde el punto de vista político como jurídico o normativo. Además, el refuerzo genérico de los fundamentos políticos, institucionales y presupuestarios conllevará un incremento exponencial de los poderes de la UE, fundamentalmente por las posibilidades que aporta el proceso de codecisión que se generaliza a todas las decisiones en el sector. Ello supondrá una ampliación ejemplar de los poderes comunitarios en la consecución de la política común de transportes y, esencialmente, de redes transeuropeas.

En este contexto, como se ha anunciado, el transporte deja de considerarse como servicio, pasando la Unión Europea a asumir también importantes competencias en el ámbito de las infraestructuras que lo sustentan, sintiéndose como imprescindible el desarrollo de la política de redes transeuropeas que acababa de formalizarse como nueva competencia comunitaria compartida con los Estados miembros. Y cuyo objetivo final es tan importante como el asegurar la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como su acceso en condiciones igualitarias y no discriminatorias. La importancia de esta nueva política merecerá un estudio detenido en este capítulo de análisis.

En el ámbito de acción política, debe ser destacado el que puede considerarse como primer Libro Blanco sobre el desarrollo de la futura política común de transportes, elaborado por la Comisión en diciembre de 1992. Constatando los principales problemas del sector en orden a la consecución del mercado único del transporte que se ha fijado para 1997, se propondrá un programa de acción y su concreción en medidas positivas de tipo

normativo que irían desde la apertura del mercado de transportes, la integración modal, la seguridad o la integración de las consideraciones medioambientales

Sobre estas bases, salvo en el sector ferroviario, el objetivo se había alcanzado en líneas generales. Hoy en día, no se obliga a los camiones a volver vacíos tras un transporte internacional. Incluso pueden cargar y transportar mercancías en un Estado que no sea su país de origen. El cabotaje por carretera es una realidad. Se ha abierto el tráfico aéreo a una competencia que ya nadie pone en entredicho, habida cuenta de que ha conseguido el nivel de seguridad más alto del mundo. Esta apertura ha beneficiado ante todo al sector, lo que explica que el crecimiento del tráfico, en Europa, haya sido más fuerte que el crecimiento de la economía.

El primer avance decisivo de la política común de transportes se plasmó en una reducción significativa de los precios para los consumidores, combinada con una mayor calidad de los servicios y una multiplicación de las opciones, que han cambiado incluso la forma de vida y de consumo de los ciudadanos europeos. La movilidad de las personas se ha cuadruplicado desde los años setenta y se considera una conquista, incluso un derecho.

El segundo avance de esta política, a partir de los resultados de los programas marco de investigación, fue el desarrollo de las técnicas más modernas en un marco europeo de interoperabilidad. Los proyectos lanzados a finales de los años 80 están dando sus frutos, simbolizados en la realización de una red transeuropea de trenes de alta velocidad y el lanzamiento del programa de navegación por satélite Galileo. Cabe lamentar, no obstante, que la modernidad de la técnica y de las infraestructuras no siempre haya ido a la par de una modernización de la gestión de las empresas, especialmente en el sector ferroviario, aunque los distintos paquetes normativos relativos a este sector parecen empezar a encontrar su punto de llegada.

3. La Política Común de Redes Transeuropeas. Un Complemento Inescindible de la Política Común de Transportes en el Ámbito de las Infraestructuras

A) Introducción: Concepto, origen y significado

El concepto de redes transeuropeas tiene un claro origen comunitario en el Tratado de Maastricht de 1992, pretendiendo, en síntesis, construir una novedosa política común de infraestructuras en tres sectores estratégicos para el desarrollo europeo, cuales son el transporte, la energía y las telecomunicaciones. Este nuevo espacio de actuación comunitaria complementaría así la parcial visión tradicional de tales ámbitos desde la perspectiva exclusiva de su consideración como servicios, para pasar a un primer plano la política de infraestructuras que los posibilita. Ello supondrá la consolidación de una

nueva competencia comunitaria sobre las principales infraestructuras en red, hasta ese momento sólo coyunturalmente ejercida debido a la ausencia de base normativa alguna en los tratados constitutivos.

La política de "redes transeuropeas" aparece consolidada en los arts.129 y ss. del Tratado de Maastricht, pero su génesis es bastante anterior. La idea a que intuitivamente parece referirse, con toda la carga simbólica y valorativa que comporta, ve su esbozo ya en la imagen del mercado interior europeo que contempla el Acta Única Europea vigente desde el 1 de julio de 1987. En ella se consagra como objetivo primordial la realización de un espacio sin fronteras interiores que asegure la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (art.8 A).

La consecución de estos fines entrañaba la derogación de las normativas o prácticas nacionales contradictorias o divergentes con las cuatro libertades comunitarias haciéndose depender no sólo de medidas de orden político, jurídico o económico, sin también de una serie de acciones estructurales entre las que destacarían las referidas a los esquemas físicos e infraestructurales de la Unión Europea.

Así, desde 1989 tanto la Comisión como los Consejos europeos encargados de la evaluación y puesta en práctica del espacio único hacen patente la imperiosa necesidad de una red de infraestructuras indispensable para poder soportar el previsible aumento de la circulación de personas, bienes y servicios que resultaría de la supresión de fronteras físicas, técnicas y fiscales. Tales redes de comunicaciones constituirían, por un lado, una premisa necesaria para facilitar la libre circulación, y por otro un instrumento de desarrollo, al tener entre sus objetivos la extensión a las zonas periféricas o más atrasadas de la Comunidad Europea. La idea motriz que preside este razonamiento parte de un esquema coherente e integrado de infraestructuras que permita un crecimiento armónico sin constreñimientos físicos, como requisito necesario al desarrollo económico y social de Europa.

La cuestión central sería, desde estas premisas, averiguar si las principales infraestructuras en red, transporte, telecomunicaciones y energía, podían soportar o, en su caso, adaptarse en un corto espacio de tiempo a este crecimiento de la circulación sin crear disfunciones importantes del mercado único. Al tiempo, desde sus orígenes, los factores de orden económico serán una preocupación fundamental, nucleada en torno a los ingentes recursos económicos, tanto financieros como de inversión, que movilizaría una política de infraestructuras de tales dimensiones.

A estos efectos las instituciones europeas comienzan a idear una auténtica concepción comunitaria de las principales redes de comunicaciones que se esboza en sendas comunicaciones de la Comisión en 1989 y 1990, gráficamente tituladas: "Hacia las redes transeuropeas: por un programa de acción comunitario". Su filosofía se concretaría en esta gráfica metáfora: el mercado interior debe estar dotado de una adecuada "red sanguínea" (los transportes), de una avanzada "red nerviosa" (las telecomunicaciones) y una

suficiente "red muscular" (la energía). El primer proyecto normativo, de 1991, establecerá las líneas directrices del concepto y los objetivos perseguidos –asumidos in totum por el Tratado-, a saber:

- la articulación de esta política compleja y global requiere de la coordinación y la colaboración entre los distintos niveles de decisión comunitarios y estatales, y entre éstos y los agentes privados y sectores económicos afectados;
- la extensión y densidad de las redes debe tener un efecto directamente proporcional en la cohesión económica y social;
- por lo tanto, se debe primar la explotación y mejora comunitaria de las redes ya existentes, mediante la eliminación de cuellos de botella, ejecución de eslabones de conexión o puntos de enlace y la armonización técnica y normativa;
- en la planificación de las futuras redes se promoverán los servicios integrados destinados al usuario final;
- la financiación de las redes necesitará de una instrumentación específica, una dotación presupuestaria ad hoc y de incentivos que fomenten la participación del sector privado.

Diseñado y consensuado el armazón estructural, por primera vez en Europa es incorporada una política de redes transeuropeas en el Tratado de Maastricht, configurando su "fomento, creación y desarrollo" entre los principios de acción comunitaria. Un título específico (ahora el XVI del Tratado UE) regulará los objetivos de las redes, sus medios de realización y los procedimientos jurídicos aplicables en su concepción y ejecución (antiguos arts. 129 B, C y D). El tenor literal del primero de estos preceptos (nuevo art.170 del Tratado UE resultante del Tratado de Lisboa, sólo modificado para ampliar las competencias del Parlamento, como en el resto de políticas comunitarias, y alguna de orden gramatical sin alterar el contenido –anterior art.154 TCE) reflejará claramente el modelo pretendido:

> "Para contribuir a los objetivos previstos en los artículos 26 y 174 y permitir a los ciudadanos a la Unión, a los operadores económicos, así como a las colectividades regionales o locales, beneficiarse plenamente de las ventajas de un espacio sin fronteras interiores, la Comunidad contribuye al establecimiento y desarrollo de las redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía.
>
> En el marco de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Comunidad tendrá por objetivo favorecer la interconexión y la interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes.

> Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Comunidad".

En síntesis, las redes transeuropeas definen una novedosa política común de infraestructuras referida a los principales sistemas de comunicación en red que, al objeto de facilitar los intercambios en el mercado único y promover la cohesión económica y social, tiene por fin último la creación de un tejido infraestructural a nivel europeo coherente, interconectado, eficazmente interoperable y de acceso igualitario y no discriminatorio. Al tiempo, la concepción y desarrollo de esta específica política debe articularse y ser capaz de influir en otros fines coyunturales como el fomento del empleo y las políticas medioambientales, el impulso de las medidas liberalizadoras y la conformación de otros conceptos comunitarios en proyección, como el servicio público o la ordenación del territorio europeo. Desde esta aproximación no es difícil imaginar sus previsibles efectos en la tradicional y estrecha concepción de las políticas nacionales de obras públicas, que deberían adaptarse, cuando se decidiera su inclusión en una de las redes transeuropeas, a un modelo de planificación y actuación a escala comunitaria ante el que, en más de un caso, los Estados se mostrarían extremadamente recelosos en compartir una competencia hasta esos momentos ejercida en exclusiva.

Este contenido poliédrico que ahorma el concepto comunitario de red transeuropea ha derivado con el tiempo en una compleja maraña normativa, cuyo análisis exige un importante esfuerzo de ordenación, síntesis y coordinación. Fundamentalmente porque la conformación jurídica y aplicación práctica de las distintas redes europeas viene reflejando un peculiar fenómeno de retroalimentación, de modo que las principales políticas comunitarias se ven influenciadas por aquéllas y, al mismo tiempo, el concepto de redes transeuropeas evoluciona al compás de éstas. De modo que de aquel tan ambicioso como ideal precepto de Maastricht, al que equívocamente se auguró un valor más simbólico que real, ha emanado un voluminoso e importante compendio normativo que trasciende, con mucho, al estricto concepto de red transeuropea que sugiere el tenor literal de los Tratados. Como demuestra una apretada síntesis de los hitos que han marcado su evolución hasta el día de hoy.

En 1993 se inicia el que será largo y conflictivo procedimiento de elaboración de las Decisiones que fijarán las "orientaciones" comunitarias para el desarrollo de las redes de transporte, energía y telecomunicaciones e identificarán los proyectos de interés común europeo, produciéndose su sanción normativa entre los años 1996 y 1997. La naturaleza meramente "orientativa" o programática predicada de estas decisiones se vió corregida tempranamente con las primeras normas jurídicas auténtica e indiscutidamente vinculantes que implicarían acciones concretas en el ámbito de las redes transeuropeas: la

Directiva 96/48/CE relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad –que los Estados deberían trasponer a sus ordenamientos internos-, el Reglamento 2236/95 de normas generales para la concesión de ayudas financieras RTE (modificado ya en varias ocasiones) y la aprobación de una partida presupuestaria específica (capítulo B5) para su financiación comunitaria. Entretanto, la Comisión y distintos grupos de trabajo y estudio constituidos en su seno trabajan a ritmo frenético en la composición de fórmulas público-privadas para la financiación de los grandes proyectos infraestructurales y, sobre esta base, comienzan a ensayarse reformas capitales en el clásico modelo de contratación de obras públicas y servicios referida a los entonces sectores excluidos (justamente transportes, energía y telecomunicaciones).

Superados los obstáculos iniciales y solventadas, en parte, las reticencias políticas de los Estados que deben ceder y compartir competencias tradicionalmente domésticas con las instituciones comunitarias, se comienza la ejecución de alguno de los 14 proyectos prioritarios de la RTE de transporte definidos por el Consejo europeo de Essen en 1994. En el marco de la cooperación exterior, la Comisión hace pública en 1997 una ambiciosa política paneuropea de interconexión de las redes de infraestructuras de transporte de la Unión con las de países vecinos que se concretará reglamentariamente con la creación del "instrumento de política estructural preadhesión" (el conocido ISPA) en junio de 1999 que, con un presupuesto inicial de 520 millones de euros para la realización de las grandes redes de comunicaciones en los países candidatos, resultará ser un pieza capital en el proceso hacia la Europa ampliada del siglo XXI.

El Tratado de Ámsterdam no sólo confirma la trascendencia europea de la política RTE, sino que imprime en ella el fresco aire de la Europa social de los ciudadanos, al bautizarla como arquetipo de "servicio de interés general", al que ahora se dota de rango constitucional. Como contrapeso, el desenvolvimiento del principio de libre competencia, uno de los cuatro pilares de la Comunidad europea, deja también su sello en el despliegue de la política común de redes infraestructurales, desenvolviéndose lozano en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones, y llegando a su máxima expresión con la revolucionaria reforma de la política común de transporte ferroviario producida en febrero de 2001, cuando la Directiva 2001/12/CE alumbra una insólita red transeuropea de transporte ferroviario de mercancías de obligada configuración y libre acceso que convulsiona ya no sólo el sistema de transporte comunitario, sino el propio concepto de red transeuropea precedente.

También las políticas de investigación y desarrollo, que desde 1994 venían contribuyendo con programas específicos al desarrollo de las RTE, amplían su ámbito material de acción a la movilidad sostenible, la intermodalidad o las tecnologías del transporte terrestre y marítimo, relumbrando su decidida aportación a la concepción, validación y

establecimiento del sistema "Galileo" de navegación por satélite que se ha confirmado en los últimos años como elemento clave del desarrollo futuro de las RTE.

Pues bien, cada una de estas políticas (económica, contratos, relaciones exteriores, desarrollo tecnológico, servicio público y libre competencia) con sus avances y retrocesos, sus desarrollos normativos y sus aplicaciones prácticas, manifestará su impronta en la evolución de las RTE hasta el día de hoy. Pero éste es sólo el primer aspecto de una reflexión que se torna, si cabe, de más difícil composición, cuando, como ha quedado dicho, las redes transeuropeas son concebidas como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, afectando de lleno a la instrumentación jurídica interna de sectores medulares de nuestro derecho público abocados, por imperativo legal, a mutaciones insospechadas en la tradicional concepción de políticas como las de obras públicas, ordenación del territorio, medio ambiente, contratos, y un largo etcétera. La necesaria coordinación política y normativa de ambas vertientes, comunitaria e interna se convertirá con el tiempo en uno de los retos capitales para el desarrollo armonioso de la política de RTE y sus contenidos.

Dicho esto, debe señalarse que los principales hitos producidos en esta materia se reflejan paladinamente en la RTE de transporte, por lo que el desarrollo de sus contenidos se constituye tempranamente en el auténtico banco de ensayo de la nueva política comunitaria. Así se verá reflejado en el estudio que sigue.

B) Funciones y objetivos de las RTE. En particular, el principio de subsidiariedad.

El art.154 del Tratado de Ámsterdam estableció los principios esenciales sobre los que sustentaría el concepto de RTE. En primer lugar la legitimación formal de una nueva competencia o ámbito de acción comunitaria sobre las infraestructuras que es concebida como competencia compartida entre la Comunidad y los Estados miembros, pues la función comunitaria se concreta en la "contribución" al establecimiento y desarrollo de las RTE. En segundo lugar, el cambio radical que supone en la clásica y, esta sí, antigua política común de transportes, que debe abandonar la estrecha concepción del transporte como servicio para incidir también en el plano de las infraestructuras que lo posibilitan. Con esta nueva dimensión se ve superado el concepto aprehendido de competitividad entre economías nacionales, desplazándose al de competitividad entre los espacios físicos que sirven de soporte a la actividad económica y social. A su vez, este reconocimiento formal suscribe la importancia de las RTE como objetivo en sí mismo y como herramienta de intervención positiva para otras política esenciales de la Unión europea (fundamentalmente el mercado interior y la cohesión económica y social).

Una de las cuestiones más conflictivas y peor resueltas en los inicios de esta política fue justamente la de distribución de competencias para la realización de las RTE, que sólo se ha ido solventando con el desarrollo normativo de cada red, fundamentalmente el relativo a la RTE de transporte. En efecto, el antiguo Título XII del Tratado (ahora Título XVI, no modificado salvo en alguna corrección literal) constituye una excelente ilustración del principio de subsidiariedad en un ámbito tradicionalmente reservado a los Estados miembros. Ciñéndonos a su letra, la acción comunitaria se revela bastante reducida, de mera "contribución" al desarrollo de las RTE. Así lo explicaría en un primer momento el Libro Blanco de la Comisión de 1993 "Crecimiento, competitividad y empleo": "La creación de las RTE incumbe a los Estados miembros. El papel de la Unión es importante pero limitado: actuar como catalizador, resaltando el interés común de los proyectos, organizando seminarios sobre ellos y facilitando su realización, ayudando a la búsqueda de soluciones a los obstáculos financieros y normativos suscitados".

Por tanto, los Estados son los responsables últimos de la realización de las RTE, correspondiéndoles concretamente: definir los detalles específicos de los proyectos, las condiciones de realización técnicas y jurídicas, las modalidades de financiación y el ritmo de los trabajos según las reglas nacionales de planificación y sus vinculaciones presupuestarias, y de acuerdo al reparto competencial interno, en el que es bien sabido la política comunitaria no interfiere. De este modo, la función de la Comunidad quedaría limitada a asegurar la coherencia de las acciones estatales con los intereses supranacionales protegidos por la política de RTE.

De tal modo, el Tratado ha venido encomendado a las autoridades comunitarias tres tipos de funciones de tipo genérico: por un lado de orientación y armonización, por otro, la participación en la financiación, en fin, una misión de mera colaboración en la coordinación de las políticas nacionales. Sin embargo estas limitadas funciones se han visto ampliadas considerablemente en los últimos años, una vez comprobadas las graves carencias que una política escasamente invasiva y de nulos efectos vinculantes ha provocado en la deficiente consecución de los objetivos previstos inicialmente, con retrasos importantes e incumplimientos descarados de los Estados miembros. Las medidas paliativas no se han hecho esperar, pudiendo destacarse la creación de la figura de los "coordinadores europeos" y la vinculación de la financiación comunitaria al cumplimiento de plazos en la realización de proyectos con despliegue de potestades sancionadoras de las instituciones comunitarias. A ellas nos referiremos en su momento.

En la realización de estas funciones y para conseguir los objetivos amplios de la política de RTE, la acción comunitaria se focaliza en la garantía de cuatro principios esenciales recogidos en los Tratados: la coherencia, la interconexión, la interoperabilidad y el acceso a las redes, teniendo en cuenta particularmente la necesidad de enlazar regiones sin litoral, insulares y periféricas con las regiones centrales (nuevo art.170.2, anterior

art.154.2 TUE). El logro de estos objetivos constituye la justificación de la intervención comunitaria, manifestando la dimensión supranacional de proyectos que cada Estado miembro, individualmente, no podría alcanzar ni adecuada ni suficientemente.

C) Medios de ejecución de las RTE

El ahora artículo 171 (anterior art.155 TUE) recoge los medios de ejecución o posibilidades de actuación comunitaria en el ejercicio de las funciones antedichas: establecimiento de "orientaciones"; realización de las acciones necesarias para garantizar la interoperabilidad y facultades potestativas en este ámbito respecto a la cooperación con terceros países; promoción y establecimiento de mecanismos de colaboración con los Estados para garantizar la coordinación de proyectos de interés comunitario; apoyo financiero potestativo para el desarrollo de la RTE.

a) El establecimiento de "orientaciones" comunitarias

En primer lugar, debemos analizar el complicado capítulo que ha suscitado la discusión sobre su carácter programático o vinculante.

El primer medio para la realización de las acciones previstas en el ámbito de las RTE es la elaboración a nivel comunitario de un conjunto de "orientaciones" que deberán concretar, al menos: los objetivos, prioridades y grandes líneas de acción en cada uno de los sectores implicados; por otro lado, la identificación de los denominados "proyectos de interés común" (PIC). Las orientaciones deben ser aprobadas, a instancias del Consejo y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, mediante el procedimiento de codecisión, que se generaliza tras el Tratado de Ámsterdam para todas las acciones necesarias al desarrollo de las RTE, incluidas la armonización de normas técnicas y la interoperabilidad (art.155 TUE).

El primer problema que planteó la decisión final sobre el inédito término "orientaciones" fue la viva discusión sobre el carácter jurídico de las normas que se elaboraran con ese calificativo. En concreto, si su naturaleza sería meramente indicativa u orientativa, como parecía desprenderse de su significado gramatical, o si, por el contrario, podría predicarse su carácter vinculante y obligatorio. Este debate sería extensible a la identificación de los PIC, que reflejan las prioridades de desarrollo en cada sector y, lo que es fundamental, resultan ser los únicos beneficiarios de una posible financiación comunitaria. La parquedad de la letra del Tratado fomentó la discusión puesto que, ante la amplia libertad estratégica para la determinación comunitaria de las "orientaciones", las únicas exigencias de los proyectos eran su viabilidad económica y la respectiva aprobación por los Estados miembros afectados (art.172, anterior art.156 TUE).

En este contexto, la opinión mayoritaria ha sido hasta fechas recientes la de entender este tipo jurídico como un mero marco de referencia sin ningún carácter vinculante. Aunque la práctica y el desarrollo normativo pronto atemperaron esta interesada interpretación, que podría haber conllevado la práctica anulación del prístino objeto de la política de RTE.

En efecto, parece de todo punto lógico que si el Estado al que afecta la decisión comunitaria no ha ejercido su legítimo derecho de veto, una vez aprobada formalmente por el Consejo y el Parlamento, aquel se encontraría directamente obligado a su ejecución para no entorpecer la buena marcha de proyectos en los que, recordemos, no es el único implicado. Sin embargo, las primeras "orientaciones" únicamente encomendaron a los Estados la adopción de las medidas necesarias para llevar a cabo los proyectos, sin ninguna otra obligación. Los retrasos acumulados y los flagrantes incumplimientos han conllevado importantes modificaciones en las Decisiones comunitarias sobre las orientaciones para la ejecución de las RTE, reflejadas paladinamente en la de transporte, relativizando en gran medida aquel debate.

Por otro lado, la holgada licencia de que supuestamente gozaban los Estados miembros se veía en todo caso atemperada al menos en un supuesto, cual era que el proyecto de RTE contara con el respaldo financiero de las instituciones comunitarias. Así derivaba ya de la primera versión del Reglamento 2236/95/CE del Consejo que regula las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las RTE, en el caso de estos PIC sustentados económicamente a nivel europeo que podrían ser objeto de estricta fiscalización por parte de la Comisión: controlando sobre el terreno la regularidad en la ejecución, supervisando si los mecanismos de gestión y control adoptados por los Estados garantizan el desarrollo del proyecto subvencionado, o con la habilitación de facultades extraordinarias hasta el punto de poder reducir, suspender o suprimir la ayuda comunitaria concedida.

b) Las Decisiones normativas sobre las orientaciones en el sector del transporte

Las primeras orientaciones relativas a los tres sectores afectados por la política de RTE son aprobadas en el año 1996, habiéndose producido desde aquella fecha modificaciones relevantes fruto de los problemas de aplicación práctica que derivó la ejecución de sus normas y que se fueron identificando por los distintos Consejos Europeos y los grupos de alto nivel encargados de su prospección y análisis. Todas las decisiones mantienen una estructura similar, siendo las más precisas y de elaboración técnica más elaborada las relativas a la RTE de transporte que, como en tantos otros aspectos, ha focalizado la actuación comunitaria de esta compleja política. Las orientaciones referidas al sector trans-

porte se concreta en la Decisión 1692/96/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de julio de 1996 sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la RTE de transporte, modificada por la Decisión 1346/2001/CE, de 22 de mayo de 2001 y, fundamentalmente, por la Decisión 884/2004/CE de 29 de abril de 2004.

Esta norma tiene entre sus objetivos específicos la movilidad sostenible de las personas y bienes en las mejores condiciones sociales, ambientales y de seguridad y la integración de todos los modos de transportes de acuerdo a sus ventajas comparativas propugnando la óptima utilización de las capacidades existentes. En ella se integran todas las redes correspondientes a los diversos modos de transporte en una red transeuropea que se compondría de las infraestructuras y de los sistemas de gestión del tráfico, localización y navegación. Las primeras integrarán las redes de carreteras, vías férreas, vías navegables, autopistas del mar, puertos de navegación marítima e interior, aeropuertos y otros puntos de interconexión entre redes modales. Los segundos comprenderán las instalaciones técnicas, informáticas y de telecomunicaciones necesarias para asegurar el funcionamiento armonioso de la red y la gestión eficaz del tráfico. La identificación de los proyectos de interés común se concreta en tres Anexos de la Decisión donde se contienen los mapas de las diferentes redes, se enumeran los criterios y especificaciones de los PIC y reflejan la lista, en principio indicativa, de los proyectos a los que se atribuye "una especial importancia" y que en un primer momento fueron los 14 proyectos definidos en el Consejo de Essen de 1994. En ellos, dos afectaban al Estado español: el nº3 –eje ferroviario de alta velocidad del Sudoeste de Europa que se ha ido ampliando sucesivamente: Lisboa/Oporto-Madrid, Madrid-Barcelona; Barcelona-Figueras-Perpiñán-Montpellier-Nîmes, y la denomida Y vasca: Madrid-Vitoria-Irún/Hendaya-Dax-Burdeos-Tours; y el eje multimodal Portugal-España-resto de Europa (proyecto nº8). En el momento actual estos proyectos llegan ya a 30 tras la última modificación de la Decisión operada en 2004, ampliándose también para el Estado español a importantes proyectos como son: el eje ferroviario de mercancías Sines/Algeciras-Madrid-Paris; las denominadas autopistas del mar, en concreto de Europa Suroccidental y de Europa occidental que enlazan España con Francia y con el Mar del Norte y el Mar de Irlanda, respectivamente.

Pero el hecho más destacable es que estos PIC especificados en el Anexo III son reconocidos jurídicamente en el nuevo art.19 de la Decisión modificada en 2004 como "proyectos prioritarios" a realizar en el período 2010-2020, seleccionados de acuerdo a diversos criterios que exigió el Informe Van Miert del grupo de alto nivel RTE Transporte en 30 de junio de 2003 y entre los que destacan: su viabilidad económica, su repercusión en la movilidad, el impacto en la cohesión y el desarrollo sostenible y, fundamentalmente, el grado de compromiso de los Estados miembros afectados con arreglo a un calendario de ejecución propuesto por la Comisión. Justamente en este nuevo precepto se encuentra el fundamento de la importante revisión operada en el concepto de RTE en punto a su

naturaleza jurídica que, tras la modificación a que nos referimos, no cabe duda resulta directamente vinculante para los Estados miembros. Para ello, la Decisión introduce estos mecanismos básicos:

- seleccionar los proyectos prioritarios de acuerdo al "compromiso mostrado por los Estados miembros interesados en cuanto a la realización de los estudios y procedimientos de evaluación a tiempo para terminar las obras en la fecha previamente acordada, tomando como base los planes nacionales o cualquier otro documento equivalente sobre el proyecto de que se trate";
- proceder a la "declaración de interés europeo" (DIE) de los 30 proyectos prioritarios seleccionados en el Anexo de la Decisión. Los efectos del otorgamiento de este rango jurídico cualificado se manifiestan principalmente en materia de financiación, valorándose su prioridad en la concesión de fondos procedentes de los diversos instrumentos financieros (Fondos de Cohesión, Estructurales, Ayudas RTE). Pero la consecuencia capital se refleja en las amplias potestades que se otorgan a las instituciones comunitarias, principalmente a la Comisión, para los casos de retraso o incumplimiento en la ejecución de los proyectos, que pueden ir desde la toma de medidas oportunas para forzar su realización hasta la retirada de la DIE y consiguiente pérdida de financiación (art.19 bis, apartados 4 y 5);
- introducción de una nueva categoría normativa denominada "tramos transfronterizos", donde se verifica la cualificada dimensión transnacional de determinados proyectos y se suscita el ensayo de una modalidad de concepción y ejecución de proyectos de obras públicas de carácter europeo sin precedentes. El nuevo art.19 ter define estos tramos transfronterizos entre dos Estados miembros como secciones del proyecto indivisibles técnica y financieramente y para cuya realización los Estados miembros interesados se comprometerán conjuntamente y crearán una estructura común. Además, se impone a los Estados miembros afectados la obligación de coordinación de sus respectivos procedimientos de evaluación de los efectos socioeconómicos, "poniendo el máximo empeño en llevar a cabo un estudio trasnacional antes de conceder la autorización de las obras de construcción y dentro del marco jurídico vigente", teniendo en cuenta, especialmente, las obligaciones derivadas de la legislación comunitaria en materia de protección del medio ambiente. Por tanto, como puede comprobarse, estamos ante una inexplorada y revolucionaria modalidad de ejecución de obra pública cuya instrumentación jurídica está por construir pero que, indudablemente, supondrá cambios insospechados en la tradicional y doméstica

concepción del modelo de planificación, construcción, ejecución y financiación de obra pública;

– introducción de importantes mecanismos de coordinación normativa y procedimental, que se refleja por un lado en los estudios transnacionales de los tramos transfronterizos a que acabamos de referirnos, y en el resto de PIE, al exigirse a los Estados una coordinación "caso por caso" en el plano bilateral o multilateral, dependiendo del proyecto en cuestión. Por otro, en la creación ex novo de una institución que será esencial para el desarrollo de la política comunitaria, y que el nuevo art.17 bis denomina "coordinador europeo". Su función es facilitar una ejecución coordinada de determinados proyectos (6 son los seleccionados hasta el momento) siendo sus funciones principales: promover, en cooperación con los Estados miembros afectados métodos comunes de evaluación de proyectos, asesorando a los promotores en la financiación; informar (al menos anualmente) al Parlamento, Comisión y Estados de los progresos, problemas, obstáculos o actos normativos que puedan afectar al desarrollo del proyecto del que es responsable; consultar en cooperación con los Estados a las autoridades regionales y locales, a los operadores, usuarios del transporte y representantes de la sociedad civil al objeto de tener un conocimiento exhaustivo de la demanda de servicios de transporte, posibilidades de financiación de inversiones y tipos de servicios para facilitar el acceso a tal financiación, pudiendo emitir dictámenes sobre estas cuestiones a instancias de la Comisión.

D) Acciones necesarias para garantizar la interoperabilidad, especialmente en el ámbito de la armonización de las normas técnicas

El segundo mecanismo tendente a la consecución de los objetivos y la garantía de la eficacia en la política de RTE se refiere a la interoperabilidad, no definida ni en el Tratado ni en las diversas orientaciones, que se remiten en este punto a la descripción que de sus requisitos esenciales se haga "de conformidad con aquel y fuera del marco de las decisiones que contienen las citadas orientaciones". En este sentido, el art.171.1 (anterior art.155.1 TUE) confiere a la Unión Europea la facultad de realizar cualquier tipo de acción que pueda garantizar o favorecer la interoperabilidad de las redes, especialmente en el ámbito de la armonización de normas técnicas. Función que no es más que una especificación de la potestad general de aproximación de legislaciones prevista en los Tratados, y cuya principal virtualidad –también principal diferencia respecto a las orientaciones- es el carácter vinculante que el Consejo puede otorgar, mediante Directiva, a las disposiciones de armonización o normalización.

En términos generales, la interoperabilidad se define como capacidad para asegurar la compatibilidad entre los aspectos técnicos, organizativos y de gestión de las distintas redes nacionales, siendo función específica de los múltiples organismos europeos de normalización (CEN- Comité Europeo de Normalización-, CENELEC –Comité Europeo de Normalización Electrónica-, ETSI –Instituto de Estandarización de Telecomunicaciones Europeas-, entre otros).

Pero en punto a una definición más exacta hay que acudir a las diferentes normativas sectoriales que la contemplan. Citemos como ejemplo la primera Directiva 96/48/CE aprobada de acuerdo al entonces art.129 C (ahora 171) del Tratado relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad. En ella se ofrece una visión bien ilustrativa: capacidad del sistema ferroviario para permitir la circulación segura e ininterrumpida de trenes de alta velocidad por toda la RTE, basada en un conjunto de condiciones reglamentarias, técnicas y operativas que deben cumplirse para satisfacer los requisitos esenciales, entre los que se cuentan la seguridad, la fiabilidad, la protección del medio ambiente o la compatibilidad técnica. En este tipo de Directivas, además, se establecen mecanismos comunes para garantizar la interoperabilidad, como: establecimiento de un marco único para los diferentes modos de gestión, puesta en servicio y explotación de las redes, procedimientos unificados de definición adopción de especificaciones técnicas y normas obligatorias armonizadas en el marco de las normas europeas de contratación o la disposición de procedimientos independientes de evaluación y certificación de la conformidad de los componentes de los sistemas, deslindando el proceso y las autoridades encargadas de la adopción de las especificaciones técnicas, hasta fechas recientes, coincidentes.

Paradigmático resulta ser también el ejemplo de la Directiva 2004/52/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril, relativa a la interoperabilidad de los sistemas de telepeaje de las carreteras de la Comunidad, cuyo fin es la convergencia de los sistemas de cobro electrónico de cánones para alcanzar un adecuado nivel de interoperabilidad a nivel europeo, armonizando las soluciones tecnológicas de todos los sistemas de tarificación electrónica comunitarios y creando un servicio unificado europeo de telepeaje.

E) La Financiación de las Redes Transeuropeas en la Actualidad

Los graves déficits observados en la realización de los principales PIC han propiciado una importante modificación de las reglas de financiación comunitarias que se establecieron en el Reglamento 2236/95/CE, conllevando sendas modificaciones operadas por el Reglamento 807/2004, de 21 de abril que afecta principalmente a las RTE de transporte y energía, y el Reglamento 1159/2005 de 6 de julio tocante a la RTE de

telecomunicaciones. La última modificación a este marco normativo se ha producido con la reciente aprobación del Reglamento (CE) 680/2007 de 20 de junio de 2007.

La preocupación esencial que se trata de solucionar es el grave retraso manifestado en la realización de los tramos transfronterizos de la RTE de transporte y las conexiones transfronterizas entre las redes energéticas. Para ello las nuevas normas plantean la posibilidad de aumentar significativamente el porcentaje del 10% máximo permitido de financiación comunitaria en algunos proyectos, con la idea de que un aumento temporal de la ayuda comunitaria puede constituirse en incentivo para la actuación de los actores y la efectividad de los proyectos prioritarios. Y, fundamentalmente, regulan de manera más estricta el grado de cumplimiento de los compromisos financieros, quedando en consecuencia destruida cualquier opinión contraria al carácter vinculante de los proyectos incluidos en las orientaciones sobre las respectivas RTE.

Las novedades más resaltables son las siguientes. Por un lado, y de manera excepcional se permite que el importe total de la ayuda comunitaria pueda alcanzar hasta el 30% como máximo del coste subvencionable para los denominados tramos transfronterizos, siempre que los Estados miembros interesados hayan ofrecido a la Comisión todas las garantías necesarias sobre la viabilidad financiera y el calendario de ejecución. Y hasta el 20% del coste total de la inversión en tres supuestos:

1) en proyectos sobre sistemas de localización y navegación por satélite incluidos entre los PIC de la red de transporte. Fundamentalmente para el proyecto Galileo, y el sistema europeo de gestión del tráfico ferroviario (ERTMS). Sin embargo, tras la última versión reglamentaria, es posible incrementar este porcentaje hasta el 50% en este modelo de ERTMS.
2) en los tramos de los proyectos de interés europeo iniciados antes de 2010 cuyo objetivo sea eliminar los puntos de estrangulamiento o finalizar los tramos pendientes, siempre que dichos tramos sean transfronterizos o relativos a la superación de barreras naturales y contribuyan a la integración del mercado interior en una Europa ampliada, privilegien la seguridad, garanticen la interoperabilidad de las redes nacionales o contribuyan a reducir el desequilibrio entre los modos de transporte. Entre los proyectos que cumplan estos requisitos se seleccionarán prioritariamente los que sean más respetuosos con el medio ambiente, estableciendo como criterios moduladores del porcentaje subvencionable: los beneficios obtenidos particularmente por los Estados miembros vecinos y el nivel cualitativo y cuantitativo de la ejecución
3) los proyectos prioritarios de las redes de energía, fundamentalmente los que sean necesarios para garantizar un funcionamiento fluido del mercado interior, la seguridad del suministro y el uso óptimo de las infraestructuras energéticas,

siempre que éstos no sean rentables en términos comerciales y no distorsionen la competencia empresarial.

Por otro lado, en el caso de los proyectos relativos a las RTE de energía y transporte el compromiso jurídico exigible será global y plurianual y los compromisos presupuestarios se cumplirán por tramos anuales. La razón ofrecida se relaciona nuevamente con el objetivo de la atracción del capital privado y la creación de APP en la idea de que la concesión de ayudas con este carácter plurianual disiparía las incertidumbres que ralentizan el desarrollo de los proyectos, al contar con un compromiso firme de los inversores institucionales lo suficientemente interesante para atraer aquel capital privado.

En fin, para el caso de que un proyecto subvencionado no se haya concluido en el plazo máximo de 10 años desde la concesión de la ayuda, la Comisión puede requerir el reembolso de la ayuda pagada, atendiendo al principio de proporcionalidad.

4. Las Claves de la Política Común de Transportes en la Actualidad: Previsiones y Propuestas de Acción del Libro Blanco de la Comisión Publicado En 2001 Bajo el Título "La Política Europea de Transportes de Cara al 2010: La Hora de la Verdad". Hacia un Modelo de "Transporte Sostenible"

Con estas mimbres, y dado que los resultados no habían sido los esperados, la Comisión propone en el año 2001 el importantísimo Libro Blanco que ahora analizamos. Para ello se parte de un balance de contrastes de la política común de transportes, constatando la persistencia de tres grandes dificultades:

- el crecimiento desigual de los distintos modos de transporte. La carretera representa un 44% del transporte de mercancías frente al 8% del ferrocarril y el 4% de las vías navegables. El transporte por carretera de pasajeros representa un 79%, el aéreo, el 5%, y el ferroviario, el 6%;
- la congestión de algunos grandes ejes viales y ferroviarios, de las grandes ciudades y de algunos aeropuertos;
- los problemas medioambientales o de salud de los ciudadanos y la inseguridad vial.

Dado que los datos objetivos permiten concluir que estas tendencias podrían acentuarse con el desarrollo económico y la ampliación de la Unión, y partiendo del modelo

de sostenibilidad aprobado en el Consejo de Gotemburgo, el objetivo principal será la "creación de un sistema de transportes eficaz y capaz de equilibrar los distintos medios de transporte, revitalizar el ferrocarril, fomentar el transporte marítimo y fluvial y controlar el crecimiento del transporte aéreo". Para ello el Libro de la Comisión propondrá trece grandes líneas de acción y sesenta medidas concretas desde el punto de vista político y normativo que deberán adoptarse a escala comunitaria en el marco de la política de transportes, y que se basan en las siguientes orientaciones:

a) Revitalizar el ferrocarril

El transporte ferroviario es el sector estratégico (en el sentido propio de la palabra) que condiciona, en particular, el éxito del reequilibrio en el transporte de mercancías. La revitalización de este sector requiere una competencia entre las propias compañías de ferrocarril. La llegada de nuevas empresas ferroviarias podría contribuir a reforzar la competitividad de este sector y deberá completarse con medidas que fomenten la reestructuración de las compañías, teniendo en cuenta los aspectos sociales y las condiciones laborales. La prioridad es conseguir la apertura de los mercados, no sólo para el transporte internacional de mercancías, lo que ya fue decidido en diciembre de 2000, sino también para el cabotaje en los mercados nacionales (para que los trenes no circulen vacíos) y, paulatinamente, para el transporte internacional de pasajeros. Esta apertura de los mercados debe completarse con una mayor armonización desde el punto de vista de la interoperabilidad y la seguridad.

En este sentido, la Comisión propondría un importante paquete de medidas que debería permitir a este modo de transporte recuperar su credibilidad, especialmente en el transporte de mercancías, en regularidad y puntualidad de cara a los operadores. Sería conveniente que poco a poco se vaya dedicando una red de líneas ferroviarias exclusivamente al transporte de mercancías, para que las compañías concedan tanta importancia comercial al transporte de mercancías como al de pasajeros.

b) Reforzar la calidad del transporte por carretera

La principal baza del transporte por carretera es su capacidad de transportar mercancías en toda Europa con una flexibilidad sin parangón y un coste inferior al de los demás modos de transporte. Este sector desempeña un papel insustituible pero es más frágil de lo que parece desde un punto de vista económico. Es un sector que genera escasos márgenes, por su gran atomización y por la presión de los expedidores y de la industria sobre los precios. Algunas empresas de transporte por carretera se hallan ante la tentación de practicar dumping en materia de precios y de eludir las normas sociales y de seguridad

para compensar esta desventaja. Por ello la Comisión propone una reglamentación que permita armonizar algunas cláusulas contractuales para proteger a los transportistas frente a los expedidores, de tal modo que puedan revisar sus tarifas en caso de alza repentina de los precios del combustible.

El cambio también incluye medidas para modernizar el funcionamiento del transporte por carretera, sin perjuicio de la legislación social y los derechos de los trabajadores. Por otra parte, es preciso armonizar y reforzar los procedimientos de control para que desaparezcan las prácticas que impiden una competencia sana y leal dentro del sector.

c) Fomentar el transporte marítimo y fluvial

El transporte marítimo de corta distancia y el transporte fluvial son los dos modos de transporte que pueden responder a la congestión de algunas infraestructuras viales y a la falta de infraestructuras ferroviarias. Ambos han sido objeto de una explotación insuficiente. La reactivación del transporte marítimo de corta distancia requiere la creación de auténticas "autopistas del mar", con arreglo al plan general de la red transeuropea, y supone una mayor conexión de los puertos con la red ferroviaria y fluvial y una mayor calidad de los servicios portuarios. Algunos enlaces marítimos (especialmente los que permitirán evitar los puntos de estrangulamiento actuales - Alpes, Pirineos, Benelux - y futuros - la frontera entre Alemania y Polonia) se incluirían en la red transeuropea al igual que las carreteras o las vías de ferrocarril.

La Unión Europea deberá dotarse de normas reforzadas sobre seguridad marítima, que rebasen las propuestas tras la catástrofe del Erika. La Comisión, en cooperación con la Organización Marítima Internacional y la Organización Internacional del Trabajo y para luchar mejor contra los puertos y banderas de conveniencia, propondrá la integración de normas sociales mínimas cuyo cumplimiento dará lugar a controles en los buques, así como el desarrollo de un auténtico sistema europeo de gestión del tráfico marítimo. Para favorecer que el mayor número posible de buques vuelva a enarbolar pabellón comunitario, la Comisión propondrá asimismo una Directiva relativa al "impuesto sobre el tonelaje", similar a la legislación que han adoptado algunos Estados miembros.

En cuanto al transporte fluvial, que es por naturaleza un modo de transporte intermodal, conviene reforzar su posición mediante la creación de conexiones fluviales y la instalación de equipos de transbordo que permitan el paso continuo de buques todo el año. También permitirá dinamizar este sector seguir obrando en favor de una mayor armonización de las prescripciones técnicas de los buques, de los certificados de conducta y de las condiciones sociales de las tripulaciones.

d) Reconciliar el crecimiento del transporte aéreo con el medio ambiente

En estos tiempos de mercado único y de moneda única, sigue sin existir un "cielo único" en Europa. La Unión Europea adolece de una fragmentación excesiva de sus sistemas de gestión del tráfico, que amplía los retrasos de los vuelos, genera un despilfarro de combustible y constituye una desventaja para la competitividad de las compañías europeas. Así pues, es imperativo aplicar de aquí al año 2004 un conjunto de propuestas concretas para crear una regulación comunitaria del tráfico aéreo e instaurar una cooperación eficaz tanto con las autoridades militares como con Eurocontrol.

Esta organización del cielo europeo debe completarse con una política para que la extensión inevitable de las capacidades aeroportuarias, sobre todo como consecuencia de la ampliación, quede estrictamente supeditada a una nueva reglamentación sobre la disminución de los efectos nocivos causados por el ruido y la contaminación de los aviones.

e) Materializar la intermodalidad

El recurso a la intermodalidad reviste una importancia fundamental para el desarrollo de alternativas competitivas en el transporte por carretera. Se han visto pocas realizaciones concretas, salvo la buena conexión de algunos grandes puertos con el ferrocarril o los canales. Así pues, es preciso tomar medidas para integrar mejor los modos de transporte que cuentan con importantes capacidades de transporte potenciales en una cadena de transporte administrada eficazmente y en la que todas las prestaciones estén integradas. Son prioritarias las medidas de armonización técnica e interoperabilidad entre sistemas, en particular para los contenedores. Además, un nuevo programa comunitario de apoyo, "Marco Polo", centrado en iniciativas innovadoras, especialmente el fomento de las autopistas del mar, se propone que la intermodalidad sea, más que un lema, una realidad competitiva viable desde un punto de vista económico.

f) Realizar la red transeuropea de transportes

Frente a la saturación de algunos grandes ejes y sus consecuencias para la contaminación, es fundamental que la Unión Europea realice los proyectos transeuropeos que ya han sido decididos. Así pues, la Comisión tiene previsto proponer una revisión de las orientaciones adoptadas por el Consejo y el Parlamento, para rebasar las limitaciones actuales debidas a la falta de garantías sobre la financiación de los proyectos previstos. De conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Gotemburgo, la Comisión

propone centrar la actualización de las orientaciones comunitarias sobre la supresión de los puntos de estrangulamiento en el sector ferroviario y en la creación de itinerarios y de nudos de transporte prioritarios para absorber los flujos derivados de la ampliación, especialmente en las regiones transfronterizas y reforzar la accesibilidad de las regiones periféricas. Para mejorar el acceso a la red transeuropea, seguirá siendo una prioridad de los Fondos Estructurales el desarrollo de la red secundaria.

En este contexto, procede modificar la lista de los 14 grandes proyectos prioritarios seleccionados por el Consejo Europeo de Essen y que recoge la Decisión de 1996 sobre las orientaciones del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de redes transeuropeas de transporte. Por un lado, han concluido varios proyectos. Por otro, se añadirá media docena de nuevos proyectos (por ejemplo Galileo o la travesía ferroviaria de gran capacidad de los Pirineos).

Para garantizar el éxito del desarrollo de la red transeuropea, se propondrá en paralelo una modificación de las normas financieras de concesión de apoyo financiero para permitir una participación máxima de la Comunidad - de hasta un 20% del coste total - en los proyectos ferroviarios transfronterizos que crucen barreras naturales, poco rentables pero cuyo auténtico valor añadido transeuropeo haya quedado demostrado, como el proyecto Lyon-Turín, que el Consejo Europeo de Essen ya consideró prioritario. Así, estos 20% podrán aplicarse a proyectos de eliminación de puntos de estrangulamiento ferroviarios que subsisten en las fronteras con los países candidatos a la adhesión.

La Comisión presentará en el 2004 una revisión de mayor calado de la red transeuropea, sobre todo para introducir el concepto de autopistas del mar, desarrollar capacidades aeroportuarias, conectar mejor las regiones periféricas a escala del continente e interconectar las redes de los países candidatos a las de los países de la Unión.

Habida cuenta de la escasa movilización de los presupuestos nacionales y de los límites de las asociaciones entre el sector público y privado, se imponen soluciones innovadoras, basadas en un uso común de los ingresos derivados de los cánones por infraestructuras. Para que una nueva infraestructura pueda acogerse a financiaciones antes de que genere los primeros ingresos de explotación, los peajes o derechos de uso deberían poder recaudarse en toda una zona o en itinerarios competidores y alimentar fondos nacionales o regionales. Se adaptará la normativa comunitaria para permitir la asignación de parte de los cánones por uso de infraestructuras a la construcción de las infraestructuras más ecológicas. La financiación de las infraestructuras ferroviarias en los Alpes mediante la imposición de los camiones se presta muy especialmente a este planteamiento, a imagen de las tasas impuestas por Suiza, en particular a los camiones de la Comunidad, para financiar sus grandes obras ferroviarias.

g) Reforzar la seguridad vial

Aunque el transporte se considera un instrumento indisociable del bienestar colectivo e individual, cada vez más se percibe como un peligro potencial. El final del siglo XX ha vivido varios accidentes ferroviarios dramáticos, el del Concorde o el naufragio del Erika, que tuvieron un impacto considerable en la opinión pública. Ahora bien, el nivel de aceptación de la inseguridad no siempre es coherente. El número diario de víctimas en las carreteras europeas corresponde prácticamente al del accidente de un avión de media distancia. Las víctimas de la carretera, muertos o heridos, representan para la sociedad un coste que alcanza decenas de miles de millones de euros y un coste humano incalculable. Así pues, el objetivo de la Unión en materia de seguridad vial debería ser una reducción de las víctimas en un 50% de aquí al año 2010. Garantizar la seguridad vial en las ciudades es, por ejemplo, un requisito previo para el desarrollo de la bicicleta como medio de transporte.

No puede sino observarse una renuencia muy fuerte por parte de los Estados miembros para una actuación a escala comunitaria, ya se trate del uso del cinturón de seguridad por los niños o en los autocares o de la armonización de la alcoholemia, que está siendo objeto de debate desde hace 12 años. La Comisión quiere dar preferencia, de aquí al 2005, al intercambio de buenas prácticas, pero se reserva la posibilidad de adoptar iniciativas reglamentarias si no disminuye el número de accidentes, habida cuenta de que sigue siendo elevado en los países candidatos.

De forma inmediata, la Comisión adoptará dos iniciativas limitadas a la red transeuropea. La primera consistirá en armonizar la señalización de los lugares especialmente peligrosos. La segunda, en uniformizar, para el transporte comercial internacional, las normas sobre los controles y sanciones por exceso de velocidad y por conducción bajo los efectos del alcohol.

h) Decidir una política de tarificación eficaz de los transportes

Suele reconocerse que los modos de transporte no siempre pagan (y no en todas partes) los costes que generan. La situación varía mucho entre Estados miembros y entre modos de transporte, lo que altera el funcionamiento del mercado interior y falsea la competencia en el sistema de transportes. Así pues, no existe un auténtico incentivo para utilizar los modos de transporte menos contaminantes o las redes menos congestionadas.

El Libro Blanco desarrollará las orientaciones siguientes:

– Una armonización de la fiscalidad del combustible profesional, especialmente para el transporte por carretera.

– La aproximación de los principios tarifarios por el uso de las infraestructuras. El reflejo de los costes externos también debe fomentar la utilización de los modos de transporte con un menor impacto ambiental y permitir inversiones, con los recursos obtenidos, en nuevas infraestructuras. Las normas comunitarias actuales, por ejemplo la Directiva nº 62/99 sobre la "euroviñeta", deben ser sustituidas por un marco moderno en el que se inscriban los distintos sistemas de tarificación del uso de las infraestructuras para fomentar los avances registrados, lo que garantizará una competencia equitativa entre los modos de transporte, así como una tarificación más eficaz y que permita mantener la calidad del servicio.

Esta reforma requiere la igualdad de trato entre operadores y entre modos de transporte. Tanto para los aeropuertos, los puertos, las carreteras, los ferrocarriles y las vías navegables, el precio por el uso de estas infraestructuras debería variar según el mismo principio, en función de la categoría de infraestructura utilizada, el período del día, la distancia, el tamaño y el peso del vehículo y cualquier otro factor que incida en la congestión o el deterioro de las infraestructuras y el medio ambiente.

En muchos casos, la incorporación de los costes externos permitirá obtener un excedente de ingresos en relación con los importes necesarios para cubrir los costes de las infraestructuras utilizadas. Para que el sector de los transportes saque el máximo provecho, será crucial asignar los ingresos disponibles a fondos específicos nacionales o regionales, con el fin de financiar medidas destinadas a reducir o compensar los costes externos (doble dividendo). Se dará prioridad a la construcción de infraestructuras que fomenten la intermodalidad y ofrezcan una alternativa más respetuosa del medio ambiente.

En algunas zonas sensibles, este excedente de ingresos puede no ser suficiente, por ejemplo si deben construirse las infraestructuras necesarias para el cruce de barreras naturales. Así pues, conviene permitir que la realización de una nueva infraestructura pueda acogerse a algún tipo de ingreso antes de que se generen los primeros ingresos de explotación. En otras palabras, los peajes o los cánones se aplican al conjunto de una zona para financiar una infraestructura futura.

Por último, conviene analizar la desigualdad de trato en el nivel de imposición aplicado a la energía utilizada por los distintos modos de transporte, por ejemplo el tren y el avión, diferencia que puede provocar un falseamiento de la competencia en algunos itinerarios en los que estén presentes ambos modos de transporte.

i) Reconocer los derechos y las obligaciones de los usuarios

Debe desarrollarse el derecho de acceso del ciudadano europeo a unos servicios de transporte de calidad, con prestaciones integradas y precios asequibles. La reducción del

precio de transporte - observada en los últimos años - no debe suponer la renuncia a los derechos más elementales. Así pues, con la Carta de los derechos del pasajero aéreo, la Comisión ha abierto una vía que también se adaptará a los demás modos de transporte. En efecto, los derechos del pasajero aéreo sobre información, compensación por denegación de embarque en caso de exceso de reserva, indemnización por accidente, podrían ampliarse a otros modos de transporte. Como en el caso de la Carta mencionada, la legislación comunitaria debe facilitar una base para ayudar a los usuarios del sistema de transporte a conocer y hacer valer sus derechos. A modo de contrapartida, deberán especificarse algunas obligaciones en materia de seguridad.

j) Desarrollar transportes urbanos de calidad

Frente al deterioro generalizado de la calidad de vida de los ciudadanos europeos, afectados por el crecimiento de la congestión en las ciudades, la Comisión propone, respetando plenamente el principio de subsidiariedad, el fomento del intercambio de "buenas prácticas" para una utilización más adecuada del transporte público y de las infraestructuras existentes. Es preciso mejorar el enfoque de los poderes públicos locales frente al transporte urbano, para conciliar la modernización del servicio público y la racionalización del coche particular. Estas medidas, fundamentales para conseguir un desarrollo sostenible, son sin lugar a dudas las de aplicación más difícil. Pero es el precio que debemos pagar si queremos cumplir los compromisos internacionales de Kioto para la reducción de las emisiones contaminantes de CO2.

k) Poner la tecnología al servicio de transportes limpios y eficaces

En los últimos años, la Comunidad ha invertido mucho en investigación y desarrollo tecnológico (más de 1.000 millones de euros en el período 1997-2000), en ámbitos tan variados como la intermodalidad, los vehículos limpios o las aplicaciones telemáticas en el transporte. Ahora se trata de aplicar el lema "menos hormigón y más inteligencia". El Espacio Europeo de Investigación y uno de sus principales instrumentos, el Programa Marco de Investigación 2002-2006, y los que lo han continuado, ofrecen posibilidades para aplicar estos principios, facilitar la coordinación y aumentar la eficacia del sistema de investigación en el ámbito del transporte.

Se tratará de adoptar medidas concretas para que el transporte por carretera y el transporte marítimo sean más limpios y seguros y para integrar sistemas inteligentes en todos los modos que permitan una gestión eficaz de las infraestructuras. El plan de acción eEurope propone varias medidas que deberán adoptar los Estados miembros y la Comisión, como el despliegue de servicios innovadores de información y de control en la red

transeuropea y en las ciudades, o la introducción de sistemas activos de seguridad en los vehículos.

La Comisión propondría una Directiva de armonización de los medios de pago de determinadas infraestructuras, en particular los peajes de las autopistas y distintas normas sobre seguridad, fundamentalmente en los túneles.

En el ámbito de la aeronáutica, se dará prioridad a la mejora del impacto ambiental de los motores en materia de emisiones y de ruido - condición sine qua non para la adopción de normas más estrictas - así como a la mejora de la seguridad y del consumo de combustible de los aviones.

l) Gestionar los efectos de la mundialización

La reglamentación de los transportes lleva tiempo aprobándose en foros internacionales. Es uno de los motivos por los que la política común de transportes encuentra difícilmente su lugar entre, por un lado, la producción de normas internacionales en organismos bien definidos y, por otro, las normas nacionales que suelen proteger los mercados interiores.

El objetivo fundamental de estas normas mundiales es facilitar los intercambios y el comercio y no tienen debida cuenta de los imperativos de protección del medio ambiente y de seguridad del suministro. Desde hace varios años, esta situación ha llevado a algunos países, como Estados Unidos, a aplicar normativas regionalizadas del transporte, especialmente en el ámbito marítimo o aéreo, para fomentar la defensa de intereses específicos. La Unión Europea ha imitado su ejemplo para protegerse frente a las catástrofes marítimas o liberarse de normas inadecuadas, como ocurre en materia de lucha contra el ruido de las aeronaves o indemnización de los pasajeros en caso de accidente.

Hoy en día, con la perspectiva de la ampliación, es decir, de la extensión de la política de transportes y de la red transeuropea a escala de un continente, Europa debe reconsiderar su papel sobre la escena internacional si quiere controlar su desarrollo de forma sostenible y responder a los problemas de congestión y contaminación. En el marco de las negociaciones entabladas en la Organización Mundial del Comercio, la Unión Europea seguirá desempeñando una función de catalizador para la apertura de los mercados de los principales modos de transporte, sin menoscabo de la calidad de los servicios de transporte y de la seguridad de los usuarios. La Comisión tiene previsto proponer que se refuerce el lugar de la Comunidad en determinadas organizaciones internacionales, como la Organización Marítima Internacional, la Organización de Aviación Civil Internacional o la Comisión del Danubio, para garantizar a escala mundial los intereses de Europa. Una Unión ampliada debe poder dominar los efectos de la mundialización y contribuir

a la adopción de soluciones internacionales para luchar, por ejemplo, contra el abuso de banderas de conveniencia o el dumping social en el transporte por carretera.

Es paradójico que la Unión Europea, primera potencia comercial del mundo, que realiza gran parte de esta actividad comercial fuera de sus fronteras, tenga tan poco peso en la adopción de normas internacionales que, fundamentalmente, regulan el transporte. Esta situación se explica por su exclusión, como Unión Europea, de la mayor parte de las organizaciones intergubernamentales, donde sólo dispone de un puesto de observador. Conviene remediar rápidamente esta situación mediante la adhesión de la Comunidad a las organizaciones intergubernamentales que regulan los transportes, a fin de que la treintena de miembros de la Unión ampliada no sólo hable por unanimidad, sino que, además, pueda influir en la actividad de estas organizaciones fomentando un sistema de transporte internacional que tenga en cuenta los imperativos del desarrollo sostenible.

ll) Desarrollar los objetivos medioambientales a medio y largo plazo para un sistema de transporte sostenible

Se necesitan varias medidas e instrumentos políticos para iniciar el proceso que desemboque en un sistema de transporte sostenible. Hará falta tiempo para alcanzar el objetivo final; las medidas defendidas en este documento son tan sólo las primeras etapas, que esbozan el camino para una estrategia a más largo plazo.

Es preciso dar una definición operativa de lo que es un sistema de transporte sostenible para proporcionar indicaciones útiles a los responsables políticos. En la medida de lo posible, se seguirán cuantificando los objetivos anunciados. La Comisión tiene previsto elaborar a este respecto, en el año 2002, una Comunicación para especificar sus objetivos y ya se ha creado un instrumento de control por medio del mecanismo de seguimiento TERM (Transport and Environnement Reporting Mechanism).

En conclusión. Para apuntalar el conjunto de las propuestas que deberán aplicarse hasta el año 2010 y que son la condición necesaria, pero no suficiente, para la reorientación de la política común de transportes frente a la necesidad del desarrollo sostenible, el análisis del Libro Blanco pone de manifiesto lo siguiente:

- Riesgo de congestión de los grandes ejes y de desequilibrio territorial
- Condiciones para el reequilibrio entre modos de transporte
- Prioridad a la supresión de los puntos de estrangulamiento
- Nuevo papel central para los usuarios en la política de transportes
- Necesidad de gestionar los efectos de la mundialización del transporte.

Se trata de elegir entre el statu quo y la toma de conciencia de que es preciso cambiar de rumbo. La primera solución - optar por lo más fácil - supondría un aumento significativo de la congestión y de la contaminación y acabaría amenazando a la competitividad del sistema económico europeo. La segunda opción - que requiere la aplicación de medidas voluntaristas, cuyo cumplimiento no siempre resulta fácil controlar - supone nuevas formas de regulación que permitan canalizar la demanda de movilidad futura y garantizar un desarrollo sostenible para el conjunto de la economía europea.

5. Perspectivas de la Política de Transportes Europea: La Revisión del Libro Blanco de 2001 en la Comunicación "Por una Europa en Movimiento. Movilidad Sostenible para Nuestro Continente" de 2006. Realidades y Déficits en la Actualidad

A) Razones y objetivos del futuro de la política común

Desde el año 2001, se han aprobado importantes proyectos legislativos que actualmente se están poniendo en práctica: la apertura a la competencia del transporte de mercancías por ferrocarril; la mejora en las condiciones sociales en el sector del transporte por carretera; la definición de 30 proyectos prioritarios RTE; la creación del «cielo único» europeo; la consolidación de los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo; la Directiva sobre el cobro por el uso de carreteras, cuyas tarifas, calculadas en función de la distancia, se utilizarán en algunos casos para la financiación de infraestructuras; la promoción de los transportes intermodales con el programa Marco Polo; y el refuerzo del marco jurídico de la seguridad marítima y aérea. La UE ha mostrado también su capacidad para desarrollar programas de innovación industrial, como Galileo, ERTMS y SESAR.

Sin embargo, y a pesar de estos importantes avances y del balance positivo que cabe hacer de la aplicación de la política común, la Comisión ha entendido que las medidas previstas en 2001 no bastarán por sí solas para lograr por completo los objetivos fundamentales de la política de la UE y, más concretamente, para contener los efectos negativos, fundamentalmente medioambientales generados por el crecimiento del transporte, a la vez que se facilita la movilidad como objetivo fundamental de la política de transportes. En la UE ampliada, situada en un mundo globalizado en rápida evolución, se hace necesario, por tanto, un conjunto de medidas de transporte más amplio y más flexible . Las soluciones pueden ir desde la adopción de reglamentos europeos y su aplicación uniforme, la aplicación de instrumentos de carácter no vinculante o la integración tec-

nológica, hasta un enfoque geográficamente diferenciado, en el que se apliquen métodos de legislación a medida o de cooperación mejorada.

Así, esta nueva Comunicación parte del hecho constatado de que el mercado interior ya ha aportado beneficios a los sectores del transporte por carretera y del transporte aéreo y se espera que lo mismo ocurra en el transporte por ferrocarril y por mar o vía navegable en el futuro. Los aumentos de eficiencia apoyados por las políticas de la UE harán sensiblemente más competitivos al transporte ferroviario y por barco, en particular en las rutas más largas. Es importante que la movilidad quede disociada de sus efectos secundarios negativos utilizando una amplia variedad de instrumentos políticos. Por consiguiente, la futura política tendrá que optimizar las posibilidades específicas de cada modo de transporte de cumplir los objetivos de lograr unos sistemas de transporte no contaminantes y eficientes. Deben incrementarse las posibilidades tecnológicas para conseguir un transporte menos nocivo para el medio ambiente, en particular en lo que se refiere a las emisiones de gases de efecto invernadero. Varios grandes proyectos de infraestructura ayudarán a aliviar la presión medioambiental ejercida sobre corredores específicos. Debe llegarse a una reorientación hacia modos de transporte más ecológicos cuando sea preciso, en particular en largas distancias, en zonas urbanas o en corredores congestionados. Al mismo tiempo, han de optimizarse todos los modos de transporte. Todos ellos deben hacerse más ecológicos, seguros y eficientes desde el punto de vista energético. Por último, la comodalidad , es decir, el uso eficiente de diferentes modos de transporte por separado y en combinación, dará lugar a un uso óptimo y sostenible de los recursos. Este enfoque es totalmente acorde a las conclusiones del Consejo Europeo de 16 de junio de 2006 y de la Estrategia para un desarrollo sostenible revisada, en particular a su apartado sobre el transporte.

Es en este contexto en el que se produce la revisión intermedia del Libro Blanco de 2001, necesaria en un contexto en el que la situación de la movilidad en Europa ha cambiado considerablemente apenas en los últimos cinco años. Por un lado, en una UE ampliada, la movilidad debe entenderse a escala continental. Por otro, la globalización se ha acentuado, haciendo de la eficacia y la fiabilidad de los medios de transporte componentes esenciales de la competitividad. Se reconoce, además, que los precios del petróleo, las emisiones de CO2, el calentamiento del planeta, el contexto geopolítico de encarecimiento del precio del petróleo y los temores en materia de seguridad representan un desafío sin precedentes que debe llevar al impulso decidido de la movilidad sostenible, con bajo consumo de energía y respetuosa con el medio ambiente.

Por todas estas razones, la Comisión decide completar con este nuevo Libro blanco el conjunto de instrumentos ya previstos en 2001 con el objetivo último de garantizar la movilidad sostenible de Europa. Ello pues según las previsiones, hasta el año 2020 se registrará un crecimiento de alrededor del 50% en el transporte de mercancías y del

35% en el de pasajeros. Y ante este desafío, la Comisión propondrá una amplio elenco de actuación que persigue reducir los efectos negativos de esta movilidad imparable, impulsando no sólo la innovación tecnológica y el cambio modal hacia unos modos de transporte menos contaminantes y de menor consumo energético (especialmente en las largas distancias y en las ciudades), sino sobre todo la "comodalidad", que se define como la combinación óptima de los diferentes modos en la cadena de transporte, que parece ser la solución de futuro para el transporte de mercancías.

B) Objetivos de la futura política común y síntesis de las principales acciones previstas comunitariamente

La política de transportes constituye el núcleo de la estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. Incluye asimismo objetivos a largo plazo, con la búsqueda de un equilibrio entre crecimiento económico, bienestar social y protección del medio ambiente en todas las opciones estratégicas. Así pues, se trata de:

a) disociar la movilidad de sus efectos secundarios (congestión, accidentes y contaminación);
b) optimizar las posibilidades específicas de cada modo de transporte. Por ejemplo, el transporte por vías navegables no se aprovecha al máximo;
c) fomentar la propulsión no contaminante y el uso de transportes más ecológicos, seguros y eficaces desde el punto de vista energético;
d) promover la comodalidad, es decir, el uso eficiente de diferentes modos de transporte por separado y en combinación, para un uso óptimo y sostenible de los recursos.

Además, la Comisión desea adaptar el transporte ferroviario y el transporte por vías navegables a los principios del mercado interior. Con el aumento de eficiencia que permitan las políticas de la UE, estos modos deberían ser más competitivos, especialmente respecto del transporte por carretera.

Para alcanzar estos objetivos, esta Comunicación define cuatro pilares para la política de transportes:

1) la movilidad de las personas y de las empresas en toda la Unión;
2) la protección del medio ambiente, la seguridad del suministro energético, el cumplimiento de las normas laborales mínimas y la protección tanto de los pasajeros como de los ciudadanos;

3) la innovación, que deberá contribuir a la consecución de los dos objetivos anteriores, haciendo que la actividad del sector sea más eficaz y sostenible;
4) la actuación a escala internacional, para que los terceros países queden asociados a estos objetivos.

Por ello, es imprescindible partir del cambio en el contexto de la política de transportes de la UE que se manifiesta fundamentalmente en estas circunstancias:

– la ampliación ha otorgado a la UE una dimensión continental. Europa ha adquirido más diversidad y sus Estados miembros presentan situaciones diversas, en ocasiones opuestas: congestión en el Oeste, problemas de accesibilidad en el Este. Esta diversidad requiere soluciones diferenciadas;
– además, el sector de los transportes ha cambiado: se está realizando una consolidación a escala europea, especialmente en el sector aéreo y marítimo. Por otra parte, la globalización ha dado lugar a la creación de grandes empresas de logística, que ejercen su actividad en el mundo entero. La política europea de transportes deberá tener en cuenta esta nueva situación;
– junto a estos avatares, se constata que el transporte se transforma rápidamente en un sector de alta tecnología: la investigación y la innovación desempeñan un papel fundamental. Entre los ámbitos prioritarios más prometedores figuran los sistemas de transporte inteligentes, que incluyen la comunicación, la navegación y la automatización, así como una tecnología de motores que permita una mejora del rendimiento energético y el fomento de los combustibles alternativos;
– como no podía ser menos, los compromisos internacionales en materia de medio ambiente, por ejemplo los contraídos en virtud del Protocolo de Kioto, han de integrarse en la política de transportes. Y, complementariamente, la política de transportes debe seguir alcanzando los objetivos de la política europea de la energía : los transportes representan un 30 % del consumo energético total de la UE, con una dependencia del petróleo que asciende a un 98 %. El alto nivel de precios del petróleo influye en el sector y estimula una mejora del rendimiento energético;
– el contexto internacional ha cambiado: la amenaza que supone el terrorismo ha influido en el sector del transporte. A su vez, la globalización de la economía ha modificado los flujos comerciales e incrementado la demanda, especialmente hacia los países emergentes.

Partiendo de estos datos, los objetivos principales que compondrán los cuatro pilares que antes mencionábamos se pueden sintetizar de este modo:

a) Primer pilar: Movilidad. Para su análisis debemos partir de la situación diferenciada de los distintos modos, de forma que:

-Transporte por carretera

Se ha liberalizado la vertiente internacional de este modo de transporte, mientras que sigue estando ampliamente protegida a escala nacional. La Comisión desea establecer normas comunes sobre las cualificaciones profesionales y las condiciones laborales, que ahora varían mucho entre Estados miembros. Además, el impacto en la competencia de las diferencias de niveles de imposición de los combustibles de un Estado miembro a otro es un factor importante que influye en la evolución futura. La Comisión desea, por tanto, tomar medidas para reducir las diferencias excesivas que existen en ese sentido.

-Transporte ferroviario

Tras la liberalización del transporte de mercancías, cuyo marco jurídico debería ultimarse en 2007, el tercer paquete ferroviario debe abrir a la competencia el transporte internacional de viajeros. La Comisión desea: proponer medidas sobre el acceso al mercado y a la profesión; tratar el problema de las diferencias excesivas en el nivel de los impuestos especiales; aplicar el acervo con el respaldo de organismos reguladores en los Estados miembros; acelerar los esfuerzos para suprimir los obstáculos técnicos y operativos al tráfico internacional; crear una red para el transporte de mercancías por ferrocarril en el marco de una política de logística del transporte; organizar la supervisión del mercado ferroviario, con la elaboración de un cuadro de indicadores.

-Transporte aéreo

La reestructuración y la integración del mercado interior del sector aéreo avanzan de forma satisfactoria, y los clientes disfrutan ya de las ventajas de su desarrollo. No obstante, la Comisión propone: extender el mercado interior y ampliar sus aportaciones a los enlaces aéreos con el exterior; ultimar la creación del cielo único para aumentar la eficacia del transporte aéreo en la UE; invertir para aumentar las capacidades aeroportuarias, aclarando a su vez las normas sobre cánones; reducir los efectos ambientales debidos al crecimiento rápido del tráfico.

-Transporte marítimo

La Comisión estima que el sector marítimo es una solución de recambio al transporte terrestre, por las posibilidades considerables que representa en las distancias cortas, como queda reflejado en el concepto de « autopistas del mar ». El desarrollo del transporte marítimo debe responder aún a dos grandes retos: la creación de un espacio interior de la navegación, sobre todo teniendo en cuenta que todavía hoy los trayectos marítimos de un Estado miembro a otro se consideran exteriores, por la normativa internacional. La Comisión desea por tanto iniciar una consulta para elaborar una estrategia completa con vistas a la creación de un «espacio marítimo común». Por otro, se hace necesario imperativamente el desarrollo de las capacidades portuarias: para absorber el crecimiento marítimo previsto, deberán realizarse inversiones en los puertos a fin de mejorar y ampliar sus servicios. El éxito de la política portuaria vendrá dado, entre otros factores, por una sólida competencia entre los puertos, y la instauración de normas claras para las contribuciones del sector público.

-Transporte fluvial

La Comisión subraya las posibilidades que representa el transporte fluvial, que podrían aprovecharse mediante su integración en cadenas logísticas multimodales. El programa Naiades expone un plan de acción de la Comisión para el fomento del sector.

b) Segundo pilar: protección en materia de empleo, condiciones laborales y usuarios

El sector del transporte es un «empresario» importante, con más de 10 millones de puestos de trabajo en la Unión. Ahora bien, en algunos sectores concretos, como el transporte ferroviario y el transporte por carretera, se ha observado escasez de personal cualificado. La Comisión desea centrar sus esfuerzos en la formación y motivar a los jóvenes para que opten por las profesiones relacionadas con el transporte.

La Comisión propone igualmente examinar las normas sobre las condiciones laborales, pues se observan variaciones considerables en el coste de la mano de obra, y desea asimismo instaurar un diálogo para aplicar el convenio de la Organización Internacional del Trabajo en el sector marítimo.

En concreto, el texto desarrolla el concepto de protección en los aspectos siguientes:

– derechos de los pasajeros: la Comisión observa que se han reforzado los derechos de los pasajeros en los últimos años, si bien considera que las autoridades nacionales han de intensificar el seguimiento de las denuncias; desea también

examinar los medios que permitan fomentar una mayor calidad del servicio y la garantía de derechos fundamentales de los pasajeros de todos los modos de transporte, especialmente de las personas con movilidad reducida;

– seguridad: la Comisión subraya asimismo los avances en este ámbito, con la creación, en particular, de una lista negra de las compañías aéreas poco seguras. La Comisión desea completar las normas de seguridad: en el transporte marítimo, con el tercer paquete legislativo, y en el transporte vial, con CARS 21 y eSafety;
– protección: la Comisión desea afinar el conjunto de las medidas adoptadas tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, que demostraron que los transportes son tanto un objetivo como un instrumento del terrorismo. Así pues, debería proponer ajustes cuando sea necesario, y ampliar las normas de protección al transporte terrestre e intermodal, así como a las infraestructuras críticas;
– el transporte urbano registra unos problemas específicos, ya que los habitantes de las ciudades sufren más que los demás los efectos negativos de su propia movilidad. La Comisión anuncia la publicación futura del un Libro Verde al respecto.

c) Tercer pilar: Innovación

La Comisión propone la integración de la innovación de forma transversal en la política de transportes para acelerar la definición de algunas soluciones. Dispositivos de seguridad inteligentes, nuevos modos de comunicación y gestión del tráfico: todo ello podría facilitar la movilidad y la integración de las redes transeuropeas. Además, las empresas de la UE podrían conquistar nuevos mercados merced a su excelencia en el ámbito de las tecnologías del transporte. Para alcanzar este prístino objetivo, se suscitan diversas medidas en ámbito concretos de actuación:

– Energía: El sector del transporte consume mucha energía, en concreto un 71 % de todo el petróleo consumido en la UE, que se reparte de la siguiente manera: un 60 % para el sector del transporte por carretera, un 9 % aproximadamente el sector del transporte aéreo, y el 2 % restante el ferrocarril y la navegación interior. El transporte ferroviario, por su parte, reparte su consumo entre electricidad (75 %) y combustibles fósiles (25 %). El texto defiende que se mejore el rendimiento energético a escala de la UE y que se respalden las actividades de investigación, demostración e introducción en el mercado de nuevas y prometedoras tecnologías.
– Infraestructuras: Algunas regiones del «centro oeste» de la UE se caracterizan por fenómenos de congestión y contaminación. De aquí al año 2020, se prevé

que 60 grandes aeropuertos estén saturados, y se observa una tendencia similar en los puertos. Por consiguiente, deberán crearse nuevas infraestructuras o mejorarse las actuales. La solución radica asimismo en la creación de cadenas logísticas multimodales.

– Movilizar las fuentes de financiación: El coste total de los treinta proyectos de redes transeuropeas (RTE) prioritarias definidos en 2004 se estima en 250 000 millones de euros aproximadamente. Sin embargo, las capacidades de financiación pública de los Estados miembros siguen siendo escasas. Asimismo, las perspectivas financieras 2007-2013 sólo prevén un crecimiento limitado del presupuesto disponible para las RTE. Por consiguiente, la UE deberá concentrar sus medios de cofinanciación en los tramos transfronterizos críticos y en los principales puntos de congestión. Por otra parte, deberán idearse nuevos modelos de ingeniería financiera.
– Movilidad inteligente: Cada vez es más frecuente solicitar el pago por el uso de las infraestructuras de transporte, como en Londres o en algunas autopistas. La UE ha adoptado una Directiva que instaura un marco en materia de peajes de autopistas. El objetivo de estos sistemas de tarificación es financiar las infraestructuras, contribuyendo a su vez a optimizar el tráfico. La Comisión debe proponer, a más tardar en 2008, un modelo universal, transparente y comprensible para evaluar todos los costes externos, que servirá de base para el cálculo de los gastos en materia de infraestructura. La Comisión solicita asimismo una reflexión que involucre a los demás modos de transporte, para saber cómo unas formas de tarificación inteligente pueden contribuir a mejorar el funcionamiento del sector.La logística figura asimismo entre los puntos en que la Comisión desea centrar su actuación, elaborando un marco estratégico, seguido por una consulta que desemboque en un plan de acción.

La Comisión indica por otra parte que todos los modos de transporte deben poder contar con medios de comunicación, de navegación y de automatización perfeccionados, que se apoyen, en particular, en el sistema Galileo . En esta óptica se inscriben los programas Vehículo Inteligente , SESAR para el transporte aéreo, ERTMS para el transporte ferroviario y SIF para el transporte fluvial. Además, la Comisión desea desarrollar iniciativas similares en el sector marítimo (programa marítimo electrónico).

d) Cuarto pilar: relaciones con terceros países

Por estar el sector del transporte intrínsicamente relacionado con las problemáticas internacionales, la Comisión desea inscribir su política en el marco de relaciones más

amplias con los terceros países. Además, la convergencia de las normas de la UE y de las normas internacionales abre mercados de exportación para las tecnologías europeas. Sin embargo, las empresas de transporte de la UE registran a menudo una limitación de sus actividades por el mantenimiento de obstáculos a la importación o a la inversión en los terceros países. La Comisión se propone desarrollar cooperaciones políticas y diálogos industriales con los principales socios comerciales y agrupaciones regionales, especialmente mediante la celebración de acuerdos. Asimismo, desea elaborar un marco estratégico para ampliar los ejes principales del mercado interior de los transportes y crear una red con los países vecinos que lo deseen.

C) Conclusiones: una agenda de acción renovada

El año 1992 era la fecha prevista para la plena realización del mercado interior; en el caso transporte fue en gran medida la fecha de comienzo. Transcurridos casi veinte años, el mercado interior liberalizado del transporte y la movilidad por toda Europa se están haciendo realidad. Además, la industria del transporte se ha robustecido durante el periodo y la Unión ha podido mantener o desarrollar su posición de líder mundial en muchos sectores. Las sucesivas ampliaciones han ayudado a reforzar y consolidar esta posición.

Los objetivos globales de la política de transportes siguen siendo los mismos: una movilidad competitiva, segura, dotada de protección y respetuosa con el medio ambiente, que esté plenamente en consonancia con la Agenda de Lisboa revisada para el crecimiento y el empleo y con la Estrategia revisada para un desarrollo sostenible. El conjunto de instrumentos de la política de transporte debe evolucionar para tener en cuenta la experiencia adquirida y reflejar la evolución de los marcos industrial, político y medioambiental. La competencia internacional más intensa y el crecimiento económico inferior a lo previsto dificultan más si cabe la tarea de garantizar una movilidad sostenible.

En la presente revisión intermedia se defiende un enfoque completo y global de la política de transportes. Aunque las futuras políticas seguirán basándose en los libros blancos de 1992 y 2001, en muchas áreas no bastará con la intervención europea. Se requerirán acciones complementarias por parte de las administraciones nacional, regional y local, así como de los propios ciudadanos y la industria. Por ello es esencial mantener un diálogo permanente. Las acciones futuras, incluida la aplicación de las ya anunciadas en el Libro Blanco de 2001 a las que aún no se ha dado curso, se basarán en un amplio diálogo con todas las partes interesadas.

En consecuencia, es necesario que la política de movilidad sostenible europea se base en una variedad más amplia de instrumentos políticos que logren la reorientación hacia modos de transporte más respetuosos con el medio ambiente en su caso, en particular en los transportes a larga distancia, las zonas urbanas y los corredores congestionados.

Al mismo tiempo, han de optimizarse todos los modos de transporte. Todos los modos deben hacerse más ecológicos, seguros y eficientes desde el punto de vista energético. Por último, la comodalidad , es decir, el uso eficiente de diferentes modos de transporte por separado y en combinación, dará lugar a un uso óptimo y sostenible de los recursos. Este enfoque presenta las mejores garantías para lograr simultáneamente un nivel elevado tanto de movilidad como de protección del medio ambiente.

En el anexo I de esta Comunicación figura el calendario indicativo para las principales acciones que han ser iniciadas en los próximos años. El fin de estas acciones será integrar una visión completa de las necesidades de inversión, regulación, soluciones diferenciadas –entre ellas sistemas de voluntariado-, innovación tecnológica, desarrollo de infraestructuras y regímenes internacionales para así reconocer el valor añadido europeo a la hora de solucionar los problemas de movilidad. Explotarán oportunidades para la creación de asociaciones entre los sectores público y privado en los sectores del transporte para apoyar el desarrollo y la demostración de nuevas tecnologías e infraestructuras. Los problemas pueden derivarse de los estrangulamientos de las infraestructuras, la localización periférica de algunas regiones, la congestión, el suministro energético o las consideraciones sociales o de seguridad, o ser importantes para lograr un transporte más respetuoso con el medio ambiente. Un marco comunitario mejorado que combine políticas regionales y de cohesión, un marco adaptado para una tarificación mejor y más inteligente por el uso de las infraestructuras y soluciones más diferenciadas para abordar problemas particulares en determinadas ciudades, regiones o en algunos corredores podrían ser futuras actuaciones. En este contexto el marco global comunitario podría contribuir para permitir soluciones diferenciadas y más ambiciosas desde el punto de vista regional, al tiempo que se mantiene el necesario marco comunitario más amplio de movilidad en un mercado único y se confirma la presencia de la UE como potencia a escala mundial.

PARA CONCLUIR: LA DENSIDAD NORMATIVA EUROPEA EN RELACIÓN AL TRANSPORTE EN LOS AÑOS 2008-2009. HACIA EL LOGRO EFECTIVO DE UNA POLÍTICA COMÚN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE Y SUS INFRAESTRUCTURAS. ¿AYUDARÁ EL TRATADO DE LISBOA?

Sin ánimo de exhaustividad, pretendemos en este último epígrafe señalar la importante densidad normativa que, frente a lo que ocurrió en el inicio y periodo intermedio de la política común de transportes, han marcado sólo estos dos últimos años. El transporte aéreo, el marítimo, el fluvial, antes excluidos de la política común, son ahora auténticos protagonistas en el derecho derivado europeo. Las primeras ententes entre empresas ferroviarias anuncian compromisos importantes de cara a la efectiva liberalización de este

sector que tanto ha marcado la evolución de la política de transportes. El ciudadano, el usuario de este servicio público de interés general se ve protegido frente al absoluto olvido en que tantos años ha pasado. Las reglas de la competencia, que tantas excepciones han venido admitiendo en esta política común, parecen encontrar su caldo de cultivo en las modificaciones y taxativos mandatos que introduce el Tratado de Lisboa. La idea de un transporte sostenible rezuma por todos los costados en cualquier nueva medida que se adopta desde Europa.

Ahora sólo queda que los Estados de verdad asuman el papel protagonista que les toca en un proceso de adaptación que seguramente costará, como ha costado hasta ahora, pero que definitivamente vale la pena intentar. Pues la importancia del transporte en la economía, el modelo social europeo, la competitividad empresarial se deja sentir mucho más de lo que en principio se pensó para lograr una Europa realmente sostenible, intercomunicada, socialmente integrada, potencia a nivel mundial, como se pretende.

En primer lugar, es evidente que el Tratado de Lisboa ha venido a corregir las disfunciones y en algún caso clara incompatibilidad y menor correspondencia entre los tratados originarios y el derecho derivado y práctica en relación a esta política común. Algunas ya han sido señaladas en estas líneas.

El Tratado de funcionamiento de la UE resultante del Tratad de Lisboa dedica su Título VI a la política de transporte (nuevos arts.90 a 98). La primera corrección gramatical importante respecto a las normas precedentes se manifiesta en la imperatividad que sustituye lo vagos, confusos e indeterminados mandatos anteriores. Ya en el primero de sus preceptos, se señala que "los objetivos de los Tratados se perseguirán…en el marco de una política común de transportes". Asimismo, como en el resto de políticas comunes, se deja ver claramente la democratización en la toma de decisiones europeas, al ostentar el Parlamento nuevas funciones en materias antes atribuidas en exclusiva al Consejo. Habrá que ver qué resultados ofrece este procedimiento de codecisión cuando haya que tomar medidas de urgente aplicación y que necesiten pronta respuesta.

Por seguir el orden literal, el nuevo art.91, aun manteniendo las "peculiaridades del sector de los transportes", impone al Parlamento y al Consejo con arreglo al procedimiento ordinario establecer: normas comunes para los transportes internacionales efectuados desde el territorio de un Estado miembro con destino al mismo o a través del territorio de uno o varios Estados; condiciones referidas al cabotaje (prestaciones de servicios de transporte en un Estado por transportistas no residentes); medidas para mejorar la seguridad y "cualesquiera otra disposiciones oportunas. La novedad reside en la incorporación de un nuevo apartado que viene a incluir las excepciones a la regulación comunitaria que muchas normas establecían sin un fundamento tan evidente, al señalar: "cuando se adopten las medidas contempladas en el apartado 1, se tendrán en cuenta los casos en que su aplicación pueda afectar gravemente al nivel de vida y al empleo de ciertas regiones

así como la explotación del material de transporte". Disposición pensada, creemos, para la situación en que pudieran encontrarse los nuevos Estados recién incorporados o que se incorporen próximamente. Aunque, desde luego, las posibles excepciones podrán ser aplicadas a cualquier Estado miembro, por lo que habría de ser especialmente cautelosos en la apreciación de esas circunstancias extraordinarias.

Por ello, el siguiente precepto (art.92) taxativamente impone –con una redacción bastante modificada- que hasta la adopción de aquellas disposiciones "ningún Estado miembro podrá, salvo que el Consejo adopte por unanimidad una medida por la que se conceda una excepción", hacer que las diferentes disposiciones que estuvieran regulando la materia "produzcan efectos que, directa o indirectamente, desfavorezcan a los transportistas de los demás Estados miembros con respecto a los transportistas nacionales". Claro mandato que prohíbe, en línea con el espíritu de los Tratados, la competencia desleal, abogando por una mayor claridad en materia de transportes respecto al principio de libre competencia. Tan claro como lo expresará el art.95 que ahora señala con rotundidad: "Quedan prohibidas –frente al texto anterior, que meramente indicaba "*deberán suprimirse*"- respecto al tráfico de la Unión, las discriminaciones que consistan en la aplicación por un transportista, para las mismas mercancías y las mismas relaciones de tráfico, de precios y condiciones de transporte diferentes en razón del país de origen o de destino de los productos transportados". Además, el apartado tercero del precepto permite al Consejo (bien habría venido aquí sustituir la potestad por una obligación en regla) adoptar las disposiciones de control pertinentes y, en particular, "asegurar a los usuarios el pleno beneficio de tal disposición".

Respecto al tema de las ayudas, el precepto originario de 1958 se mantiene, para hacer compatibles con los Tratados aquellas que sean necesarias a la coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de obligaciones inherentes a la noción de servicio público –que también podría haberse modificado para sustituir el confuso término por el más apropiado de "servicio de interés general"-. (art.93). Y continúa el art.96 prohibiendo la imposición por un Estado, al transporte dentro de la Unión, de precios y condiciones que impliquen una ayuda o protección a una o más empresas determinadas, a menos que haya sido autorizada por la Comisión y siempre que no afecte a las tarifas de competencia (apartado 3). En cualquier caso es también la Comisión quien debe examinar tales precios y condiciones, teniendo en cuenta dos tipos de factores, uno social y otro de tipo económico, en concreto: las exigencias de una política económica regional adecuada, las necesidades de las regiones subdesarrolladas y los problemas de las regiones gravemente afectadas por circunstancias políticas; y por otro lado, la incidencia en la competencia entre los distintos tipos de transporte.

En último lugar, nos parece un acierto que por fin la política común de transportes haya decidido dar carta de naturaleza a la inclusión de las disposiciones relativas a la na-

vegación marítima y aérea, en el nuevo art. 99, pues resulta evidente que también estos dos sectores del transporte son ya parte inescindible de la política europea, condicionando incluso las medidas normativas establecidas para el resto de sectores tradicionalmente incluidos. No obstante, se echa en falta que el Tratado hubiera dado el paso definitivo final para incluir también, siquiera en Título aparte, pero ligado al que analizamos, la política de redes transeuropeas, pues cada vez resulta más difícil escindir servicios e infraestructuras desde una perspectiva común.

Dicho esto, quería terminar con un relato muy sucinto y más bien ejemplificativo del vuelco producido en la normativa derivada relativa a la puesta en práctica de la política de transportes, a estas alturas y sobre todo en los últimos años, ciertamente abrumadora. Por citar las normas más relevantes de estos dos últimos años, me refiero, por bloques, a las siguientes:

A) Normas generales o que afectan a más de un tipo de transporte:

Reglamento 2008/683/CE, de 9 julio (LCEur 2008\1243) por el que se da continuidad de los programas europeos de radionavegación por satélite (EGNOS y Galileo).

Reglamento 2007/1370/CE, de 23 octubre LCEur 2007\2015, que regula los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y deroga los Reglamentos (CEE) núms. 1191/69, de 26-6-1969 (LCEur 1969\55) y 1107/70, de 4-6-1970 (LCEur 1970\50).

Reglamento 2009/169/CE, de 26 febrero LCEur 2009\288

Que aplica las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

Reglamento 2008/569/CE, de 12 junio (LCEur 2008\976) modificando el Reglamento núm. 11/1960, de 27-6-1960 (LCEur 1960\8), relativo a la supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte, en aplicación del art. 79.3 TCE.

Reglamento 2008/1100/CE, de 22 octubre (LCEur 2008\1839) relativo a la eliminación de controles practicados en las fronteras de los Estados miembros en el transporte por carretera y por vía navegable .

Reglamento 2009/923/CE, de 16 septiembre (LCEur 2009\1491), que modifica el Reglamento (CE) núm. 1692/2006, de 24-10-2006 (LCEur 2006\2995), que establece el segundo programa Marco Polo para la concesión de ayuda financiera comunitaria a fin de mejorar el comportamiento medioambiental del sistema de transporte de mercancías (Marco Polo II).

Reglamento 2007/1304/CE, de 7 noviembre (LCEur 2007\1853) de modificación de la normativa previa con respecto a la NST 2007 como única clasificación para las mercancías transportadas en determinados medios de transporte.

B) Normas relativas al transporte aéreo, tendentes a la puesta en práctica del cielo único europeo, mejorar el rendimiento medioambiental, la seguridad y la calidad de los servicios de cara al usuario:

Reglamento 2009/1070/CE, de 21 octubre (LCEur 2009\1699) que modifica la normativa anterior del año 2004 con el fin de mejorar el rendimiento y la sostenibilidad del sistema europeo de aviación.

Reglamento 2009/483/CE, de 9 junio (LCEur 2009\803), que modifica el Reglamento (CE) núm. 820/2008, de 8-8-2008 (LCEur 2008\1405), referido a las normas básicas comunes de seguridad aérea; Reglamento 2008/820/CE, de 8 agosto (LCEur 2008\1405) que establece medidas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea.

Reglamento 2009/29/CE, de 16 enero (LCEur 2009\45) conteniendo los requisitos relativos a los servicios de enlace de datos para el cielo único europeo.

Reglamento 2009/30/CE, de 16 enero (LCEur 2009\46), que modifica el anterior Reglamento (CE) núm. 1032/2006, de 6-7-2006 (LCEur 2006\1554), en lo relativo a los requisitos para los sistemas automáticos de intercambio de datos de vuelo que dan soporte a los servicios de enlace de datos.

Reglamento 2009/262/CE, de 30 marzo (LCEur 2009\401), que establece requisitos para la atribución y utilización coordinadas de los códigos de interrogador en modo S para el cielo único europeo.

Reglamento 2007/1265/CE, de 26 octubre (LCEur 2007\1795), que establece prescripciones sobre la separación entre los canales utilizados en la comunicación oral aeroterrestre en el cielo único europeo.

Reglamento 2008/482/CE, de 30 mayo (LCEur 2008\836), por el que se establece un sistema de garantía de la seguridad del software que deberán implantar los proveedores de servicios de navegación aérea

Reglamento 2009/80/CE, de 14 enero (LCEur 2009\159), que establece un nuevo código de conducta –sustituyendo a la normativa de 1989, para los sistemas informatizados de reserva

Reglamento 2008/1361/CE, de 16 diciembre (LCEur 2008\2177) que modifica el Reglamento (CE) núm. 219/2007 (LCEur 2007\337), relativo a la constitución de una empresa común para la realización del sistema europeo de nueva generación para la gestión del tránsito aéreo (SESAR).

Reglamento 2008/1008/CE, de 24 septiembre (LCEur 2008\1771), que establece normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad.

Reglamento 2008/859/CE, de 20 agosto (LCEur 2008\1562), donde se modifica Reglamento (CEE) núm. 3922/91, de 11-11-1996 (LCEur 1991\1658), en lo relativo a los

requisitos técnicos y los procedimientos administrativos comunes aplicables al transporte comercial por avión.

Reglamento 2008/668/CE, de 15 julio (LCEur 2008\1192) que modifica lsAnexos II a V del Reglamento (CE) núm. 2096/2005, de 20-12-2005 (LCEur 2005\2928), sobre requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea, en lo que se refiere a los métodos de trabajo y procedimientos operativos.

C) Normas referidas al transporte por carretera:

Reglamento 2009/1073/CE, de 21 octubre (LCEur 2009\1702) que establece normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y modifica Reglamento (CE) núm. 561/2006, de 15-3-2006 (LCEur 2006\798).

Reglamento 2009/1071/CE, de 21 octubre (LCEur 2009\1700) recogiendo las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y deroga Directiva 96/26/CE, de 29-4-1996 (LCEur 1996\1513).

Reglamento 2009/1072/CE, de 21 octubre (LCEur 2009\1701) de las normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera.

Reglamento 2009/68/CE, de 23 de enero (LCEur 2009\79) que adapta al progreso técnico el Reglamento (CEE) núm. 3821/85, de 20-12-1985 (LCEur 1985\1329), relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera.

Reglamento 66/2007, de 6 diciembre (LCEur 2007\2054) que regula las prescripciones técnicas uniformes relativas a la homologación de vehículos de grandes dimensiones para el transporte de pasajeros por lo que respecta a la resistencia de su superestructura.

D) Normas referidas al transporte marítimo:

Reglamento 2009/392/CE, de 23 abril (LCEur 2009\738) de responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente.

E) Normas relativas a la navegación interior

Reglamento 2008/181/CE, de 28 febrero (LCEur 2008\337), que aplica el Reglamento (CE) núm. 718/1999, de 4-12-1998 (LCEur 1998\3855), relativo a una política de capacidad de las flotas comunitarias de navegación interior para fomentar el transporte por vía navegable.

Las Infraestructuras y los Servicios del Sistema Metropolitano de Transporte (Metro)

*Víctor Rafael Hernández-Mendible**

I. Introducción; II. El régimen jurídico del sistema metropolitano de transporte; III. La naturaleza del servicio del sistema metropolitano de transporte; IV. Las infraestructuras públicas del sistema metropolitano de transporte; 4.1. Los tipos de infraestructuras del sistema metropolitano de transporte; 4.2. Los modos de ejecución de las infraestructuras del sistema metropolitano de transporte; V. La ocupación del territorio y el sistema metropolitano de transporte; 5.1. La procedencia de la expropiación de los bienes privados; 5.2. El derecho al uso de los bienes del Poder Público Local; 5.3. La constitución de servidumbres sobre bienes inmuebles; VI. El operador del sistema metropolitano de transporte; 6.1. El régimen de los boletos y tarifas del sistema metropolitano de transporte; 6.2. El régimen de personal que labora en el operador que gestiona el sistema metropolitano de transporte; 6.3. El derecho a huelga del personal que labora en el sistema metropolitano de transporte; VII. El estatuto de los usuarios del sistema metropolitano de transporte; 7.1. Las normas de los usuarios del Metro; 7.2. Las normas de los usuarios del Metrobus; VIII. El orden jurisdiccional competente para conocer de los asuntos que surgen con motivo de la operación del sistema metropolitano de transporte; 8.1. El orden jurisdiccional penal; 8.2. El orden jurisdiccional social; 8.3. El orden jurisdiccional administrativo; IX. Consideraciones finales.

I. Introducción

Los sistemas metropolitanos de transportes son aquéllos integrados por las infraestructuras, las redes y los servicios de transporte rápido masivo de personas o pasajeros, que se prestan dentro del ámbito geográfico de una ciudad o área Metropolitana y sus áreas circunvecinas.

Estos sistemas persiguen garantizar la prestación de los servicios de transporte masivo de personas, de manera segura, accesible, rápida, regular, continua, confiable, económica y de la mejor calidad. No obstante debe advertirse que dichos sistemas permiten distinguir varias categorías de servicios: Uno, que se gestiona de manera exclusiva o preeminente bajo la modalidad de prestación subterránea, aunque se admite la combinación con la prestación superficial; y otro, que se gestiona de manera exclusiva en la superficie. La primera categoría es comúnmente conocida como el Metro, Metropolitano

* *Doctor en Derecho. Profesor de Derecho de la Regulación Económica, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), Profesor invitado en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad de La Sabana (Colombia). Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo; fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y miembro de honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. www.hernandezmendible.com.*

o Subterráneo, según la denominación aplicada en los distintos países; en tanto que la segunda categoría es conocida como tranvía, transmilenio, trolebús, autobuses (articulados o no), así como cualquier otra modalidad que establezcan las autoridades administrativas locales, conforme al respectivo ordenamiento jurídico.

No puede dejar de mencionarse que existe una tercera categoría de servicios que se presta a través de una especie de teleféricos, funiculares, que técnicamente son unas cabinas que se desplazan de manera aérea, a través de cable, desde la superficie a zonas más elevadas de la ciudad y que pueden tener conexión con los servicios subterráneos o superficiales, los cuales son designados en algunas ciudades como Metrocables.

En Venezuela, en la actualidad el sistema metropolitano de transporte se encuentra integrado por las tres categorías antes mencionadas, estando conformada la primera por el Metro de Caracas, el Metro de Los Teques, el Metro de Maracaibo y el Metro de Valencia; y la segunda por el sistema de transporte masivo de Mérida (Tromerca)[1] y el sistema de transporte masivo de Barquisimeto (Transbarca).

Luego de efectuados los estudios de factibilidad, se inició la ejecución de las obras de infraestructura para la construcción de la tercera categoría de transporte masivo de pasajeros (Metrocable) en las zonas de montañas, colinas o cerros adyacentes a la ciudad de Caracas, que se encuentran ocupados por desarrollos urbanos no planificados, conocidos como barrios o asentamientos no controlados, en donde viven personas de pocos ingresos económicos, pero que constituyen un alto porcentaje de la población de la ciudad.

Para no exceder los límites de esta exposición, el presente análisis se circunscribirá al sistema metropolitano de transporte subterráneo comúnmente conocido como "Metro" y su complemento en la superficie denominado "Metrobus", los cuales cuentan con una compleja regulación que amerita una atención, actualmente inexistente por los operadores jurídicos.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente trabajo en los siguientes aspectos a saber: El régimen jurídico del sistema metropolitano de transporte (II); la naturaleza del servicio en el sistema metropolitano de transporte (III); la infraestructura pública en el sistema metropolitano de transporte (IV); la ocupación del territorio y el sistema metropolitano de transporte (V); el operador del sistema metropolitano de transporte (VI); el estatuto de los usuarios en los servicios del sistema metropolitano de transporte (VII); el orden jurisdiccional competente para conocer de

1 El Ejecutivo Nacional ha constituido una empresa del Estado, denominada Trobelús de Mérida C.A. (TROMERCA), cuyo capital es 100% propiedad de la República, que tiene como objeto social la promoción, financiación, inspección y ejecución de programas, proyectos de obras de ingeniería de infraestructuras y superestructuras, adquisición y mantenimiento de equipos e instalaciones, así como su operación, administración y explotación, a fin de garantizar la prestación permanente, continua y eficaz del servicio de transporte público masivo en el área metropolitana de Mérida, capital del Estado de nombre homónimo, cuyo documento constitutivo y estatutario, se encuentra publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.261, de 10 de septiembre de 2009.

los asuntos que surgen con motivo de la operación del sistema metropolitano de transporte (VIII); y, las consideraciones finales (IX).

II. El régimen jurídico del sistema metropolitano de transporte

Al igual que sucede con casi todas las actividades económicas en las cuales se encuentra presente el interés general, el transporte de personas en las ciudades está sometido a una intensa regulación del Estado, que tiene como fuente originaria la Constitución de la República, como norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

En efecto, siendo Venezuela un estado federal, en el marco de la distribución de competencias previsto en la Constitución, se debe comenzar analizando las atribuidas al Poder Federal, lo que permite apreciar que le corresponde la regulación del transporte terrestre de carácter nacional, así como el sistema de vialidad y los ferrocarriles nacionales[2]. Esta primera aproximación no permite determinar que el Poder Federal tenga atribuida competencia sobre el sistema metropolitano de transporte.

No obstante, la realidad es que el Congreso de la República expidió la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte[3] que regula el funcionamiento y la explotación de los sistemas metropolitanos de transporte de personas[4], que será prestado por la Administración Pública Nacional[5].

Ello produce como consecuencia una intervención del Poder Federal no sólo en la regulación, sino en la gestión de los sistemas de transporte de personas, conocidos como "Metro", que se construyen y explotan en el territorio nacional.

Ahora bien, para la gestión del sistema metropolitano de transporte, la Administración pública nacional constituye sociedades mercantiles cuya titularidad accionarial ejerce de manera mayoritaria, dando origen a las denominadas Empresas del Estado, que se encuentran sometidas en su régimen jurídico a la Ley Orgánica de la Administración Pública[6] y de manera complementaria por las disposiciones del Código de Comercio[7].

La existencia de una empresa pública para la gestión del sistema metropolitano de transporte tiene como implicaciones jurídicas que las contrataciones de adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de infraestructuras que realice la misma, se

2 Artículos 156.26 y 156.27 de la Constitución.
3 Gaceta Oficial N° 3.155, de 29 de abril de 1983.
4 Artículo 1 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.
5 Artículo 4 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.
6 Gaceta Oficial N° 5.890, de 31 de julio de 2008.
7 Artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

encuentran sometidas a la Ley de Contrataciones Públicas[8] y el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas[9].

El régimen de los bienes públicos se somete a la Ley de Conservación y Mantenimiento de los Bienes Públicos[10] y el manejo económico-financiero debe realizarse ajustado a la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público[11] y sus reglamentos[12], así como el control fiscal se realiza con sujeción a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal[13].

Por otra parte, en lo concerniente a la prestación del servicio de transporte de pasajeros, se deben considerar tanto las disposiciones de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte, como en lo concerniente al régimen de Metrobus, son aplicables tanto la Ley de Transporte Terrestre[14] y su reglamento[15], como la resolución que establece la normativa que rige la colocación de anuncios publicitarios en vehículos que circulan por la red vial nacional[16].

A lo anterior se suman las normas de autorregulación dictadas por la empresa operadora del servicio de transporte[17], con la finalidad de asegurar la seguridad y comodidad de los usuarios, la prevención de accidentes de cualquier naturaleza, así como la preservación del patrimonio de la misma y también la regularidad y normalidad del servicio[18].

Finalmente, pero no por ello menos importante, se tiene que todo el marco jurídico de la extinción de la propiedad privada y la transferencia al dominio público, a los fines de la construcción de las infraestructuras para la prestación de los servicios de transporte de pasajeros se rige por la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social[19].

III. La naturaleza del servicio del sistema metropolitano de transporte

La naturaleza jurídica del sistema metropolitano de transporte es realmente compleja porque éste se encuentra compuesto por infraestructuras, redes, servicios y bienes

8 Gaceta Oficial N° 39.165, de 24 de abril de 2009.
9 Gaceta Oficial N° 39.181, de 19 de mayo de 2009.
10 Gaceta Oficial N° 38.756, de 28 de agosto de 2007.
11 Gaceta Oficial N° 39.164, de 23 de abril de 2009.
12 El Reglamento Nº 1 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el sistema presupuestario, publicado en la Gaceta Oficial Nº 5781, de 12 de agosto de 2005 y el Reglamento Nº 2, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el sistema de crédito público, publicado en la Gaceta Oficial Nº 38.117 de 28 de enero de 2005.
13 Gaceta Oficial N° 37.347, de 17 de diciembre de 2001.
14 Gaceta Oficial N° 38.985, de 1º de agosto de 2008.
15 Gaceta Oficial N° 5.240, de 26 de junio de 1998.
16 Resolución N° 046, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.750, de 20 de agosto de 2007.
17 Artículo 13 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.
18 Las normas del usuario de Metro, las normas del usuario de Metrobus y las normas técnicas de funcionamiento: Las normas de tránsito de trenes, las normas de mantenimiento y las normas de seguridad.
19 Gaceta Oficial N° 37.475, de 1° de julio de 2002.

muebles organizados para la realización de una actividad gestionada públicamente, que persigue mediante el uso de vías exclusivas, satisfacer las necesidades de transporte colectivo rápido de las personas, dentro de las ciudades metropolitanas[20].

Ahora bien, siendo el sistema metropolitano de transporte de naturaleza jurídica compleja, no sucede lo mismo con el servicio que se presta dentro del sistema, dado que la ley lo considera como un servicio público, que será prestado por la Administración Pública Nacional[21].

Ello lleva a analizar qué implica esta declaración de servicio público y de manera sucinta debe señalarse que gracias a las sentencias del Consejo de Estado francés y del Tribunal de Conflictos de aquel país, la doctrina científica creyó concluir que el Derecho Administrativo encontraba su unidad en la noción de servicio público, llegando a considerar que el Derecho Administrativo era el derecho de los servicios públicos, lo que permitió considerar que allí donde está el servicio público se debía aplicar el Derecho administrativo o dicho en sentido inverso, el Derecho administrativo tenía su razón de ser en la regulación del servicio público, lo que arrojaba como consecuencia la competencia de juez administrativo para solucionar los conflictos que pudiesen plantearse, por ser éste el llamado a aplicar el Derecho administrativo.

Por supuesto, que una concepción tan simple y reduccionista era insostenible para la construcción del Derecho administrativo como rama científica con autonomía, lo que se patentizó luego de la primera crisis surgida en el intento por construir la noción de servicio público[22].

Basado en estas premisas, el origen de la institución del servicio público se ha relacionado con el ejercicio de la función pública administrativa, es decir, la presencia de una actividad calificada como servicio público, suponía una actividad administrativa, sujeta al Derecho administrativo y por ende al control del juez administrativo.

---

20 El artículo 2 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte, considera "Sistemas Metropolitanos de Transporte o Metros, aquellos sistemas rápidos de transporte colectivo de personas, que utilizan trenes sobre vías de uso exclusivo que circulan en el ámbito de una ciudad o área Metropolitana y sus alrededores".

21 Artículo 4 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.

22 Considera Jean RIVERO, "… que el *servicio público no necesariamente requiere, para su gestión, el derecho administrativo.* Él utiliza, según su naturaleza y según el objeto que él persigue, ya sea procedimientos de la gestión privada, es decir, del derecho civil y comercial, ya sea aquellos de la gestión pública, es decir, los del derecho administrativo. Y éstos extienden su dominio más allá del campo de los servicios públicos. En estas condiciones ya no es posible encontrar en la noción de servicio público, ni el campo de aplicación del derecho administrativo ni su principio de explicación, ya que **las necesidades del servicio público pueden, según el caso, recibir satisfacción tanto por el derecho privado como por el derecho público. Parece ser que los recientes esfuerzos por tratar de restaurar la noción en su rol anterior tropieza con una evolución que sobrepasa, en mucho, los problemas puramente jurídicos**". *Derecho administrativo.* Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1983. p. 35. (Las cursivas son del texto original y las negritas son mías).

Esta idea se encuentra en las conclusiones del comisario de gobierno Romieu, en el caso Terrier[23], quien formula el siguiente principio: "*Todo lo concerniente a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, sea que la administración actúe por vía de contrato, sea que proceda por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es por su naturaleza de la competencia administrativa*".

Sin entrar en la definición jurídica de servicio público, que jamás ha satisfecho a la totalidad de la doctrina científica -y cuya precisión en nada contribuye a los fines del presente análisis-, sí existe coincidencia en los tres elementos que identifican a una actividad como servicio público[24]:

El primero es el elemento subjetivo u orgánico, que lleva a considerar que en una actividad declarada servicio público debe existir una titularidad pública, a través de la *publicatio*, es decir, la declaración formal de la titularidad estatal, mediante un acto jurídico de naturaleza constitucional o legal[25].

La titularidad estatal de los servicios públicos conduce a que éstos se consideren -en principio- una responsabilidad del Estado, que éste debe prestar directamente, pero que no excluye la posibilidad que puedan ser prestados por los particulares, previa obtención de la correspondiente habilitación administrativa[26]: contrato de concesión de servicio público o acto administrativo de licencia.

El segundo es el elemento objetivo, material o teleológico, que persigue la búsqueda de la satisfacción de una necesidad de interés general, razón que justifica la asunción de la titularidad pública sobre la actividad de servicio público. Si el interés general no estuviese presente, no existiría razón alguna para la asunción de la titularidad sobre dicha actividad. El interés general sería así la causa legitimante que utilizaba el Poder Público para asumir la realización de las actividades de indispensable prestación para la sociedad, con la finalidad de satisfacer las necesidades básicas de las personas. Ello no obsta, que se considere que la satisfacción del interés general no es un monopolio del Estado y que éste también puede ser satisfecho por los particulares en ejercicio de sus derechos y libertades públicas, aunque bajo el control, supervisión y vigilancia del Estado.

El tercero es el elemento formal o normativo, que supone el establecimiento de un régimen jurídico especial, de derecho público, derogatorio del derecho común, en las

---

23 LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B. Consejo de Estado francés, sentencia Terrier, de 6 de febrero de 1903. *Les grands arrêts de la jurisprudence administratif.* 10ª ed. Sirey. París. 1993. pp. 66-68.

24 RIVERO, J. Ob. cit. p. 183.

25 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 825, de 6 de mayo de 2004.

26 La Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en sentencia de 5 de octubre de 1970, señaló que "el régimen económico del Estado es el propio de una economía mixta, en el cual la actividad productiva la comparten los sectores públicos y privados, es posible que un servicio pase del sector público al sector privado para que sea explotado como actividad comercial o industrial con fines de lucro, o que el Estado se responsabilice directamente o por medio de un órgano controlado por él, entre otros motivos por razones de conveniencia nacional según dice el constituyente".

relaciones jurídicas que se establecen entre el prestador del servicio público y los usuarios de éste. Este régimen especial se aplicaría con independencia que el servicio público fuese prestado de manera directa o indirecta por su titular.

Hay que señalar que sobre este tercer elemento, algún sector de la doctrina científica considera que más que un criterio identificador de una actividad como servicio público, es una consecuencia de tal declaratoria[27].

Estos postulados elaborados en la cuna del Derecho Administrativo y que fueron aceptados tanto por la jurisprudencia[28] como por la doctrina científica[29] permiten reconocer que el servicio público en su concepción tradicional supone, que estando presente una actividad que persigue la satisfacción del interés general, el Estado debe asumir la titularidad de la misma, por considerar que en principio, es el único llamado a satisfacer tal interés en ejercicio de la función pública administrativa y bajo la aplicación del régimen jurídico de derecho público, que rige a toda la actividad administrativa.

Los tres elementos mencionados, tradicionalmente han permitido identificar la existencia de un servicio público. No obstante, los mismos no sirven para identificar actualmente a los servicios públicos competitivos, que tienen un marco jurídico distinto y que en la realidad del Derecho Administrativo venezolano han tenido una evolución propia, tal como se ha destacado en otras oportunidades[30].

En consecuencia, la naturaleza jurídica del servicio que presta el sistema metropolitano de transporte es de un servicio público exclusivo y excluyente[31], porque se encuentra presente la titularidad pública (gestión exclusiva de la Administración Pública Nacional) que persigue la satisfacción de un interés general (transporte rápido y masivo

---

27 RIVERO, J. *Derecho Administrativo*. U.C.V. Caracas. 1984; DE LAUBADÉRE, A. Traité de Droit Administratif. Tomo 3. *Les grands services publics administratifs*. París. 1981.

28 La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia de 30 de julio de 1963, al analizar el servicio público estableció que es "aquella actividad administrativa destinada a dar satisfacción a las necesidades de interés general **[elemento material]**, dentro de un régimen especial que atañe en forma propia al Derecho Público **[elemento formal]**, y los empleados del órgano administrativo que lo prestan son funcionarios públicos **[elemento orgánico]**". Los corchetes y negrillas son míos.

29 ARAUJO JUÁREZ, J. El Régimen Jurídico de los Servicios Económicos de Interés General. *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías.* Tomo II. Civitas. Madrid. 2003. pp. 1970-1971.

30 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. Régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios). *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani.* Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2002. pp. 961-1029; Los servicios públicos competitivos y la Libertad de Empresa. *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. pp. 313-346; y, La actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria. *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las formas de la actividad administrativa.* FUNEDA. Caracas. 2005. pp. 87-94; La regulación del servicio eléctrico. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.* Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2008. pp. 745-783.

31 BREWER-CARÍAS, A. R. Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias. *Revista de Derecho Público N° 6.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1981. p. 68; y del mismo autor, El régimen constitucional de los servicios públicos. *El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general.* FUNEDA. Caracas. 2002. pp. 25-26.

de pasajeros) y se encuentra sometido a un régimen jurídico distinto del derecho común (preeminencia del Derecho Administrativo).

IV. Las infraestructuras públicas del sistema metropolitano de transporte

Conforme a lo establecido en la Constitución y en la Ley de expropiación por causa de utilidad pública o interés social, el legislador declara que los sistemas metropolitanos de transporte son de utilidad pública[32], declaración ésta que constituye la causa justificante del decreto de afectación de los bienes inmuebles que serán expropiados, decreto que debe dictar el Ejecutivo Nacional con la finalidad de transferir la propiedad privada al dominio público, a los fines de la ejecución de la proyectada construcción de las infraestructuras del Metro.

4.1. Los tipos de infraestructuras del sistema metropolitano de transporte

Las infraestructuras que se requieren para el funcionamiento del Metro se ejecutan por tramos subterráneos, en la superficie y aéreos o elevados.

a) Las infraestructuras de los tramos subterráneos se ejecutan usando dos tipos:
El primero son los túneles para cuya construcción se tienen en cuenta las características geológicas del suelo que se va a intervenir: Si se trata de un suelo blando se procede a realizar una perforación y a ejecutar una construcción de túneles circulares gemelos, cada uno de una sola vía, mediante el empleo de máquinas excavadoras; en tanto, que cuando se trata de un suelo rocoso se procede a la excavación y la construcción de túneles de herradura de doble vía, mediante el empleo del tradicional método minero.
El segundo son las trincheras que requieren la realización de una excavación previa que tiene como soporte muros colados, que permiten mantener la trinchera abierta durante la construcción, evitándose los desplazamientos de tierra que puedan afectar las infraestructuras cercanas. Posteriormente se construyen las secciones en forma de caja de doble celda, en concreto armado, soportadas en hierro y revestidas de madera.
b) Las infraestructuras de los tramos de superficie se ejecutan mediante el movimiento de tierra que permita asentarla, establecer la vía de circulación de los

32 Artículo 5 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.

trenes sobre los balastos (que soportan los durmientes y los rieles) y construir las estaciones de pasajeros.

c) Las infraestructuras de los tramos aéreos o elevados se ejecutan mediante el establecimiento de estructuras prefabricadas de concreto, sobre monocolumnas o columnas paralelas, que sustentan tanto las vías de circulación de los trenes, los cables y cabinas, como las estaciones.

d) Las infraestructuras denominadas estaciones se encuentran conformadas por una plataforma o estructura de concreto, que utilizan los pasajeros para ascender o descender de los trenes y cabinas, así como por los torniquetes, pasillos y demás infraestructuras que permiten la entrada y salida de éstas.

4.2. Los modos de ejecución de las infraestructuras del sistema metropolitano de transporte

El Estado puede realizar las infraestructuras públicas directa o indirectamente. Ello así, la Administración Pública para ejecutar las infraestructuras públicas puede acudir a la ejecución directa y con cargo a los presupuestos generales del Estado, realizando la ejecución a través de los obreros o trabajadores de las respectivas administraciones, oficinas, gerencias o direcciones de obras o infraestructuras públicas.

La Administración Pública también puede acudir a la ejecución indirecta, con financiación presupuestaria, utilizando para ello el tradicional contrato de obra pública. Este contrato supone una financiación pública y directa, por la Administración Pública, que paga al contratista por la ejecución de la obra, conforme a las condiciones establecidas en el contrato.

Esto lleva a analizar el concepto de contrato de obra pública. Éste constituye un contrato de naturaleza administrativa, en virtud del cual la Administración contrata exclusivamente la ejecución de una obra pública, con una persona privada u otra persona pública, con capacidad técnica para realizarla y le paga como contraprestación, por la realización de la obra pública, el precio convenido, con fondos provenientes de los presupuestos generales de la Administración[33].

La ejecución de la obra pública mediante este tipo de contrato requiere de financiación presupuestaria, lo que plantea como inconveniente, que al no existir o ser insuficiente la previsión presupuestaria, no se pueda contratar la ejecución de la obra, pues de

33 Sobre la distinción entre contrato de obra pública y contrato de concesión de obra pública, puede consultarse Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Los contratos de obra pública, concesión de obra pública y concesión de servicio público en Venezuela. *Revista de Derecho Público*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2007. pp. 343-376.

hacerlo, se contravendría la Constitución, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público[34], así como la Ley de Contrataciones Públicas[35] y su Reglamento[36].

Sin embargo, hay que reconocer que existen mecanismos de financiación extrapresupuestarios para la ejecución de las infraestructuras públicas, que han sido estudiados en otra oportunidad, cuya lectura se recomienda al interesado[37].

V. La ocupación del territorio y el sistema metropolitano de transporte

El derecho de propiedad tiene reconocimiento tanto del ordenamiento jurídico supranacional[38] como el nacional[39], aunque admitiéndose en ambos que no se trata de un derecho absoluto, sino que se encuentra sometido a obligaciones, contribuciones y restricciones que establezcan las leyes, cuando razones de utilidad pública o de interés general así lo exijan.

Por otra parte, la regulación de la ocupación del territorio y del urbanismo constituye una competencia del legislador destinada a establecer tanto el marco de actuación de los Poderes Públicos como las contribuciones, restricciones y obligaciones a que puede someterse la propiedad[40].

En este sentido cabe destacar que se ha establecido legalmente la existencia de un interés nacional en la ordenación urbanística, en razón de lo cual se atribuyó al Poder Nacional la tutela del interés general en esta materia[41] y se declaró de utilidad pública e interés social, todo lo concerniente a la ejecución de los planes de ordenación urbanística[42].

En concordancia con lo anterior, se ha declarado de utilidad pública[43] la construcción y funcionamiento de los sistemas metropolitanos de transporte[44]. Esta declaratoria

34 La Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.164, de 23 de abril de 2009.

35 La Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.165, de 24 de abril de 2009.

36 El Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.181, de 19 de mayo de 2009.

37 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. La participación pública y privada en la financiación de las infraestructuras públicas. *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico. N° 2.* Editora Jurídica. Grijley. Lima. 2008. pp. 43-81.

38 Artículos 21.1 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17.1 y 17.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

39 Artículos 115 de la Constitución y 545 del Código Civil.

40 Artículo 156.19 y 156.23 de la Constitución.

41 Artículo 4 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, publicada en Gaceta Oficial N° 33.868, de 16 de diciembre de 1987.

42 Artículo 5 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

43 El artículo 3 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social, establece que "Se considerarán como obras de utilidad pública, las que tengan por objeto directo proporcionar a la República en general, a uno o más estados o territorios, a uno o más municipios, cualesquiera usos o mejoras que procuren el beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta de la República, de los estados, del Distrito Capital, de los municipios, institutos autónomos, particulares o empresas debidamente autorizadas".

44 Artículo 5 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.

de utilidad pública habilita una actuación de los Poderes Públicos en el siguiente sentido: En primer lugar permite que se pueda proceder a la expropiación de los bienes privados; en segundo término, abre la posibilidad del uso de los bienes del Poder Público local; y, en tercer lugar, permite la posibilidad de constitución de servidumbres sobre bienes inmuebles. A continuación haré unos comentarios sucintos sobre cada uno de estos aspectos.

5.1. La procedencia de la expropiación de los bienes privados

La expropiación constituye la garantía que el derecho de propiedad no va a ser sacrificado de manera arbitraria o caprichosa, por un motivo fútil o innoble, es justamente la institución de la expropiación la que regula las competencias de los Poderes Públicos y las causas legales que permiten incidir sobre el derecho de propiedad, para imponer obligaciones, establecer restricciones o incluso para producir su extinción siempre que razones de utilidad pública o interés general así lo exijan.

Dada la incidencia que puede tener la expropiación sobre el derecho de propiedad, se ha reservado al Poder Público Nacional la competencia para establecer el procedimiento expropiatorio y éste ha exigido la necesidad de intervención de los tres poderes nacionales. Es así como se atribuyó al Poder Legislativo la declaratoria de utilidad pública o interés social[45], para aquellos supuestos distintos de los que la propia ley ha calificado como tales[46].

Una vez efectuada la previa declaratoria de utilidad pública, el Poder Ejecutivo deberá dictar el decreto de afectación, a través del cual se individualizan los bienes que serán objeto de transferencia forzosa[47].

En la etapa administrativa del procedimiento expropiatorio se puede llegar a un arreglo amigable sobre el objeto de la expropiación y el justo precio que deberá pagar la autoridad expropiante[48], pero en caso de no producirse dicho arreglo ésta deberá instar el juicio expropiatorio ante el órgano jurisdiccional competente en función del territorio donde se encuentre ubicado el bien, salvo en el caso que el ente que solicita la expropiación sea la República, dado que en este caso, la competencia se encuentra atribuida en primera instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo con sede en Caracas[49].

Una vez establecida la procedencia de la expropiación puede concertarse el avenimiento sobre el justo precio, pero en caso de no producirse[50], la Comisión de Avalúos de-

45 Artículos 7.1 y 13 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.
46 Artículo 14 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.
47 Artículo 5 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.
48 Artículo 22 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.
49 Artículo 23 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.
50 Artículo 34 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.

berá realizar el justiprecio[51], el cual una vez establecido deberá ser pagado[52] y se procederá a la transferencia definitiva de la propiedad sobre el bien expropiado[53].

Esta constituye una sucinta explicación del procedimiento expropiatorio que debe realizar la República para la adquisición forzosa de los bienes que sean de utilidad pública para la construcción de las infraestructuras del sistema Metropolitano de transporte, necesarias para la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros.

5.2. El derecho al uso de los bienes del Poder Público Local

La legislación establece que los bienes municipales pueden ser de dos categorías: Los bienes del dominio privado, que en caso que sean requeridos para la gestión del sistema metropolitano de transporte pueden ser transferidos voluntariamente conforme a las modalidades permitidas en el ordenamiento jurídico para los bienes que se encuentran en el tráfico jurídico[54] o pueden ser objeto de expropiación forzosa en los términos sucintamente mencionados anteriormente; y los bienes del dominio público[55], que según la ley son los ejidos, exceptuadas las tierras de las comunidades indígenas; las vías terrestres urbanas, rurales y de usos comunales; y aquellos que adquieran los municipios mediante expropiación, teniendo como característica que son inalienables e imprescriptibles[56].

En el caso de los bienes del dominio privado, no existe la menor duda que conforme a la ley, estos pueden ser objeto de tráfico jurídico con el operador del sistema metropolitano de transporte, para que éste ejecute la construcción de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de transporte rápido masivo de pasajeros.

En lo que respecta a los bienes del dominio público resulta evidente que las vías terrestres urbanas van a ser utilizadas para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en superficie denominado Metrobus, lo que lleva a obtener la respectiva

51 Artículo 35 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.
52 Artículo 45 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.
53 Artículo 46 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.
54 El artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.163, de 22 de abril de 2009, establece que "Los municipios no podrán donar ni dar en usufructo, comodato o enfiteusis bienes inmuebles de su dominio privado, salvo a entes públicos o privados para la ejecución de programas o proyectos de interés público en materia de desarrollo económico o social. En cada caso se requerirá, a solicitud motivada del alcalde o alcaldesa, autorización del concejo municipal dada por el voto de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes.
Cuando los inmuebles a que se refiere este artículo dejen de cumplir el fin específico para el cual se hizo la adjudicación, revertirán o se restituirán de pleno derecho al municipio, libres de gravamen y sin pago alguno por parte de la entidad. A fin de promover la transparencia de estos procesos, el alcalde o alcaldesa incluirá en la Memoria y Cuenta Anual, información actualizada sobre el estado de ejecución de los proyectos cuya realización fue causa de adjudicación".
55 El artículo 132 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.
56 El artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

habilitación administrativa para la utilización de las vías terrestres, con la finalidad de gestionar este servicio a los usuarios.

El derecho a la ocupación del dominio público se encuentra reconocido al operador del sistema metropolitano de transporte por prestar un servicio público. Este derecho genera en la Administración Pública Local titular de los bienes del dominio público, en principio, la obligación de permitir dicha ocupación, porque la propiedad pública tiene como finalidad servir al interés general y en este caso, se trata de ponerla a disposición de la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros, para lo cual se debe obtener la correspondiente habilitación administrativa, que autoriza no solo a la ocupación, sino que determina tanto el demanio que se va a ocupar, como la ubicación del área física.

No obstante debe señalarse, que la solicitud de ejercicio del derecho a la ocupación del dominio público podría ser rechazada por la Administración Local titular de dicho dominio, cuando exista un interés general de superior valor o una imposibilidad física para la prestación del servicio público, así como cuando se encuentren presentes exigencias medio ambientales, de ordenación urbanística o de protección del patrimonio histórico.

5.3. La constitución de servidumbres sobre bienes inmuebles

Antes se ha señalado que la Constitución garantiza el derecho de propiedad, pero reconoce que éste puede ser sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley, con fines de utilidad pública o interés social.

Es así como en aquellos casos en que no sea necesaria la expropiación, se podrán establecer servidumbres para la construcción y explotación de las infraestructuras para la prestación de los servicios metropolitanos de transporte, que al no estar regulado de manera expresa en la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte, se deberá regir por lo dispuesto en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil[57].

La constitución de servidumbres genera el establecimiento de obligaciones y derechos tanto a favor de los particulares afectados, como de los beneficiarios, lo que lleva a realizar una referencia sucinta sobre los mismos.

La imposición de servidumbres constituye una obligación de carácter público, que se impone a terceros, quienes deben permitir que el operador del sistema metropolitano de transporte ocupe bienes y derechos que sean necesarios para la prestación del servicio público.

Las personas que deban soportar la servidumbre tendrán los siguientes derechos:

57 Artículo 66 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.

a) Recibir una indemnización justa y oportuna, por los daños y perjuicios que le ocasione la constitución de la servidumbre.
b) Negociar con el beneficiario de la servidumbre, tanto el trazado de la misma como el monto de la justa y oportuna indemnización.

Las personas que deben soportar la servidumbre tienen los siguientes deberes:

a) Permitir al operador beneficiario de la servidumbre la utilización de los bienes y derechos que la constituyen.
b) Abstenerse de obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos que otorga la servidumbre al operador beneficiario.

El operador beneficiario de la servidumbre tiene los siguientes derechos:

a) Ejercer libremente los derechos que se derivan de la constitución de la servidumbre.
b) Ejercer las acciones administrativas o jurisdiccionales para proteger la servidumbre contra las perturbaciones indebidas.

El operador beneficiario de la servidumbre tiene los siguientes deberes:

a) Pagar el monto de la indemnización por el daño causado a los sujetos afectados por la constitución de la servidumbre.
b) Evitar la producción de daños y perjuicios innecesarios a los derechos de los afectados.

Hay que señalar, que en principio, la constitución de la servidumbre *per se* no genera derecho a indemnización a favor del afectado (artículo 42 de la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social), éste sólo nace cuando la servidumbre produce un daño permanente, que deriva en la pérdida o la disminución de derechos y tiene su fundamento en el artículo 115 de la Constitución, que reconoce que los derechos y bienes no pueden ser sacrificados, sino por razones de utilidad pública e interés general, previo juicio contradictorio y pago de una justa y oportuna indemnización.

El deber de indemnización implica que el operador beneficiario de la servidumbre tiene que recompensar proporcionalmente a la persona afectada, por la reducción, cercenamiento o desmembramiento de las atribuciones jurídicas sobre un bien o derecho[58],

58 Artículo 41 de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social.

que le ocasionó una lesión en el uso, goce y disfrute exclusivo del bien, quien así ve reducida la disponibilidad plena y exclusiva de su derecho.

La indemnización debe calcularse teniendo en consideración el grado de afectación permanente al derecho y la disminución de su aprovechamiento económico en relación con el uso para el cual estaba efectiva y originalmente destinado.

El establecimiento del monto de las indemnizaciones debe comprender el daño producido a los derechos de los afectados, el cual debe ser cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente.

La indemnización debe considerar, además del valor de la superficie del terreno ocupado por los postes, apoyos, torres, edificaciones y servicios, o por la anchura de la zanja, el importe de la depreciación y el importe de las limitaciones de uso por los daños y perjuicios causados en la ocupación temporal para el depósito de materiales. En todo caso, es indemnizable el importe de las obras necesarias para el restablecimiento del suelo a su normal situación.

El operador beneficiario de la imposición de la servidumbre deberá llegar a un acuerdo con la persona afectada respecto al monto de la indemnización y en el supuesto que no logren ponerse de acuerdo, se deberá acudir al procedimiento del justiprecio establecido en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social.

VI. El operador del sistema metropolitano de transporte

Las Empresas del Estado son aquellas sociedades mercantiles en las cuales intervienen los órganos y entes del Poder Público en su constitución, composición accionarial, dirección y gestión.

El reconocimiento de estas empresas se encuentra establecido a nivel legislativo desde una doble perspectiva: El criterio cuantitativo, que considera como Empresas del Estado, a aquéllas donde los entes (República, estados y municipios, institutos autónomos, empresas del Estado, fundaciones, sociedades civiles) tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social[59]; y, el criterio cualitativo, que considera como Empresas del Estado, aquéllas en las cuales la República ejerce un control decisivo y permanente, en

59 Artículo 102 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, establece que las Empresas del Estado son "personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación *mayor* al cincuenta por ciento del capital social", sin embargo debe señalarse que el artículo 6.8 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público, somete a la aplicación de dicho texto jurídico a "las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan una participación *igual o mayor* al cincuenta por ciento del capital social". Cfr. Gaceta Oficial N° 39.164, de 23 de abril de 2009.

cuanto a su dirección y administración[60]. Es conforme a estos criterios que se debe determinar cuál es la naturaleza del operador del sistema metropolitano de transporte.

La ley establece que el sistema metropolitano de transporte en la ciudad de Caracas será operado por la Compañía Anónima Metro de Caracas (CAMETRO)[61], sociedad mercantil que tiene como accionistas a la República de Venezuela, por órgano del Ministerio de Vivienda y Obras Públicas que tiene el noventa y nueve (99%) de las acciones, el Instituto de Ferrocarriles del Estado que tiene el cero como cinco (0,5%) de las acciones y el Centro Simón Bolívar, empresa pública que tiene el cero como cinco (0,5%) de las acciones.

La empresa CAMETRO[62] tiene como objeto social los estudios, proyectos, construcción, desarrollo, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial del sistema metropolitano de transporte rápido en la ciudad de Caracas, como en las zonas suburbanas colindantes con la ciudad capital, el cual se encuentra conformado por el servicio subterráneo de trenes, el servicio superficial de trenes y de Metrobus, así como el de más reciente construcción servicio de Metrocable[63]-[64], todos movidos por energía eléctrica[65].

Con la finalidad de prestar un servicio público de transporte masivo de pasajeros eficiente, rápido, seguro y asequible, el operador debe establecer la regulación de la operación comercial, es decir, el establecimiento de los horarios de gestión hacia el público, los intervalos de circulación de los trenes, vagones y metrobuses, durante los días laborables, los feriados y los fines de semana.

La empresa CAMETRO realiza varios negocios jurídicos colaterales que si bien no tienen relación directa con su objeto social, le generan cuantiosos ingresos que contribuyen al mantenimiento de la gestión del servicio público, aunque hay que advertir que los

60 Artículo 5.24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial N° 37.942, de 20 de mayo de 2004.

61 Artículo 31 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.

62 Esta Empresa del Estado fue constituida en el época democrática, el día 8 de agosto de 1977, durante el gobierno del Presidente de la República, Carlos Andrés Pérez; el Sistema Metropolitano de Transporte inició operaciones del servicio subterráneo de trenes el día 2 de enero de 1983, cuando fue inaugurado por el Presidente de la República, Luis Herrera Campins; y el servicio de Metrobus, comenzó a operar en octubre de 1987, durante el gobierno del Presidente de la República, Jaime Lusinchi.

63 La construcción de la primera línea de Metrocable se comenzó el 20 de abril de 2007, se anunció el inicio sus operaciones comerciales en septiembre de 2008, luego se pospuso para el 15 de octubre de 2008, posteriormente se retrasó a enero de 2009 y en ese mes se dijo que se inauguraría el día 4 de febrero de 2009, lo que fue diferido para el 8 de marzo de 2009 y en mayo se anunció que comenzaría a operar en octubre de 2009, pero hasta la fecha de publicación de este trabajo ello no ha sucedido.

64 Según información publicada en el www.eluniversal.com, de 1º de junio de 2009, el costo original de la construcción del Metrocable que tendrá cinco estaciones, sería de 54 millones dólares, -que lo hacía 50% más caro que el Metrocable de Medellín, que tenía el doble de longitud, mayor dificultad topográfica para su construcción y que beneficia a seis veces más población-, pero en enero de 2009, el Ministro de Obras Públicas y Vivienda, anunció que el costo se encontraba presupuestado en 240 millones de dólares.

65 Sobre el régimen jurídico del sector eléctrico, véase Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La regulación del servicio eléctrico. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito.* Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2008. pp. 745-784.

principales ingresos vienen de los presupuestos generales del Estado, dado que la gestión comercial no permite su autofinanciamiento.

Uno de los negocios es el alquiler de espacios para la publicidad comercial, por constituir el sistema metropolitano de transporte una vitrina para los anunciantes que logran llevar sus mensajes publicitarios a un importante sector de la población, tal como se ha dado cuenta el día 28 de septiembre de 2007, en el que se alcanzó a transportar la cifra de un millón setecientos sesenta y un mil pasajeros[66], en una ciudad que tiene algo más de cuatro millones y medio de habitantes. El otro negocio es el alquiler de locales en las estaciones del sistema para la instalación de fondos de comercio.

También hay que mencionar que eventualmente el Metro presta asesoría técnica a los proyectos de establecimiento de otros sistemas metropolitanos de transporte. Además, existe el servicio especial de Metrobus, que consiste en la contratación de unidades de transporte terrestre con conductores, para realizar viajes no relacionados con el servicio público de transporte rápido masivo de pasajeros.

6.1. El régimen de los boletos y tarifas del sistema metropolitano de transporte

El ingreso al sistema metropolitano de transporte que permite adquirir la condición de usuario del servicio público, presupone la adquisición de los boletos en los lugares de expedición establecidos por el operador. Al respecto se han establecido dos modalidades, la conocida como venta externa y por supuesto la venta interna.

La venta externa consiste en la emisión de los boletos, distribución y venta al por mayor, para luego ser vendidos al detal en los kioscos y locales comerciales distintos de los que integran el sistema metropolitano de transporte, autorizados por el operador, facilitando la adquisición de los potenciales usuarios.

La venta interna se realiza en las instalaciones del sistema metropolitano de transporte, en las ventanillas que se encuentran en cada estación, en las máquinas expendedoras o directamente en las unidades de Metrobus.

Además existe la modalidad de ventas corporativas, que consiste en las ventas al mayor a empresas e instituciones cuyos empleados o personal son usuarios frecuentes del sistema y se realizan directamente por el operador del sistema.

En cuanto al sistema de boletos también existen varias modalidades que se mencionarán seguidamente:

a) El boleto simple que permite a los usuarios realizar un viaje dentro del sistema, hacia cualquiera de las estaciones.

66 Esta información fue publicada en www.eluniversal.com, de 29 de septiembre de 2007.

b) El boleto multiabono cuya adquisición supone un ahorro para los usuarios y permite realizar 10 viajes, sin límite de estaciones.
c) El boleto de ida y vuelta, que permite realizar 2 viajes, en teoría partiendo y regresando a la misma estación, aunque desde el punto de vista práctico tampoco presenta límite de estaciones.
d) El boleto preferencial estudiantil que se expide en las estaciones del sistema, únicamente a los estudiantes que presentan su carné vigente o constancia de la institución donde estudian y que supone el pago de una tarifa significativamente inferior, a la que pagan el resto de los usuarios.
e) El boleto simple integrado permite realizar un viaje en el Metro y el Metrobus, tanto en las rutas urbanas como en las rutas suburbanas.
f) El boleto multiabono integrado habilita a los usuarios que los adquieren, a realizar con ese mismo boleto 10 viajes completos, en las líneas de trenes y rutas de Metrobuses.

Se debe finalizar señalando que el establecimiento y modificación de las tarifas que cobra el operador, a los usuarios del sistema metropolitano de transporte, le corresponde establecerlo al Ejecutivo Nacional y entran en vigencia en el momento que éste disponga, una vez publicadas en la Gaceta Oficial[67].

6.2. El régimen de personal que labora en el operador que gestiona el sistema metropolitano de transporte

El personal que presta servicios en el sistema metropolitano de transporte se encuentra sometido al régimen jurídico de los empleados y obreros[68], de allí que resulte totalmente inapropiado considerar que las personas que trabajan en el Metro pueden ser considerados funcionarios públicos.

Ello es así, porque la Ley del Estatuto de la Función Pública no contempla su aplicación a las empresas públicas[69], lo que impide considerar como funcionarios públicos regidos por dicha ley, a quienes trabajan en la empresa pública gestora del sistema metropolitano de transporte.

A lo anterior se suma el hecho, que constitucionalmente la única forma de ingresar a la función pública es previo concurso público[70] y en las empresas públicas no se realizan

67 Artículo 6 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.
68 El artículo 3 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte le atribuye competencia al Ejecutivo Nacional, para establecer las modalidades de la jornada de trabajo.
69 Artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en Gaceta Oficial N° 37.522, de 6 de septiembre de 2002.
70 Artículo 146 de la Constitución.

concursos, sino que se ingresa mediante el procedimiento de selección de personal que tenga la gerencia de capital humano y de conformidad con lo señalado en la legislación laboral.

Ello tiene una transcendencia fundamental porque la aplicación del régimen jurídico laboral a las empresas públicas, impone la obligatoria participación de los trabajadores en la dirección de la empresa (cogestión), en los términos contemplados en la Ley[71] y su Reglamento[72]. Esta participación es tan importante que el ordenamiento jurídico declara la nulidad de las decisiones adoptadas por la junta directiva de la empresa pública, sin la previa convocatoria de los directores laborales, a las reuniones donde se van a producir decisiones relacionadas con la gestión de la empresa.

6.3. El derecho a huelga del personal que labora en el sistema metropolitano de transporte

Al igual que sucede con la mayoría de los derechos, el derecho a huelga tiene reconocimiento internacional[73] y nacional, lo que lleva a tener presente que en la empresa gestora del sistema metropolitano de transporte además de regirse por la legislación del trabajo y por ende negociar y celebrar convenciones colectivas de trabajo, se pueden producir conflictos colectivos cuya resolución se debe intentar en primer lugar a través de la conciliación, pero en caso de no lograrse puede surgir la posibilidad que se plantee una huelga de trabajadores en el servicio público, la cual se deberá realizar de conformidad con la Constitución, la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento.

Ello implica que el Estado como garante de los derechos constitucionales, en su condición de patrono no debe poner obstáculos al ejercicio del derecho constitucional a la huelga[74] y en su condición de regulador social, debe establecer de manera proporcional, adecuada y necesaria tanto los servicios de mantenimiento y seguridad de la empresa[75], mientras se desarrolla una huelga en la empresa o en el servicio público respectivo, como los servicios mínimos[76] para garantizar la prestación del servicio público de transporte masivo de pasajeros a los usuarios.

---

71 Artículos 610 al 624 de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial N° 5.152, de 19 de junio de 1997.

72 Artículos 203 al 215 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial N° 38.426, de 28 de abril de 2006.

73 Artículos 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".

74 Artículos 97 de la Constitución y 494 al 506 de la Ley Orgánica del Trabajo.

75 Artículos 498 de la Ley Orgánica del Trabajo y 178 al 180 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Trabajo.

76 Artículos 181 al 187 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Trabajo.

VII. El estatuto de los usuarios del sistema metropolitano de transporte

El ordenamiento jurídico otorga protección a las personas denominadas usuarios de los servicios públicos, surgiendo la misma desde la normativa constitucional y estando definido éste con carácter general por el legislador, como aquella persona natural o jurídica, que utiliza, disfruta o se beneficia de los servicios de cualquier naturaleza como destinatario final[77].

El operador del servicio público de transporte masivo de pasajeros tiene la obligación de prestarlo y los usuarios tienen el derecho subjetivo a la prestación, tal como lo establece la legislación al indicar entre los derechos (a usar el sistema metropolitano de transporte, previo el pago de una tarifa, así como a la devolución del importe del pago efectuado, en caso de no ser posible transportarlo a su destino[78]) y las obligaciones (de respetar las normas para preservar la seguridad e integridad del público y de las dependencias e instalaciones, la tranquilidad de los usuarios, así como la continua y eficaz prestación del servicio)[79], que corresponden a los usuarios del sistema metropolitano de transporte.

El servicio público se debe prestar según las reglas tradicionales de los servicios públicos: la continuidad, la adaptabilidad o mutabilidad, la neutralidad, la igualdad, la correcta prestación[80], la imparcialidad, la transparencia y la participación[81] y los principios del servicio universal[82]: accesibilidad, progresividad, estándares mínimos de calidad[83] y asequibilidad.

En esencia las normas de autorregulación del sistema metropolitano de transporte que ha dictado el operador para garantizar las condiciones de seguridad para la protección de los usuarios y prevención de accidentes, la preservación del patrimonio relacionado con la prestación del servicio público, la comodidad y regularidad, así como normalidad del tráfico y el mantenimiento del orden de sus dependencias[84] son las conocidas como

77 Artículo 4 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en Gaceta Oficial N° 39.165, de 24 de abril de 2009.

78 Artículo 8 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.

79 El artículo 7 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte dispone que "Toda persona tiene el derecho de servirse de los Sistemas Metropolitanos de Transporte, mediante el pago de la tarifa que corresponda y la obligación de respetar las normas que se establezca para preservar la seguridad e integridad del público y de las dependencias e instalaciones, la tranquilidad de los usuarios, la continua y eficaz prestación del servicio, y la moral, higiene y las buenas costumbres.
En caso de inobservancia de los anteriores deberes, el cuerpo de seguridad del respectivo sistema advertirá al trasgresor y procederá a retirarlo".

80 FERNÁNDEZ RUIZ, J. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. Porrúa. México. 1995. pp. 116 y ss.; Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo. General y Colombiano.* 15ª ed. Temis. Bogotá. 2007. pp. 557-559.

81 ARAUJO JUÁREZ, J. *Manual de derecho de los servicios públicos*. Vadell Hermanos. Caracas. 2003. pp. 137-160.

82 ARAUJO JUÁREZ, J. Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías.* Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. p. 1976.

83 El artículo 9 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte señala que "El transporte de personas se prestará en condiciones de seguridad, comodidad y regularidad en consecuencia, se colocarán a la vista del público todas las indicaciones necesarias y se prestará al usuario la asistencia debida".

84 Artículos 9 y 13 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.

las normas de los usuarios del Metro y las normas de los usuarios del Metrobus, todas de obligatorio cumplimiento, que se mencionan a continuación.

7.1. Las normas de los usuarios del Metro

Las normas de los usuarios del Metro pueden agruparse en cuatro grandes categorías: Las normas de seguridad, las normas de limpieza e higiene, las normas de buen funcionamiento y las normas cuya trasgresión genera sanciones. A continuación se harán referencia a cada una de estas categorías.

a) Normas de seguridad

1. Abstenerse de fumar y no encender fósforos, cerillos o yesqueros dentro de las instalaciones del Metro.
2. Mantener apagados los aparatos de sonido para que no interfieran los mensajes que se trasmiten por los altavoces.
3. Para tomar fotografías en el andén, debe hacerse sin flash para no enceguecer a los conductores de los trenes.
4. Abstenerse de ingresar al sistema, aquellas personas que estén bajo los efectos del alcohol u otras drogas.
5. Mantenerse en el andén alejado de la raya amarilla y atravesarla sólo después que el tren se ha detenido y haya abierto las puertas.
6. Está absolutamente prohibido ingresar a la vía del tren y a los túneles porque son áreas peligrosas.

b) Normas de limpieza e higiene

1. Sólo se debe botar la basura en los recipientes disponibles para ello.
2. Ingerir los alimentos y bebidas antes de entrar al Metro, a fin de mantener la higiene y la limpieza.
3. Abstenerse de colocar los pies en las paredes, escupir, escribir, dañar o ensuciar las instalaciones o arrojar basura en las vías, vagones y estaciones.

c) Normas de buen funcionamiento

1. Únicamente se permite portar aquellos bultos o paquetes que por su volumen, no obstaculicen el tránsito de los demás.
2. No se permite el ingreso de animales al Metro debido a los múltiples inconvenientes que originan.

3. Se debe circular siempre por la derecha y hacerse a un lado cuando se tenga que detener, para no obstaculizar a los demás pasajeros.
4. Sujetarse firmemente al pasamano derecho de las escaleras mecánicas y dejar libre el lado izquierdo para permitir la libre circulación de otros.
5. Mantener a los niños tomados de la mano y no permitir que se sienten en los peldaños de las escaleras mecánicas, porque podrían resultar heridos.
6. Sólo se permitirá pasar por debajo del torniquete a los niños menores de cuatro años.
7. Conservar el boleto en buen estado para poder entrar y salir del Metro. En caso de pérdida o deterioro, se deberá pagar la tarifa máxima.
8. En caso de algún problema, hay que dirigirse al operador, que está capacitado para ayudar.

d) Normas que establecen sanciones

1. Transgredir las instrucciones o impedir el desempeño de los empleados del Metro será severamente sancionado.
2. Abstenerse de dar alarmas injustificadas ya que ello puede acarrear sanciones.
3. Respetar todas las señales del Metro y en particular, aquellas que prohíben el acceso a personas no autorizadas.

7.2. Las normas de los usuarios del Metrobus

Las normas de los usuarios del Metrobus pueden agruparse en cuatro grandes categorías: Las normas de seguridad, las normas de limpieza e higiene, las normas de buen funcionamiento y las normas cuya trasgresión genera sanciones. A continuación se harán referencia a cada una de estas categorías.

a) Normas de seguridad

1. Abstenerse de fumar en los autobuses del sistema.
2. Debe evitarse distraer la atención del operador, mientras el autobús esté en movimiento.
3. Está prohibido el ingreso de personas bajo los efectos del alcohol o cualquier otra droga.
4. Abstenerse de sacar cualquier parte del cuerpo fuera de la unidad.
5. Sujetarse firmemente a las barras fijas del autobús si viaja de pie y mantenerse separado de las puertas, para evitar riesgos.
6. Mantener apagados los aparatos de sonido, para que no interfieran los mensajes del operador.

b) Normas de limpieza e higiene

Se encuentra prohibido consumir alimentos y bebidas en el autobús, por razones de higiene y limpieza.

c) Normas de buen funcionamiento

1. Sólo se permitirá abordar el autobús con aquellos bultos o paquetes que por su volumen, no obstaculicen el tránsito de los demás.
2. No se permite el ingreso de animales, debido a los múltiples inconvenientes que originan.
3. Abordar el autobús de manera ordenada, usando la puerta delantera y dirigirse hacia la parte trasera, para facilitar el ingreso de otros pasajeros.
4. Hacer la compra de boletos a bordo del autobús mediante el importe exacto del pasaje.
5. Validar el boleto en la máquina canceladora al abordar el autobús y conservarlo, ya que deberá mostrarse cuando el personal operativo así lo solicite.
6. Anunciar la parada con antelación pulsando los botones de solicitud de la misma, teniendo presente que los autobuses se detendrán sólo en las paradas.
7. Mantener a los niños tomados de las manos para garantizar su seguridad.
8. En caso de algún problema, hay que dirigirse al personal operativo, que está capacitado para orientar.
9. Prestar atención a las informaciones y respetar las señales del sistema Metrobus.

d) Normas que establecen sanciones

El uso indebido de las instalaciones, equipos y unidades de transporte será severamente sancionado.

VIII. El orden jurisdiccional competente para conocer de los asuntos que surgen con motivo de la operación del sistema metropolitano de transporte

El legislador dispuso que todo lo relacionado con los asuntos jurídicos que surjan de la aplicación de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte serán del conocimiento de los tribunales penales, civiles, mercantiles, del trabajo y de lo

contencioso administrativo, cada uno actuando en las materias propias de su competencia[85].

8.1. El orden jurisdiccional penal

Sin duda que los asuntos donde se encuentre involucrada la determinación de un hecho punible corresponden al orden jurisdiccional penal[86].

8.2. El orden jurisdiccional social

En el caso de los conflictos surgidos de las relaciones nacidas de los contratos individuales del trabajo o de las convenciones colectivas, que no correspondan a la conciliación y al arbitraje son competencia del orden jurisdiccional del trabajo[87].

Igual sucede con aquellos casos, en los cuales se produzcan controversias relacionadas con la aplicación de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo[88].

8.3. El orden jurisdiccional administrativo

La situación luce distinta respecto a los asuntos de naturaleza civil o mercantil, pues conforme a la regulación constitucional y legal de la Administración Pública, al constituir la empresa operadora del sistema metropolitano de transporte una sociedad mercantil cuya titularidad accionarial ostenta el Estado de manera mayoritaria y tiene un control decisivo en la toma de decisiones, conforme al criterio orgánico de control de la Administración Pública, sea ésta centralizada o descentralizada funcionalmente, existe una *vis atractiva* para conocer de los conflictos que surjan con respecto a estos entes públicos por el orden jurisdiccional administrativo[89].

En atención al criterio material, los actos unilaterales[90] dictados en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, aquellos que alteran relaciones con-

85 Artículo 32 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte.

86 Artículos 105 y 106 del Código Orgánico Procesal Penal, publicada en Gaceta Oficial N° 38.536, de 4 de octubre de 2006.

87 Artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial N° 37.504, de 13 de agosto de 2002.

88 Gaceta Oficial N° 38.236, de 26 de julio de 2005.

89 Artículo 259 de la Constitución.

90 En principio, no se admite que las sociedades mercantiles que realizan actividades públicas emitan actos administrativos, sin embargo se ha considerado tanto jurisprudencial como doctrinalmente que pueden emitir "actos de autoridad", que si bien no gozan de la misma naturaleza jurídica, son equiparables a aquellos únicamente a los fines del control jurisdiccional pleno, por el orden jurisdiccional administrativo. Cfr. Augusto PÉREZ GÓMEZ, *Los actos administrativos de origen privado*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2005; Rafael CHAVERO, *Actos de Autoridad*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1996; Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, El acto administrativo como fuente de Derecho Administrativo.

tractuales sujetas al Derecho Administrativo, las normas emitidas para la regulación del funcionamiento del sistema metropolitano de transporte o de imposición de las sanciones a los usuarios contempladas en la ley, ante los supuestos de infracción de las disposiciones que norman la gestión del servicio, se encuentran sometidas al control de los órganos jurisdiccionales administrativos.

Los conflictos que surjan sobre el cumplimiento, nulidad, validez, interpretación o resolución de los contratos administrativos de construcción de las infraestructuras, de la provisión de las máquinas, vagones o trenes, autobuses o cabinas, así como de los equipos técnicos serán del conocimiento del orden jurisdiccional administrativo[91].

En lo que respecta a la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, debe señalarse que tanto la gestión normal y efectiva del servicio que causa un daño material o moral a los usuarios, la gestión defectuosa, ineficiente, irregular, así como la suspensión o interrupción injustificada del servicio que genere reclamos de los usuarios, deberá ser sometida a la competencia de los tribunales del orden jurisdiccional administrativo[92].

Por último conforme al criterio formal, cualquier asunto contencioso en el cual se encuentre involucrada la aplicación de normas de Derecho Administrativo deberán resolverlo los órganos jurisdiccionales administrativos[93].

IX. Consideraciones finales

El sistema metropolitano de transporte ha producido múltiples efectos positivos en todas aquellas ciudades donde han sido construidos y actualmente prestan sus servicios, beneficios estos que exceden lo meramente jurídico.

Es así como desde la perspectiva social, el Metro ha mejorado el funcionamiento del sistema urbano de transporte, al contribuir al descongestionamiento de las vías de comunicaciones terrestres, lo que ha permitido el aligeramiento del tránsito automotor.

A esto se suma el cambio de la conducta en el comportamiento de las personas, pues las políticas de comunicación corporativa adoptadas por la empresa gestora de las infraestructuras y prestadoras del servicio de transporte han contribuido a transformar a simples usuarios o pasajeros en auténticos y mejores ciudadanos, con mayor sentido de

El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica (Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo). Corte Suprema de Justicia de Panamá. Congrex. Ciudad de Panamá. 2009. pp. 799-842.

91 Artículo 5.25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

92 Artículo 259 de la Constitución.

93 Corte Federal, en sentencia de 3 de diciembre de 1959. *Gaceta Forense N° 26*. 2ª Etapa. Octubre-Diciembre. 1959.

pertenencia, respeto a los derechos y los deberes de los otros y conciencia de la necesidad de preservar los bienes públicos.

Además, el sistema ha contribuido a mejorar la calidad de vida de las personas, pues éstas al reducir los tiempos de desplazamiento de un lugar a otro en las ciudades, tienen más tranquilidad para salir de sus casas, regresan más temprano, disminuyen el stress para llegar a sus trabajos, escuelas o universidades, en fin, pueden disfrutar de mayor libertad para desenvolverse en las actividades que les apetezcan.

Desde el punto de vista cultural, las infraestructuras que conforman el sistema, en especial aquéllas que utilizan los usuarios para tener acceso a los trenes que son conocidas como estaciones, sirven para la difusión cultural, al convertirse en instrumentos de expresión artística como la música, la escultura, la pintura, etc., transformando al sistema en su conjunto en un gran museo, galería, sala de exhibición, exposición o concierto, sin perder su finalidad principal. En este sentido se puede decir, que el Metro puede contribuir notablemente a la educación masiva y la difusión cultural de las personas que utilizan el sistema.

En el ámbito económico, la reducción de los tiempos de traslado de un lugar a otro se traduce en ahorro de dinero, rebaja de los costos de desplazamiento y más importante aún, en disminución del consumo de la energía, dado que aquella que requiere el sistema es más económica y menos contaminante.

No puede dejar de mencionarse que los bienes inmuebles colindantes con las zonas de la ciudad que se encuentran ubicadas más cerca al Metro, tienen mayor valor por el acceso más fácil y rápido a este sistema de transporte, es decir, genera una revalorización por mejora de los inmuebles, que no se limita al incremento de valor de los mismos, sino que también se proyecta en el aumento del pago de los impuestos inmobiliarios.

Si se analiza desde la perspectiva urbanística, el Metro cambia el rostro de la ciudad, transformando zonas deshabitadas o poco desarrolladas en zonas habitadas o potencialmente desarrollables, ello produce que aquellos lugares donde no acudían personas por ser muy distantes, inseguros o escasamente desarrollados, se conviertan en lugares cada vez más cercanos, seguros, transitados, visitados o frecuentados y desarrollados.

La expansión del Metro contribuye a convertir sitios carentes de valor urbanístico en lugares habitables y estéticamente atractivos, dado que cambia el rostro de los espacios a donde llega, transforma el paisaje de la ciudad contribuyendo a hacerlo más agradable, más armónico y si se prefiere más tolerable o sustentable para los habitantes de las ciudades y para los visitantes.

Desde una perspectiva ecológica o medio ambiental, el funcionamiento eficiente del sistema de transporte masivo de pasajeros ayuda a disminuir las emisiones de dióxido de carbono (CO2), que producen los vehículos automotores que tanto contaminan, me-

jorando así la calidad del aire que respiran las personas en dichas ciudades, lo que permite contribuir a que el desarrollo se pueda lograr de una manera efectivamente sustentable.

Todo lo anterior permite concluir, que el sistema metropolitano de transporte ha contribuido, en las ciudades donde han sido construidas las infraestructuras y se prestan sus servicios, al desarrollo y progreso social, económico, ambiental, cultural y urbanístico, en función de lo cual se puede afirmar que la expansión de este sistema de transporte es el reflejo de la prosperidad en una sociedad.

Regulación del Sector Ferroviario en el Derecho Comunitario y su Influencia en las Regulaciones de los distintos Estados Miembros. Regulación del Mercado Ferroviario en España

*Pablo Silván Ochoa**

1.- Introducción. 2. Regulación estructural del sector ferroviario en el Derecho comunitario. 3. Régimen de las ayudas de estado en el sector ferroviario. 3.1 Ayudas a la construcción de nuevas infraestructuras ferroviarias. 3.2 Compensaciones por la prestación de servicios públicos o por la asunción de obligaciones de servicio público. 3.3 Otras ayudas al sector ferroviario. a) Ayudas derivadas de la financiación pública de las infraestructuras ferroviarias. b) Ayudas para la adquisición o la renovación del material rodante. c) Ayudas a la amortización de las deudas de las empresas ferroviarias. d) Ayudas destinadas a la coordinación de los transportes. 4.- Regulación del mercado ferroviario en España.

1. Introducción

La configuración de la regulación del sector ferroviario en los distintos Estados miembros de la Unión Europea durante las últimas décadas se ha visto notablemente condicionada por el Derecho comunitario.

Además de la política comunitaria en materia de ayudas de estado -que, dado su carácter horizontal, afecta directamente, aun con ciertas especialidades, a un sector como el ferroviario (tanto a la provisión de infraestructuras ferroviarias como a la prestación de servicios de transporte ferroviario, tanto de pasajeros como de mercancías)-, la política común en materia de transportes a que alude el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ha incidido muy intensamente en la reciente evolución de la regulación del ferrocarril en los distintos Estados miembros como consecuencia del establecimiento, en sede de Derecho derivado, de una regulación comunitaria de dicho modo de transporte.

Así, el Derecho comunitario ha pretendido contribuir a sentar las reglas para potenciar, en los Estados miembros de la Unión Europea, el ferrocarril como modo de transporte moderno, ambientalmente eficiente y capaz de competir con otros modos de

* *Doctorando en Derecho Administrativo (Universidad Complutense de Madrid). Máster en Comunidades Europeas y Unión Europea (Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza). Abogado. Socio de Ramón y Cajal Abogados, S.L.P. Madrid.*

transporte mediante la sustitución de un sistema ferroviario articulado en torno a redes ferroviarias nacionales escasamente interoperables y construidas y explotadas normalmente en régimen de monopolio por parte de empresas ferroviarias públicas, por otro más interoperable y presidido por la liberalización en el que, estando separadas las actividades de administración de las infraestructuras ferroviarias y de prestación de los servicios ferroviarios, quede garantizado el libre acceso a aquéllas por parte de cualquier entidad que obtenga la oportuna licencia de empresa ferroviaria.

El presente trabajo tiene como finalidad examinar la medida en la que el Derecho comunitario ha contribuido a delimitar la regulación del sector ferroviario en los distintos Estados miembros y, particularmente, en España.

Para la consecución de la indicada finalidad se analizará, en primer lugar y desde una perspectiva evolutiva, la regulación estructural del sector ferroviario en el Derecho comunitario. En segundo lugar, se examinará, a la luz de la regulación comunitaria de las ayudas de estado, la incidencia de la financiación pública de las actividades ferroviarias (tanto de la construcción y explotación de las infraestructuras ferroviarias como de la prestación de los servicios de transporte ferroviario) en la configuración del sector ferroviario. Por último, se estudiará someramente la incidencia que el Derecho comunitario, desde esta doble perspectiva, ha tenido en la configuración de la regulación del sector ferroviario en España.

2. Regulación estructural del sector ferroviario en el Derecho comunitario

El artículo 70 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea afirma que "*los Estados Miembros perseguirán los objetivos del presente Tratado, en la materia regulada por el presente título, en el marco de una política común de transportes*".

El anterior objetivo común se configuró, desde un primer momento, como una de las herramientas fundamentales para la consecución de las libertades comunitarias y, particularmente, de la libre circulación de personas y de mercancías dentro del territorio de la entonces Comunidad Económica Europea.

No obstante ello, la política común de transporte de las instituciones comunitarias en materia ferroviaria fue prácticamente testimonial hasta la década de los noventa del pasado siglo, siendo la Directiva 91/440/CEE, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, la primera manifestación legal relevante de la política común de transportes en materia ferroviaria[1].

1 Hasta dicho momento la Comunidad Económica Europea había aprobado el Reglamento (CEE) nº 2830/77 del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, relativo a las medidas necesarias para hacer comparables la contabilidad y las cuentas anuales de las empresas de ferrocarriles, el Reglamento (CEE) n° 2183/78 del Consejo,

La Directiva 91/440/CEE se dirigió a garantizar, en un escenario en el que en cada Estado Miembro operaban empresas ferroviarias nacionales en régimen de monopolio, la autonomía de gestión de las empresas ferroviarias, la separación de la gestión de la infraestructura ferroviaria y de la explotación de los servicios de transporte por las empresas ferroviarias, el saneamiento de su estructura financiera y la garantía de acceso a las redes ferroviarias de los Estados miembros para las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias y para las empresas ferroviarias que realizaran transportes combinados internacionales de mercancías. La Directiva previó, por último, su no aplicación a las empresas ferroviarias cuya actividad se limitara a la explotación del transporte ferroviario urbano, suburbano o regional.

La anterior norma fue completada por las Directivas 95/18/CEE, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, y 95/19/CEE, de la misma fecha, sobre la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización.

La Directiva 95/18/CEE estableció los criterios para la concesión, la renovación o la modificación, por un Estado miembro, de licencias destinadas a las empresas ferroviarias que estuvieran establecidas o que pudieran establecerse en la Comunidad Europea, quedando facultados los Estados miembros para excluir del ámbito de aplicación de la misma a determinadas empresas ferroviarias como, por ejemplo, a las responsables de la prestación de servicios ferroviarios de viajeros en infraestructuras ferroviarias locales y regionales aisladas o, exclusivamente, de servicios ferroviarios de viajeros urbanos o suburbanos.

Por su parte, la Directiva 95/19/CEE, definió los principios y procedimientos a seguir para la adjudicación de la capacidad de la infraestructura ferroviaria y la percepción de los correspondientes cánones de utilización de la misma por parte de las empresas ferroviarias establecidas o que pudieran establecerse en la Comunidad y de las agrupaciones internacionales que pudieran constituir, cuando dichas empresas y agrupaciones efectuaran los servicios contemplados en la Directiva 91/440/CEE. Quedaron excluidas de su ámbito de aplicación las empresas ferroviarias cuya actividad se limitara a la prestación de servicios de carácter exclusivamente urbano, suburbano o regional.

Posteriormente a la aprobación de las anteriores normas se aprobó la Directiva 96/48/CE, de 23 de julio de 1996, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo de alta velocidad. La misma tiene por objeto fijar las condiciones que deben cumplirse para lograr, en el territorio comunitario, la interoperabilidad del indicado sistema ferroviario, refiriéndose dichas condiciones al proyecto, la construcción, la adapta-

de 19 de septiembre de 1978, relativo al establecimiento de principios uniformes para el cálculo de los costes de las empresas de ferrocarriles, la Decisión 82/529/CEE del Consejo, de 19 de julio de 1982, relativa a la formación de precios para los transportes internacionales de mercancías por ferrocarril y la Decisión 83/418/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1983, relativa a la autonomía comercial de los ferrocarriles en la gestión de sus tráficos internacionales de viajeros y de equipajes.

ción y la explotación de las infraestructuras y del material rodante necesarios para hacer posible el funcionamiento del sistema y que se pongan en servicio con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Directiva.

Este primer impulso hacia el establecimiento de una regulación común europea en materia ferroviaria fue seguido por la publicación, el 30 de julio de 1996, por parte de la Comisión Europea, del Libro Blanco "Estrategia para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios"[2].

En dicho Libro Blanco, la Comisión Europea afirmó que Europa necesita un "nuevo tipo de ferrocarril", debiendo potenciarse el uso del ferrocarril sobre la carretera para reducir de manera significativa las repercusiones sociales del transporte (accidentes, congestión, incidencia medioambiental) y potenciar un sistema de transportes fiables, seguros, baratos y rápidos. La Comisión Europea consideró que los ferrocarriles debían ser más eficientes, estar más orientados a la demanda y ser más atractivos para los usuarios y, al mismo tiempo, ser menos costosos y depender menos de las subvenciones. Para crear un ferrocarril capaz de competir con los otros modos de transporte la Comisión Europea estimó preciso introducirse un mayor grado de competencia en el sector, reforzando el papel esencial del ferrocarril en la prestación de servicios públicos y haciendo que las empresas ferroviarias operasen como "empresas normales".

La Comisión Europea analizó en el Libro Blanco las causas determinantes del declive del ferrocarril en el ámbito de la Unión Europea, declive que atribuyó, entre otras causas, al auge de otros modos de transporte más flexibles y menos caros, al hecho de que el precio del transporte a menudo no reflejaba adecuadamente todos los costes externos (como los generados por la congestión, la contaminación y los accidentes), a la inexistencia de un mercado de transporte ferroviario de mercancías a larga distancia como consecuencia de la falta de un mercado interior de servicios ferroviarios a nivel comunitario o a la inadecuada gestión de los ferrocarriles consecuencia del régimen de propiedad pública de las empresas ferroviarias (que se traducía en el mantenimiento de servicios de escasa o nula rentabilidad y en la realización de inversiones inadecuadas, compensados ambos con amplias subvenciones dirigidas a cubrir las pérdidas de explotación sin incentivar la mejora de la eficiencia).

Para invertir dicha tendencia y lograr un nuevo ferrocarril como actividad empresarial dotada de la independencia y de los recursos necesarios para competir con otros modos de transporte, la Comisión Europea propuso elaborar un "marco reglamentario modernizado" así como "medidas para integrar los sistemas nacionales a escala europea".

Sobre la base de los anteriores principios, la Comisión impulsó la aprobación del denominado "primer paquete ferroviario", integrado por las Directivas 2001/12/CE, de 26

2 COM (96) 421 final - no publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas

de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, 2001/13/CE, de la misma fecha, por la que se modifica la Directiva 95/18/CE sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, 2001/14/CE, de la misma fecha, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad y 2001/16/CE, de 19 de marzo de 2001, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional.

La Directiva 2001/12/CE obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que garanticen la separación contable de las actividades relativas a la explotación de servicios de transporte por parte de empresas ferroviarias y de administración de la infraestructura ferroviaria, pudiendo aquéllos decidir que dicha separación sea orgánica, bien en el seno de una misma empresa, bien encomendando la gestión de la infraestructura a una entidad diferente. Asimismo, se obliga a dichos Estados a garantizar que las funciones determinantes del acceso equitativo y no discriminatorio de las empresas ferroviarias a la infraestructura previsto en la propia Directiva en relación con los servicios de transporte internacional combinado de mercancías o en relación con los servicios de transporte internacional de mercancías en la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías que la misma define (o en toda la red ferroviaria, a partir de 15 de marzo de 2008) se encomienden a entidades o empresas que no presten a su vez servicios de transporte ferroviario.

Por su parte, la Directiva 2001/13/CE obliga a los Estados Miembros a designar un organismo competente para conceder las licencias, organismo que no podrá prestar servicios de transporte ferroviario y que será independiente de los organismos y empresas que presten tales servicios. Dicho organismo deberá garantizar que las licencias sean otorgadas de forma equitativa, transparente y no discriminatoria, siendo las mismas válidas en todo el territorio de la Comunidad.

La Directiva 2001/14/CE, además de derogar la Directiva 95/19/CE, se dirige a garantizar la transparencia y el acceso no discriminatorio a la infraestructura ferroviaria por parte de todas las empresas ferroviarias, obligando a que toda la información necesaria para la utilización de los derechos de acceso se publique en una "declaración sobre la red". La misma recalca la necesidad de establecer condiciones equitativas de competencia intermodal entre el ferrocarril y la carretera, aplicando sistemas de cánones adecuados por la utilización de la infraestructura ferroviaria que tomen en consideración los distintos efectos externos asociados, la creciente congestión y la escasez de la capacidad de infraestructura, que incentiven a los administradores de infraestructuras a ejecutar las inversiones adecuadas cuando éstas se justifiquen desde el punto de vista económico y que, en último término, sean equivalentes al coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario. Por último, la Directiva estima imprescindible que todas las empresas ferroviarias que dispongan de una licencia en virtud del Derecho comunitario

estén obligadas a tener un certificado de seguridad adecuado antes de operar en el territorio de un Estado miembro.

Por último, la Directiva 2001/16/CE tiene por objeto fijar las condiciones que deben cumplirse para lograr, en el territorio comunitario, la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional, condiciones que se refieren al proyecto, la construcción, la puesta en servicio, la rehabilitación, la renovación, la explotación y el mantenimiento de los elementos de dicho sistema que entren en servicio después de la entrada en vigor de la Directiva, así como a las cualificaciones profesionales y a las condiciones de salud y seguridad del personal que contribuye a su explotación. La Directiva pretende, en última instancia, definir un nivel mínimo de armonización técnica que permita facilitar, mejorar y desarrollar los servicios de transporte ferroviario internacional y contribuir a la realización progresiva del mercado interior en el ámbito de los equipos y los servicios de construcción, renovación, rehabilitación y funcionamiento del sistema ferroviario transeuropeo convencional y a la interoperabilidad de dicho sistema.

La Comisión Europea publicó el 12 de septiembre de 2001[3] el Libro Blanco "La política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad" en el que, en materia de transporte ferroviario -tras reconocerse la falta de infraestructuras adaptadas al transporte moderno, la ausencia de interoperabilidad entre las redes y los sistemas, la escasa investigación sobre tecnologías innovadoras y la dudosa fiabilidad de un servicio que no responde a las necesidades de los ciudadanos, hacerse referencia al éxito de los nuevos servicios de trenes de alta velocidad (propiciador de un crecimiento significativo del transporte de viajeros de larga distancia) y reafirmarse el objetivo de revitalizar el ferrocarril gracias a la creación de un espacio ferroviario integrado, eficaz, competitivo y seguro y a la puesta en marcha de una red especial para el transporte de mercancías- se alude a diversas medidas de liberalización y de armonización técnica de los ferrocarriles que propone la Comisión Europea en un "segundo paquete ferroviario", dirigidas a revitalizar el ferrocarril mediante la rápida constitución de un espacio ferroviario europeo integrado. Así, se propone fomentar un planteamiento común de seguridad en materia ferroviaria, completar las medidas que hagan posible la interoperabilidad para facilitar la circulación transfronteriza y reducir los costes en la red de alta velocidad, crear una herramienta de control eficaz a nivel comunitario en materia de seguridad e interoperabilidad ferroviarias y ampliar y agilizar la apertura del mercado del transporte ferroviario de mercancías mediante la apertura de los mercados de transporte nacional de mercancías. La Comisión Europea también propone en el Libro Blanco garantizar servicios ferroviarios de alta calidad, dedicar gradualmente al transporte de mercancías una red específica

3 COM (2001) 370 final. No publicado en el Diario Oficial.

de líneas ferroviarias y abrir progresivamente el mercado del transporte de pasajeros por ferrocarril, mejorando, además, los derechos de dichos pasajeros.

El "segundo paquete ferroviario", integrado por la Directiva 2004/49/CE, de 29 de abril de 2004, sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios y que modifica las Directivas 95/18/CE y 2001/14/CE, por la Directiva 2004/50/CE, de la misma fecha, que modifica las Directivas 96/48/CE y 2001/16/CE, por la Directiva 2004/51/CE, de la misma fecha, que modifica la Directiva 91/440/CE, y por el Reglamento 881/2004, de la misma fecha, por el que se crea la Agencia Ferroviaria Europea, pretende poner en práctica las propuestas contenidas en el Libro Blanco de 2001.

Así, la Directiva 2004/49/CE se dirige a reforzar la seguridad de los ferrocarriles comunitarios, imponiendo una regulación homogénea en toda la Unión Europea, la formación del personal ferroviario y la investigación de los accidentes e incidentes.

La Directiva 2004/50/CE tiene por objeto fijar las condiciones necesarias para hacer interoperables los sistemas ferroviarios transeuropeos de alta velocidad y convencional, estableciendo las especificaciones técnicas necesarias para hacer posible dicha interoperabilidad, los distintos subsistemas y los registros de la infraestructura y del material móvil ferroviario.

Por su parte, la Directiva 2004/51/CE se dirige a adelantar las fechas previstas inicialmente para la liberalización, de forma que el 1 de enero de 2006 quede liberalizado el transporte ferroviario internacional de mercancías y el 1 de enero de 2007 el transporte ferroviario de mercancías en su totalidad.

Por último, el Reglamento 881/2004 crea la Agencia Ferroviaria Europea con el objetivo de contribuir, en el aspecto técnico, a la aplicación de la legislación comunitaria dirigida a mejorar la posición competitiva del sector ferroviario, aumentando el grado de interoperabilidad de los sistemas ferroviarios, y a desarrollar una estrategia común en materia de seguridad del sistema ferroviario europeo para contribuir a la creación de un espacio ferroviario europeo sin fronteras en el que esté garantizado un elevado nivel de seguridad.

La Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2004 "Proseguir la integración del sistema ferroviario europeo: el tercer paquete ferroviario"[4] anuncia las medidas que forman parte de dicho paquete y que, básicamente, pivotan en torno a la apertura de los servicios de transporte ferroviario internacional de pasajeros a la competencia el 1 de enero de 2010, a la regulación de la certificación de los maquinistas y al refuerzo de los derechos de los pasajeros.

Concretamente, la Comisión Europea propone la aprobación de una propuesta de directiva sobre la certificación del personal conductor de locomotoras y trenes, una propuesta de reglamento sobre los derechos de los viajeros en el transporte ferroviario internacional (regulando las responsabilidades de las empresas ferroviarias en el supuesto de

4 COM (2004) 140 final. No publicada en el Diario Oficial

accidentes, incidentes y retrasos), una propuesta de directiva sobre la apertura del mercado de los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril y una propuesta de reglamento sobre la calidad de los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril.

De las anteriores propuestas destaca la relativa a la apertura del mercado de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros[5]. En la misma, la Comisión Europea diferencia entre los servicios regionales, nacionales e internacionales a efectos de diferenciar dos posibles mecanismos de apertura a la competencia.

Un primer mecanismo, que resultaría de aplicación principalmente al ámbito de los servicios ferroviarios suburbanos y regionales, se fundamentaría en la adjudicación de contratos de servicio público mediante procedimientos de licitación (al mismo nos referiremos posteriormente al analizar el Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera).

El segundo mecanismo, aplicable fundamentalmente al ámbito de los servicios de largo recorrido o de los servicios específicos en los que una innovación comercial pueda atraer a una nueva clientela, se fundamentaría en la apertura del acceso a la infraestructura ferroviaria a todos aquellos operadores que deseen prestar servicios de transporte ferroviario internacional.

En relación con este último modelo, la Directiva 2007/58/CE, de 23 de octubre de 2007, por la que se modifican las Directivas 91/440/CEE y 2001/14/CE, prevé la apertura del mercado para los servicios ferroviarios de transporte internacional de viajeros dentro de la Comunidad el 1 de enero de 2010 (quedando excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva aquellos servicios que unan un Estado Miembro con un tercer país, pudiendo los Estados Miembros excluir de dicho ámbito de aplicación, además, a los servicios en régimen de tránsito por la Comunidad). Para hacer económicamente viable este tipo de servicios, sus prestadores quedan autorizados a realizar paradas durante el recorrido (para tomar y dejar viajeros, cabotaje) dentro de un determinado Estado Miembro, siempre que ello no suponga abrir el mercado a dichas empresas en relación con los servicios interiores de transporte de viajeros (el objetivo principal de los servicios liberalizados debe ser el transporte de pasajeros que viajen en un trayecto internacional). Si en el mismo recorrido se prestasen servicios de transporte ferroviario de viajeros con base en un contrato de servicio público que implique el otorgamiento de derechos exclusivos al amparo del Reglamento 1370/2007, dadas las posibles repercusiones en la organización y en la financiación de dichos servicios, los Estados miembros quedan facultados para, cumpliendo determinadas exigencias procedimentales, restringir el derecho de acceso al mercado si entienden que puede comprometerse el equilibrio económico de dichos contratos de servicio público.

5 COM (2004) 139 final

La Directiva 2007/58/CE contempla, asimismo, la necesidad de fomentar las inversiones en servicios de transporte que utilicen infraestructuras especializadas como, por ejemplo, los enlaces en la red de alta velocidad, para lo cual se estima preciso que los solicitantes puedan prever y exigir una seguridad jurídica que refleje la importancia y el volumen de las inversiones a largo plazo que sea preciso acometer, permitiéndose a dichas empresas la conclusión de acuerdos marco para la utilización de las infraestructuras ferroviarias de hasta un máximo de quince años.

Por último, la Comunicación de la Comisión de 18 de octubre de 2007 "Hacia una red ferroviaria con prioridad para las mercancías"[6] analiza la posibilidad de crear una red ferroviaria europea en la que el transporte de mercancías sea prioritario. Para ello, la Comunicación analiza dos alternativas: la creación de una red ferroviaria europea destinada únicamente al transporte de mercancías (alternativa que se juzga demasiado costosa y únicamente realizable a largo plazo) o el establecimiento de una red integrada por unas secciones dedicadas al transporte de mercancías y otras dedicadas al tráfico mixto de pasajeros y de mercancías (alternativa que se reputa más equilibrada y factible a medio plazo). La Comunicación también propone el desarrollo de corredores internacionales, cada uno de ellos con una estructura encargada de su gestión y del control de sus capacidades, la mejora de la competitividad del transporte de mercancías mediante el incremento de los volúmenes transportados en cada tren, la mejor coordinación en la atribución de las capacidades entre el transporte de mercancías y los demás tipos de tráfico, y el desarrollo de las capacidades de los terminales y de las zonas de maniobras.

3. Régimen de las ayudas de estado en el sector ferroviario

El artículo 87 apartado primero del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea declara que, en principio y salvo que en el propio Tratado se disponga otra cosa, son incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados que amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

El propio artículo 87, no obstante, prevé en su apartado tercero la posibilidad de reputar compatibles con el mercado común determinadas ayudas, entre las que se encuentran las destinadas a fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

6 COM(2007) 608 final - No publicada en el Diario Oficial

En el concreto ámbito de los transportes, el artículo 73 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea establece una norma especial y declara que son compatibles con el mismo "*las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público*".

3.1. Ayudas a la construcción de nuevas infraestructuras ferroviarias

Los Estados miembros de la Unión Europea pueden, bajo determinadas premisas, recibir financiación comunitaria para la construcción de infraestructuras de transporte ferroviario a través de distintos instrumentos de financiación europeos, como son el Fondo de Cohesión, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), las ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas de transporte (Ayudas RTE-T) y el sistema de préstamos del BEI.

Dichas ayudas se dirigen a la consecución del objetivo previsto en el artículo 158 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: "*promover un desarrollo armonioso de la Comunidad*". Para ello, ésta debe desarrollar y proseguir su acción encaminada a reforzar su cohesión económica y social, reduciendo las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones o islas menos favorecidas, incluidas las zonas rurales.

El Reglamento 1083/2006, de 11 de julio de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, define el nuevo marco en el que se inscribe la actuación de los Fondos estructurales y del Fondo de Cohesión. Dichas disposiciones se aplican sin perjuicio de las disposiciones específicas establecidas en los Reglamentos 1080/2006, de 5 de julio de 2006, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, y 1084/2006, de 11 de julio de 2006, relativo al Fondo de Cohesión.

El Reglamento 1083/2006 define los objetivos a cuya consecución deben contribuir los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión, los requisitos que han de cumplir los Estados miembros y las regiones para poder beneficiarse de esos fondos, los recursos financieros disponibles y los criterios aplicables para decidir su asignación.

Los indicados fondos, el Banco Europeo de Inversiones y los demás instrumentos financieros comunitarios existentes deben contribuir a la consecución de los objetivos de convergencia (acelerar la convergencia de los Estados miembros y regiones menos desarrollados, creando condiciones más favorables para el crecimiento y el empleo), competitividad regional y empleo (fuera de las regiones menos desarrolladas, incrementando su competitividad y atractivo, así como su nivel de empleo) y la cooperación territorial europea (intensificando la cooperación transfronteriza). Mientras que las ayudas del FEDER

pueden otorgarse para la consecución de cualquiera de los tres anteriores objetivos, las del Fondo de Cohesión deben circunscribirse al objetivo de convergencia.

Desde un punto de vista territorial, pueden beneficiarse de ayuda de los Fondos Estructurales en virtud del objetivo de convergencia las regiones NUTS 2[7], en el sentido del Reglamento 1059/2003, de 26 de mayo de 2003, cuyo producto interior bruto per cápita, medido en paridad de poder adquisitivo y calculado conforme a los datos comunitarios correspondientes a los años 2000-2002, sea inferior al 75 % de la media comunitaria durante el mismo período de referencia. Por su parte, pueden beneficiarse de ayudas con cargo al Fondo de Cohesión aquellos Estados miembros cuya renta nacional bruta per cápita, medida en paridad de poder adquisitivo y calculada conforme a los datos comunitarios del período 2001-2003, sea inferior al 90 % de la renta nacional bruta media comunitaria, siempre que dispongan de un programa dirigido a alcanzar las condiciones de convergencia económica mencionadas en el artículo 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Se mandata a la Comisión la elaboración de las correspondientes listas de regiones que se ajustan a las anteriores exigencias, estando dichas listas vigentes desde el 1 de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2013, previéndose que el derecho de los Estados miembros a acogerse al Fondo de Cohesión se revise en 2010, sobre la base de las cifras de renta nacional bruta comunitaria.

En todo caso, las intervenciones de los Fondos deben complementar las acciones nacionales, en las que están incluidas las regionales y locales, integrando en ellas las prioridades de la Comunidad.

Con arreglo al Reglamento 1084/2006, de 11 de julio de 2006, son potencialmente receptores de ayudas con cargo al Fondo de Cohesión las actuaciones en materia de redes transeuropeas de transporte (y en particular los proyectos prioritarios de interés europeo definidos en la Decisión 1692/96/CE) y, en el contexto de las actuaciones relativas al medio ambiente que se inscriban en el marco de las prioridades asignadas a la política comunitaria de protección del medio ambiente definidas en el programa de política y acción en materia de medio ambiente, las actuaciones en materia de transporte ferroviario que no formen parte de las redes transeuropeas.

Según prevé el Reglamento 1080/2006, de 5 de julio de 2006, el FEDER tiene como finalidad reforzar la cohesión económica y social, corrigiendo los desequilibrios regionales, la reconversión de regiones industriales en declive o retrasadas, y la cooperación transfronteriza, transnacional e interregional. Dicho Reglamento prevé que con cargo al FEDER se pueda contribuir a financiar inversiones en infraestructuras.

Respecto de las ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas de transporte (Ayudas RTE-T), dicha ayudas se destinan a establecer o mejorar las

7 Nomenclatura de unidades estadísticas territoriales Nivel 2

infraestructuras de transporte y se conceden en relación con proyectos considerados de interés común en el ámbito de las redes transeuropeas de infraestructuras de transporte.

Por último, es posible que la construcción de nuevas infraestructuras ferroviarias sea merecedora del apoyo financiero del Banco Europeo de Inversiones con el alcance que se prevea en los oportunos acuerdos que el mismo celebre con el correspondiente Estado miembro en relación con un determinado programa operativo.

3.2. Compensaciones por la prestación de servicios públicos o por la asunción de obligaciones de servicio público

Al amparo de lo previsto en el artículo 73 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se aprobaron los Reglamentos (CEE) nº 1191/69, del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, y (CEE) nº 1107/70, del Consejo, de 4 de junio de 1970, relativo a las ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, que establecían el régimen jurídico aplicable a las compensaciones por razón de las obligaciones de servicio público que pudieran imponerse en los indicados sectores.

Ambos Reglamentos han sido recientemente derogados por el Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, cuya entrada en vigor se produjo el 3 de diciembre de 2009.

Las ayudas estatales que no puedan autorizarse en virtud del Reglamento 1370/2007 no pueden declararse compatibles con el mercado común en virtud del artículo 73 del Tratado. Igualmente, las compensaciones de servicio público que no respeten lo dispuesto en el artículo 73 del Tratado no pueden declararse compatibles con el mercado común en virtud de lo establecido en el artículo 86.2 o de cualquier otra disposición del Tratado.

El Reglamento 1370/2007 parte de constatar la realidad de que numerosos servicios de transporte terrestre de viajeros, pese a ser necesarios en términos de interés económico general, no presentan posibilidades de explotación comercial, debiendo reconocerse a las autoridades competentes de los Estados miembros la facultad de intervenir para asegurar que dichos servicios sean prestados en unas determinadas condiciones, pudiendo adjudicar derechos exclusivos a los operadores de servicio público, concederles una compensación financiera y establecer reglas generales de explotación de los transportes públicos aplicables a todos los operadores.

Se reconoce la facultad de todas las autoridades competentes de poder elegir libremente su operador de servicio público (el Reglamento parte del principio de neutralidad en lo relativo al régimen de la propiedad, siendo indiferente que dicho operador sea una

empresa pública o privada) y se exige que, cuando se otorguen compensaciones o derechos exclusivos, se definan en un contrato de servicio público entre la autoridad competente y el operador de servicio público elegido tanto la naturaleza de las obligaciones de servicio público como la retribución acordada, como forma de garantizar la aplicación de los principios de transparencia, igualdad de trato de los operadores en competencia, y proporcionalidad. Estos contratos de servicio público deben tener una duración máxima de quince años (tratándose de servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos ferroviarios), pudiendo preverse su prórroga por un máximo de la mitad de su duración inicial si el operador de servicio público debe acometer inversiones en activos con un período de amortización excepcional o, incluso, por plazos superiores si, habiéndose adjudicado el contrato tras un procedimiento de licitación equitativo, las inversiones que deba acometer el operador lo son en infraestructura o en material rodante y vehículos con recurso a la financiación ajena. En todo caso, se establece que cuando una autoridad pública asigne a un tercero una obligación de interés general su elección debe producirse en cumplimiento del Derecho comunitario sobre contratación pública y concesiones.

Igualmente se reconoce la posibilidad de que cualquier entidad local o regional o, en ausencia de la misma, cualquier autoridad nacional pueda elegir entre prestar ella misma servicios públicos de transporte de viajeros dentro del territorio al que se extienda su competencia o confiarlos a un operador interno sin licitación alguna. En estos supuestos, el Reglamento exige que el marco reglamentario aplicable garantice la equidad en las condiciones de competencia y que la autoridad competente ejerza el control necesario, no pudiendo la autoridad que gestione directamente los servicios de transporte de su competencia o su operador interno participar en procedimientos de licitación competitivos organizados fuera del territorio que corresponda a dicha autoridad. La autoridad que controle al operador interno debe también poder prohibir al mismo participar en licitaciones competitivas organizadas dentro de su territorio.

En cuanto a las compensaciones que puedan satisfacer las autoridades competentes para cubrir los costes ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, el Reglamento señala que deben calcularse de forma que no sean excesivas, garantizando, en caso de que la adjudicación del contrato de servicio público se realice directamente, que el importe de las compensaciones sea adecuado y refleje el propósito de que los servicios se presten con eficacia y calidad. En este sentido, se establece que dichas compensaciones no deben superar el importe necesario para cubrir la totalidad o parte de los costes netos ocasionados por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos que se generen y unos beneficios razonables.

Las compensaciones para la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros abonadas de conformidad con el Reglamento se declaran compatibles con el mercado común, quedando exentas de la obligación de notificación previa establecida en

el artículo 88.3 del Tratado. Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73, 86, 87 y 88 del Tratado, y de la posibilidad de los Estados miembros de seguir concediendo al sector de los transportes, al amparo del artículo 73 del Tratado, ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público, según se expone a continuación.

No obstante la entrada en vigor del Reglamento 1370/2007, no está previsto que las reglas relativas a la adjudicación de los contratos de servicio público a que se ha hecho referencia se apliquen antes del 3 de diciembre de 2019.

3.3. Otras ayudas al sector ferroviario

Al margen de las compensaciones que puedan reconocerse por la prestación de servicios públicos o por el cumplimiento de obligaciones de servicio público, es posible, al amparo de lo previsto en los artículos 73 y 87 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el otorgamiento de otro tipo de ayudas en el sector ferroviario.

La Comisión Europea ha publicado[8] una Comunicación acerca de las "Directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias" en la que se pretende proporcionar orientaciones acerca de la compatibilidad con el Tratado de dichas ayudas con la finalidad de mejorar la transparencia de las financiaciones públicas y de garantizar la seguridad jurídica. A continuación se analizan las que, a nuestro juicio, tienen una mayor incidencia en la práctica:

a) Ayudas derivadas de la financiación pública de las infraestructuras ferroviarias

Las Directrices únicamente abarcan las ayudas a las empresas ferroviarias, estando excluidas de su objeto las financiaciones públicas destinadas a los gestores de infraestructuras. No obstante, se reconoce que la financiación pública para el desarrollo de infraestructuras ferroviarias puede suponer una ventaja indirecta para las empresas ferroviarias y constituir ayudas, siendo conveniente evaluar si dicha financiación tiene por efecto la creación de una ventaja para las empresas ferroviarias. En principio, si la utilización de una infraestructura está abierta a todos los usuarios potenciales en igualdad de condiciones y de forma no discriminatoria y el coste de acceso a dicha infraestructura es conforme con la Directiva 2001/14/CEE, la Comisión suele considerar que la financiación pública de las infraestructuras no constituye una ayuda estatal a las empresas ferroviarias. Incluso

8 Diario Oficial de la Unión Europea C 184, de 22 de julio de 2008.

en caso de que la financiación pública de las infraestructuras ferroviarias constituya una ayuda a una empresa ferroviaria, puede autorizarse, por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 del Tratado, siempre que dicha infraestructura responda a las necesidades de coordinación de los transportes.

b) Ayudas para la adquisición o la renovación del material rodante

En relación con estas ayudas se reconoce que la inversión en material rodante es esencial para mantener la competitividad del transporte ferroviario frente a los demás modos de transporte más contaminantes o generadores de mayores costes externos, para limitar el impacto ambiental del transporte ferroviario (fundamentalmente, el ruido), para mejorar la seguridad y para poder servir al objetivo de la interoperabilidad entre las redes nacionales. Lo anterior lleva a la Comisión a entender que las ayudas a la compra y a la renovación de material rodante pueden contribuir, en determinadas condiciones, a varios tipos de objetivos de interés común y considerarse, por tanto, compatibles con el mercado común. En este sentido, la Comisión exceptúa la aplicación de la Directriz sobre ayudas regionales para inversiones iniciales relativa al sector del transporte que impide que opten a dichas ayudas los gastos en adquisición de material de transporte (activos móviles) necesarios para la actividad de transporte ferroviario de pasajeros (lo que se extiende a otros modos de transporte ferroviario como el tren ligero, el metro o el tranvía), dadas las especificidades de este modo de transporte, considerando que dichos gastos sí son subvencionables con arreglo a las Directrices. No son subvencionables con arreglo a las mismas, sin embargo, los costes de adquisición de material rodante para uso exclusivo del transporte de mercancías. Salvo en determinadas regiones (como, por ejemplo, las regiones ultra-periféricas o aquellas con baja densidad de población), sólo se aplica la excepción a las ayudas a la inversión inicial y a las ayudas a la inversión de sustitución cuando el conjunto del material rodante modernizado a raíz de la ayuda tenga más de 15 años. En todo caso, la Comisión, para evitar falsear la competencia supedita la aplicación de la excepción a que el material rodante en cuestión se destine exclusivamente a servicios de transporte urbano, de cercanías o regional de pasajeros en una región específica o para una línea específica que opere en varias regiones durante un mínimo de diez años, a que si se trata de material rodante de sustitución se cumplan las normas de interoperabilidad, de seguridad y de medio ambiente aplicables en la red de que se trate y a que el Estado miembro demuestre que el proyecto contribuye a una estrategia de desarrollo regional coherente. En todo caso, la Comisión debe velar por que no haya utilización abusiva de la ayuda en caso, por ejemplo, de ingresos adicionales que la venta del material rodante sustituido pueda suponer o en el supuesto de que la empresa ferroviaria tenga encomen-

dada la prestación de servicios de interés económico general que exijan la compra o la sustitución de material rodante y se perciba por ello una compensación.

c) Ayudas a la amortización de las deudas de las empresas ferroviarias

Las Directrices analizan las ayudas a las empresas ferroviarias destinadas a corregir los desequilibrios entre los ingresos y los costes, particularmente los de inversión, y a aliviar el endeudamiento en que haya podido incurrirse para corregir dichos desequilibrios. El artículo 9 de la Directiva 91/440/CEE prevé que los Estados miembros, conjuntamente con las empresas ferroviarias públicas existentes, establezcan mecanismos adecuados para contribuir a reducir las deudas de dichas empresas y a sanear su situación financiera, contemplando la concesión de ayudas estatales destinadas a la amortización de determinadas deudas, siempre en cumplimiento de los artículos 73, 87 y 88 del Tratado. Consecuentemente, cualquier medida estatal que suponga la amortización total o parcial de las deudas de una o varias empresas ferroviarias específicas y mediante recursos estatales queda incluida en el ámbito de aplicación del artículo 87.1 del Tratado, en la medida en que la empresa en cuestión ejerza su actividad en mercados abiertos a la competencia y que la amortización de deudas refuerce su posición en al menos uno de dichos mercados. Si la amortización de deuda por una empresa ferroviaria constituye una ayuda estatal a la luz de lo dispuesto en el artículo 87.1 del Tratado, ha de ser notificada a la Comisión de conformidad con el artículo 88 del Tratado y examinada en función de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis de 2004, no obstante las especialidades que se establecen para el sector ferroviario.

En efecto, si las deudas amortizadas se refieren exclusivamente a la coordinación de los transportes o a la compensación por las obligaciones de servicio público, la compatibilidad debe examinare con arreglo al artículo 73 del Tratado y al Reglamento 1370/2007. En general, se considera que las ayudas de este tipo pueden reputarse compatibles con el mercado común en la medida en que su objetivo sea facilitar la transición hacia un mercado ferroviario abierto, tal como establece el artículo 9 de la Directiva 91/440/CEE, siempre que las mismas a) sirvan para compensar deudas claramente determinadas e individualizadas, contraídas antes del 15 de marzo de 2001 (fecha de entrada en vigor de la Directiva 2001/12/CEE) sin que la ayuda pueda superar el importe de dichas deudas; b) las deudas estén directamente relacionadas con la actividad de transporte ferroviario o con actividades de gestión, construcción o utilización de infraestructura ferroviaria; c) las beneficiarias de la amortización de deudas deben ser empresas confrontadas con un nivel de endeudamiento excesivo, que obstaculice una gestión financiera sólida; d) la ayuda debe ser la estrictamente precisa, teniendo en cuenta la evolución futura de la

competencia; e) la amortización de deudas no debe proporcionar a la empresa una ventaja competitiva tal que impida el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado.

d) Ayudas destinadas a la coordinación de los transportes

En relación con este tipo de ayudas la Comisión parte de la circunstancia de que el Reglamento 1370/2007 únicamente tiene por objeto el transporte terrestre de pasajeros, quedando las ayudas a la coordinación de los transportes, en lo relativo al transporte ferroviario de mercancías, sujetas exclusivamente a lo dispuesto en el artículo 73 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

El concepto de coordinación de los transportes que emplea el artículo 73 del Tratado se refiere a la intervención de los poderes públicos destinada a orientar la evolución del sector de los transportes en función de lo que exija el interés común. Aunque los avances en la liberalización del sector del transporte terrestre han reducido de forma considerable, en determinados aspectos, las necesidades de coordinación, subsisten algunas deficiencias en el mercado, como la existencia de efectos externos negativos en el sector del transporte, v.g. congestión o contaminación, a considerar en el momento de tarificar el acceso a las infraestructuras de transporte, debiendo primarse aquellos modos de transporte que generen menos costes externos o las dificultades de coordinación derivadas de la falta de interoperabilidad común para el ferrocarril o de las conexiones entre distintas redes de transportes, que hacen precisa la intervención de los poderes públicos.

Aunque las ayudas que responden a las necesidades de coordinación de los transportes deben considerarse compatibles con el Tratado, para que sea posible reputar que las mismas tienen dicha compatibilidad es preciso que sean necesarias y proporcionadas al objetivo contemplado y que no perjudiquen los intereses generales de la Comunidad. Además, cualquier ayuda notificada a la Comisión que se pretenda que sea declarada compatible con el articulo 73 del Tratado debe limitarse a un máximo de 5 años, a fin de permitir a la Comisión reexaminarla a la luz de los resultados obtenidos y, en su caso, autorizar su prórroga.

Las formas que pueden revestir las ayudas a las necesidades de coordinación de los transportes en el ámbito ferroviario son las siguientes:

– Ayudas a la utilización por parte de las empresas ferroviarias de la infraestructura (considerando que cuando se trata de otros modos de transporte las empresas no soportan tales cargas). Son subvencionables los costes complementarios de utilización de infraestructuras que únicamente sufraga el transporte ferroviario y no otros modos de transporte competidores más contaminantes. Se presume

necesaria y proporcional la ayuda si es inferior al 30% del coste total del transporte ferroviario

– Ayudas para la reducción de los costes externos, destinadas a fomentar una transferencia modal hacia el ferrocarril, ya que produce menos costes externos que otros modos, como el transporte por carretera. Son subvencionables la parte de costes externos que el transporte ferroviario permite evitar respecto de los modos de transporte competidores. Se presume necesaria y proporcional la ayuda si es inferior al 30% del coste total del transporte ferroviario y al 50% de los costes subvencionables.
– Ayudas para favorecer la interoperabilidad. Son subvencionables las inversiones para la instalación, tanto en las infraestructuras ferroviarias como en el material rodante, de sistemas de seguridad e interoperabilidad o para la reducción de la contaminación acústica. Se presume necesaria y proporcional la ayuda si es inferior al 50% de los costes subvencionables.

  En los tres casos anteriores, los Estados miembros pueden demostrar que, por encima de los anteriores porcentajes, las ayudas siguen siendo necesarias y proporcionales.
– Ayudas para actividades de investigación y desarrollo que respondan a las necesidades de la coordinación de los transportes.

4. Regulación del mercado ferroviario en España

El desarrollo del ferrocarril en España durante el siglo XIX y el primer tercio del siglo XX se fundamentó en la utilización del instrumento concesional como fórmula de colaboración entre el sector público y el privado.

Ya en el Informe Subercase de 1844 se analizaron dos modelos principales para la promoción de la construcción y la explotación de ferrocarriles (fundamentados ambos en la calificación del ferrocarril como servicio público). El primero de ellos partía de la construcción de las líneas ferroviarias por el Estado directamente y con cargo a los presupuestos públicos. El segundo, de la concesión de la construcción y de la explotación de dichas líneas a los particulares, manteniendo el ferrocarril la condición de servicio público y garantizando el Estado tanto la recuperación de los capitales invertidos como la obtención de un interés determinado (el Estado confiaba en que el desarrollo económico que pudiera propiciar el ferrocarril generase un mayor volumen de ingresos tributarios para compensar las eventuales ayudas financieras a otorgar).

Dada la insuficiencia de los recursos del presupuesto del Estado y la necesidad de movilizar los capitales extranjeros, los distintos proyectos se acometieron mediante la utilización de la figura de la concesión de obras públicas (siendo las líneas Barcelona-

Mataró, inaugurada en 1848, y Madrid-Aranjuez, inaugurada en 1851, las primeras que se ejecutaron). La Ley de 20 de febrero de 1850, de Reglas para la Concesión de Ferrocarriles, estableció el régimen jurídico básico del contrato de concesión e introdujo buena parte de los fundamentos financieros sobre los que se construyó la red ferroviaria española. Leyes posteriores (entre ellas la Ley General de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877) generalizaron las subvenciones a la práctica totalidad de las líneas objeto de concesión, tanto en fase de construcción como, incluso, en fase de explotación, minorando, cuando no eliminando directamente, el riesgo y ventura inherente al instrumento concesional. La implicación cada vez más intensa del Estado terminó por desvirtuar el esquema de transferencia a las sociedades concesionarias de los riesgos propios de los proyectos y por desdibujar el instrumento concesional mismo. El Estado asumía el grueso de las inversiones y la práctica totalidad de los riesgos inherentes a los distintos proyectos ferroviarios, lo que, consecuentemente, se tradujo en un progresivo incremento del volumen de endeudamiento público y, en paralelo, del nivel de intervención administrativa a que estaban sometidas las sociedades concesionarias. El mantenimiento del esquema de funcionamiento descrito anteriormente desembocó en la íntegra nacionalización del ferrocarril en España, proceso que comenzó en 1926 (con la creación del organismo Explotación de Ferrocarriles por el Estado, dependiente del Ministerio de Obras Públicas y antecedente inmediato del Ente Ferrocarriles de Vía Estrecha, FEVE) y culminó con la aprobación de la Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria y de los Transportes por Carretera de 24 de enero de 1941, que supuso la desaparición de la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España y de la Compañía de los Ferrocarriles de Madrid a Zaragoza y Alicante (MZA) y el nacimiento del Ente Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, RENFE, cuya regulación y funcionamiento fue objeto de los Decretos-Leyes de 23 de julio de 1964 y 19 de julio de 1962.

La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, estableció un nuevo marco regulatorio del ferrocarril en España ajustado a la realidad jurídico-administrativa nacida de la Constitución española de 1978 (que distribuye las competencias en materia ferroviaria entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales)[9]. La Ley configuró la Red Nacional Integrada de Transporte Ferro-

9 La Constitución de 27 de diciembre de 1978 reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia de "*ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma*" (artículo 149.1.21ª) y de "*obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma*" (artículo 149.1.24ª) y establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia en materia de "*ferrocarriles (…) cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios*". Los ferrocarriles autonómicos se regirán por la legislación que específicamente aprueben las Comunidades Autónomas (por ejemplo, en Cataluña la Ley 4/2006, de 31 de marzo, Ferroviaria; en el País Vasco la Ley 6/2004, de 21 de mayo, de Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea; o en Andalucía, la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros), debiendo tenerse en cuenta que, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 junio, "*en materia de transportes terrestres el Estado no puede dictar normas puramente supletorias,*

viario[10] como soporte básico de las comunicaciones ferroviarias nacionales atribuyendo la responsabilidad de su gestión a la Administración General del Estado a través de la sociedad estatal RENFE, cuyo régimen jurídico básico se actualizó, ajustándolo a las exigencias de la legislación presupuestaria, perfilando los mecanismos de control de su gestión e introduciendo novedosas técnicas de planificación de objetivos (contratos-programa con el Estado) y el concepto de obligaciones de servicio público (ya en línea con las exigencias del Derecho comunitario).

La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, pretende, además de incorporar al ordenamiento jurídico español el Derecho comunitario derivado, potenciar el ferrocarril en España como modo de transporte cómodo, seguro, medioambientalmente eficiente y capaz de vertebrar el país.

Para ello, la Ley aborda una profunda reforma de la regulación del sector ferroviario español fundamentada en la separación de las actividades de administración de la infraestructura ferroviaria y de explotación de los servicios de transporte ferroviario (frente a la concepción integrada de ambas actividades recogida en la Ley 16/1987) y de la liberalización progresiva de estos últimos (rompiendo el monopolio legal previsto en la propia Ley 16/1987 a favor de RENFE).

Para alcanzar estos objetivos, la Ley encomienda la administración de las infraestructuras ferroviarias a RENFE, que pasa a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) e integra, además, a la entidad pública empresarial Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF). Se prevé que ADIF, además de administrar las infraestructuras ferroviarias de su titularidad y aquellas cuya administración le encomiende el Ministerio de Fomento, pueda construir, de acuerdo con lo que determine dicho Ministerio, las infraestructuras ferroviarias con cargo a sus propios recursos o a recursos

dirigidas exclusivamente a regular aquellos transportes que se encuentran sometidos a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas". Por su parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, atribuye a los municipios (artículo 25.2.ll) competencia en materia de "*transporte público de viajeros*". En relación con esta última competencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996 anuló los artículos 113 y siguientes de la Ley 6/1987 relativos al transporte urbano al considerar que dicho transporte "*es, como regla general, transporte intracomunitario, como hemos reiterado en nuestras SSTC 33/1981 y 179/1985, razón por la cual la competencia para su regulación corresponde a las Comunidades Autónomas que han asumido competencia exclusiva en la materia. En consecuencia, no puede el Estado invocar el título competencial del art. 149.1.21 CE para dictar normas directamente aplicables en los correspondientes territorios*". Sin perjuicio de la posible existencia de servicios de transporte ferroviario urbanos (p.ej. tranvías cuyo recorrido no supere los límites del término municipal), dichos servicios deben ajustarse a la ordenación que establezca la Comunidad Autónoma en aspectos tales como la coordinación necesaria para lograr un funcionamiento integrado de los servicios urbanos y metropolitanos y, en su caso, la financiación.

10 El artículo 155.1 de la Ley 16/1987 señalaba los elementos que, de forma unitaria, configuran la Red Nacional Integrada de Transporte Ferroviario: "*las líneas y servicios ferroviarios de transporte público que deban formar parte de la estructura básica del sistema general de transporte ferroviario, así como aquéllos cuya adecuada gestión exija una explotación conjunta con los anteriores o en los que dicha explotación conjunta resulte necesaria para el correcto funcionamiento del referido sistema general de transporte*". La Ley 16/1987 hace recaer la explotación del ferrocarril sobre un "conjunto camino-vehículo", atribuyéndose a RENFE la explotación unitaria de las líneas y de los servicios de transporte ferroviario de la Red Nacional Integrada.

ajenos. Por otra parte, la Ley crea una nueva entidad pública empresarial denominada RENFE-Operadora, como empresa prestadora de todo tipo de servicios ferroviarios[11].

La Ley establece un calendario de apertura a la competencia del mercado de servicios de transporte ferroviario. Así, se ordena que quede abierta a la competencia la prestación del servicio de transporte de mercancías por ferrocarril en el ámbito nacional y se permite el acceso de todas las empresas ferroviarias que lleven a cabo transporte internacional de mercancías a las líneas de la Red Ferroviaria de Interés General que formen parte de la denominada Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías.

La eventual existencia de una multitud de empresas ferroviarias en el mercado ferroviario hace que la Ley prevea la creación de un Comité de Regulación Ferroviaria, en el seno del Ministerio de Fomento, Ente responsable de resolver los conflictos que se planteen entre las mismas y de garantizar un correcto funcionamiento del sistema, salvaguardando la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios.

La Ley 39/2003, además de delimitar la Red Ferroviaria de Interés General[12] y de regular su incidencia urbanística y el régimen de su defensa (dada la condición de bienes de dominio público que tienen las líneas ferroviarias) regula la actividad de administración de las infraestructuras ferroviarias. Además de las funciones relativas a la construc-

---

11 La arquitectura institucional diseñada en la Ley 39/2003 obedece a razones eminentemente prácticas dadas la necesidad de separar las actividades de administración de infraestructuras ferroviarias y de prestación del servicio de transporte ferroviario y la mayor facilidad de inventariar los recursos materiales y humanos afectos a esta última actividad respecto de los afectos a la primera.

12 Se trata éste del concepto que sucede al de la Red Nacional Integrada previsto en la Ley 17/1986, aunque incluyendo únicamente en su objeto las infraestructuras ferroviarias y no los servicios que sobre la misma se presten, como consecuencia de la ruptura de la concepción tradicional del ferrocarril como un conjunto camino-vehículo. la Red Ferroviaria de Interés General "*está integrada por las infraestructuras ferroviarias que resulten esenciales para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado o cuya administración conjunta resulte necesaria para el correcto funcionamiento de tal sistema común de transporte, como las vinculadas a los itinerarios de tráfico internacional, las que enlacen las distintas comunidades autónomas y sus conexiones y accesos a los principales núcleos de población y de transporte o a instalaciones esenciales para la economía o la defensa nacional*". En este nuevo marco, ha sido posible el afloramiento de competencias autonómicas sobre la prestación de determinados servicios de transporte ferroviario intra-autonómicos (como los de cercanías) sobre infraestructuras ferroviarias integradas en la Red Ferroviaria de Interés General. Así, por ejemplo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 169.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (norma que señala que corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva sobre los transportes terrestres de viajeros y mercancías por ferrocarril que transcurran íntegramente por el territorio de Cataluña, "*con independencia de la titularidad de la infraestructura*", incluyendo dicha competencia incluye la regulación, la planificación, la gestión, la coordinación y la inspección de los servicios y de las actividades, así como la potestad tarifaria), la Comisión Bilateral Generalitat-Estado celebró un acuerdo el 21 de julio de 2009 en relación a la asunción por la Generalitat de Cataluña de los servicios de viajeros de cercanías de Barcelona. En virtud de dicho acuerdo se prevé la subrogación de la Generalitat en la posición de la Administración General del Estado en el Contrato-Programa que tiene suscrito con RENFE-Operadora, y remite a un convenio entre la Generalitat de Cataluña, como nueva autoridad ferroviaria en la prestación del servicio de cercanías en Cataluña, y RENFE-Operadora el establecimiento y concreción de las condiciones de gestión y prestación de los servicios. El Real Decreto 2034/2009, de 30 de diciembre, da cobertura al anterior acuerdo al regular el traspaso a la Generalitat de Cataluña de las funciones de la Administración General del Estado correspondientes al servicio de transporte de viajeros por ferrocarril de cercanías.

ción, mantenimiento y explotación de infraestructuras ferroviarias, nuevas o existentes, corresponde a ADIF la elaboración de las declaraciones sobre la red y la adjudicación de la capacidad de red necesaria para la prestación de los servicios de transporte ferroviario de viajeros y de mercancías.

La nueva Ley, asimismo, establece el régimen tanto de los servicios de transporte de ferroviario como de los servicios adicionales, complementarios y auxiliares. Respecto de los primeros, se parte de la despublificación de la actividad de transporte ferroviario, dejando de tener la condición legal de servicio público y pasando a tener la de "*servicio de interés general y esencial para la comunidad que se presta en régimen de libre competencia, en los términos previstos en la Ley*". Consiguientemente, es el principio de libertad de empresa el que, con las limitaciones establecidas en la propia Ley 39/2003, informa el acceso al mercado del transporte ferroviario, tanto de viajeros como de mercancías. Dicho acceso se supedita, no obstante, a la previa obtención por parte del interesado de la correspondiente licencia de empresa ferroviaria que acredite que el mismo ostenta la solvencia necesaria. Aquellos que obtengan licencia de empresa ferroviaria deberán obtener el correspondiente certificado de seguridad y solicitar a ADIF, de conformidad con la declaración sobre la red, la adjudicación de la capacidad de red necesaria para la prestación de sus servicios.

La calificación de los servicios de transporte ferroviario como servicios de interés general en nada obsta a la declaración de algunos de ellos como servicios "de interés público". Dicha declaración corresponde al Consejo de Ministros, de oficio o a instancia de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales interesadas, siempre que su prestación resulte deficitaria o no se realice en unas condiciones de frecuencia y de calidad aceptables y sea necesaria para garantizar las comunicaciones internas dentro de España. Los servicios de transporte ferroviario que hayan sido declarados "de interés público" sólo podrán ser prestados por las empresas ferroviarias que obtengan del Ministerio de Fomento la correspondiente autorización. La Ley, en línea con lo exigido por las Directivas comunitarias, garantiza a los usuarios la oportuna indemnización en caso de que los servicios no lleguen a prestarse o se presten inadecuadamente.

La Ley 39/2003 muestra una especial preocupación por garantizar la viabilidad económica del sistema ferroviario en general y de las entidades públicas empresariales RENFE-Operadora y ADIF en particular. A tal efecto, crea las distintas tasas cuyo devengo pueda producirse con ocasión del desempeño de la actividad de transporte ferroviario (entre otras, las tasas por otorgamiento de licencias de empresas ferroviarias y de certificados de seguridad, por la seguridad del transporte ferroviario de viajeros, por la homologación de centros de formación de personal ferroviario y de certificación de material rodante y por el otorgamiento de títulos a dicho personal). De entre ellas destacan la tasa por utilización de líneas ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés

General, cuyo devengo se produce con ocasión de la adjudicación de la capacidad de red necesaria para la prestación de los distintos servicios ferroviarios, y la tasa por utilización de estaciones y otras instalaciones ferroviarias. Adicionalmente, se prevé un régimen de tarifas o precios privados por la prestación, por parte de ADIF o de terceros, de servicios adicionales, complementarios y auxiliares y por el uso comercial de las instalaciones y espacios de los que aquel Ente sea titular.

En cuanto al calendario de apertura del mercado ferroviario español, la disposición transitoria primera de la Ley, respecto de los servicios de transporte ferroviario internacional de mercancías (los servicios de transporte ferroviario nacional de mercancías quedan liberalizados desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Ley), señala que el libre acceso a la Red Ferroviaria de Interés General por cualquier empresa ferroviaria que preste dichos servicios se producirá conforme al siguiente calendario:

- Transporte internacional de mercancías sobre la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías (cuya definición hacen las Directivas comunitarias): desde la entrada en vigor de la Ley (producida el día 31 de diciembre de 2004, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 1/2004, de 7 de mayo).
- Transporte internacional de mercancías sobre la Red Ferroviaria de Interés General habilitada para ello: antes de 1 de enero de 2006, correspondiendo al Gobierno la determinación concreta de la fecha de apertura del mercado.

Respecto de la actividad de transporte ferroviario de pasajeros, la disposición transitoria tercera de la Ley declara temporalmente inaplicables a dicha actividad la regulación relativa al acceso al mercado (licencia de empresa ferroviaria) y a los servicios "de interés público", hasta el momento en el que la Unión Europea establezca un régimen de apertura del mercado para este tipo de transporte, reconociéndose a RENFE-Operadora, hasta dicha fecha, el derecho a explotar los servicios de transporte de viajeros que se presten sobre la Red Ferroviaria de Interés General, en la forma establecida en la Ley 16/1987 en cuanto no se opongan a la Ley 39/2003 y, a partir de dicha fecha, el derecho a la capacidad de red que entonces utilice efectivamente, sin perjuicio de que pueda solicitar capacidad de red adicional en la forma legalmente establecida.

En todo caso, la disposición transitoria segunda supedita la asignación de capacidad de infraestructura a los candidatos nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea que deseen prestar servicios de transporte ferroviario en España, a que la prestación del servicio se encuentre liberalizada en dichos Estados y, en su caso, al vencimiento del plazo de incorporación al Derecho nacional de las directivas comunitarias.

Por último y en lo que a la relación entre la Administración General del Estado y RENFE-Operadora se refiere, la disposición transitoria cuarta establece que la misma se

plasmará en un contrato-programa (en el que se recogerán, entre otros extremos, las directrices básicas de actuación, sus niveles de inversión, los compromisos necesarios para alcanzar sus fines y objetivos, y las subvenciones y compensaciones que haya de percibir por la prestación de servicios de transporte ferroviario deficitarios). La celebración de dichos contratos-programa será posible hasta el momento en el que la Unión Europea establezca un régimen de apertura del mercado de transporte ferroviario de pasajeros.

El Contrato-Programa celebrado entre la Administración General del Estado y RENFE-Operadora al amparo de lo establecido en la citada disposición transitoria extiende su vigencia al período comprendido entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2010. En dicho instrumento se prevé que las inversiones a acometer por parte de RENFE-Operadora en material rodante durante dicho período asciendan a 5.772 millones de euros, que las aportaciones totales a realizar por parte de la Administración General del Estado sean de 4.764 millones de euros y que a 2010 la cifra límite de endeudamiento 4.560 millones de euros. En cuanto a las aportaciones a realizar por parte de la Administración General del Estado, el importe antedicho, además de incluir las compensaciones anuales por la prestación de los servicios de cercanías y de media distancia (servicios de interés público, a los efectos de la ley 39/2003), incluye una partida total de 952 millones de euros destinada a financiar las "pérdidas genéricas correspondientes al resto de las actividades desarrolladas por parte de RENFE-Operadora"[13]. Mientras que la fijación y la actualización de las tarifas correspondientes a los servicios de alta velocidad y larga distancia se realiza libremente por parte de RENFE-Operadora, la revisión de las tarifas de los servicios de cercanías y de media distancia que presta dicha Entidad está intervenida y debe ajustarse a lo previsto en el artículo 16 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, de Medidas Urgentes de carácter fiscal y de fomento de la actividad económica (que prevé su aprobación por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos).

13 La Comisión Europea ha estimado recientemente que las cantidades transferidas por parte de la Administración General del Estado para financiar las pérdidas de explotación de RENFE-Operadora generadas como consecuencia de la realización de actividades que no están sujetas a obligaciones de servicio público (es decir, los servicios de transporte ferroviario de pasajeros de larga distancia y de alta velocidad o los servicios de transporte ferroviario de mercancías) han de reputarse como ayudas contrarias al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

El Derecho Comunitario del Transporte Aéreo

*Marcos Gómez Puente**

I. El origen de la política comunitaria de transporte aéreo. II. La ordenación comunitaria del transporte aéreo. A) La progresiva ordenación y liberalización del transporte aéreo comunitario. B) La vigente regulación comunitaria del transporte aéreo. a) El acceso a la actividad. La licencia de transporte aéreo de las compañías comunitarias.- b) La acreditación de las compañías no comunitarias.- c) Las condiciones de ejercicio de la actividad.- d) La autorización de servicios aéreos comerciales.- e) La designación de compañías aéreas (adjudicación de servicios aéreos regulares extracomunitarios).- f) Las obligaciones de servicio público. C) Otros objetos de la política comunitaria. III. La defensa de la competencia en el transporte aéreo. A) La aplicación de las normas de la competencia en el transporte aéreo.

I. El Origen de la Política Comunitaria de Transporte Aéreo

El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa, que constituye un nuevo hito en el proceso de integración política de los Estados miembros de la Unión Europea, con sustanciales cambios organizativos y normativos.

Dicho proceso comenzó hace ya más de medio siglo, el 25 de marzo de 1957, cuando seis Estados europeos concluyeron el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE). Su objetivo era promover una solidaridad de hecho entre los Estados miembros, basada en el establecimiento de un mercado común y la aproximación de sus políticas económicas, que favoreciera, con el tiempo, su integración política. Con ese fin los Estados convinieron armonizar o aproximar progresivamente sus legislaciones nacionales, suprimir los obstáculos para la libre circulación de personas, servicios y capitales entre sus territorios, coordinar sus políticas económicas, promover y defender la libre competencia en el mercado común y definir una política común en el sector de la agricultura y, por lo que interesa ahora, en el del transporte (art. 3.e).

A este último se refería el Título IV del TCEE (arts. 70 a 80)([1]), conforme al cual, esa política común de transportes debía construirse aprobando normas comunes para regular (arts. 75 y 76):

* *Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria.*

1 Salvo indicación en contrario, las citas y remisiones al TCEE, en referencia histórica, se hacen por el articulado correspondiente a la versión consolidada resultante de las sucesivas modificaciones del texto original, la última de ellas por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 (otras modificaciones posteriores no afectaron sustancialmente al texto, sino a la integración de nuevos Estados). Las alusiones al ordenamiento comunitario

- Los transportes internacionales con origen o destino en los Estados miembros o que transitaran por ellos.
- Las condiciones para la prestación de servicios en un Estado miembro de los transportistas no residentes en él;
- Las condiciones y precios del transporte, entendido que no podrían subsistir las discriminaciones fundadas en el diferente origen o destino de lo transportado, ni imponerse precios o condiciones de propósito proteccionista o para ayudar a las empresas sin autorización previa de la Comisión (resultando admisibles, en cambio, las ayudas en compensación o reembolso por el cumplimiento de obligaciones de servicio público –art. 77–).
- Las medidas para mejorar la seguridad en los transportes.
- Y cualquier otro aspecto que se considerara oportuno.

Estas previsiones, sin embargo, en principio sólo fueron aplicables «a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables» (art. 80.1). Porque, en lo que al transporte aéreo (y marítimo) se refería, sería el Consejo (órgano político de la Comunidad) quien podría decidir «si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento» se adoptarían disposiciones apropiadas para dicho sector (art. 80.2 TCEE).

Así, la definición de una política o régimen jurídico común para el transporte aéreo quedó diferida a una ulterior decisión del Consejo, poniéndose por ello mismo en duda que fueran aplicables las demás normas del TCEE (por ejemplo, las relativas a la defensa de la competencia) al sector del transporte aéreo hasta que llegara dicha decisión.

La duda (motivo de discrepancia entre el Consejo y la Comisión, partidaria de la aplicación del TCEE al sector, aun a falta de una política común para el mismo) la despejaría el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJUE), casi dos décadas después, en la Sentencia *Comisión c. Francia* (marinos mercantes) de 4 de abril de 1974([2]). Se afirma en ella que el artículo 80.2 TCEE

> «lejos de excluir la aplicación del Tratado en esas materias, prevé solamente que las disposiciones específicas del Título relativo a los transportes no se apliquen de pleno derecho; que si bien... los transportes marítimos y aéreos, en tanto el Consejo no decida otra cosa, quedan excluidos de las normas contenidas en el Título IV... relativas a la política común de transporte, quedan en cambio, al igual que los otros modos de transporte, sujetos a las

vigente se hacen citando el articulado por la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (TUE) o del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

2 Y otros pronunciamientos a los que se aludirá más adelante: *Lord Bethell* de 10 de junio de 1982, *Nouvelles Frontières* de 30 de abril de 1986 y *Saeed y Silverline* de 11 de abril de 1989.

> normas generales del Tratado [cuya aplicación no es opcional, sino obligatoria, para los Estados miembros]» (FF. 31 y 32).

Y la conclusión de que el transporte aéreo debía sujetarse a las normas generales del TCEE vino a hacer más imperiosa, si no urgente, la necesidad de concretar una política y normas comunes para dicho sector. En su definición comenzaron a trabajar el Consejo([3]) y la Comisión([4]), esta última bajo el influjo, probablemente, de la *Airline Deregulation Act* estadounidense de 1978 y de un estado general de opinión, propiciado por operadores, consumidores, prensa y diversos grupos de presión (quizás, también, por la incorporación de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca), favorable a la liberalización del transporte aéreo, entonces fuertemente intervenido y controlado por los Estados.

Porque, en efecto, en esa época el transporte aéreo –el regular, sobre todo– era habitualmente una actividad bajo reserva pública, excluida del ámbito propio de la libertad de empresa. En muchos Estados, la prestación regular de servicios de transporte aéreo quedaba subordinada a la previa obtención de una concesión pública exclusiva, cuando no era el propio Estado quien la asumía a través de una empresa pública. Y, del mismo modo, casi todos los convenios bilaterales y multilaterales mediante los que los Estados consentían el tráfico aéreo regular por sus territorios, se lo reservaban a una sola compañía de cada país –una compañía nacional designada o de bandera– imponiendo

---

3 Así, en 1977 el Consejo inició un programa concreto de trabajo, encargando la realización de un estudio sobre la problemática del transporte aéreo en la Europa comunitaria, y en 1978 aprobó un programa de trabajo sobre diferentes aspectos. En concreto, sobre reducción de ruidos procedentes de aeronaves; simplificación de procedimientos para el transporte de carga y pasaje; la homogeneización de estándares técnicos; sobre el régimen de ayudas estatales, la defensa de la competencia y la libertad de establecimiento; la aptitud técnica y condiciones de trabajo del personal aeronáutico de tierra y aire; los servicios aéreos interregionales; las operaciones de búsqueda, rescate y salvamento y las de investigación de accidentes; y la coordinación con la OACI y la CEAC. De este programa de asuntos considerados prioritarios surgirían, tiempo después, las primeras disposiciones comunitarias dirigidas al sector del transporte aéreo, como la Decisión CEE/50/1980, de 20 de diciembre de 1979, que estableció un sistema de consulta entre los Estados miembros sobre terceros países y organismos internacionales; la Directiva CEE/85/1980, de 20 de diciembre de 1979, sobre limitación de emisiones sonoras de los aviones subsónicos; la Directiva CEE/1266/1980, de 16 de diciembre, sobre cooperación y asistencia común de los Estados miembros en las encuestas sobre accidentes aéreos; y la más tardía Directiva CEE/416/1983, de 25 de julio, sobre autorización de servicios aéreos regulares interregionales.

4 La Comisión presentó el 4 de julio de 1979 un primer memorándum (*Air transport: a Community approach*, BCE, suplemento núm. 5/79) proponiendo la liberalización o apertura de los cerrados mercados nacionales (homogeneización y reducción generalizada de las tarifas, la mejora de la productividad, el incremento de los servicios aéreos y la apertura de nuevas rutas intracomunitarias, la eliminación de restricciones a la libertad de establecimiento, el reconocimiento mutuo de licencias y títulos del personal aeronáutico para facilitar su libre circulación, la promoción del transporte aéreo regional y algunas otras medidas (sobre seguridad, relaciones exteriores, *overbooking*...). Como estas propuestas no recibieron el respaldo necesario, cinco años después la Comisión adoptó un nuevo memorándum (*Process towards the development of a Community air transport policy*, de 15 de marzo de 1984, Documento COM84, núm. 72 final) a fomentar la competencia en el transporte intracomunitario. A flexibilizar las condiciones en que operaban las compañías de los Estados miembros, para fomentar su expansión, eficiencia y competitividad. Pero sin cambiar la estructura o esquema, no así el contenido, de la regulación existente, basada en la CACI y otros tratados o convenios bilaterales entre los Estados y en la negociación comercial en el seno de organismos o foros internacionales como la CEAC, la OACI o la IATA

muy detalladas condiciones de transporte. Sólo para el tráfico aéreo no regular fueron los Estados más propicios a la iniciativa privada, franqueándole el transporte en rutas internas y exteriores y favoreciendo, en este último caso, el tráfico internacional (por ejemplo, mediante la Convención de Aviación Civil Internacional de 1944 [CACI] –art. 5–, admitiendo con carácter general el tráfico no regular entre los Estados firmantes, sin perjuicio de seguir las condiciones o reglamentaciones propias de cada uno de ellos).

Ese era el fragmentado y contingentado escenario, poco compatible con los objetivos comunitarios de libertad, competencia y mercado unitario que perseguía el TCEE, que debería modificar la política comunitaria de transporte aéreo. Pero las iniciativas y propuestas liberalizadoras de la Comisión suscitaban no pocos reparos entre los Estados miembros, faltos de confianza en la capacidad de sus empresas para adaptarse y enfrentarse en un mercado libre sobre el que, además, caía la sombra de una importante crisis que padeció el sector al comenzar la década de 1980, inmediatamente después de la segunda gran crisis del petróleo del siglo XX. De modo que las reticencias estatales, reflejadas en el Consejo, dejaron neutralizadas o en punto muerto las iniciativas de la Comisión.

Sin embargo, dos nuevas decisiones judiciales, ayudarían a salir de esa situación de *impass*. Una, la STJUE *Parlamento c. Consejo* de 22 de mayo de 1985, por la que se desestimó el recurso interpuesto por el Parlamento contra el Consejo por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 3.f), 70 y 71 TCEE al no haber adoptado una política común en el sector de los transportes (recurso por omision), deduciendo y reconociendo, no obstante, la obligación de implantar una política común de transportes. La otra, la STJUE *Nouvelles Frontières* de 30 de abril de 1986 que, una vez más, vino a declarar aplicables en el sector del transporte marítimo y aéreo las normas generales del TCEE (y, por tanto, las normas sobre defensa de la competencia en él incluidas) ([5]), extendiendo una sombra de incertidumbre sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de los tradicionales procedimientos nacionales de autorización u homologación de tarifas, viéndose el Consejo ya forzado a detallar o concretar, con premura, cómo aplicar dichas normas en el transporte aéreo. Una necesidad que se vio también acrecida por la actitud de la Comisión que, amparada por esta jurisprudencia, promovió diversos procedimientos de investigación por infracción de las normas sobre competencia contra varias compañías aéreas (de titularidad estatal en su mayoría), declarándolas incursas en prácticas restric-

5 Este fallo resolvió una cuestión prejudicial planteada en el seno de un procedimiento penal francés contra los administradores de algunas compañías aéreas y agencia de viajes. Se les acusaba de vender ilegalmente pasajes aéreos aplicando tarifas distintas a las homologadas o autorizadas por la Administración aeronáutica. Y se preguntó si las normas francesas que regulaban el procedimiento de autorización o aprobación de tarifas eran o no compatibles con las reglas sobre competencia del TCEE (con el art. 81.1 en concreto) y si éstas eran aplicables al sector del transporte aéreo. El Tribunal entendió que si eran aplicables, incluso en ausencia de normas específicas de aplicación o desarrollo de dichas reglas.

tivas y abuso de posición dominante. Esta actuación compelió también al Consejo a salir al paso, para concretar las normas especiales por las que debía regirse este sector.

Así fue como, finalmente, comenzó a alumbrarse una política común sobre transporte aéreo y vio la luz un primer conjunto de normas para el sector que daría paso a una estrategia, de más largo plazo, para su progresiva liberalización.

En esa estrategia, que habría de traer la libertad de empresa y un mercado unitario del transporte aéreo, pueden enmarcarse los denominados (tres) «paquetes de medidas de liberalización del transporte aéreo comunitario» que se sucedieron entre 1987 y 1992. Pero también las normas especiales dirigidas a garantizar la competencia en dicho mercado atendiendo a sus peculiaridades.

De ambos bloques normativos –el de la regulación de la actividad y el de la defensa de la libre y leal competencia– daremos cuenta a continuación. Ahora bien, esta distinción o separación por bloques tiene sólo el propósito, puramente instrumental, de ayudarnos a ordenar el estudio de sus respectivas disposiciones, sin que deban ser, por lo demás, disociadas las normas dictadas para crear el mercado (las que regulan las condiciones de acceso a la actividad y su ejercicio) de las dictadas para garantizar sus reglas (las que defienden o tutelan la competencia), pues algunas sirven simultáneamente a ambos propósitos y todas recíprocamente se necesitan. No se olvide que el objetivo liberalizador de las medidas adoptadas podría verse entorpecido si las normas destinadas a crear el mercado único no hubieran ido acompañadas de otras para asegurar una competencia real y efectiva; esto es, para evitar abusos de posición dominante, acuerdos o prácticas restrictivos de las empresas (públicas, en muchos casos) que venían operando en el sector. Por eso han de considerarse complementarios ambos conjuntos normativos.

II. La Ordenación Comunitaria del Transporte Aéreo

A) La progresiva ordenación y liberalización del transporte aéreo comunitario

La política común sobre transporte aéreo comenzó a definirse y concretarse, como se ha avanzado, al finalizar la década de 1980. En tres momentos sucesivos (el 14 de diciembre de 1987, el 24 de julio de 1990 y el 23 de julio de 1992, fechas en las que se aprobaron sendos «paquetes» de directivas y reglamentos) se adoptaron medidas para acomodar los ordenamientos nacionales a los objetivos integradores del Tratado y liberalizar el transporte aéreo eurocomunitario. Así, la definición del régimen jurídico de la actividad fue trasladándose paulatinamente de los Estados miembros a las instituciones comunitarias. Las legislaciones nacionales y los acuerdos internacionales entre los Estados miembros fueron perdiendo relevancia en la ordenación del sector, al tiempo que la

Comunidad iba sometiéndolo a su ámbito de influencia y decisión, definiendo, con nuevas directivas y reglamentos, hasta nuestros días, una política propia para la actividad.

El propósito de esas medidas iniciales fue ir introduciendo paulatinamente en el sector las libertades de empresa, establecimiento y tráfico, suprimiendo las reservas de titularidad pública y las restricciones o discriminaciones de propósito proteccionista para emprender o ejercitar la actividad de transportista aéreo. Se optó, pues, por el libre mercado, aunque sin descartar la existencia excepcional de obligaciones o reservas de servicio público en rutas determinadas, cuando lo exigiera el interés público. Tal era la finalidad de la denominada liberalización o desregulación comunitaria del transporte aéreo, que no suponía una renuncia al ejercicio público de funciones normativas o administrativas sobre el sector, sino, simplemente, un cambio en los contenidos y objetivos de ellas. Un cambio en el modo de intervención (de la organización y prestación pública de los servicios a su mera regulación o control) que no habría de suponer el abandono, a la ventura del mercado, de los relevantes intereses públicos (seguridad de la circulación, medio ambiente, comercio, consumidores, defensa de la competencia...) que justifican la ordenación y supervisión pública de la actividad, esto es, la actuación de la Administración.

Con dicho afán liberalizador, las medidas adoptadas cumplieron los siguientes objetivos:

> *Desregulación de las tarifas aéreas*. El transporte aéreo entre los Estados miembros, particularmente el transporte regular, estaba ordenado por un trama de acuerdos internacionales multilaterales o bilaterales que regulaban también las tarifas o remitían a los procedimientos, categorías y resoluciones tarifarios de la IATA. En las conferencias organizadas por dicha asociación internacional, a la que estaban afiliadas la mayor parte de las compañías de bandera, se negociaban y aprobaban los precios del transporte con el conocimiento y consentimiento de los respectivos Estados (fijación conjunta de tarifas que facilitaba el interlineado de los billetes de transporte aéreo –la emisión de un billete único para volar con varias compañías–). Un sistema controlado y muy rígido (las tarifas debían aprobarse con mucha antelación y para toda la temporada, responder a una estructura predeterminada y obtener la conformidad de los Estados implicados) que las normas comunitarias vinieron primero a flexibilizar y luego a eliminar(6). Así, con

6 Con ese fin se aprobó la Directiva CEE/601/1987, de 14 de diciembre, referida, claro está, a las tarifas por servicios aéreos regulares (internacionales, de tercera y cuarta libertad) entre los Estados miembros, excluidos los territorios franceses de ultramar (Guayana, Guadalupe, Martinica y Reunión, antiguo art. 227.2 TCEE). La Directiva no rompía del todo con el sistema anterior, pues respetaba el procedimiento de consulta previa entre las compañías y el principio de doble aprobación o conformidad de los Estados. Pero se apartaba de las resoluciones tarifarias de la IATA, contemplaba algunos procedimientos específicos y limitaba el poder de dis-

el Reglamento CEE/2409/1992, de 23 de julio, las tarifas aéreas de las compañías comunitarias quedaron finalmente liberalizadas, entregadas al juego libre de la oferta y la demanda, para cualquier clase de tráfico comunitario, reservando a la Administración únicamente facultades de vigilancia e información sobre los precios (salvedad hecha de los tráficos sometidos a obligaciones de servicio público, como se explicará más adelante). No obstante, cualquier Estado miembro interesado podría impugnar o pedir la retirada de una tarifa cuando fuera excesivamente elevada en perjuicio de los usuarios o cuando obedeciera a reducciones reiteradas de los precios en un contexto de continuado descenso de las tarifas, desviándose significativamente de las normales variaciones estacionales de los precios y originando pérdidas generalizadas entre las compañías implicadas (evaluadas atendiendo a sus costes globales a largo plazo).

Supresión de las limitaciones de capacidad o carga. Los acuerdos bilaterales de transporte aéreo entre los Estados miembros también solían incluir previsiones sobre la capacidad de transporte de las compañías nacionales (o de bandera) designadas para prestarlos, repartiendo o limitando el número de asientos que podían ofertar. Las normas comunitarias fueron gradualmente eliminando esta restricción, primero exigiendo a los Estados que permitieran a las compañías designadas equiparar su oferta de plazas progresivamente y luego impidiéndoles controlar en modo alguno dicha oferta([7]). Así, desde el 1 de enero de 1993 quedaron prohibidas toda clase de restricciones o limitaciones a la capacidad entre las compañías de los Estados miembros.

posición de los Estados. La Directiva no impedía que antes de presentar las tarifas las compañías mantuvieran consultas entre ellas (art. 4.1.b), consultas que podían resultar contrarias al principio de competencia, pero el Reglamento CEE/3975/1987, de 14 de diciembre, autorizó la celebración de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas bajo determinadas condiciones, lo que hizo viables y legales esas consultas tarifarias. La regulación se completaba, además, con un procedimiento arbitral para resolver eventuales desacuerdos entre los Estados en cuanto a la aprobación de las tarifas (art. 7). En la misma dirección avanzó más tarde el Reglamento CEE/2342/1990, de 24 de julio, introduciendo más supuestos de aprobación automática de tarifas y reduciendo aún más la capacidad decisoria de los Estados, permitiéndoles, por otra parte, mantener o concluir acuerdos bilaterales más avanzados o flexibles en lo referente a la aprobación de tarifas.

7 Este proceso de ajuste comenzó con la Decisión CEE/602/1987, de 14 de diciembre, referida a la distribución de la capacidad de pasaje entre las compañías aéreas que prestasen servicios regulares de tercera o cuarta libertad entre Estados miembros. Obligaba a consentir incrementos de capacidad siempre que la infraestructura aeronáutica tuviera capacidad para absorber el tráfico resultante y sin perjuicio, claro está, de que los Estados pudieran concluir o mantener acuerdos sobre capacidad o reparto de tráfico más favorables o flexibles. La definitiva supresión del control bilateral de capacidades en los servicios regulares entre Estados comunitarios llegó con el Reglamento CEE/2343/1990, de 24 de julio de 1990.

Liberalización del acceso al mercado comunitario. La realización de servicios de transporte aéreo entre los Estados miembros estaba también supeditada a lo dispuesto en los mencionados tratados y acuerdos internacionales. Gracias a la CACI y a otros tratados internacionales (por ejemplo, el Convenio de París de 1956, de ámbito europeo) en el tráfico no regular imperaba un principio de libertad, admitiendo los Estados la operación de las compañías en servicios de transportes de tercera, cuarta y quinta libertad. Pero en el tráfico regular imperaba un principio de reserva pública, de modo que sólo podían operarse los servicios previstos en tratados bilaterales específicos (normalmente inspirados en otros considerados modélicos o tipo y, por tanto, muy similares entre sí) que determinaban su ruta, frecuencia y características y aun la identidad o el número de compañías designadas para prestarlos (la de bandera, normalmente). En consecuencia, la prestación de servicios regulares de transporte aéreo entre dos Estados miembros requería el acuerdo y la designación previa de éstos. Este marco normativo, como es fácil de entender, propiciaba restricciones y discriminaciones basadas en la nacionalidad de las compañías o en el destino geográfico de los servicios aéreos y era claramente incompatible con los objetivos integradores y armonizadores de la Comunidad y con la unidad de mercado que se pretendía lograr (basada en la libertad de establecimiento, circulación y prestación de servicios y en la competencia e igualdad de oportunidades de los operadores del sector). Había, por tanto, que suprimir dichas restricciones, pero debía hacerse de modo gradual y controlado para reducir y evitar los riesgos y efectos económicos adversos a que podían verse expuestas, a raíz de esa apertura, las compañías aéreas tradicionalmente designadas (las abanderadas) para realizar esos servicios regulares.

Con ese propósito, las normas comunitarias primeramente impusieron la designación múltiple (obligando a cada Estado miembro a aceptar que otro Estado miembro designara dos o más compañías aéreas para la prestación de servicios aéreos regulares entre ellos, designación que podía hacerse «de país a país» en todo caso o de «ciudad a ciudad» en determinadas condiciones); obligaron a los Estados a permitir la implantación de servicios regulares de tercera y cuarta libertad entre aeropuertos de primera categoría de un Estado miembro y los regionales de otro; también obligaron a los Estados a permitir la combinación de servicios aéreos regulares (aunque sin tomar ni dejar pasaje en los puntos intermedios combinados y, bajo determinadas condiciones, el tráfico comunitario de quinta libertad de compañías comunitarias que ya realizasen tráfico de tercera o cuarta libertad sobre los

destinos de una ruta dada(8). Siguiendo esa misma pauta, posteriormente se generalizó la designación múltiple «ciudad a ciudad», se dejó expedito el tráfico de tercera y cuarta libertad entre cualquier tipo de aeropuerto, se obligó a los Estados a consentir los servicios combinados incluso cuando se efectuara tráfico entre los puntos combinados y se facilitó aún más el tráfico de quinta libertad(9). Las pocas restricciones que quedaron subsistentes fueron finalmente suprimidas por el Reglamento CEE/2408/1992, de 23 de julio, que completó el programa de liberalización. Después de esta disposición, pues, cualquier compañía aérea comunitaria pudo prestar toda clase de servicios aéreos, regulares o no, entre Estados miembros y aun dentro del territorio de cualquiera de ellos (tráfico de cabotaje).

Unificación de las condiciones de acceso a la actividad. La libertad de establecimiento, circulación y prestación de servicios que persiguen los objetivos comunitarios debía llevarse también al mercado único del transporte aéreo que se intentaba constituir. Por eso, en la última fase del proceso de liberalización se dictó una disposición para armonizar u homogeneizar las condiciones de otorgamiento de licencias de transporte aéreo en todos los Estados miembros. Fue el Reglamento CEE/2407/1992, de 23 de julio, que entró en vigor el 1 de enero de 1993 y reguló hasta finales de 2008, las condiciones en las que los Estados podían conceder y mantener licencias para el transporte aéreo remunerado de pasaje, correo o carga. Quedó al margen, sin embargo, el transporte de carácter local (esto es, los vuelos de transporte –recreativo, por ejemplo– que no se realizan entre aeropuertos diversos sino sobre un mismo aeropuerto) y el efectuado por aeronaves sin motor o ultraligeras con motor, cuya licencia de explotación se otorga de acuerdo con el Derecho nacional.

El otorgamiento de la licencia de actividad o explotación quedó subordinado a la obtención previa de un «certificado de operador aéreo» (AOC) y otros requisitos que analizaremos más adelante, al estudiar la regulación ahora vigente.

Asignación de franjas horarias. La libertad de transporte aéreo dentro del territorio comunitario había de verse forzosamente condicionada, sin perjuicio de otras limitaciones técnicas y jurídicas, por la capacidad finita de las infraestructuras que soportan la navegación aérea. La libertad de

8 Para ello se dictó la Decisión CEE/602/1987, de 14 de diciembre.

9 Todo ello en virtud del Reglamento CEE/2343/1990, de 24 de julio.

tráfico resulta menos efectiva cuando la utilización del espacio aeronáutico (asistida y controlada por los sistemas de ayuda a la navegación) o la de los aeropuertos se complica por la congestión o saturación de estas instalaciones.

Conscientes de ello, las propias compañías aéreas disponían de un sistema de coordinación horaria en el uso de los aeropuertos organizado a través de las conferencias de la IATA y de las directrices acordadas en el seno de esta organización. En dichas directrices se apoyaban muchas legislaciones nacionales, apreciándose una mutua aproximación entre aquéllas y éstas, recibiendo las primeras el respaldo del Derecho interno en cuanto no se opusieran a las normas de éste (sea mediante una recepción normativa –una remisión recepticia a las normas IATA–, sea mediante una recepción subjetiva –una delegación recepticia en favor de la entidad–). La tradicional autorregulación privada del uso de los aeropuertos fue así rodeándose de un nuevo marco público que la condiciona o delimita (un ejemplo de «autorregulación regulada») y que, tratándose de los Estados miembros, era preciso también incorporar al proceso de armonización o unificación comunitaria.

Por eso, en la tercera fase del proceso de definición de la política comunitaria sobre transporte aéreo se dictó también el Reglamento CEE/95/1993, de 18 de enero, sobre normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios.

Dicho reglamento fue luego modificado por los Reglamentos CE/894/2002, de 27 de mayo, CE/1554/2003, de 22 de julio; más tarde, con relevante alcance, por el Reglamento CE/793/2004, de 21 de abril; y recientemente, por el Reglamento CE/545/2009, de 18 de junio.

Las dos primeras modificaciones fueron puramente circunstanciales, de respuesta a la crisis que causó el trágico acontecimiento del 11 de septiembre de 2001. La tercera, en cambio, fue de más hondo calado, pues revisó íntegramente el Reglamento original –con algún retraso respecto de la fecha que este mismo preveía (art. 14)– a la luz de la experiencia adquirida en sus casi diez años de aplicación (periodo con importantes cambios en la estructura y la actividad comercial del sector –consolidación del fenómeno del bajo coste y de las compañías de franquicia, nuevas alianzas y fusiones, nuevos modelos de negocio y producción de los servicios de transporte–). Y la última y reciente modificación es también circunstancial, pues ha venido determinada por la caída del tráfico a raíz de la crisis económica y financiera global desatada en 2008 (y únicamente viene a evitar que las compañías pierdan sus franjas horarias por dejar de utilizarlas ante

la falta de demanda). Pero la eficacia de la normativa vigente es objeto de continuo seguimiento y valoración por la Comisión y no hay que descartar que pueda ser objeto de nuevas modificaciones, incluso de más general y profundo alcance.

Esta regulación comunitaria asume que la coordinación aeroportuaria puede tener carácter restrictivo de la libertad de tráfico (y empresa) y que, por tanto, debe tener lugar bajo criterio de excepcionalidad, aunque hoy sea frecuentemente requerida por el volumen del tráfico aéreo y la limitada capacidad de las infraestructuras. Las limitaciones horarias u operativas sólo se justifican por la necesidad de garantizar el ejercicio concurrente de todos los operadores o para conciliar sus derechos e intereses con otros igualmente relevantes, de titularidad pública o privada, que puedan verse afectados por la navegación o el tráfico. Por ello mismo, la coordinación debe estar sometida a Derecho; deben ser las leyes las que ponderen y prelacionen los derechos e intereses en juego –no sólo de las compañías– y las que establezcan los presupuestos y el alcance de las prohibiciones o restricciones que puedan imponerse a los operadores o acordarse entre ellos (autorregulación). Y esta es la función que cumple, a nivel comunitario y nacional, el Reglamento CEE/95/1993.

La asistencia en tierra. El proceso de liberalización se extendió también al conjunto de servicios reciben las compañías y aeronaves en el interior de los aeropuertos, proporcionados bien por el propio gestor de éstos, bien por empresas especializadas, bien por las propias compañías aéreas o sus filiales (autoasistencia) ([10]).

Muchos de estos servicios eran prestados bajo reserva y adjudicación pública, en régimen de exclusividad o monopolio, o con posiciones de dominio que podían distorsionar la competencia entre las compañías –por sus efectos sobre la calidad, coste y precio de los servicios aéreos–, situación incompatible con el proceso de liberalización completado. Por ello, la Directiva CE/67/1996, de 15 de octubre, obligó a dar entrada a nuevos operadores

10 La variada gama de servicios de asistencia en tierra (el Anexo de la Directiva CE/67/1996 identifica casi cuarenta) puede organizarse en cuatro grandes categorías: Los servicios de rampa, esto es, los que se prestan básicamente en la rampa o plataforma aeroportuaria (la superficie destinada al estacionamiento, estiba, desestiba y mantenimiento en viaje de las aeronaves), como los de operación en pista, suministro de combustible y lubricante y manipulación de equipajes, correo y carga. Los servicios de pasaje, referidos a la venta de billetes, facturación, embarque y desembarque, recogida de equipajes, tránsitos, reclamaciones, atenciones especiales...). Los servicios de carga, referidos al despacho de mercancías (recepción de carga, facturación, depósito, reexpedición...). Y todos los demás servicios de la operación aeronáutica (reconocimiento en tránsito, documentos de navegación y plan de vuelo, limpieza, atención de tripulaciones, trámites administrativos, etc...).

de *handling* en los aeropuertos comunitarios. Esta norma, referida también a la autoasistencia, aceptó que pudiera limitarse el número de operadores, atendiendo al tipo de servicios, a las condiciones de seguridad, capacidad y espacio disponible en el recinto aeroportuario y aun las exigencias del propio mercado. Pero también vino a exigir que esa limitación obedeciera a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, que fuera proporcionada, que se revisara cada cierto tiempo y que se eligiera a los operadores mediante un procedimiento transparente e imparcial.

También las tasas por utilización del aeropuerto (no de los servicios de asistencia en tierra propiamente dichos) tienen, como se comprende, notable incidencia en el negocio de las compañías y en el funcionamiento del mercado, habiéndose dictado, por ello mismo, la Directiva CE/12/2009, de 11 de marzo, sobre tasas aeroportuarias.

B) La vigente regulación comunitaria del transporte aéreo.

a) El acceso a la actividad. La licencia de transporte aéreo de las compañías comunitarias

Como acaba de explicarse, la política común europea ha ido progresivamente dejando la actividad comercial de transporte aéreo en manos de la libre iniciativa privada, gozando actualmente las empresas comunitarias de libertad para establecerse y prestar servicios comerciales de transporte aéreo en todo el territorio comunitario.

Mas para el ejercicio de esa libertad han de obtener una autorización o licencia de explotación que permite verificar, con fines preventivos, que reúnen las condiciones necesarias para desarrollar dicha actividad dentro de sus límites legales propios, supervisando la compatibilidad de dicho ejercicio privado con la tutela de los intereses públicos (seguridad aeronáutica, protección ambiental, protección de los consumidores, competencia mercantil, etc.). Así lo prevé el Reglamento CE/1008/2008, de 24 de septiembre, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad.

Este Reglamento, que ha venido a refundir y sustituir a los Reglamentos CE/2407/1992, 2408/1992 y 2409/1992, parte del principio comunitario de establecimiento para determinar la competencia nacional, de modo que debe otorgar dicha licencia de explotación el Estado en que la compañía aérea tenga su centro de actividad principal. Un criterio que, combinado con la legislación mercantil nacional, en la práctica suele remitir a la nacionalidad de la empresa (por ejemplo, una sociedad que pretenda radicar en España su principal establecimiento o explotación está obligada a tener su domicilio en territorio español, siguiéndose de ahí su nacionalidad española).

El otorgamiento de la licencia de transportista aéreo se subordina a la concurrencia de requisitos de tipo personal (las condiciones subjetivas del solicitante), objetivo (condiciones materiales y técnicas de la actividad a desarrollar) y formal (aportación de la información y documentación acreditativa correspondiente) que seguidamente se detallarán.

Requisitos personales o subjetivos. La empresa solicitante debe tener por objeto social o actividad principal los servicios de transporte aéreo, bien de forma exclusiva o bien en combinación con cualquier otra explotación comercial de aeronaves o de reparación y mantenimiento de aeronaves. Debe ser de propiedad comunitaria (esto es, debe pertenecer mayoritariamente a nacionales o Estados miembros y mantenerse bajo su control efectivo) salvo que se disponga otra cosa en acuerdos celebrados con terceros países. Debe gozar de buena reputación (requisito relacionado con la honorabilidad profesional de las personas que dirijan de manera continuada y efectiva las operaciones de la empresa; en España, por ejemplo, esa honorabilidad se presume en ausencia de ilícitos penales o administrativos). Y debe ser económicamente solvente, al punto de poder demostrar que puede hacer frente en cualquier momento a las obligaciones que haya contraído o pueda contraer durante los veinticuatro meses siguientes al inicio de la explotación y a los gastos fijos y de funcionamiento que originen las actividades incluidas en su plan de operaciones durante los tres meses siguientes al inicio de la explotación, sin tener en cuenta los ingresos procedentes de esta última.

La demostración de la solvencia es mucho menos rigurosa para las compañías que pretendan operar exclusivamente con aeronaves de baja capacidad (menos de 20 asientos o peso máximo al despegue inferior a 10 Tm.) y no ofrezcan servicios regulares o tengan un volumen de negocio que no supere los 3 M.€ anuales.

También como garantía de solvencia, pero desde una perspectiva muy diferente –la capacidad de hacer frente a obligaciones de carácter excepcional (como las de naturaleza extracontractual, por ejemplo)– debe mencionarse la exigencia de haber concertado seguros que cubran una eventual responsabilidad de la empresa para casos de accidente (arts. 4.h y 11 Reglamento CE/1008/2008 y Reglamento CE/785/2004) ([11]).

Requisitos técnicos u objetivos. La empresa solicitante debe tener a su disposición (en propiedad o mediante arrendamiento sin tripulación) una o

11 Véase también el Reglamento CE/2027/1997, de 9 de octubre, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

más aeronaves adecuadas para efectuar el transporte, así como la capacitación técnica y profesional adecuada para operarlas y mantenerlas en óptimas condiciones de seguridad. Las aeronaves deben estar convenientemente matriculadas. Y la solicitante debe ser, además, titular de un certificado de operador aéreo (AOC).

El AOC es un título que acredita la capacitación técnico-profesional y la organización necesarias para garantizar la operación de aeronaves en condiciones seguras, para las actividades aeronáuticas indicadas en él. La aptitud aeronáutica de la empresa se valora comprobando el cumplimiento de los criterios técnicos (establecidos antes por las Autoridades Conjuntas de Aviación [JAA] y en el futuro por la Agencia Europea de Seguridad Aérea [EASA]) contenidos en el código JAR-OPS 1 (normativa aeronáutica incorporado a los ordenamientos nacionales) y de los demás requisitos exigibles para la operación de aviones civiles con fines de transporte aéreo comercial (la armonización técnica de las normas y de los procedimientos técnicos de la aviación civil viene impuesta por el Reglamento CEE/3922/1991, de 16 de diciembre).

La expedición del AOC sirve también como técnica de control o fiscalización administrativa de los contratos de arrendamientos sobre aeronaves, al efecto de verificar que los términos y estado de servicio de las aeronaves arrendadas y las condiciones del arrendamiento garantizan su operación segura y responsable. Dicho arrendamientos están sujetos a una aprobación o aceptación administrativa previa a la que se subordina la operación con aeronaves arrendadas y aun la obtención o conservación de la licencia de explotación. Si el arrendamiento lo es de aeronave y tripulación, sólo será aceptado o aprobado el contrato cuando se cumplan normas de seguridad equivalentes a las exigidas para obtener el AOC, pues si las compañías pudieran desarrollar su actividad recurriendo a aeronaves o empresas que no cubrieran los requerimientos propios del AOC éste no cumpliría con su finalidad de control.

Requisitos formales. La solicitud de la licencia de explotación deber ir acompañada de la documentación adecuada para resolver sobre su procedencia (memoria de la empresa, plan de operaciones, informe económico-financiero…). La información contenida en la documentación requerida sirve tanto para controlar solvencia y viabilidad de la iniciativa empresarial (aspecto indirectamente relacionado con la seguridad de la operación),

como para hacer una valoración inicial de su compatibilidad con las normas tuitivas de la competencia.

Cumplidos los requisitos indicados a ninguna empresa puede negársele la licencia de transporte aéreo que es, por tanto, una autorización de carácter reglado. No hay, pues, reservas o restricciones cuantitativas que excluyan o impidan el acceso a la actividad. La licencia habilita o acredita a su titular como transportista aéreo, pero por sí misma no le confiere derecho a realizar tráfico alguno. Este derecho, en lo que se refiere a los mercados, rutas y servicios que pueda realizar, vendrá determinado por la extensión objetiva de la propia libertad de empresa reconocida a los transportistas aéreos eurocomunitarios o por el reconocimiento de otros específicos derechos de tráfico.

Dentro del Espacio Económico Europeo, esa libertad les permite realizar toda clase de tráfico, sin más limitaciones que las justificadas por razones de carácter técnico o estructural (ordenación de la navegación, capacidad aeroportuaria, idoneidad de los sistemas de ayuda, seguridad...), por razones socio-económicas (como sucede con las rutas de servicio público adjudicadas con exclusiva), de defensa de la competencia u otros motivos de interés público legalmente determinados (restricciones ambientales, por ejemplo).

Para servicios hacia o desde fuera del Espacio Económico Europeo, esa libertad ampara sólo determinados tipos de tráfico –las denominadas libertades del aire– previstos en convenios o acuerdos internacionales, siendo necesario distinguir entre servicios no regulares y servicios regulares, como luego se verá.

b) La acreditación de las compañías no comunitarias

Del mismo modo que se exige a las compañías comunitarias una licencia de transporte, las compañías de terceros países deben obtener una acreditación para operar en los Estados. Se trata también de un acto administrativo de control preventivo por el que se consiente el ejercicio de una libertad o derecho le-galmente reconocido (el acceso al mercado nacional de la compañía extranjera en virtud de los acuerdos y convenios aéreos suscritos con el Estado de la compañía) una vez constatada su existencia y comprobada la concurrencia de las condiciones propias del derecho. Control administrativo permitido por el Derecho Internacional (art. 5 CACI *in fine* y otros acuerdos y convenios suscritos por nuestro país) y normalmente previsto en las legislaciones nacionales, hallándose además cada Estado obligado, en virtud de la legislación comunitaria, a verificar que dichas compañías cumplen las condiciones (técnicas, operativas, de aseguramiento,

etc.) exigidas para operar sobre el territorio eurocomunitario (por ejemplo, Reglamento CE/2320/2002, de 16 de diciembre, y CE/785/2004, de 21 de abril).

Las condiciones y el procedimiento concretos de obtención de la acreditación se encuentran regulados, pues, en la legislación de los Estados, aplicable a todas las compañías aéreas de terceros países que pretendan efectuar cualquier clase de tráfico u ofrecer servicios desde o hacia sus territorios, incluso cuando actúen como meras comercializadoras de servicios prestados por otras compañías bajo acuerdos de código compartido (así, por ejemplo, debe obtener acreditación la compañía brasileña que oferte vuelos Madrid-Sao Paulo operados por una compañía española bajo un mismo código de vuelo).

Como la licencia de explotación, esta acreditación tampoco autoriza a operar o prestar servicios aéreos concretos, sino que otorga una habilitación o reconocimiento genérico que permite solicitar y obtener la pertinente autorización para hacerlo.

c) Las condiciones de ejercicio de la actividad

La licencia de explotación otorgada a las compañías comunitarias o la acreditación exigible a las compañías no comunitarias confieren una genérica habilitación para el transporte aéreo, pero no se refieren a servicios aéreos específicos. Para prestar estos servicios en ciertos casos aún es necesario obtener otra autorización a través de la que se comprueba que el tráfico va a tener lugar en las condiciones y con el alcance inherentes a la libertad de empresa generalmente reconocida (tráfico intracomunitario efectuado por compañías comunitarias) o, en defecto de ésta, a los más limitados libertades y derechos de tráfico reconocidos en virtud de acuerdos internacionales multinacionales o bilaterales, celebrados bien entre Estados, bien entre los Estados y la Unión Europea (tráfico intracomunitario efectuado por compañías no comunitarias o tráfico extra-comunitario).

Para el tráfico por la Comunidad (y por el Espacio Económico Europeo) las compañías comunitarias gozan de plena libertad de tráfico y ya no precisan, desde la entrada en vigor del Reglamento CE/1008/2008, ninguna otra autorización o permiso comercial (art. 15.2). Pero dicha libertad de tráfico no es absoluta, pues puede verse condicionada por los límites propios de la libertad de empresa de que deriva. Así, la facultad empresarial de elegir los destinos, rutas y frecuencias de los servicios a realizar encuentra su primer límite en las normas que disciplinan la navegación aérea en aras de la seguridad (una detallada reglamentación técnica que acoge las recomendaciones de organismos internacionales, como la OACI [Anexos], las JAA [códigos JAR] o la EASA); por ejemplo, no se pueden prestar servicios de largo alcance con aviones que no sean idóneos para ello o con una tripulación escasa. Un segundo límite deriva de las normas que imponen la utilización de la infraestructura aeroportuaria y de ayuda a la navegación; así, por ejemplo, no es posible el tráfico comercial internacional hacia o desde un aeródromo sin servicios aduaneros,

ni con aeronaves inadecuadas a la categoría técnica del aeropuerto, ni por itinerario o niveles de vuelos que no hayan sido autorizados por los servicios de control del tránsito. Y un tercer límite tiene origen en la política o el interés comercial de los Estados sobre los que se realiza, especialmente en el caso del tráfico exterior, pues, como se ha explicado, la libertad de tráfico de las compañías comunitarias sólo es plena en el espacio económico europeo, siendo las convenciones internacionales o los acuerdos alcanzados con terceros países por los Estados miembros o la propia Unión Europea los que determinan las posibilidades de tráfico, como luego se verá (así, por ejemplo, el tráfico entre dos Estados miembros puede verse condicionado o limitado si es continuación de un vuelo regular emprendido en un tercer Estado no comunitario).

No han de confundirse estos límites ordinarios de la libertad de tráfico del transportista aéreo comunitario, que por su carácter esencial tienen vocación de generalidad y permanencia, con otras prohibiciones que sólo circunstancial u ocasionalmente impiden o restringen el ejercicio de dicha libertad. A esta clase de restricciones o limitaciones se refiere genéricamente, en lo que atañe al tráfico nacional y comunitario, el Reglamento CE/1008/2008: «El ejercicio de los derechos de tráfico estará sujeto a las normas comunitarias, nacionales, regionales o locales publicadas relativas a la seguridad, intrínseca o extrínseca, la protección del medio ambiente y la asignación de franjas horarias» (art. 19.1). Así, los Estados pueden

- Regular la distribución del tráfico entre los aeropuertos que, por estar próximos o bien comunicados, prestan servicio a una misma ciudad o conglomeración urbana (para exigir, por ejemplo, que todos los servicios regulares utilicen un mismo aeropuerto; o que lo hagan las aeronaves de una determinada capacidad) siempre que lo hagan con proporcionalidad, transparencia (y publicidad), objetividad y sin discriminaciones basadas en los destinos de los vuelos comunitarios ni en la nacionalidad o identidad de las compañías aéreas (art. 19.2).
- Restringir e incluso impedir el tráfico cuando existan problemas ambientales graves, sobre todo cuando otras modalidades de transporte proporcionen niveles adecuados de servicio (desde Madrid-Barajas, por ejemplo, podría limitarse o excluirse el tráfico con Sevilla o Málaga por exigencias ambientales porque el tren de muy alta velocidad ofrece un nivel de servicio adecuado y aun equivalente). La limitación debe ser proporcionada (no más restrictiva de lo estrictamente indispensable), temporal (no superior a tres años), no discriminatoria y respetuosa de la competencia entre las aerolíneas (art. 20).
- Restringir e incluso excluir el tráfico por falta de capacidad aeroportuaria, de acuerdo con el código de conducta sobre reparto o asignación de gateras o franjas horarias aeroportuarias (*slots*) contenido en el Reglamento CEE/95/1993

(con sus varias modificaciones) y basado en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

– Limitar o excluir el tráfico mediante la declaración de obligaciones de servicio público, como luego se explicará (art. 16).
– Excluir, limitar o someter a determinadas condiciones el tráfico por razones de urgencia, esto es, para afrontar la resolución de problemas de corta duración derivados de situaciones de fuerza mayor (o sea, imprevisibles e inevitables). Las restricciones deben ser proporcionadas y transparentes y basadas en criterios objetivos y no discriminatorios (art. 21).

El tráfico extracomunitario de las compañías comunitarias, como el tráfico intracomunitario de las compañías no comunitarias, sólo puede tener lugar en las condiciones y con el alcance determinados por un conjunto de acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales, celebrados por los Estados o por la Unión Europea (la armonización de la política comercial exterior de los Estados miembros en materia de transporte aéreo es ineludible tras la liberalización del mercado interior, pues no resultaba compatible con ella el mantenimiento de acuerdos bilaterales de tráfico entre los Estados miembros y terceros Estados basados en la propiedad y el control nacional de sus compañías –varias SSTJUE de 5 de noviembre de 2002–).

– El acuerdo multilateral más importante es la CACI. En virtud de este tratado, los Estados se han reservado la facultad de excluir o consentir la prestación de servicios internacionales de transporte aéreo regular (art. 6), comprometiéndose, en cambio, a permitir el sobrevuelo de su territorio (primera libertad del aire) y la escala técnica en él (segunda libertad) para la prestación de servicios regulares o no regulares, aunque pueden exigir el aterrizaje o imponer determinadas rutas o restricciones por razones de seguridad (art. 5). De forma más restringida (esto es, con sujeción a las reglamentaciones, condiciones y restricciones impuestas por cada uno), los Estados firmantes se han comprometido, además, a aceptar el desembarque (tercera libertad) y embarque (cuarta libertad) en su territorio de pasaje, correo y carga con origen o destino en el territorio del Estado de nacionalidad de una aeronave para la prestación de servicios no regulares.
– La libertad comercial o de tráfico de las compañías de los Estados firmantes de la CACI se ha ido ampliando en virtud de otros instrumentos multilaterales y bilaterales configurando nuevas libertades del aire. El Convenio de París de 1956, por ejemplo, contempló la posibilidad, para servicios no regulares, de embarcar o desembarcar en el territorio de un Estado, pasaje, correo o carga

con destino u origen en el territorio de cualquier otro Estado firmante (tráfico de quinta libertad). Y en otros ámbitos regionales o particulares se reconocen o admiten otras posibilidades de tráfico, de sexta libertad, embarcando pasaje, correo o carga en el territorio de un Estado con destino al de otro y haciendo escala comercial en el Estado de nacionalidad de la aeronave; de séptima libertad, realizando tráfico entre dos Estados sin hacer escala en el de nacionalidad de la aeronave; de octava libertad, realizando tráfico en el territorio de un Estado sin hacer escala en el de nacionalidad de la aeronave –o sea, tráfico de cabotaje nacional–; y de novena libertad, transportando pasajeros, correo o carga entre tres o más países.

- Si la CACI y otros acuerdos multilaterales propiciaron el desarrollo del tráfico internacional, generalizando algunas de esas libertades en los servicios no regulares, los servicios regulares se fueron extendiendo en virtud de un vasto conjunto de acuerdos bilaterales que determinan más limitadamente (fijando número de compañías, rutas, capacidad, frecuencias, aeropuertos, tarifas, etc.) las condiciones del tráfico aéreo entre los Estados. En este último caso, antes que de libertad o libertades de tráfico, parece más apropiado hablar de derechos de tráfico; derechos nacidos de estos instrumentos bilaterales que los Estados adjudican a sus respectivas compañías designadas.
- Como se verá luego, la Unión Europea viene impulsando la sustitución de dichos acuerdos bilaterales (muchos de ellos basados, como se ha dicho, en la propiedad y control nacional de las compañías designadas y, por ello mismo, incompatibles con el ordenamiento comunitario) por acuerdos generales entre la Unión y terceros países. Asimismo, también se han dictado reglas para tratar de armonizar el contenido de los acuerdos bilaterales entre los Estados miembros y terceros países y conciliarlo con las exigencias de la competencia interna.

d) La autorización de servicios aéreos comerciales

Hasta la entrada en vigor del Reglamento CE/1008/2008, los Estados podían exigir a las compañías aéreas comunitarias que solicitasen la pertinente autorización comercial antes de establecer e iniciar un servicio de transporte aéreo, regular o no, verificándose a través de ésta intervención administrativa la existencia de la libertad o de los derechos de trafico pertinentes y la ausencia de impedimentos (de seguridad[12]), ambientales, etc.)

12 Véase la Directiva CE/36/2004, de 21 de abril, relativa a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan los aeropuertos de la Comunidad (el Reglamento CE/768/2006, de 19 de mayo, aplica dicha directiva en lo relativo a la recogida y el intercambio de información sobre la seguridad de las aeronaves; y el Reglamento CE/351/2008, de 16 de abril, en lo que atañe a la asignación de prioridad en las inspecciones en pista de las aeronaves que utilizan los aeropuertos de la Comunidad). También, el Reglamento CE/474/2006, de 22 de marzo,

para ejercitarlos. Ahora dicho régimen autorizatorio sólo puede mantenerse para las compañías no comunitarias (que han de estar además acreditadas, como se ha visto).

No debe confundirse esta autorización comercial con los permisos que debe obtener toda compañía para utilizar un aeropuerto con problemas de congestión y sometido a coordinación (el slot aeroportuario que autoriza la salida o llegada de una aeronave en un franja horaria y días determinados) o para mover sus aeronaves (el slot aeronáutico o circulatorio que se otorga contra la presentación de un plan de vuelo y permite seguir y controlar el vuelo), sin que, por otro lado, la obtención de aquélla autorización permita concluir la existencia de éstos permisos ni el derecho a obtenerlos.

e) La designación de compañías aéreas (adjudicación de servicios aéreos regulares extracomunitarios).

Como se ha explicado, la prestación de servicios aéreos regulares de alcance extracomunitario está subordinada a la obtención de derechos de tráfico específicos otorgados según lo pactado en tratados o acuerdos bilaterales entre los Estados afectados (o la Unión Europea). Normalmente, dichos tratados limitan el número de compañías que pueden prestar servicios aéreos regulares entre los Estados miembros y un tercer Estado, con el fin de proteger los intereses comerciales de las compañías de éste. Dichos servicios, por consiguiente, no podrán ser prestados por todas las compañías comunitarias, pero éstas sí han de poder competir, en igualdad de oportunidades, en el procedimiento para la designación de la o las compañías que vayan a ejercitar dichos derechos de tráfico.

Así, por ejemplo, Brasil y España pueden acordar que sólo dos compañías presten servicio entre Río de Janeiro y Madrid, debiendo ser una de ellas venezolana y la otra comunitaria (de pactarse que esta segunda compañía fuera de propiedad española, el acuerdo celebrado por España no sería compatible con el Derecho Comunitario). Pero luego será necesario elegir o designar la compañía comunitaria que vaya a prestar dicho tráfico entre las interesadas en hacerlo, lo que deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto en Derecho nacional.

En España, por ejemplo, el tráfico regular extracomunitario puede considerarse sometido a una reserva pública cuyo alcance objetivo viene determinado por los tratados internacionales concluidos por España (arts. 128.2 y 92 a 96 de la Constitución Española, en relación con el art. 88 de la Ley de Navegación Aérea). Y tratándose de una actividad reservada, su ejercicio requiere una auténtica concesión administrativa, debiendo tenerse por concesionarias a las compañías designadas para efectuar dicho tráfico. La legislación española no regula ningún procedimiento específico para efectuar esta designación

por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (prevista en el capítulo II del Reglamento CE/2111/2005).

nacional, aunque sí contempla (art. 73 de la Ley de Navegación Aérea) la convocatoria de concursos públicos para la concesión de servicios regulares a empresas de nacionalidad española –o comunitaria, deberíamos añadir hoy, a la luz del Derecho Comunitario–. Pero a falta de una regulación específica, tanto el régimen de la adjudicación como de la relación jurídica con la compañía designada plantean interrogantes, para los que no siempre ofrecen respuestas los acuerdos internacionales que, por otra parte, tienen rango normativo suficiente para imponerse a las disposiciones genéricas de la legislación nacional.

f) Las obligaciones de servicio público

Aunque la expresión servicio público puede emplearse con diversas acepciones, la más tradicional y extendida se refiere a la existencia de sectores o actividades reservados a la iniciativa pública y excluidas, por tanto, del ámbito propio de la libertad de empresa, sin perjuicio de que, aun hallándose en mano pública y bajo su dirección, puedan ser desarrolladas con el concurso o la colaboración de la iniciativa privada.

Pero del mismo modo que puede hacerse pública reserva de recursos o sectores completos, que se reputen de carácter esencial, cabe dejar su explotación a la libre iniciativa particular y limitar o excluir ésta sólo circunstancialmente, en relación con servicios o prestaciones concretos, cuando existan motivos de interés público legalmente determinados que lo justifiquen. Tal es el presupuesto ideal de las obligaciones de servicio público que se han venido estableciendo, al liberalizar actividades económicas tradicionalmente reservadas a la iniciativa pública, para garantizar la prestación o atención de determinadas necesidades, servicios o niveles de servicio considerados esenciales.

En el caso del transporte aéreo, en concreto, para garantizar la existencia de servicios aéreos en trayectos con escaso o nulo interés económico para las compañías aéreas, pues la inexistencia de enlaces aéreos, más en ausencia de otras alternativas de transporte o en territorios insulares, puede comprometer la igualdad efectiva de los ciudadanos, la libre circulación, la participación política, la salud, el trabajo, el progreso social y económico o el desarrollo regional y otros valores y objetivos públicos que no pueden quedar subordinados sólo a la dinámica de la rentabilidad, esto es, del mercado y la competencia.

Así, con la finalizar de garantizar la existencia de enlaces aéreos en determinadas rutas (las de baja densidad de tráfico con aeropuertos de carácter regional, si se consideran esenciales para el desarrollo de la región, o las de conexión con aeropuertos de una región periférica o en desarrollo), el Reglamento CE/1008/2008 prevé que pueda limitarse el tráfico regular sobre determinadas rutas (imponiendo obligaciones concretas relativas a la continuidad, regularidad, capacidad y precios de los servicios) y aun de reservarlo a una sola compañía aérea con la finalidad de garantizar la prestación de servicios aéreos

(art. 16). Sólo en casos tasados, pues, y sólo en la medida necesaria para garantizar una adecuada prestación de los servicios pueden establecerse estas restricciones comerciales.

La adopción de estas medidas requiere la previa consulta de los Estados interesados y haber informado a la Comisión, la cual publicará en el DOUE la existencia de esa misión u obligación de servicio público (la Comisión mantiene actualizado el listado de rutas con obligaciones de servicio público –unas 200 en toda la Unión Europea en 2009, 16 de ellas en España–).

Si ninguna compañía aérea estuviere interesada en efectuar el transporte con las condiciones (de regularidad, precio, capacidad, etc.) impuestas por la misión de servicio público, el Estado podrá reservar dicha ruta a una sola compañía durante un periodo de hasta cuatro años, adjudicándole el derecho a realizarla mediante un procedimiento de licitación pública regulado por el propio Reglamento CE/1008/2008. Deberá efectuar el servicio en las condiciones exigidas, pudiendo recibir del Estado una compensación por los gastos que le ocasione el servicio.

Así, las obligaciones de servicio público vienen a combinar la libertad de empresa con el servicio público. Y revelan un doble propósito: de un lado, hacen partícipes a las compañías aéreas que pretendan efectuar tráfico regular sobre una determinada ruta de las necesidades públicas; y de otro, hacen partí-cipe al interés público de la eventual rentabilidad económica del tráfico. Hay otras formas de satisfacer las necesidades públicas –la gestión directa, por ejemplo, cuando la rentabilidad es tan escasa que la iniciativa privada no se presta a colaborar–, pero de este modo la Administración puede garantizar la prestación de un servicio público sin costes organizativos y sin asumir la titularidad de la actividad. Posibilidad que puede también valorarse desde la perspectiva de la denominada huida del Derecho Administrativo (piénsese en las implicaciones de esta técnica desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa).

C) Otros objetos de la política comunitaria

La liberalización del transporte aéreo y la creación del mercado comunitario del sector no han sido los únicos objetivos de la política comunitaria. También la adecuación y armonización de sus infraestructuras técnicas, la seguridad interior del vuelo frente a la amenaza de ilícitas interferencias, los derechos del pasajero o la formación de una política exterior común han sido objeto de la regulación comunitaria. No resulta aquí posible examinarlas con detalle, pero si dar algunas indicaciones que permitan completar la visión general que se pretende trasladar en este comentario.

En lo tocante a los aspectos técnicos, es evidente que la libertad de circulación y la unidad del mercado comunitario del transporte aéreo no podrían ser efectivas si el personal, las aeronaves y la operación técnica de las compañías aéreas no mantuvieran

condiciones técnicas homogéneas y comúnmente aceptadas por los Estados miembros. Por ello, otro de los objetivos de la política comunitaria ha sido la *armonización técnica* de la actividad aeronáutica que constituye una necesidad comercial pero cumple también objetivos de seguridad, ambientales(13), de protección de la salud y de fomento de la competitividad y desarrollo tecnológico del sector. Así, se han dictado sucesivas disposiciones sobre certificaciones de aeronavegabilidad, productos, componentes, equipos, organizaciones de diseño y producción o de formación(14). Y también sobre armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil, acogiendo la regulación técnica de las JAA, de modo que sus códigos técnico-aeronáuticos (los códigos JAR) han sido incorporados al ordenamiento comunitario como se ha dicho antes (la norma comunitaria de cabecera es el Reglamento CEE/3922/1991, de 16 de diciembre, sobre armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil [con sus modificaciones]). Pero la Unión Europea ha querido ir más lejos asumiendo por sí misma la elaboración y aplicación de las normas de armonización técnica que el sector precisa (con ese propósito se ha creado la Agencia Europea de Seguridad Aérea)(15) e impulsando la investigación aeronáutica(16) y la investigación de los incidentes o accidentes aeronáuticos con el fin preventivo de determinar sus causas y evitar su repetición(17).

En este orden técnico también ha sido objeto de interés comunitario la *gestión del tráfico aéreo*. La tradicional configuración del espacio aéreo comunitario (fragmentado administrativamente por las fronteras territoriales de los Estados, con amplias zonas reservadas a la aviación militar y basado en la existencia de aerovías o pasillos aéreos) y del modelo de gestión del tráfico aéreo (efectuada por centros nacionales de control con criterios y sistemas propios, aunque armonizados a través de Eurocontrol), que procede

13 Véanse, por ejemplo, la Directiva CEE/629/1989, de 4 de diciembre, sobre limitación de emisiones sonoras de los aviones de reacción subsónicos civiles, y la Directiva CE/30/2002, de 26 de marzo de 2002, sobre establecimiento de normas y procedimientos para la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido en los aeropuertos comunitarios.

14 Véanse el Reglamento CE/1702/2003, de 24 de septiembre, por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción. Y el Reglamento CE/2042/2003, de 20 de noviembre, sobre el mantenimiento de la aeronavegabilidad de las aeronaves y productos aeronáuticos, componentes y equipos y sobre la aprobación de las organizaciones y personal que participan en dichas tareas.

15 Véase el Reglamento CE/216/2008, de 20 de febrero, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) n° 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE.

16 Véase, por ejemplo, el Reglamento CE/71/2008, de 20 de diciembre de 2007, por el que se crea la Empresa Común Clean Sky. O el Reglamento CE/219/2007, de 27 de febrero, relativo a la constitución de una empresa común para la realización del sistema europeo de nueva generación para la gestión del tránsito aéreo (SESAR).

17 Véanse la Directiva CE/56/1994, de 21 de noviembre, por la que se establecen los principios fundamentales que rigen la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil, y la Directiva CE/42/2003, de 13 de junio, relativa a la notificación de sucesos en la aviación civil.

de la década de 1960, restaba fluidez al tráfico aéreo y originaba problemas de congestión que se acentuaron por el crecimiento y diversificación del tráfico aéreo propiciados por la liberalización comunitaria. Para solventar esta dificultad se han dictado diversas disposiciones (agrupadas bajo la iniciativa denominada «Cielo Único Europeo», *One Single Sky*) ([18]), dirigidas a reorganizar y mejorar la integración del espacio aéreo comunitario, para la que se cuenta también con los recursos y la experiencia de Eurocontrol, organización internacional a la que se ha adherido también la Unión Europea.

Otro objeto relevante y polémico es el de la *seguridad pública*. Los atentados del 11 de septiembre de 2001 sentaron un trágico hito en la historia de la aviación comercial cuyos negativos efectos se dejan sentir todavía. En el 2001 el tráfico cayó un 5 por 100 y se registraron pérdidas económicas por más de 8.000 M€ en las cuentas de las compañías aéreas. El sector, ciertamente, ha ido recuperándose en los años posteriores, pero la amenaza terrorista sigue presente y las medidas de seguridad introducidas en aeropuertos y aeronaves no terminan de devolver la confianza a los pasajeros.

El anclaje normativo de dichas medias se encontraba en el Reglamento CE/ 2320/2002, de 16 de diciembre, de normas comunes en el ámbito de la seguridad de la aviación civil, complementado por el muy polémico Reglamento 622/2003/CE, de 4 de abril (con sucesivas modificaciones), que contenía en un Anexo secreto, no publicado, las medidas específicas de control a aplicar en los aeropuertos, contradiciendo el esencial principio jurídico de la publicidad normativa. Precisamente por eso, el TJUE, mediante

18 Véanse los Reglamentos CE/549/2004, de 10 de marzo de 2004, por el que se fija el marco para la creación del cielo único europeo; CE/550/2004, de 10 de marzo, relativo a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo; CE/551/2004, de 10 de marzo, relativo a la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo; y CE/552/2004, de 10 de marzo, relativo a la interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo. También el Reglamento CE/2150/2005, de 23 de diciembre, por el que se establecen normas comunes para la utilización flexible del espacio aéreo; el Reglamento CE/730/2006, de 11 de mayo de 2006, relativo a la clasificación del espacio aéreo y al acceso de los vuelos efectuados de acuerdo con las reglas de vuelo visual por encima del nivel de vuelo 195; el Reglamento CE/1032/2006, de 6 de julio, por el que se establecen requisitos para los sistemas automáticos de intercambio de datos de vuelo a efectos de notificación, coordinación y transferencia de vuelos entre dependencias de control del tránsito aéreo; el Reglamento CE/1033/2006, de 4 de julio, por el que se establecen los requisitos relativos a los procedimientos de los planes de vuelo en la fase de prevuelo para el cielo único europeo; el Reglamento CE/ 1794/2006, de 6 de diciembre, por el que se establece un sistema común de tarificación de los servicios de navegación aérea; el Reglamento CE/633/2007, de 7 de junio, por el que se establecen requisitos para la aplicación de un protocolo de transferencia de mensajes de vuelo utilizado a efectos de notificación, coordinación y transferencia de vuelos entre dependencias de control del tránsito aéreo; el Reglamento CE/1265/2007, de 26 de octubre, por el que se establecen prescripciones sobre la separación entre los canales utilizados en la comunicación oral aeroterrestre en el cielo único europeo; el Reglamento CE/1315/2007, de 8 de noviembre de 2007, relativo a la supervisión de la seguridad en la gestión del tránsito aéreo y por el que se modifica el Reglamento CE/2096/2005; el Reglamento CE/482/2008, de 30 de mayo, por el que se establece un sistema de garantía de la seguridad del software que deberán implantar los proveedores de servicios de navegación aérea y por el que se modifica el anexo II del Reglamento CE/2096/2005; el Reglamento CE/29/2009, de 16 de enero, por el que se establecen requisitos relativos a los servicios de enlace de datos para el cielo único europeo; o el Reglamento CE/262/2009, de 30 de marzo, por el que se establecen requisitos para la atribución y utilización coordinadas de los códigos de interrogador en modo S para el cielo único europeo.

Sentencia de 10 de marzo de 2009, le negó toda fuerza vinculante o eficacia obligatoria sobre los particulares(19). Ahora la norma de referencia es el Reglamento CE/300/2008, de 11 de marzo, sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil (desarrollado por el Reglamento CE/820/2008, de 8 de agosto, y completado por el Reglamento CE/272/2009, de 2 de abril)(20).

La *protección del consumidor*, uno de los objetivos inspiradores de las políticas eurocomunitarias, también ha dirigido la definición de la política común de transporte aéreo. Diversas disposiciones tratan de salvaguardar los intereses de los usuarios del transporte aéreo, otorgándoles ciertos derechos para mejorar y equilibrar su posición jurídica frente a las compañías aéreas, particularmente cuando se ven afectados por situaciones inconvenientes derivadas de sus prácticas comerciales (sobreventa, interlineado, fletes) o de las propias exigencias de la operación aeronáutica (retrasos, cancelaciones).

La legislación internacional (el Convenio de Varsovia de 1929, antecedente del Convenio de Montreal de 1999, al que ahora está adherida la Comunidad Europea en virtud de la Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001) y nacional en la que tradicionalmente venía basándose el contrato de transporte no siempre protegían suficientemente los intereses del consumidor, expuesto con frecuencia a condiciones de contratación abusivas (obligación de soportar los retrasos, las cancelaciones o el *overbooking*), mal servicio (pérdidas o roturas de equipaje, falta de información) o desatención comercial de las compañías (ocultación de tarifas más favorables, aplicación de restricciones no advertidas, ocultación del operador material del vuelo). Además, tampoco garantizaba el flujo de información, la transparencia y la armonización necesarias para que la libertad de elección del consumidor fuera efectiva, dependiendo de ella la competencia y el adecuado funcionamiento del mercado comunitario surgido de la liberalización. Es importante, en efecto, que los viajeros puedan tener una información actualizada y exacta de la oferta de cada compañía; que los servicios tengan un contenido mínimamente armonizado aunque difiera la nacionalidad de la compañía; que existan unas garantías de servicio comunes; y que las diferencias entre las legislaciones nacionales no dificulten la resolución de las reclamaciones o litigios derivados de la contratación o prestación de los servicios aéreos.

En esa triple dirección (equilibrio contractual, información, seguridad técnica y jurídica) se ha movido la regulación comunitaria, bien incorporando garantías y cautelas en interés de los consumidores en sus disposiciones de carácter más general (por ejemplo, so-

19 Véanse también el Reglamento CE/1217/2003, de 4 de julio, por el que se establecen especificaciones comunes para los programas nacionales de control de calidad de la seguridad de la aviación civil; y el Reglamento CE/1138/2004, de 21 de junio, por el que se establece una definición común de las zonas críticas de las zonas restringidas de seguridad de los aeropuertos.

20 Véase también el Reglamento UE/1254/2009, de 18 de diciembre, por el que se fijan criterios que permitan a los Estados miembros no aplicar las normas básicas comunes sobre la seguridad de la aviación civil y adoptar medidas de seguridad alternativas.

bre sistemas informatizados de reserva, libertad de precios o coordinación aeroportuaria), bien aprobando otras específicas sobre seguridad[21], compensaciones por denegación de embarque y cancelaciones (particular sobre el que importa conocer la jurisprudencia sentada en las SSTJUE *Wallentin-Hermann vs. Alitalia* de 22 de diciembre de 2008, *Redher vs. Air Baltic* de 9 de julio de 2009 y *Sturgeon c. Condor*, de 19 de noviembre de 2009)[22], responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (véase la STJUE *Bogiatzi c. Luxair*, de 22 de octubre de 2009)[23], viajes combinados[24], pasajeros con movilidad reducida[25], cesión de datos de los pasajeros[26], etc.

Una última referencia hay que hacer a *la política exterior en materia de transporte aéreo*. La formación de un mercado eurocomunitario de transporte aéreo, en el que todas las compañías comunitarias pueden libremente prestar servicios de transporte aéreo por el territorio comunitario, ha supuesto que devinieran contrarios al ordenamiento comunitario muchos acuerdos bilaterales de transporte aéreo regular firmados entre los Estados miembros y terceros Estados conforme a los cuales sólo compañías aéreas poseídas o controladas por nacionales de los Estados firmantes podían ser designadas para prestar servicios aéreos entre dichos países.

El TJUE, en varias sentencias de 5 de noviembre de 2002 (condenando por incumplimiento a algunos Estados miembros –Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo, Reino Unido y Suecia– que habían celebrado acuerdos bilaterales de cielos abiertos con los EEUU), concluyó que esa clase de acuerdos limitan la igualdad de oportunidades entre las compañías comunitarias y son discriminatorios y, por tanto, contrarios al Derecho comunitario, debiendo los Estados revisar dichos acuerdos con el fin de garantizar las mismas posibilidades de acceso a las rutas o servicios aéreos desde cada Estado miembro para todas las compañías comunitarias.

En junio de 2003 los Estados y la Comisión acordaron que la revisión de dichos acuerdos bilaterales podría hacerse mediante negociaciones impulsadas por la propia Co-

21 Véase el Reglamento CE/2111/2005, de 14 de diciembre, relativo al establecimiento de una lista comunitaria de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad y a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora, y por el que se deroga el artículo 9 de la Directiva 2004/36/CE.

22 Véase el Reglamento CE/261/2004, de 11 de febrero, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (con sus correspondientes modificaciones).

23 Véase el Reglamento CE/2027/1997, de 9 de octubre, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

24 Véase la Directiva CEE/314/1990, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

25 Véase el Reglamento CE/1107/2006, de 5 de julio, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.

26 En el marco general de la Directiva CE/46/1995 sobre protección de datos, ha sido preciso negociar y alcanzar algunos acuerdos para garantizar el respecto de sus disposiciones en relación con la cesión de datos de los pasajeros a terceros países (el denominado PNR, *passengers name record*).

misión en representación de los propios Estados dirigidas a concluir "acuerdos horizontales" entre la Unión Europea y terceros países o mediante negociaciones bilaterales impulsadas individualmente por cada Estado (dirigidas a alcanzar un nuevo acuerdo bilateral).

Para este último supuesto se dictó el Reglamento CE/847/2004, de 29 de abril, sobre negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados miembros y terceros países, que estable un procedimiento para la notificación y autorización de dichos acuerdos, con el fin de que los Estados miembros puedan tener conocimiento de los acuerdos bilaterales que celebra cada uno de ellos y para asegurar que se incluyen en ellos cláusulas normalizadas que garanticen su conformidad con la legislación comunitaria.

Y por lo que respecta a la conclusión de acuerdos horizontales, cabe añadir que la Comisión ha concluido ya medio centenar de ellos. En este línea, aunque no tiene carácter vinculante (no crea obligaciones jurídicas internacionales), importa mencionar la muy reciente Declaración Política de Principios para la implementación de los Acuerdos Bilaterales de Transporte Aéreo (suscrita en Montebello [Canadá] el 16 de noviembre de 2009 por Chile, Malasia, Panamá, Singapur, Suiza, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos y la Comisión Europea), que presumiblemente permitirá reducir las restricciones para la prestación de servicios regulares internacionales de transporte aéreo en un ámbito que representa casi el 60% de la aviación global.

III. La Defensa de la Competencia en el Transporte Aéreo

Si el objetivo principal de las normas analizadas en los anteriores apartados era facilitar la creación de un mercado comunitario de transporte aéreo, garantizar la igualdad de oportunidades de las compañías comunitarias y armonizar el contenido mínimo o esencial de sus servicios, ahora hemos de ocuparnos de las que velan por el adecuado funcionamiento del mercado así constituido.

Dejada a la iniciativa particular la actividad del transporte aéreo, los poderes públicos deben garantizar la efectividad de la libertad de empresa y el respeto de los principios de la economía de mercado que constituyen el marco de esa libertad. Este modelo económico, basado en la libre competencia de las empresas, es, precisamente, el que justifica determinadas intervenciones públicas o restricciones sobre la libertad de empresa que tienen por finalidad la defensa de aquel principio básico. Y el conjunto de normas que amparan y concretan esa intervención pública conforman el denominado Derecho de la Competencia, un corpus normativo al que ha contribuido notablemente el Derecho Comunitario.

Básicamente, el Derecho Comunitario de la competencia se encuentra actualmente recogido en los artículos 101 a 109 TFUE (Cap. I, Tít. VII) [27], preceptos que prohíben determinados acuerdos y prácticas empresariales contrarias al juego de la competencia, así como el otorgamiento de ayudas públicas que puedan falsearla. Anteriormente ya se ha indicado que la aplicabilidad de estas reglas generales sobre la competencia al sector del transporte aéreo (y marítimo) fue cuestionada antes de ser confirmada por la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE *Nouvelles Frontières* de 30 de abril de 1986 y *Saeed y Silverline* de 11 de abril de 1989), momento a partir del cual, acompañando cada uno de los paquetes de medidas de liberalización del sector, se dictaron normas complementarias y específicas para adecuar las reglas de defensa de la competencia a las peculiaridades del sector.

Algunas disposiciones fueron dirigidas a clarificar y exigir la observancia de las reglas de la competencia en este ámbito, incluyendo multas de carácter coercitivo o sancionador u ordenando las funciones y competencias respectivas de la Comisión, del Tribunal de Justicia y de las autoridades nacionales. Otras se dictaron para autorizar la existencia de algunos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que, pese a tener carácter restrictivo de la competencia, se consideran aceptables y convenientes para el funcionamiento del mercado y el progreso económico y técnico del sector (por ejemplo, referidos al interlineado, la asignación de franjas horarias, las consultas tarifarias, la asistencia en tierra, los sistemas informáticos de reserva o la asistencia en tierra). Y algunas otras, en fin, se refieren a la concentración de empresas o la percepción de ayudas públicas.

De todas estas disposiciones especiales dictadas en desarrollo y aplicación de las reglas comunitarias generales sobre la competencia se dará cuenta seguidamente.

A) La aplicación de las normas de la competencia en el transporte aéreo

Siendo uno de los objetivos de la Unión el establecimiento de un mercado interior y ostentando competencia exclusiva para establecer las normas de competencia necesarias para garantizar el funcionamiento de dicho mercado (art. 3.1.b TFUE), el propio Tratado prohíbe una serie conductas que se consideran contrarias a la libre y leal competencia.

Dicha prohibición alcanza, primero, a los acuerdos, decisiones o prácticas empresariales que puedan afectar al comercio comunitario y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (que el art. 101 TFUE, además, reputa nulos de pleno Derecho si llegan a darse). No obstante, puedan exceptuarse y autorizarse algunas conductas, de forma singular o genérica, cuando «contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una partici-

27 Sus preceptos homólogos en los arts. 81 a 89 TCEE.

pación equitativa en el beneficio resultante», siempre que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar sus objetivos y que no les ofrezcan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

La prohibición se refiere, en segundo lugar, a las conductas o prácticas empresariales que impliquen un abuso derivado de una posición prevalente o de dominio en el mercado de que se trate (art. 102 TCE).

Y la prohibición alcanza, en tercer lugar, al otorgamiento de ayudas por los poderes o con cargo a los fondos públicos de los Estados (art. 107 TCE), bajo cualquier forma, en cuanto falseen o amenacen falsear la competencia por favorecer a determinadas empresas o producciones. Aunque son admisibles las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales sin discriminación por el origen de los productos y las destinadas a reparar los perjuicios derivados de catástrofes naturales u otros acontecimientos excepcionales. Y también pueden autorizarse otros tipos de ayuda de propósito regional, sectorial y cultural o incluso de otro orden si el Consejo así lo decide.

Tal es el alcance general de la prohibición constitucional que conforma la protección de la libre y leal competencia en el mercado común. Mas su significado detallado o concreto sólo puede establecerse teniendo presentes las disposiciones de desarrollo dictadas por el Consejo (y en algunos casos, también por la Comisión).

Tales disposiciones detallan, en primer lugar, los procedimientos (por infracción, de comprobación, de investigación) para garantizar la observancia de las reglas de competencia, contemplando incluso multas de carácter coercitivo y sancionador. Con ese fin, por lo que respecta al transporte aéreo, se dictó inicialmente el Reglamento CEE/3975/1987, de 14 de diciembre (modificado por Reglamento CEE/1284/1991, de 14 de mayo), primero referido al tráfico internacional intracomunitario y más tarde extendido (por el Reglamento CEE/2410/1992, de 23 de julio) a toda clase de tráfico aéreo intracomunitario. Luego fue derogada por el Reglamento CE/411/2004, de 26 de febrero, y en la actualidad la aplicación de las reglas de la competencia en el sector del transporte aéreo, tanto para el tráfico comunitario como para el que tenga lugar con terceros países, se rige por el Reglamento CE/1/2003, de 16 de diciembre.

En estas disposiciones se reguló también, en segundo lugar, el procedimiento para pedir una exención individual, de modo que, cumpliendo determinadas condiciones u obligaciones, las empresas interesadas puedan adoptar concretos acuerdos, decisiones o prácticas ordinariamente prohibidos, por su potencial restrictivo para la competencia, pero singularmente justificados para facilitar la reorganización de las empresas o la reordenación de su negocio con el fin de adaptarlas a la nueva situación o estructura del mercado. Así, bajo la supervisión de la Comisión, este tipo de exenciones ha permitido que las compañías aéreas comunitarias constituyeran alianzas comerciales (por ejemplo, entre

British Airways e Iberia o Air France y Alitalia) o celebraran acuerdos de cooperación comercial para reducir costos, ampliar su red de servicios o reorganizar y diversificar sus áreas de negocio tras la creación del nuevo mercado comunitario del transporte aéreo([28]).

Por último, el Reglamento CEE/3976/1987, de 14 de diciembre (sucesivamente modificado por los Reglamentos CEE/2344/1990, CEE/2411/1992, CE/1/2003 y CE/411/2004), enunció una serie de conductas que podían ser declaradas exentas, por su conveniente o finalidad u objeto respecto del funcionamiento del sector y pese a su potencial carácter restrictivo, en las condiciones que la Comisión determinara reglamentariamente. Así, la Comisión quedó facultada para dictar reglamentos declarando excluidos de la prohibición –exenciones genéricas–los acuerdos, decisiones o prácticas que tengan por objeto: (i) la planificación conjunta y la coordinación de los horarios de las compañías aéreas; (ii) consultas sobre tarifas del transporte regular de pasajeros, equipaje y carga en servicios regulares; (iii) operaciones conjuntas en servicios regulares nuevos y de baja densidad; (iv) el reparto de gateras o franjas horarias en los aeropuertos y la fijación de horarios, garantizando el respeto del código comunitario de conducta al efecto existente (esto es, el Reglamento CEE/95/1993); y (v) la adquisición, desarrollo y explotación conjunta de sistemas de reserva y emisión de billetes por empresas de transporte aéreo, garantizando el respeto del código comunitario de conducta al efecto existente (esto es, el Reglamento CEE/2299/1989). En ejercicio de esta potestad la Comisión dictó

28 En los primeros momentos del proceso de liberalización del transporte aéreo comunitario, el Reglamento CEE/3975/1987 declaró genéricamente exentos (haciendo innecesaria la solicitud de la exención caso por caso) una serie de decisiones, acuerdos o conductas cuya única finalidad y efecto era lograr mejoras o cooperación de índole técnica (introducción o aplicación uniforme de normativa o equipamiento técnico aeronáutico; el intercambio, arriendo, uso compartido y mantenimiento de aviones, piezas de aviones y equipo e instalaciones fijas o la compra conjunta de piezas de aviones; la introducción, explotación y mantenimiento de redes de comunicación; el intercambio, la utilización conjunta o la formación de personal para fines técnicos o de servicio; la organización y ejecución de servicios de transporte sustitutivos para viajeros, correo y equipajes en caso de avería o retraso de los aviones; la organización y ejecución de servicios de transporte aéreo sucesivos o complementarios y la fijación y la aplicación de tarifas y condiciones globales para dichos servicios; la agrupación de envíos aislados; el establecimiento o aplicación de normas tarifarias uniformes; los acuerdos de «interlining» sobre venta, endoso y aceptación de pasajes entre compañías aéreas; y la liquidación y regularización de cuentas entre compañías aéreas mediante una cámara de compensación). Con la derogación del Reglamento CEE/3975/1987 desapareció esta exención genérica, sin perjuicio de que pueda solicitarse singularmente para acuerdos o prácticas similares, según lo explicado.
No se consideran afectados por la prohibición del artículo 81.1 TCE, ni precisan, por ello mismo, de dispensa o exención alguna, los acuerdos de código compartido (dos compañías acuerdan la utilización de un código común que las representa para identificar los vuelos a operar por una de ellas) de franquicia (una compañía obtiene el derecho a utilizar la metodología y procedimientos comerciales, los signos distintivos –marca y nombre comercial– y la asistencia comercial y técnica de otra compañía beneficiándose de la imagen o proyección comercial de ésta) o de bloqueo de plazas (la compraventa entre compañías aéreas de una parte de la capacidad de transporte en un servicio aéreo determinado, de modo que la compradora adquiere parte de las plazas disponibles en los vuelos de la vendedora con el fin de comercializarlos bajo su propio riesgo, nombre y código de identificación de vuelo). La legalidad de esta clase de acuerdos técnicos fue primero tácitamente reconocida por la Comisión (al considerar innecesario iniciar procedimiento alguno contra las compañías que los celebraban) y luego expresamente admitida, reconociéndose como una práctica comercial normal del sector sin finalidad ni efecto restrictivo de la competencia.

sucesivos reglamentos, de limitada vigencia temporal, determinando las condiciones de la exención en cada una de esas categorías de acuerdos, decisiones o prácticas, que dejaron de considerarse exentas al concluir la vigencia de dichos reglamentos.

En la actualidad, los términos en que la Comisión puede conceder exenciones por categorías en el sector del transporte aéreo relativas al tráfico intracomunitario y al tráfico entre la Comunidad y los terceros países se hallan establecidos en el Reglamento CE/487/2009, de 25 de mayo, que deroga y sustituye al anteriormente citado Reglamento CEE/3976/1987 (y sus modificaciones).

Por lo que respecta al abuso de posición dominante, se entiende que una empresa goza de esta situación o posición cuando respecto de un determinado producto o servicio ella es la única demandante u oferente de dicho producto o servicio en un determinado mercado o parte de él. O cuando una empresa, aun no siendo la única que ofrece o demanda un servicio o producto, carece de competidores reales en su mercado de referencia. O cuando dos o más empresas dominan totalmente el mercado de un determinado producto o servicio sin que exista entre ellas competencia efectiva.

Situaciones de dominio como las descritas no han sido extrañas en el sector del transporte aéreo, pues buena parte de las compañías son sucesoras de las antiguas compañías estatales o de bandera y han heredado el negocio que éstas realizaban en exclusiva, lo que les reporta una situación hegemónica, de dominio, en determinados ámbitos o servicios. Aunque la irrupción de las compañías de bajo coste, tras la liberalización, ha debilitado esa fuerte presencia inicial de las compañías más antiguas. Equiparable a una situación de dominio es también la que ostentan las empresas públicas o privadas a quienes se encomienda en exclusiva la explotación aeroportuaria y que, por ello mismo, están obligadas a respetar, en cuanto sea posible, las normas de defensa de la competencia, debiendo abstenerse los Estados de adoptar o mantener medidas contrarias a las normas del Tratado. Por este motivo no pueden, por ejemplo, aplicarse a las compañías aéreas condiciones diferentes por la prestación de servicios aeroportuarios equivalentes (véanse al respecto las SSTJUE *Portugal c. Comisión* de 29 de marzo de 2001 y *Aeropuertos de París* de 24 de octubre de 2002).

En casos como los descritos, la inexistencia de competencia efectiva puede permitir a las empresas imponer unilateralmente los precios y demás condiciones de venta o de compra de los productos o servicios; o recortar la producción y el desarrollo técnicos de estos productos en perjuicio de los consumidores; o aplicar condiciones discriminatorias en sus operaciones comerciales; o subordinar la compraventa de un producto a la aceptación de otras prestaciones suplementarias que no guarden relación con aquélla. Y son esta clase de conductas abusivas, no sólo las aquí mencionadas, las que prohíben el ordenamiento comunitario de la competencia.

Problema cercano al del abuso de posición dominante es el de las concentraciones de empresa. Porque estas concentraciones pueden propiciar, intencionadamente o no, la aparición de esas situaciones de dominio que pueden luego ser aprovechadas o explotadas abusivamente. Por eso, el control de las concentraciones empresariales, que se basa en la evaluación de sus potenciales efectos restrictivos sobre la competencia de un mercado determinado (sobre el mercado relevante), cumple una función preventiva de estos abusos en cuanto permite anticipar e impedir la situación de dominio que puede propiciar o determinar dicha práctica prohibida.

Con el objeto de controlar sus efectos y de impedirlas, en su caso, la Comunidad ha regulado la concentración de empresas mediante sucesivas disposiciones, hallándose actualmente vigente el Reglamento CE/139/2004/CE, de 20 de enero (para cuya aplicación se ha dictado el Reglamento CE/802/2004, de 7 de abril), norma actualmente vigente. Este Reglamento se aplica a las concentraciones de toda clase –también, pues, a las que tengan lugar en el sector del transporte aéreo– siempre que, por su entidad económica (el volumen de negocio que aglutinan) o por la extensión geográfica de la actividad de las empresas interesadas, tengan dimensión comunitaria. Y contiene una serie de reglas o principios técnicos por los que ha de guiarse la Comisión comunitaria para identificar las operaciones de concentración, para calcular los volúmenes de negocio, para determinar su sujeción a la reglamentación comunitaria, para valorar sus posibles efectos sobre la competencia y para determinar, con este último objeto, cuál es el mercado relevante o de referencia que podría verse afectado o comprometido por la concentración. Pero son criterios o principios cuyo fundamento o justificación descansa principalmente en motivos económicos antes que jurídicos.

Finalmente debemos detenernos en la prohibición de ayudas públicas. Como se indicó antes, sólo son admisibles las ayudas de vocación social o de circunstancial o excepcional justificación previstas en el TFUE, constituyendo sus particulares disposiciones el referente para determinar la legalidad comunitaria de las ayudas que puedan otorgar los Estados([29]). Pero interesa conocer también los criterios o la interpretación sobre el alcance de las mencionadas normas que resultan de las numerosas decisiones adoptadas por la Comisión respecto de las ayudas estatales, que han sido muchas y de cuantía relevante.

Pueden destacarse, por su excepcionalidad, las ayudas para paliar los efectos del 11-S, sea mediante la concesión de compensaciones por las pérdidas, sea mediante la constitución de garantías estatales para la cobertura de riesgos de guerra o terrorismo en los seguros contratados por las compañías aéreas. Pero normalmente las ayudas que se otorgan y autorizan tienen, por fortuna, una justificación menos dramática.

29 Véase, por ejemplo, el Reglamento CE/868/2004, de 21 de abril, sobre protección contra las subvenciones y las prácticas tarifarias desleales, que causan perjuicios a las compañías aéreas comunitarias, en la prestación de servicios de transporte aéreo desde los países no miembros de la Comunidad (modificado por Reglamento CE/596/2009, de 18 de junio).

Los criterios seguidos por la Comisión para evaluar y autorizar las ayudas en favor de las compañías aéreas no fueron, en un principio, suficientemente claros (así lo concluyó, en 1994, un Comité de Sabios convocado por la propia Comisión). Motivo que animó a la Comisión a elaborar y publicar unas orientaciones o directrices sobre las ayudas estatales en el sector de la aviación, o sea, tanto para el transporte aéreo propiamente dicho como para «toda clase de actividades accesorias al transporte aéreo, cuya subvención directa o indirecta pueda beneficiar a las compañías aéreas» (escuelas de vuelo, tiendas libres de impuestos u otras instalaciones aeroportuarias, por ejemplo).

Sintetizando mucho el contenido de estas directrices comunitarias sobre la compatibilidad de las ayudas estatales, puede señalarse lo siguiente:

- Son incompatibles con el mercado común las ayudas directas destinadas a cubrir las pérdidas derivadas de la explotación (salvo que éstas traigan causa de la imposición de una obligación de servicio público o aquéllas se concedan a consumidores individuales –las subvenciones al precio del billete de transporte aéreo de residentes en regiones periféricas, por ejemplo–).
- La propiedad pública de una empresa debe respetar los principios de neutralidad e igualdad en los que respecta a su ejercicio económico, de modo que debe dirigirse siguiendo su interés económico, de mercado, como lo haría cualquier propietario o inversor. Así, si el Estado-propietario de una empresa pública realiza operaciones en favor de ésta en circunstancias o condiciones que serían normalmente inaceptables para un inversor privado que arriesgara su propio capital, tales operaciones serán consideradas como ayudas estatales. Estas operaciones pueden ser, básicamente, de tres tipos: aportaciones de capital a la empresa, financiación de sus créditos y garantías prestadas para la concesión de éstos. En el primer caso, no habrá ayuda pública cuando el Estado aporte capital en la misma proporción que los accionistas privados o cuando esté basada en la expectativa fundada de un rendimiento normal en forma de dividendos o ganancias teniendo en cuenta la trayectoria financiera de la empresa, su eficacia económica y técnica y su estrategia comercial (el Estado invierte lo mismo que lo haría la iniciativa privada). En el segundo caso, no se considerarán como ayuda pública los prestamos que conceda el Estado, directamente o por medio de otras entidades o empresas suyas, en condiciones o términos normales (intereses, garantías o avales, plazos...), de mercado, que lo mismo podrían haberse obtenido de bancos comerciales. Y en el tercer caso, las garantías que preste el Estado, directamente o por entidades financieras, respecto de créditos suscritos por empresas públicas resultan incompatibles con el Tratado, pues resulta evidente que el respaldo estatal constituye una ventaja competitiva a la hora de

obtener y negociar las condiciones de dichos créditos (situación en la que están también las empresas cuyo estatuto legal impide que se declaren en quiebra). Sólo en la medida en que dicho aval o garantía no haya influido en la concesión y términos del crédito dejaríamos de estar en presencia de una ayuda, pero no será frecuente que pueda descartarse esa influencia.

- Son admisibles las ayudas regionales, entendiendo por tales las que reciban las compañías para realizar inversiones en zonas desfavorecidas contribuyendo al desarrollo de éstas; y también las ayudas para compensar dificultades concretas de explotación si están establecidas o han efectuado inversiones en regiones "deprimidas".
- Son admisibles las ayudas sectoriales si no alteran las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común (esto es, siempre que no perjudiquen la posición de otros competidores), obedecen a programas de reestructuración y saneamiento de las compañías que sean razonablemente viables y se realizan de forma transparente y bajo el control de la Comisión.
- Las privatizaciones de empresas públicas no deben encubrir ningún tipo de ayuda, pudiéndose presumir su existencia cuando la venta no se efectúe mediante pública subasta, al mejor postor, de forma transparente y no discriminatoria y no responda al valor de mercado.
- Las actividades auxiliares y complementarias del transporte aéreo pueden constituir una ayuda si su ejercicio constituye un derecho exclusivo reconocido en favor de una compañía (por ejemplo, cuando se otorga a una compañía aérea una concesión exclusiva para prestar servicios de asistencia en tierra en un aeropuerto).

Esto son algunos de los criterios utilizados por la Comisión para valorar la compatibilidad de las ayudas públicas que pueden tener, como se ha dicho, distintas formas.

Junto a las decisiones de la Comisión, obviamente, importan también las de la jurisprudencia comunitaria que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de algunas ayudas. Así, por ejemplo, por STJUE de 6 de febrero de 2003 se enjuició la compatibilidad de los descuentos en la tarifa aeroportuaria. Y la STJUE de 17 de diciembre de 2008 conoció de ayudas orientadas al fomento de ciertos tráficos o al establecimiento de nuevos enlaces aéreos desde aeropuertos regionales (como las que se dieron a Ryanair por operar en el aeropuerto valón de Charleroi).

La celebración de convenios de promoción turística o institucional, ligada al establecimiento de nuevos servicios aéreos, entre las autoridades regionales y las compañías aéreas es, por cierto, una práctica relativamente habitual en la que se desconocen, con frecuencia, los principios de concurrencia y publicidad, y que, por ello mismo, suscita el recelo tanto de las compañías competidoras como de las autoridades de la competencia, pudiendo servir para encubrir ayudas públicas de dudosa legalidad.

Organização Administrativa e Regulação dos Portos

*Manuel Lopes Porto**
*João Nuno Calvão da Silva***

Introdução; I – Evolução da intervenção do Estado na economia: do Estado Providência ao Estado Regulador; II –Estado Regulador; III – Intervenção do Estado nos portos; A) Modelo landlord e papel regulador do Estado; B) Heterogeneidade na regulação dos portos; Comunidade Europeia (CE); I – Administração e regulação dos principais portos europeus: síntese; II – Política portuária na Comunidade Europeia (CE); A) Primeiras iniciativas; B) Directiva dos serviços portuários; C) Comunicação da Comissão sobre política portuária europeia (2007); Bélgica; I – Organização portuária; II – Política portuária: papel do Estado; Espanha; I – Portos de "interesse geral"; II – Autoridades Portuárias; III – Puertos del Estado; França; I – Introdução; II – Organização portuária; Irlanda; Itália; Portugal; I – Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações; II – Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM); III – Autoridades portuárias constituídas sob a forma de sociedades; Reino Unido; I – Portos privados; II – Portos geridos por trusts; III – Portos municipais; Brasil; I - Reforma do sector portuário brasileiro: traços fundamentais; A) Privatização; B) Descentralização; C) Concorrência; II - Reforma institucional do sector portuário brasileiro; A) Novo papel do Estado; B) Reorganização institucional; B.1) Âmbito federal; B.1.1) Governo federal: Ministério dos Transportes; B.1.2) Lei nº 10. 233, de 5 de Junho de 2001: criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (DNIT); B.1.2.1) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); B.1.2.2) Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (DNIT); B.2) Âmbito local; B.2.1) Conselho de Autoridade Portuária (CAP); B.2.2) Autoridades Portuárias; Nova Zelândia; I – Evolução; II – Modelo de "portos mistos".

Introdução[1]

I. Evolução da intervenção do Estado na economia: do Estado Providência ao Estado Regulador

A ideia de um Estado Social fortemente intervencionista[2] vem sendo progressivamente abandonada, sobretudo a partir dos anos 80 do séc. XX: a descrença na intervenção do Estado, as alterações demográficas e o abrandamento do crescimento económico

* *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*
** *Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Ciências Jurídico-Comunitárias.*

1 Na elaboração deste capítulo, socorremo-nos em larga medida da obra de João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008.

2 O alargamento da esfera de actuação da Administração do Estado Social relativamente ao Estado liberal envolve o reequacionar das garantias dos cidadãos. Sobre as garantias dos particulares no Estado Social de Direito, *vide* Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1994, pág. 499 e ss.

têm vindo a pôr em causa o equilíbrio do modelo de actuação estadual que até aos anos 70/80 do séc. XX havia garantido um apreciável desenvolvimento.

Com efeito, o envelhecimento da população e a quebra das taxas de natalidade colocam em causa a sustentabilidade do financiamento dos sistemas de Segurança Social de vários países europeus, num período em que o arrefecimento do crescimento económico se traduz na redução das receitas públicas.

Ora, o aumento das despesas sociais e o decréscimo das receitas disponíveis provocam défices orçamentais cada vez maiores, pelo que a crise (falência?) do Estado Providência é fruto das dificuldades do Estado Fiscal[3].

Por outro lado, ao criar nos cidadãos um sentimento de dependência relativamente aos poderes públicos, o Estado de prestações, também denominado por Estado de Administração[4], limita a criatividade e o espírito de iniciativa privados.

Destarte, por volta dos anos 70 do séc. XX, assistimos a uma reestruturação da Administração Pública e a uma mudança do modelo de Estado: surge o designado Estado Regulador[5].

O Estado Regulador, por alguns designado como Estado Pós-Social[6], caracteriza-se por um acentuado recurso a formas jurídico-privadas de organização e actuação administrativas. A busca da eficiência na gestão da *res publica* passa pela desintervenção estadual e por uma revalorização do papel da sociedade civil.

---

3 Sobre a crise dos Estados fiscais, *vide* Casalta Nabais, "A Constituição fiscal portuguesa e alguns dos seus desafios", *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, e João Nuno Calvão da Silva, "Elisão Fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso", *in Revista da Ordem dos Advogados,* Ano 66, II, Lisboa, 2006.

4 Para Vasco Pereira da Silva, a expressão "Estado de Administração"(*Administrative State, Ver-waltungsstaat*) é bem sugestiva, porquanto "o Estado social pode ser caracterizado precisamente pela actividade administrativa, já que, de acordo com o novo figurino estadual, a sua principal missão é a de assegurar o bem estar dos indivíduos e da sociedade". *Vide* Vasco Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2003, pág. 74.

5 Para uma síntese sobre a crise e reforma do Estado intervencionista e o desenvolvimento de modelos de regulação da economia, *vide* Paz Ferreira/Luís Silva Morais, "A regulação sectorial da economia – Introdução e perspectiva geral", *in Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 13 e ss.

6 Na doutrina nacional, vide Maria João Estorninho, *A fuga para o Direito Privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1999, pág. 47 e ss. e Vasco Pereira da Siva, *Ob. cit*., pág. 122 e ss.
Não utilizamos a expressão "Pós-Social" por ser susceptível de interpretação errónea: a de que, com a crise (esgotamento?) do modelo do Estado-Providência, o Estado demite-se do seu papel social, em prol do livre funcionamento do mercado.

II. Estado Regulador

O Estado Regulador dos nossos dias, cuja pedra angular é o funcionamento da economia de mercado, não se confunde, porém, com o Estado liberal do séc. XIX, assente nas ideias do *laissez-faire, laissez-passer* e do abstencionismo público[7].

Na verdade, nos tempos hodiernos, entende-se que "a «mão invisível» do mercado carece da «mão visível» da Regulação Pública"[8], isto é, a concorrência deve ser temperada pelo Estado, no âmbito de uma responsabilidade de controlo e garantia da própria iniciativa privada.

Dito de outro modo: "a desregulação não significou o fim de toda a regulação"[9], porquanto se defende a necessidade da regulação estadual para corrigir as crises de funcionamento do mercado (regulação económica) e garantir outros interesses sociais (regulação social da economia)[10]/[11].

---

7 Nas palavras de Pedro Gonçalves, "ao contrário do que postulavam os *modelos duais* (libéria e socialistas), as missões públicas no campo económico não têm necessariamente de variar entre os dois pólos extremados da mera *responsabilidade de base*, em que o Estado – Liberal – se limita a proteger as 'condições de contexto', e da *responsabilidade operacional*, *de execução*, em que o Estado – Social – se expande e assume uma intervenção económica directa, na produção de bens e na prestação de serviços. São configuráveis *degraus intermédios*, em que o Estado, sem se ver convocado para intervir como empresário e operador económico, também não se remete para uma posição de mero protector do contexto: *responsabilidade pública de garantia* é a formulação que identifica esse novo degrau, *intermédio*, de responsabilidades públicas" *Vide* Pedro Gonçalves, "Direito administrativo da regulação", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, pág. 537.
Sobre a "diversificação dos graus das responsabilidades públicas", com maiores desenvolvimentos, *vide* Pedro Gonçaves, *Entidades Privadas com poderes públicos – o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 163 e ss.

8 *Vide* Vital Moreira, "Um marco regulatório: a Lei Sarbanes-Oxley*", in A mão visível – Mercado e Regulação* (Maria Manuel Leitão Marques/Vital Moreira), Almedina, Coimbra, 2003, pág. 274.

9 *Vide* Giandomenico Majone*, La Communauté Européenne: Un État régulateur, (tradução de Jean-François Baillón)*, Montchrestien, Paris, 1996, pág. 21.

10 *Vide* Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 22 e 23.

11 Paralelamente à crescente desintervenção estadual na economia, o Estado Regulador caracteriza-se também pela "desgovernamentalização da regulação", com as autoridades reguladoras, dotadas de independência (embora relativa) do Governo, a assumir a regulação do mercado. Sobre as autoridades reguladoras, *vide* Vital Moreira/Fernanda Maçãs*, Autoridades Reguladoras Independentes (Estudo e Projecto de Lei-Quadro)*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
Pela nossa parte, consideramos que "as ARI são produto de um pensamento pouco consentâneo com a tradição da Europa Ocidental". *Vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit,* pág. 207. Na esteira de Barbosa de Melo: "Hoje no campo político e social a regulação – nota-o Luhmann – surge como instrumento da compreensão racional da história e da sociedade para muitos que se desiludiram de concepções historicistas e naturalistas que fizeram lei em largos estratos da cultura europeia nos séculos XIX e XX, alimentando as maiores ambições quanto à calculabilidade e moldabilidade da evolução das sociedades concretas(…) a fim de manter as variações do mundo (mercado, indústria, ecosistema) dentro dos limites de tolerância considerados aceitáveis, a regulação(…) seria o meio que resta, após as desilusões do cientismo, de evitar que a história flua às cegas, à total revelia da previsão e da acção humana conscientes". *Vide* Barbosa de Melo, "Aspectos jurídico-públicos da Protecção dos Consumidores", *in Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2003, págs. 30-31.

Por outro lado, em matéria de serviços públicos, no Estado Providência, estes eram sinónimo de titularidade pública, embora a sua gestão pudesse ser deferida a entidades privadas, designadamente através de contratos de concessão[12].

Mais do que um modo de organização, o Serviço Público traduzia a essência do Estado e espelhava a filosofia das relações entre a acção pública e o *corpus* societário: a civilização do Bem-Estar assentava na propriedade pública dos serviços destinados à satisfação dos interesses colectivos.

Com os défices orçamentais e a ineficiência da gestão da *res publica*, a concepção clássica de Serviço Público é posta em causa: a dimensão subjectiva perde o protagonismo para a vertente material daquela noção.

Neste sentido, o essencial é a satisfação das necessidades fundamentais da colectividade, independentemente de tal escopo ser prosseguido através de serviços públicos tradicionais, a cargo do Estado ou concessionários, ou por entidades privadas sujeitas a "obrigações de interesse geral" ("obrigações de serviço público").

Na verdade, com o movimento de privatizações e liberalizações, a influência comunitária e a emergência do Estado Regulador, assiste-se ao desmantelamento de muitos serviços públicos clássicos e à assunção pelo mercado de tarefas anteriormente monopolizadas pelo poder público[13].

Deste modo, o "serviço público à francesa" vê-se substituído pelos Serviços de Interesse Económico Geral, fórmula comunitária[14] que acentua a missão de interesse comum e está na linha da neutralidade (?) da Comunidade Europeia relativamente à natureza pública ou privada do prestador dos serviços públicos[15].

---

12 Sobre o conceito de concessão de serviços públicos, sua evolução, seus pressupostos, funções e elementos essenciais, e distinção de figuras próximas, *vide* Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Almedina, Coimbra, 1999, em especial pág. 101 e ss.

13 Para maiores desenvolvimentos, *vide* Manuel Porto, "Serviços Públicos e Regulação em Portugal", *in Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, ano 1, n.º 3, Editora Fórum, Belo Horizonte, Julho/Setembro 2003.

14 Como ensina Fausto de Quadros, "O instituto do serviço público constitui um bom exemplo de interacção sistemática e dogmática que se vem estabelecendo desde sempre entre o Direito Adminis-trativo e o Direito Comunitário e que ao longo dos últimos cinquenta anos tem presidido à evolução de ambos esses ramos do Direito". *Vide* Fausto de Quadros, "Serviço Público e Direito Comunitário", *in Os caminhos da privatização da Administração Pública, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 280.
Sobre a relação entre o Direito Administrativo e o Direito Comunitário e o novo conceito de Direito Administrativo Europeu, *vide* Fausto de Quadros, *A nova dimensão do direito administrativo – O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001.

15 Como nota José Luis Martinez López-Muñiz, o Direito Comunitário "preferiu falar de serviços de interesse económico geral, (…) um conceito material ou objectivo e não uma noção subjectiva da realidade aludida [a dos serviços públicos] que obrigava a incluir apenas os serviços próprios do Estado ou reservados à titularidade de algum dos poderes públicos do âmbito dos Estados" (negrito e parêntesis nossos). *Vide* José Luis Martinez López-Muñiz, "Servicio Público, Servicio Universal y «Obligación de Servicio Público» en la perspectiva del Derecho Comunitario: Los servicios esenciales y sus regímenes alternativos", *in Os caminhos da privatização da Administração Pública, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 257.

III. Intervenção do Estado nos portos

A) Modelo *landlord* e papel regulador do Estado

Numa economia global, os portos assumem papel decisivo nas trocas comerciais entre a maioria das nações; com o transporte marítimo a continuar a ter, desejavelmente, um relevo muito grande e mesmo crescente: além de mais barato, com ele são muito mais baixos os custos de congestionamento e de poluição. Existe, por isso, relevante interesse público num funcionamento eficiente e seguro dos sistemas portuários, capaz de promover o desenvolvimento económico local e nacional.

Para assegurar a competitividade dos portos é fundamental uma adequada *regulação económica*[16], destinada a intervir no funcionamento dos mercados, nomeadamente, através da fixação/controlo das tarifas e da manutenção da concorrência inter e intra portos (e intra terminal)[17] em parâmetros de razoável eficácia.

Neste âmbito, como refere o Banco Mundial,

> "onde a concorrência efectiva pode ser estabelecida e mantida nas actividades e mercados relevantes, a **privatização** provou ter um grande potencial de redução de custos e de melhoramento da qualidade do serviço; sem concorrência a privatização ainda pode trazer algumas melhorias mas os ganhos são relativamente limitados."[18] (negrito nosso)

Mutatis mutandis, *liberalização* e *privatização*[19] são as palavras de ordem no sector portuário, considerando-se a concorrência entre privados a melhor forma de evitar abu-

16 Para além dos aspectos económicos/concorrenciais, a regulação pública actual tem também objectivos de ordem social: fala-se, por isso, em *regulação social* (ambiente, segurança e saúde do trabalhador, tutela do consumidor). Segundo Majone, "a regulação social está ainda longe de possuir a mesma importância que, por exemplo, a política de concorrência ou a política comercial, mas ela não ocupa mais uma posição periférica na elaboração das políticas europeias". *Vide* Giandomenico Majone, *La Communauté Européenne: Un État régulateur*, (tradução de Jean-François Baillón), Montchrestien, Paris, 1996, pág. 87.

17 Sobre a concorrência inter-porto, intra-porto e intra-terminal, cfr *World Bank Port Reform Tool Kit, Module 6, Port Regulation Module*, pág. 5 e ss.

18 *Idem*, pág. 6.

19 Frequentemente, os movimentos de privatização e liberalização surgem associados: o desmantelamento de monopólios públicos determina, as mais das vezes, a entrada em cena de operadores privados.
No entanto, não há coincidência entre os dois conceitos: privatização significa a passagem para a esfera privada dos serviços de titularidade estadual, enquanto liberalização implica o fim dos exclusivos ou monopólios na prestação de serviços públicos.
Desta sorte, a exploração de um sector económico por uma empresa privada em regime de monopólio não configura qualquer processo de liberalização da actividade em causa. Exemplificativamente, a exploração comercial do sector das telecomunicações nos Estados Unidos foi, desde o último quartel do séc. XIX até recentemente, atribuída a uma empresa privada em regime de monopólio. *Vide* Pedro Gonçalves, *Direito das Telecomunicações*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 29.

sos monopolísticos e beneficiar os consumidores. Ao controlo e exploração dos portos pelo Estado, sucede actualmente o modelo *landlord*[20] e o *papel regulador do Estado*[21].

No quadro da acção regulatória estadual, defende-se a *independência* do(s) regulador(es) face a ingerências governamentais[22], para evitar interferências políticas comprometedoras das melhores soluções técnicas, e relativamente aos operadores privados encarregados da prestação de serviços portuários, como forma de superar o perigo da captura do regulador pelo regulado[23].

Naturaliter, ninguém contesta a existência de limites à independência dos reguladores, designadamente, a sindicância jurisdicional dos seus actos. Recusar o controlo dos

---

Por seu turno, um mercado em que a concorrência é entregue apenas a entes públicos não permite falar-se em privatização.

20 Como explicam Suzana Tavares da Silva e Licínio Lopes, "os portos podem ser classificados em três tipos: 1) *landlord* – em que a infra-estrutura é propriedade das autoridades portuárias, que se ocupam apenas da respectiva gestão, não prestando quaisquer serviços como operadores, reservando-se, antes, o papel de reguladores (modelo adoptado em Espanha, a partir de 2003, e modelo preconizado para Portugal na nova lei de portos); 2) *tool* – quando a autoridade portuária é proprietária da infra-estrutura, super-estrutura e equipamentos e o sector privado fornece os serviços em regime de licença ou concessão; 3) *services* – quando a autoridade portuária assume a responsabilidade por tudo, ou seja, pela infra-estrutura, super-estrutura, equipamentos e fornecimento dos serviços.
Actualmente, os portos portugueses aproximam-se mais da segunda modalidade – sistema *tool* – por causa da forma empresarial adoptada pelas autoridades portuárias, embora o facto de aquelas disporem de competência para aprovar os regulamentos tarifários e, através deles, regularem a prestação de todos os serviços no porto (mesmo aqueles que não são prestados pelas Autoridades Portuárias), permita concluir que concorrem aqui também características do sistema *landlord*." *Vide* Suzana Tavares da Silva/Licínio Lopes (com a colaboração de Inês Pisco Bento), *Estudo de Metodologia de Apreciação dos Tarifários das Administrações Portuárias*, parecer realizado para o IPTM, inédito, Coimbra, 2009, págs. 9-10.

21 Com a evolução para o modelo *landlord*, os serviços portuários anteriormente fornecidos pela Autoridade Portuária pública passam a ser prestados por privados. No entanto, a lógica destes orienta-se, primordial ou exclusivamente, por um escopo lucrativo, o que será frequentemente incompatível com a satisfação de interesses de ordem social ou ambiental. Cabe, por isso, ao regulador programar, orientar e disciplinar a liberdade do mercado, de modo a garantir o cumprimento das "**obrigações de serviço público**", sancionando os operadores inadimplentes.

22 Com o intuito de alcançar-se a neutralização em face de ingerências governamentais, a nomeação dos membros das ARI, embora caiba sobretudo ao Executivo, é frequentemente sujeita a escrutínio parlamentar prévio. Também os mandatos longos, de duração superior à legislatura parlamentar, garantem a estabilidade da actividade regulatória face às maiorias partidárias e alternâncias de poder, sobretudo quando não renováveis e não revogáveis. Fundamental, para assegurar a independência relativamente ao poder público, é igualmente, do ponto de vista financeiro, a existência de recursos próprios destas entidades.
Para além destas notas orgânicas de independência, as ARI, no exercício da sua actividade, apenas se encontram subordinadas à lei e não a quaisquer ordens ou directivas governamentais (independência funcional). *Vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit*, pág. 184 e ss.

23 Como afirma Vital Moreira, "um dos maiores perigos da regulação consiste na possibilidade de o regulador ser «capturado» pelos regulados, de modo a transformar-se numa forma de auto-regulação por meio de entreposto regulador". *Vide* "Economia de Mercado e Interesse Público – Declaração de Condeixa", *in Estudos de Regulação Pública – I*, (Organização de Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 715.
Por isso, os membros das ARI devem ser pessoas idóneas e de capacidade técnica reconhecida, sem interesses pessoais nas actividades reguladas que possam comprometer a sua imparcialidade e honorabilidade.
Assim se compreende a necessidade de apertados regimes de incompatibilidades: proíbem-se situações configuradoras de conflitos de interesses dos membros das ARI com os interesses regulados e obriga-se ao cumprimento de um período de nojo após a cessação do mandato (*v.g.*, interdição do exercício de profissão em empresas reguladas). *Vide* João Nuno Calvão da Silva, "O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral", *in Temas de Integração*, nº 20, Almedina, Coimbra, 2º semestre de 2005, págs. 189-190.

tribunais com base na defesa da independência das autoridades reguladoras[24] implicaria a violação de um princípio básico do Estado de Direito.

Mais, os reguladores devem actuar com base num procedimento similar ao adoptado pelas instâncias jurisdicionais, com garantias de contraditório e imparcialidade, e de uma abertura do processo decisório à sociedade civil (*maxime* aos utentes), em concretização da democracia participativa[25].

Por outro lado, normalmente dotados de amplas prerrogativas (poderes regulamentares, de supervisão, sancionatórios e de resolução de litígios)[26], os reguladores não devem, porém, promover uma intervenção estatal crescente, frustrando, paradoxalmente, os objectivos de emagrecimento e flexibilidade do Estado que presidiram à sua criação e os benefícios resultantes dos mercados privatizados e liberalizados[27].

B) Heterogeneidade na regulação dos portos

As autoridades reguladoras são fruto do "pragmatismo", melhor, do realismo das respostas do legislador às necessidades e circunstâncias específicas dos diversos sectores económico-sociais, apresentando-se, por isso, como uma realidade multiforme.

---

24 Outrora, posições doutrinárias minoritárias rejeitavam a sindicabilidade judicial dos actos das ARI, com base no carácter quasi-judicial destas (*v.g.*, poderes sancionatórios), nas incompatibilidades a que os seus membros estão sujeitos, entre outros argumentos. Para uma síntese dessas posições, *vide* Giorgio Grasso, *Le Autoritá Amministrative Indipendenti Della Repubblica – Tra Legittimitá Costituzionale e Legittimazione Democrática*, Giuffré, Milão, 2006, págs. 43-51.

25 Segundo Sabino Cassese, a legitimação das autoridades reguladoras independentes " não deriva da democracia política, mas da democracia procedimental". *Vide* Sabino Cassese, "Negoziazione e transparenza nei procedimenti davanti alle Autoritá independenti", *in Il procedimento davanti alle Autoritá independenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Turim, 1999, pág. 42.
Em nossa opinião, embora consideremos importante a adopção de procedimentos transparentes e participados pelos reguladores, não podemos admitir a superação da legitimidade político-representativa, chave dos sistemas democráticos ocidentais, por pretensões de autoreferencialidade ancoradas em valores como a imparcialidade e a eficiência.

26 A propósito dos vastos poderes das autoridades reguladoras, afirma Vital Moreira: "É por a regulação poder conjugar estes três tipos de poderes – um poder normativo, um poder executivo e um poder parajudicial – que a doutrina norte-americana refere as "comissões reguladoras independentes" como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (legislativo, executivo e judicial)". *Vide* Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional…, cit.*, págs. 36-37.
Sobre os poderes (regulamentares, de supervisão, sancionatórios e de resolução de litígios) dos reguladores em geral, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado…, cit*, pág. 157 e ss.

27 Neste sentido, *vide* Sabino Cassese, "Stato e Mercato, Dopo Privatizazioni e Deregulation", *in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Ano XLI, 1991, pág. 384 e ss.
Luigi Prosperetti fala também numa "progressiva expansão da actividade regulatória, que não é desejável e que deve ser corrigida". *Vide* Luigi Prosperetti, "I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza – Teoria Economica ed esperienze recenti", *in Mercato Concorrenza Regole*, *Anno* IV, n.º 2, *Il Mulino*, Bolonha, 2002, pág. 277.
Para alguns exemplos e números que traduzem o fenómeno actual da *over-regulation* ou *furie-réglementaire*, *vide* Giandomenico Majone, "La crescita dei poteri regolativi nella Comunitá Europea", *in Rivista Italiana di Scienza Politica*, Ano XXV, n.º 3, *Il Mulino*, Siena, Dezembro 1995, em especial, pág. 412 e ss.

Sendo respostas do Estado às exigências de regulação de sectores diversos, os múltiplos reguladores têm composição, poderes e funções várias, constituindo realidade institucional que causa "à primeira vista uma impressão de desordem"[28].

Por outro lado, as autoridades reguladoras estão longe de constituir realidade homogénea nos diversos Estados que optam por esta via de regulação dos mercados liberalizados[29].

No sector portuário, a *heterogeneidade* é também a nota dominante:

– em alguns Estados temos reguladores específicos[30],
– outros países atribuíram a regulação dos portos às autoridades gerais da concorrência[31] ou
– a entidades com poderes sobre todo o sector transportes[32].

---

28 *Vide* Nicole Decoopman, "Peut-on clarifier le désordre?", *in Le désordre des autorités administratives indépendantes – L'exemple du secteur économique et fi-nancier*, (direcção de Nicole Decoopman), CEPRISCA, PUF, Amiens, 2002, pág. 15. Por sua vez, Gaëtan Guerlin recusa esta ideia de desordem como consequência da heterogeneidade das ARI, afirmando: "Importa distinguir heterogeneidade de diversidade: elementos diversos podem formar no conjunto um todo ordenado e homogéneo. Dito de outro modo, as autoridades administrativas muito variadas podem formar em conjunto um sistema regulador homogéneo e ordenado. Neste sentido é preferível falar de «diversidade» das autoridades administrativas independentes". *Vide* Gaëtan Guerlin, "La genèse du desordre", *in Le désordre des autorités administratives indépendantes – L'exemple du secteur économique e financier*, (direcção de Nicole Decoopman), CEPRISCA, PUF, Amiens, 2002, pág. 56.

29 A título de exemplo, segundo Marian Döhler, as autoridades reguladoras têm maior dificuldade em se afirmar no contexto da organização político-administrativa teutónica do que nos Estados Unidos ou na Grã-Bretanha. Segundo aquele Professor de Potsdam, na Alemanha não se pode retirar competências centrais e distribuí-las pelas *agencies* como se faz em Inglaterra, pois muitas daquelas competências residem nos *Länder* e não na Federação. Por isso, conclui o autor, os reguladores na estrutura administrativa alemã são a excepção e não a regra, não assumindo o realce que detêm noutros países, inclusive europeus. *Vide* Marian Döhler, "Das Modell der Unabhängigen Regulierungsbehörde im Kontext des Deutschen Regierungs – und Verwaltungssystems", *in Die Verwaltung*, 34 *Band*, *Heft* 1, Duncker & Humblot, Berlim 2001, pág. 59 e ss., em especial, págs. 59 e 60.

30 *V.g.*, Argentina e Colômbia.
Na Colômbia, até 1991 existia um sistema portuário pouco eficiente e de baixa produtividade, ancorado numa organização chamada *Colpuertos*, responsável pela gestão, operações e planeamento dos quatro maiores portos do país (Cartagena, Santa Marta, Barranquilla, Buenaventura). A fixação de tarifas cabia também a esta entidade empregadora de cerca de 11000 funcionários públicos. Em 1991, com a liquidação da *Colpuertos*, implementou-se um novo modelo de exploração portuária, assente sobre empresas comerciais e contratos de concessão, com o Estado a manter a supervisão do sector através da *Superintendencia General de Puertos* (SGP), organismo tutelado pelo Ministério das Obras Públicas e dos Transportes, com autonomia administrativa e financeira. Depois de concretizadas estas reformas, os portos colombianos são actualmente considerados competitivos e eficientes.

31 *V.g.*, Nova Zelândia, onde a regulação dos portos cabe à *Commerce Comission*, de acordo com as regras gerais da concorrência. Também no México, parece suceder o mesmo.

32 *V.g.*, nos Estados Unidos da América, Bolívia e Perú.
No Perú, a OSITRAN (*Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transportes de Uso Público*) **regula o sistema tarifário** dos mercados (de transportes) em que há livre concorrência e **supervisiona o cumprimento dos contratos de concessão de infra-estruturas portuárias** de uso público de acordo com as leis vigentes (Lei nº 27943, Lei do Sistema Portuário Nacional; Decreto Supremo nº 003-2004-MTC, regula aquela lei, e Decreto Supremo nº 044-2006, de 27 de Julho de 2006, Regulamento Geral do Organismo da Concorrência das Infra-Estruturas de Transporte e Uso Público).
No âmbito das competências reguladoras e supervisoras, é obrigatória a emissão de parecer prévio pelo OSITRAN, através do seu Conselho Directivo, sobre a celebração de qualquer contrato de concessão referente à infra-estrutura, o qual deve incidir sobre o regime tarifário do contrato, condições de concorrência e de acesso à infra-estrutura, aspectos técnicos, económicos e jurídicos relativos à qualidade e oportuna prestação dos

– ou mesmo sobre todas as indústrias de rede[33].

Certos de que cada modelo de regulação apresenta vantagens e inconvenientes[34], somos da opinião de que, ao invés de tentativas de uniformização, os reguladores por-

serviços e aos mecanismos de resolução de conflitos decorrentes da interpretação e execução dos contratos de concessão. A par dos poderes referidos, a OSITRAN deve emitir ainda parecer sobre a renegociação e renovação do prazo de vigência dos contratos de concessão, devendo incidir o parecer sobre a respectiva procedência e conter uma análise dos efeitos de tal medida, sugerindo os termos da mesma, para o que a OSITRAN deve analisar o cumprimento das obrigações por parte da entidade prestadora

Por outro lado, em matéria de infra-estrutura de uso público, a OSITRAN conserva as suas **funções normativas**, **delegando, porém as funções técnicas e operacionais na APN (*Autoridade Portuária Nacional*)**, as quais podem, porém, ser avocadas mediante deliberação unânime do conselho directivo daquela entidade.

Mais, nos termos do seu Regulamento Geral, a OSITRAN dispõe ainda de **funções sancionatórias e de solução de litígios e reclamações**.

No plano institucional, a OSITRAN, organismo público descentralizado adstrito à Presidência do Conselho de Ministros, com personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa, funcional, técnica, económica e financeira, tem como órgãos: o Conselho Directivo, o Presidente e a Gerência Geral, as Gerências, o Tribunal de Solução de Conflitos e os corpos colegiais (*v.g.*, os conselhos de consumidores/utilizadores).

O Conselho Directivo (CD), órgão de topo, composto por 5 membros, exerce a função normativa e reguladora do OSITRAN; o Presidente do CD exerce funções executivas, de direcção e de representação da instituição; a Gerência Geral é o órgão encarregado da marcha administrativa da instituição e da implementação das políticas estabelecidas pelo CD e pelo Presidente, cabendo às Gerências, órgãos técnicos de assessoria, cumprir as funções determinadas pelo órgão directivo.

Por seu turno, o Tribunal de Conflitos é o órgão encarregado de resolver como última instância administrativa as controvérsias entre entidades prestadoras e utilizadores, bem como os litígios entre entidades prestadoras (conflitos relacionados com o livre acesso aos serviços que conformam as actividades de exploração de infra-estrutura nos casos em que há mais do que uma entidade prestadora operando numa só infra-estrutura; os litígios relacionados com tarifas, taxas, encargos, honorários, pagamento ou compensações devidos por acordos entre entidades prestadoras e com aspectos técnicos dos serviços prestados em matéria da sua competência; questões em matéria ambiental, entre outras). Cumpre referir que estes litígios são resovidos em primeira instância pelos corpos colegiais, estando prevista a existência de um corpo colegial permanente e vários *ad hoc*.

Por fim, para além da OSITRAN, com relevo para o sistema portuário peruano, importa destacar:

- o **Ministério dos Transportes e Comunicações** (define as políticas sectoriais e estabelece as normas gerais relativas às actividades de transporte, de comunicações e ao sistema portuário nacional);

- a **Direcção Nacional de Transporte Aquático** (órgão na dependência directa do Ministério dos Transportes e Comunicações, compete-lhe: promover, regulamentar e administrar o desenvolvimento das actividades marítimas, fluviais e lacustres; regulamentar as actividades portuárias e serviços conexos, assim como a infra-estrutura do sistema portuário e vias navegáveis, com excepção das que caem no âmbito da competência da *Autoridade Portuaria Nacional*; regular a navegação comercial e a marinha mercante no país e propôr a política relativa ao transporte nas vias marítima, fluvial e lacustre, com excepção das que a Lei reserva ao Ministério da Defesa).

- a ***Autoridade Portuaria Nacional* (APN)** (organismo público descentralizado, dotado de personalidade jurídica de direito público, património próprio e autonomia administrativa, funcional, técnica, económica e financeira, exerce poderes normativos por delegação do Ministro dos Transportes e Comunicações e tem a seu cargo o sistema portuário nacional adstrito ao Ministérios dos Transportes e Comunicações);

Segundo a lei peruana, a APN e as ***Autoridades Portuarias Regionais* (APR)** são as autoridades responsáveis pela supervisão da construção, beneficiação, ampliação, reabilitação e conservação dos portos e terminais portuários do país. Também são competentes pela regulação da navegação comercial dentro das zonas portuárias e das actividades e serviços portuários que os administradores ou operadores portuários prestem nas referidas zonas.

- a **empresa nacional de portos ENAPU S.A.** (órgão administrador portuário que desenvolve as actividades e os serviços portuários nos portos de titularidade pública em conformidade com o disposto no decreto legislativo, n.º 098).

33 *V.g.*, na Austrália.

34 A título de exemplo, apontam-se como vantagens da regulação multisectorial a maior coerência/consistência na regulação de diferentes sectores, podendo a falta de *expertise* sectorial ser ultrapassada por alguma especia-

tuários devem ser compreendidos enquanto realidade multifacetada, modos de acção do Estado abertos à evolução e dependentes da opção política, variável no tempo e no espaço, de cada comunidade.

Segue-se, por isso, um estudo comparado da organização administrativa e regulação de portos na Comunidade Europeia, bem como dos exemplos do Brasil e da Nova Zelândia.

Comunidade Europeia (CE)

I. Administração e regulação dos principais portos europeus: síntese

Do estudo comparado da *governance* portuária em vários países europeus, podemos concluir pela *heterogeneidade* dos regimes de administração dos portos no Velho Continente: nos países hanseáticos (*v.g.*, Bélgica), mantém-se a gestão municipal, no modelo latino (*v.g.*, França), pelo contrário, existe maior centralismo, e na tradição anglo-saxónica (*v.g.*, Reino Unido), impera a autoridade portuária independente, na forma de *trust* ou de empresa privada.

Como explicam Jean Debrie, Martin Soppé e Valérie Lavaud-Letilleul,

> "A diferença principal repousa, de facto, sobre o papel conferido pelos cidadãos ao Estado no desenvolvimento do seu país: visto como incentivador

lização técnica dentro do próprio regulador. Isto porque se defende a existência de conhecimentos jurídicos e económico-financeiros comuns às várias indústrias de rede.

Mais, a actuação dos operadores intersectoriais conduz ao risco sistémico, obrigando à substituição de uma regulação estanque por uma regulação intersectorial. Sobre a necessidade de prevenção dos riscos e de interregulação, *vide* Marie-Anne Frison-Roche, "Os Novos Campos da Regulação" (tradução de Thales Morais da Costa), *in Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, Ano 3, n.º 10, Belo Horizonte, Abril/Junho 2005, pág. 203.

Por outra banda, a regulação por entidade transversal, encarregada da disciplina da concorrência nos mais diversos sectores económicos, permite maior uniformidade e visão de conjunto na aplicação do direito da concorrência em todas as áreas, assim como considerável redução do perigo de "captura do regulador pelo regulado". No entanto, o défice de especialização em cada sector e o significativo encargo cometido a uma só agência podem ser aduzidos em desfavor da opção pela autoridade da concorrência como regulador único.

Em geral, segundo Vital Moreira, "Na Europa, tanto quanto é possível prever, as comissões reguladoras sectoriais não constituem um fenómeno transitório, antes vão continuar a ser parte integrante do «Estado regulatório» pós-intervencionista". *Vide* Vital Moreira, "As entidades de regulação sectorial", *in A mão visível – Mercado e Regulação*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 182.

Noutros termos: não se vislumbra no Velho Continente, pelo menos a curto prazo, a substituição do papel das autoridades sectoriais, de competência vertical, por uma jurisdição geral das entidades encarregadas da defesa da concorrência, de competência transversal.

Sobre a repartição de competências entre reguladores sectoriais e autoridades transversais da concorrência, tomando por base a distinção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) entre regulação técnica, económica e de concorrência, *vide* Maria Manuel Leitão Marques/João Paulo Simões de Almeida/André Matos Forte, "Regulação Sectorial e Concorrência", *in Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*, n.º 9, Editora Fórum, Belo Horizonte, Janeiro/Março 2005, em especial, pág. 196 e ss.

> das iniciativas individuais e instituidor das regras de jogo no mundo anglo-saxónico, ele [o Estado] é considerado como uma instância de iniciativa e de inovação, criadora de emprego e de desenvolvimento nos países latinos."[35] (parêntesis nossos)

No entanto, *com a excepção dos grandes portos britânicos,* o *Estado é o protagonista da administração da maioria dos portos europeus*: directa ou, a maior parte das vezes, indirectamente (através de Autoridades Portuárias, com maior ou menor autonomia), cabe ao poder público, local ou nacional, a gestão portuária na União Europeia.

Podemos, assim, afirmar, no contexto da diversidade de regimes portuários na Europa e por influência comunitária, a tendência para o *reforço do modelo landlord port*, com a titularidade da infra-estrutura e as funções reguladoras a manterem-se em mãos públicas, enquanto os serviços portuários são privatizados e liberalizados[36].

II. Política portuária na Comunidade Europeia (CE)

Sendo a organização dos portos dos vários países da União Europeia fortemente modelada por esta organização internacional, importa proceder à descrição dos passos comunitários mais relevantes em matéria de política portuária[37].

A) Primeiras iniciativas

Desde a assinatura do Tratado de Roma (1957)[38], as instituições comunitárias têm desenvolvido esforços no sentido de firmar uma política comunitária para os portos marítimos.

---

35 *Vide* Jean Debrie, Martin Soppé e Valérie Lavaud-Letilleul, "La réforme des ports italiens: éléments de réflexion pour la politique portuaire française", *in Transports*, nº 447, Janeiro-Fevereiro 2008, pág. 19.

36 No mesmo sentido, afirmam Sérgio M. Carbone e Francesco Munari: " com a relevante excepção dos portos 'totalmente' privados (…) difundidos na Grã-Bretanha, os portos europeus parecem em geral orientados para a adopção do modelo *landlord port*, caracterizado por um ente de gestão que desenvolve competências de desenvolvimento e programação do território, deixando às empresas privadas a gestão do tráfego". Estes autores partem da distinção entre *landlord port*, *tool port* e *operating port*: " com a locução *landlord port* faz-se referência ao porto em que o ente de gestão é responsável pela valorização do território e provê portanto às actividades ligadas à criação de infra-estruturas (…), deixando aos privados exclusivamente a gestão do tráfego. Por outro lado, fala-se em *tool port* para indicar o porto em que o ente de gestão não se ocupa apenas da criação, mas ainda da utilização da infra-estrutura. Por fim, com a locução *operating port* entende-se o porto no qual o ente de gestão providencia ainda o fornecimento de serviços (…)".*Vide* Sérgio M. Carbone/Francesco Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitário e diritto interno, Contratti & Commercio internazionale, Giuffrè editore*, Milão, 2006, págs. 134-135.

37 Para uma descrição exaustiva da evolução comunitária em matéria de política portuária, *vide* Patrick Verhoeven, "European ports policy: meeting contemporary governance challenges", *in Maritime Policy and management*, volume 36, nº 1, Fevereiro 2009, pág. 84 e ss.

38 Para uma visão histórica da integração europeia, desde os seus primórdios ao Tratado de Lisboa, *vide* João Nuno Calvão da Silva, "Tratado de Lisboa (algumas notas)", *in Temas de Integração*, nº 26, Almedina, Coimbra, 2º

Nas décadas de 60 e 70, são, assim, de assinalar as iniciativas do Parlamento Europeu[39] e da Comissão[40], visando-se, fundamentalmente, a prossecução de dois objectivos: a efectiva aplicação das disposições do Tratado da Comunidade Europeia (*maxime* das regras respeitantes às liberdades de circulação e à concorrência) e o desenvolvimento sustentado (e sustentável) dos portos europeus.

Mais recentemente, com base nestes desideratos e no contexto da Rede Transeuropeia de Transportes, a Comissão emitiu uma Comunicação sobre *short sea shipping* (1995)[41], em que eram abordados temas como a transparência, auxílios estaduais e a melhoria da eficiência portuária em geral, que antecedeu o importante *Green Paper on Sea Ports and Maritime Infrastructure* (1997)[42].

Neste Livro Verde, é patente a visão liberal da Comissão, nomeadamente ao sugerir a produção de quadro regulatório destinado a promover a liberalização do mercado de serviços portuários[43]. Estava lançada a semente para o surgimento da proposta de Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários…

B) Directiva dos serviços portuários

Na sequência do *Green Paper on Sea Ports and Maritime Infrastructure* (1997), e apesar do cepticismo evidenciado pelo sector portuário (*v.g.*, *European Sea Ports Organization* – ESPO), pelo Parlamento Europeu e por vários Estados-Membros, a Comissão publicou,

---

semestre de 2008, págs. 115-138, e Miguel Gorjão-Henriques, *Direito Comunitário*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 44 e ss.

Sobre os benefícios e "desilusões" decorrentes da integração de Portugal nas Comunidades Europeias, *vide* Manuel Lopes Porto, "Aspectos históricos da integração de Portugal na Europa Comunitária", *in A Europa e os Desafios do século XXI*, Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, ARESP – Associação Interuniversitária de Estudos Europeus, Pólo Europeu da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, em especial, pág. 436 e ss.

39 Cfr *Assemblee Parlementaire Europenne, Rapport fait au nom de la comission des transports sur des problèmes concernant la politique commune des transports dans le cadre de la CEE (Rapport P. Kapteyn), PE 106, Service des Publications des Communautés Européennes*, Luxemburgo, 1961; *Parlement Europeen, Rapport intérimaire fait au nom de la comission des transports sur la politique commune du traffic portuaire (Rapport M. Seifriz), PE 140, Service des Publications des Communautés Européennes*, Luxemburgo, 1967, e *Rapport fait au nom de la comission des transports sur la politique portuaire dans le cadre de la Communauté Européenne (Rapport H. Seefeld),* 10/72, *Service des Publications des Communautés Européennes*, Luxemburgo, 1972.

40 Cfr *Comission des Communautés Europeennes, Note sur les options de la politique portuaire sur le plan de la Communauté*, 16/VII/71-F, Bruxelas, 1970, e *Report of an enquiry into the current situation in the major community sea-ports drawn up by the Port Working Group*, Bruxelas, 1977.

41 Cfr *Comission of the European Communities, The development of short sea shipping in Europe: prospects and challenges*, COM (95) 317 final.

42 Cfr *Comission of the European Communities, Green Paper on sea ports and maritime infrastructure,* COM (97)678 final.

43 Para uma interessante perspectiva histórica da liberalização dos serviços portuários na União Europeia, *vide* Eric Van Hooydonk, "The regime of port authorities under european law including an analysis of the port services directive", *in European seaports Law – The regime of ports and port services under european law and the ports package*, Maklu, Antuérpia, 2003, págs. 83-95.

em 2001, a Comunicação "Reforçar a qualidade do serviço nos portos marítimos, um elemento essencial para o sistema de transportes na Europa", onde incluía uma proposta de Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários[44].

Essencialmente, esta proposta de Directiva visava o estabelecimento de regras sobre a utilização de concessões pelas autoridades portuárias[45] na regulação do acesso ao mercado de potenciais fornecedores de serviços portuários, assim se procurando assegurar, designadamente, a concorrência intra-porto[46].

Oposição política de vários sectores, em especial o laboral, e de vários Estados-Membros levaram ao chumbo da proposta final da Directiva em apreço em Novembro de 2003, tendo sido também rejeitada uma segunda versão desta pelo Parlamento Europeu em Janeiro de 2006[47].

C) Comunicação da Comissão sobre política portuária europeia (2007)

Não podendo a política portuária europeia ser deixada a uma mole jurisprudencial e legislativa incoerente e muitas vezes contraditória (*v.g.*, disposições sobre políticas comunitárias de transportes e ambiente), após a segunda reprovação da Directiva sobre serviços portuários, a Comissão rapidamente (2007) adoptou uma Comunicação sobre política portuária europeia[48].

No respeitante ao papel das autoridades portuárias, reza o ponto 4.1. desta Comunicação:

---

44 Cfr Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho "Reforçar a qualidade do serviço nos portos marítimos, um elemento essencial para o sistema de transportes na Europa"*, COM (2001)35 final, 2001/0047 (COD), Bruxelas, 13/02/2001.

45 Na proposta de Directiva, a Autoridade Portuária era expressamente definida como o "organismo ao qual a legislação nacional comete, conjuntamente com outras actividades ou em exclusividade, a competência de administrar e gerir infra-estruturas portuárias e coordenar e controlar a actividade dos operadores presentes no porto ou no sistema portuário considerado." Isto é, trata-se de autoridade que gere a infra-estrutura portuária, concede autorizações através de procedimentos públicos, mas pode ainda fornecer directamente serviços portuários.

46 Para maiores desenvolvimentos sobre o conteúdo da proposta de Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários, *vide* A.A. Pallin, "EU port policy: implications for port governance in Europe", *in Port governance and port performance*, editado por M.R. Brooks e K. Cullinane, Elsevier, Amesterdão, 2007, págs. 479-495, e Vincent J. G. Power, "European Union ports law: the general principles of European Union law", *in European seaports Law – The regime of ports and port services under european law and the ports package*, Maklu, Antuérpia, 2003, págs. 56-69.

47 Após explicar pormenorizadamente as razões dos chumbos das duas propostas da Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários, P. Verhoeven reflecte: "O significado do debate de cinco anos sobre a Directiva dos serviços portuários não pode ser desvalorizado. Do ponto de vista institucional da UE tal constituiu um precedente notável. Dificilmente em 50 anos de história de política legislativa europeia uma proposta legislativa da Comissão falhou em encontrar entendimento político por duas vezes." *Vide* P. Verhoeven, "European ports policy…", *cit*, pág. 87.

48 Cfr Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação sobre política portuária europeia*, COM (2007) 616 final, 2007.

> "**Os sistemas de gestão portuária variam consideravelmente por toda a Comunidade. Em alguns Estados-Membros, os portos são geridos por entidades privadas proprietárias dos terrenos portuários** (ou que chamam a si direitos semelhantes aos de propriedade). **Estes portos são empresas inteiramente privadas. Nos restantes casos – uma grande maioria na Europa continental –, os portos são geridos por entidades ou empresas públicas, que podemos designar por "autoridades portuárias" (independentemente da designação que tiverem segundo a legislação nacional) e que beneficiam cada vez mais de um elevado grau de autonomia na tomada de decisões operacionais, bem como de autonomia financeira em relação às autoridades públicas**. Por outro lado, enquanto algumas autoridades portuárias prestam serviços de movimentação de carga e/ou serviços técnico-náuticos, outras concentram-se na gestão e no desenvolvimento. **A Comissão não tenciona intervir para harmonizar este cenário heterogéneo. Na verdade, é ao nível nacional/local que melhor se pode estruturar a gestão portuária. Ainda assim, a Comissão reconhece que as importantes funções das autoridades portuárias podem ser mais bem executadas se elas dispuserem de um grau suficiente de autonomia**. No que em particular respeita à autonomia financeira, a Comissão recorda que se trata de um requisito prévio para possibilitar uma afectação eficiente dos investimentos e, em última instância, permitir o desenvolvimento dos portos." (negrito nosso)

Na linha do princípio da subsidiariedade (artigo 5º do Tratado da Comunidade Europeia), a Comissão defende uma abordagem não intervencionista, respeitadora da heterogeneidade vigente nos portos europeus[49]. Contudo, não pode deixar de observar-se a preferência por uma *governance* de tipo *landlord*, com destrinça clara das tarefas de gestão de infra-estrutura e de fornecimento de serviços comerciais.

---

49 Parece ter sido sempre esta a posição da Comissão, conforme podemos depreender das palavras de Wolfgang Elsner:
"A diversidade de filosofias na União Europeia sobre titularidade dos portos é bem conhecida: há portos detidos e geridos por privados, por um lado; há portos detidos e geridos pelo sector público, por outro; e se quisermos, combinações intermédias. É provavelmente correcto dizer-se que a maioria dos portos adopta o modelo *landlord* (…). A concorrência entre portos estaria num outro patamar se a mesma filosofia prevalecesse em toda a União, e, de facto, tal abordagem foi proposta.
Contudo, a Comissão não tomou este caminho. Pondo de parte considerações legais, o ponto decisivo foi o de que tentar a harmonização de estruturas portuárias não teria sido do interesse geral da União. A diversidade dos portos é, na realidade, um bónus porque propicia novas ideias. Por isso, trata-se de uma questão de subsidiariedade, em que os Estados-Membros se encontram melhor colocados para decidir no âmbito de um enquadramento geral europeu." *Vide* Wolfgang Elsner, "Reinforcing quality service in sea ports: a key for european transport – The european comission's so-called ports package", *in European seaports Law – The regime of ports and port services under european law and the ports package*, Maklu, Antuérpia, 2003, pág. 10.

Na verdade, ao defender-se a *autonomia/independência das autoridades portuárias*, tendo implícita a ideia de tratamento igual dos prestadores de serviços portuários, não se obriga à exclusão da possibilidade de prestação de *utility services* por aquelas autoridades, mas encoraja-se a separação entre regulador, encarregado da exploração da infra-estrutura, e regulados, os operadores que prestam serviços portuários[50].

De referir, por último, que esta apologia da independência do regulador portuário em nada bole com o princípio da neutralidade (artigo 295º do Tratado da Comunidade Europeia) em matéria de propriedade das infra-estruturas. Como explicam Sérgio M. Carbone e Francesco Munari, " uma vez respeitado o princípio da separação entre actividade de gestão da infra-estrutura e prestação dos serviços, ao direito comunitário é indiferente o regime de propriedade da propriedade das infra-estruturas, que podem pertencer a um sujeito privado (como acontece na Grã-Bretanha), ou ser propriedade do Estado"[51].

Bélgica

I. Organização portuária

O regime de administração dos portos belgas (Antuérpia, Gant, Ostende e Zeebrugge) caracterizava-se pela *heterogeneidade*, resultante de diferentes circunstâncias históricas subjacentes ao seu desenvolvimento.

Destarte, os portos de *Antuérpia, Gant e Ostende*, erigidos no período medieval sobre terrenos das comunas, parte do *património municipal*, assumiam o estatuto de *empresas municipais que gozam de autonomia na gestão*[52]. Tratava-se de entidades dotadas de personalidade jurídica, para as quais valia a obrigatoriedade da publicação anual de contas.

Em relação ao porto de *Zeebrugge*, construído no fim do século XIX em terrenos estaduais, ele era *explorado, ao abrigo de um contrato de concessão, por uma sociedade de direito privado controlada pelos poderes públicos*[53], a MBZ (*Maatschappij van de Brugse Zeevaartinrichtingen*). Por muitos considerada como sociedade para-pública, a MBZ encontrava-se sujeita à *tutela dos Ministros das Obras Públicas e das Finanças da Região flamenga (Vlaamse*

50 Sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e as várias directivas a impor a instituição de reguladores independentes (dos regulados) em diversos mercados liberalizados (*v.g.*, serviços postais, energia eléctrica, gás, comunicações electrónicas), *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 134 e ss.

51 *Vide* Sérgio M. Carbone/Francesco Munari, *Ob. cit*, pág. 138.

52 De referir, porém, que o Director, o mais alto funcionário do porto, responsável pela coordenação dos diferentes serviços portuários, era nomeado pelo Conselho Municipal (Antuérpia e Gant) ou por decreto real sob recomendação do Conselho Municipal (Ostende).

53 Tratava-se de sociedade anónima que tinha como accionistas a Região flamenga (cerca de 65%), a comuna de Brugges (31%) e alguns privados (cerca de 3 %). Anteriormente ao processo de regionalização, a posição da Região flamenga, accionista e proprietária dos terrenos onde o porto de Zeebrugge se encontra instalado, era do Estado belga.

Gemeenschap), sendo fiscalizada por delegados nomeados por estes responsáveis governamentais[54].

Com o *Havendecreet*[55], de 2 de Março de 1999, base jurídica fundamental da política portuária da Flandres, a gestão destes quatro portos é uniformizada. Da leitura deste diploma, ressaltam duas ideias decisivas: *maior autonomia na gestão de cada porto* (*v.g.*, organização da infra-estrutura comercial) e *estabelecimento de relações transparentes entre os portos e, em especial, entre estes e o Governo flamengo*, mormente em termos de financiamento dos projectos portuários.

No âmbito da autonomia de gestão, as *régies portuaires*[56] têm *ampla liberdade na determinação do regime dos serviços portuários, podendo fornecê-los directamente ou concessioná-los a terceiros, privados ou públicos. Necessariamente, porém, compete àquelas entidades a regulamentação destes serviços e das suas condições de utilização*.

Importa ainda destacar a clarificação operada pelo *Havendecreet* quanto à *responsabilidade do Governo flamengo, salientando-se que não cabe a este Executivo definir a estratégia de cada porto, mas sim as tarefas de facilitar, coordenar e regular*, enfim um *Estado incentivador e regulador do sector portuário*.

Resumindo: se até 1999 os portos eram geridos pelo município (a Comunidade Flamenga), com a entrada em vigor do *Havendecreet*, por razões de celeridade decisória e aumento de eficiência[57], a gestão daqueles passou a caber a *havenbedrijven* (*régies portuaires*), entes autónomos dotados de personalidade jurídica; não foi eliminado, porém, o controlo do poder local sobre os portos, na medida em que a maioria do Conselho de Administração das *régies portuaires* é composto por membros dos órgãos da Comuna[58].

---

54 Composto por cinco a quinze membros, o Conselho de Administração da MBZ, com mandatos de seis anos, para além dos quatro elementos indicados pelos poderes públicos (dois pelo Governo flamengo, dois pelo município de Brugges), incluía também outros administradores escolhidos pela assembleia geral de accionistas. Cabia ao Conselho de Administração nomear o Director, o mais alto funcionário do porto, que coordenava os diferentes serviços portuários.

55 *Decreet houdende het beleid en het beheer van de zeehavens* (Decreto sobre política e gestão dos portos marítimos), de 2 de Março de 1999.

56 Nos termos do artigo 2º, alínea 1), do capítulo I, do *Havendecreet*, de 2 de Março de 1999, *régie portuaire* é "toda a autoridade de direito público que tem como tarefas assegurar a gestão e exploração das zonas portuárias…e que exerce as competências administrativas portuárias conformemente às disposições do presente Decreto." Na alínea 2), do artigo 2º, do mesmo diploma, concretizam-se as competências administrativas das *régies portuaires*: "a gestão e a exploração do domínio portuário público e privado" e a prestação de "serviços portuários aos utentes dos portos assim como a regulamentação e fixação das suas condições de utilização".

57 Com efeito, o regime jurídico aplicável às *régies portuaires* corresponde, fundamentalmente, à disciplina das sociedades comerciais, em tudo o que não for incompatível com as disposições do *Havendecreet*, de 2 de Março de 1999.

58 Para além do Conselho de Administração (*Conseil d'administration*), as *régies portuaires* podem eventualmente dispor também de um Comité de Direcção (*Comité de direction*), órgão que dispõe, conforme estabelece o artigo 5º, § 3, do Capítulo II, do *Havendecreet*, de 2 de Março de 1999, de poderes em matéria de "assuntos correntes (…), representação da administração e (…), execução das decisões do Conselho de administração".

II. Política portuária: papel do Estado

Na sequência do *Havendecreet*, em matéria de política portuária, é clara a repartição de competências entre o Governo flamengo e as *régies portuaires*: aquele é responsável pela acessibilidade dos portos, das infra-estruturas de base no interior e exterior da zona portuária (*v.g.*, diques), bem como por parte significativa do financiamento dos respectivos investimentos; estas têm a seu cargo as restantes infra-estruturas (*v.g.*, cais) e equipamentos[59].

Não obstante, como realçámos *supra* (cfr ponto I), a autonomia de gestão das *régies portuaires* ser pedra basilar da organização portuária belga, a intervenção do poder público não é despicienda.

Assim, para além de decisões de relevo das *régies portuaires* (*v.g.*, alienações ou constituição de hipotecas sobre "infra-estruturas de equipamento", situadas na "zona portuária") terem de ser aprovadas pelo Governo flamengo[60], existe um *Collège des comissaires* governamentais encarregado da elaboração de relatórios sobre o *plan d'enterprise* e sobre o *rapport d'activité*[61].

Outro controlo público é exercido pelo *comissaire regional de port*, nomeado pelo Ministério da *Communauté flamande*, sendo também de salientar a *Comission portuaire flamande* (*Vlaamse Havencommissie*), órgão encarregado da elaboração de estudos e pareceres para o Governo flamengo. Instituído em 1989, este órgão consultivo tem por desiderato a promoção da cooperação entre os vários portos flamengos[62].

Prevê-se também a possibilidade de o Governo flamengo e os gestores dos portos instituírem uma *Comission de concertation commune*, encarregada da elaboração de um plano de promoção quinquenal do potencial marítimo flamengo e da fixação de estruturas tarifárias adequadas a garantir uma concorrência leal entre os portos marítimos da Flandres.

Por último, em 31 de Maio de 1999, foi criada a *Comission fédérale de la politique des ports maritimes*[63], à qual compete

---

No mesmo diploma legal, encontra-se ainda previsto um Conselho de Concertação (*Conseil de concertacion*), composto por representantes da entidade gestora, de empregadores e dependentes do porto, cuja missão é aconselhar a *régie portuaire* sobre política portuária geral (cfr artigo 7º).

59 Não podemos olvidar a possibilidade de desenvolvimento de uma política portuária sub-regional. Conforme estabelece o artigo 28º do *Havendecreet*, de 2 de Março de 1999, o Governo flamengo pode instituir, a pedido de uma *régie portuaire* ou de um município em cujo território se integre a zona portuária, "um órgão sub-regional de concertação para a zona portuária a fim de estudar o ordenamento do território, o meio ambiente, a mobilidade e a viabilidade de novos investimentos".

60 Cfr artigo 22º do *Havendecreet*, de 2 de Março de 1999.

61 Cfr artigo 21º do *Havendecreet*, de 2 de Março de 1999.

62 Para uma visão crítica da intenção governamental subjacente à criação da *Comission portuaire flamande (Vlaamse Havencommissie)*, considerando preferível o incentivo à competição entre portos, *vide* Eric Van Hooydonk, The legal aspects of the Hanseatic tradition, *in Ports of Europe – Europe's maritime future in a changing environment*, Léonce Bekemans & Sharon Beckwith, *Brugers*, *College of Europe*, 1996, págs. 370 e 371.

63 Presidido pelo Ministro dos Assuntos Económicos, a *Comission de la politique des ports maritimes* é composta por representantes de empregadores, de trabalhadores e de instituições responsáveis em matérias de transportes

"examinar a eficácia da regulamentação federal assim como a eficácia da execução da regulamentação europeia com incidência sobre os portos marítimos belgas e de aconselhar na matéria o Governo federal, por iniciativa própria ou a requerimento deste."[64]

Espanha

Nos termos do artigo 149.1.20 da Constituição espanhola, o Estado tem a competência exclusiva sobre os *portos de "interesse geral"*, normalmente coincidentes com os portos que desenvolvem actividades comerciais[65], e as comunidades regionais autónomas podem assumir o controlo dos "portos de refúgio, dos portos e aeroportos de lazer e, em geral, daqueles que não tiverem actividade comercial."[66]

Constituído por 47 portos de "interesse geral"[67], geridos por 27 *Autoridades Portuárias*, o sistema portuário público espanhol é controlado e coordenado pela *Puertos del Estado*, entidade pública tutelada pelo Ministério das Obras Públicas e dos Transportes e responsável pela execução da política portuária governamental.

I. Portos de "interesse geral"

De acordo com o disposto no artigo 5º, nº 1, da *Ley* 27/1992 de *Puertos del Estado e de la Marina Mercante*, são portos de interesse geral "os que figuram em anexo da presente lei [*Ley* 27/1992] classificados como tal por lhes ser de aplicação alguma das seguintes circunstâncias:

a) Que se efectuem neles actividades comerciais marítimas internacionais.
b) Que a sua zona de influência comercial afecte de forma relevante mais do que uma Comunidade Autónoma.
c) Que sirvam indústrias ou estabelecimentos de importância estratégica para a economia nacional.
d) Que o volume anual e as características das suas actividades comerciais marítimas alcancem níveis suficientemente relevantes ou respondam a necessidades essenciais da actividade económica geral do Estado.

---

marítimo, ferroviário, navegação fluvial, entre outros.

64 Cfr artigo 3º da *Loi instituant une Comission de la politique des ports maritimes*, de 31 de Maio de 1999.

65 De acordo com o disposto no artigo 3º da *Ley* 27/1992 de *Puertos del Estado e de la Marina Mercante*, "são portos comerciais os que em razão das características do seu tráfego reúnem condições técnicas, de segurança e de controlo administrativo para que neles se realizem actividades comerciais portuárias, entendendo por tal as operações de *estiba*, *desestiba*, carga, descarga, transbordo e armazenamento de mercadorias de qualquer tipo, volume ou forma de apresentação que justifiquem a utilização de meios mecânicos ou instalações especializadas."

66 Sobre a classificação dos portos castelhanos, *vide* Ignacio Arroyo, *Curso de Derecho Marítimo*, Barcelona, 2001.

67 Cfr anexo da *Ley* 27/1992 de *Puertos del Estado e de la Marina Mercante*.

e) Que pelas suas especiais condições técnicas ou geográficas constituam elementos essenciais para a segurança do tráfego marítimo, especialmente em territórios insulares."

II. Autoridades Portuárias

Num contexto de descentralização, a organização e exploração do sistema portuário de titularidade estadual é confiada a Autoridades Portuárias, entidades públicas dotadas de personalidade jurídica, com *autonomia financeira e de gestão.*

No âmbito da autonomia funcional e de gestão, cumpre destacar a liberdade das Autoridades Portuárias na fixação de tarifas dos serviços portuários, sem quaisquer limites para além dos objectivos de auto-financiamento e de manutenção da concorrência livre e leal[68].

Por outro lado, as Autoridades Portuárias orientam-se por procedimentos de gestão empresarial, contrariamente aos predecessores, os *Puertos Autónomos*[69], excessivamente rígidos e burocratizados.

Nesta linha, aquelas Autoridades outorgam, em concessão ou por meio de contratos de direito privado, a exploração de serviços portuários a privados, num enquadramento típico do denominado *modelo landlord*.

Na verdade, após a entrada em vigor da *Ley 48/2003 de régimen económico y de prestacion de servicios de los puertos de interés general* (1 de Janeiro de 2004), que modifica parcialmente a *Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante,* por influência das políticas liberalizadoras da Comunidade Europeia, os serviços portuários passam a funcionar em mercado concorrencial, não subsistindo qualquer razão para a sua prestação ter de ser feita pelo Estado, através das Autoridades Portuárias.

Nas palavras do legislador,

> "eleva-se à categoria de princípio geral da actuação das Autoridades Portuárias, o da liberdade de acesso à prestação de serviços portuários, salvo limitação do número de prestadores por razões derivadas da disponibilidade de espaços, capacidade de instalações, segurança ou normas de meio ambiente.
> As razões anteriormente citadas aconselham a **abandonar o modelo subjectivo de organização dos serviços portuários vigente e abordar um modelo objectivo de regulação, que introduza a liberdade de concorrência nas acti-**

68 Anteriormente à prerrogativa da liberdade tarifária, conferida pela *Ley* 62/1997, de 26 de Dezembro, as Autoridades Portuárias estabeleciam as tarifas dentro de limites fixados pelo Executivo.

69 Ao abrigo da lei anterior, a *Ley* 27/1968, de 20 de Junho, havia duas categorias de portos, as *Juntas de Puertos*, submetidas a rigoroso controlo administrativo, e os *Puertos Autónomos*, geridos pelos *Organismos Autónomos del Estado*, sem a autonomia de gestão conferida pela *Ley* de 1992 às actuais Autoridades Portuárias.

> **vidades em que seja possível e que imponham sobre os operadores de cada sector as obrigações de serviço público, que juntamente com a livre concorrência garantam a segurança, a continuidade, a qualidade, a cobertura universal, a adaptabilidade e a razoabilidade de preços."**[70-71] (negrito nosso)

Mutatis mutandis, a *Ley 48/2003 de régimen económico y de prestacion de servicios de los puertos de interés general* produz importante transformação no modelo de gestão dos portos: a autoridade pública (denominada Autoridade Portuária) limita-se à gestão dos espaços de domínio público e à regulação da actividade económica decorrente da prestação de serviços portuários fundamentalmente a cargo de privados[72]; a actividade prestacional do poder público é meramente subsidiária, isto é, apenas se justifica nos casos de ausência ou insuficiência da iniciativa privada[73]/[74].

Last but not the least, com a *Ley* 62/1997, de 26 de Dezembro[75], reforça-se a participação das Comunidades Autónomas na estrutura organizativa das Autoridades Portuárias, competindo àquelas a designação do Presidente e de significativa percentagem de membros do Conselho de Administração, sem prejuízo de se garantir a presença de representantes das administrações municipal, regional e nacional, das Câmaras de Comércio, Indústria e Navegação, das organizações empresariais e sindicais mais expressivas e dos sectores económicos mais relacionados com o tráfego portuário[76].

---

70 Cfr preâmbulo da *Ley 48/2003 de régimen económico y de prestacion de servicios de los puertos de interés general.*

71 Sobre as obrigações de serviço público, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 119 e ss.

72 Recentemente, um Decreto Real de 18 de Fevereiro de 2005 veio reforçar a separação das funções entre Autoridades Portuárias, encarregadas do domínio público e da regulação dos serviços portuários, e operadores privados.

73 Para a análise de serviços (*servicios generales*) reservados às Autoridades Portuárias, *vide* Elena Orrú, *La disciplina dei Servizi portuali negli Stati Membri dell'Unione Europea – un'analisi comparativa*, *Libreria Bonomo editrice*, Bolonha, 2005, pág. 106 e ss.
Quanto aos *servicios basicos*, prestados por privados, estão sujeitos a obrigações de serviço público: continuidade, segurança, regularidade, universalidade e preços razoáveis (artigos. 60º,nº3, e 61º,da *Ley* 48/2003). Quando por qualquer razão os privados não assegurem a prestação regular destes serviços eles têm de ser garantidos pelas autoridades portuárias.
Por proposta da *Puertos del Estado*, o Ministro do Fomento pode ampliar a relação dos *servicios basicos* alargando-o a outras prestações que se considerem necessárias para garantir a segurança, a continuidade e a competitividade portuárias.

74 Encontram-se actualmente a ser produzidas alterações à *Ley 48/2003 de régimen económico y de prestacion de servicios de los puertos de interés general*, no sentido de reforçar a autonomia de gestão das Autoridades Portuárias e de estas passarem a dispor das suas próprias taxas pelo uso da infra-estrutura, em conformidade com as suas estruturas de gastos.
Na exposição de motivos do projecto de lei que impõe estas modificações, continua-se a afirmar, porém, que "**os portos de interesse geral têm que estruturar-se como 'portos *landlord* avançados'**, como se qualificam em alguma terminologia portuária, **facilitadores da actividade económica e da competitividade do nosso tecido social e empresarial**, e **coordenadores dos diferentes agentes e administrações que intervêm** (…)". (negrito nosso)

75 A *Ley* 62/1997, de 26 de Dezembro, modifica a *Ley* 27/1992, de 24/11/92, de *Puertos del Estado y de la Marina Mercante*.

76 Antes da entrada em vigor da *Ley* 62/1997, de 26 de Dezembro, a maioria absoluta dos membros do Conselho de Administração das Autoridades Portuárias era nomeada pelo comité de Direcção da *Puertos del Estado*.

III. *Puertos del Estado*

Puertos del Estado é o organismo público responsável pela execução da política portuária governamental, encontrando-se encarregado de controlar, coordenar e aconselhar as Autoridades Portuárias[77]. Cabe ainda à *Puertos del Estado* a gestão do Fundo de Compensação Interportuário, elemento básico de solidariedade entre portos e de garantia de financiamento de infraestruturas[78]/[79].

Dotado de personalidade jurídica e orçamento próprio[80], a entidade *Puertos del Estado* é tutelada pelo Ministério das Obras Públicas e Transportes, que nomeia todos os membros daquela.

França

I. Introdução

Historicamente, a intervenção do Estado gaulês no sector portuário foi sempre de extrema importância, sobretudo por razões de ordem militar e económica, sendo ainda hoje preponderante a acção dos poderes públicos neste domínio.

Na verdade, para além de funções "realengas", normativas e de regulação, o Estado tem a tutela dos *grands ports maritimes*, dos *ports autonomes* e gere os *ports d'intérêt national*, os quais têm vindo a ser transferidos para colectividades territoriais após 1 de Janeiro de

77 Em termos de investimentos nos portos, existe um procedimento decisório envolvendo Autoridades Portuárias e *Puertos del Estado*. Sobre este procedimento, cfr *Factual Report on the European Port Sector, European Sea Ports Organisation (ESPO)*, 2004-2005, Bruxelas, pág. 109.

78 O Fundo de Compensação Interportuário é financiado por cada uma das Autoridades Portuárias e pela *Puertos del Estado*.

79 Os objectivos gerais da *Puertos del Estado* encontram-se estipulados no artigo 25º da *Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*:
"a) a execução da política portuária do Governo e a coordenação e controlo de eficiência do sistema portuário de titularidade estadual;
b) a melhoria permanente da eficiência da actividade portuária, assim como a obtenção da maior rentabilidade global dos activos adstritos ao conjunto do sistema portuário estadual, sem prejuízo do princípio da autonomia de gestão das Autoridades Portuárias;
c) a coordenação geral com os diferentes órgãos da Administração do Estadoque estabelecem controlos no âmbito portuário e com os modos de transporte que operam nos portos de competência estatal, do ponto de vista da actividade portuária;
d) o fomento de actividades relacionadas com o tráfego portuário, dentro da sua competência;
e) a formação, a promoção da investigação e o desenvolvimento tecnológico nas matérias com a economia, gestão, logística e engenharia portuárias e outras relacionadas com a actividade que se realiza nos portos;
f) a planificação, coordenação e controlo do sistema de sinalização marítima espanhol, e o fomento da formação, da investigação e do desenvolvimento tecnológico nestas matérias."
Quanto às funções da *Puertos del Estado*, cfr artigo 26º da *Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*.

80 Com a *Ley* 48/2003 *de régimen económico y de prestacion de servicios de los puertos de interés general*, o financiamento da *Puertos del Estado* decorre da afectação de percentagem das taxas cobradas pelas Autoridades Portuárias.

2007. Os restantes portos, em concorrência com estes, estão a cargo de *Régions*, *Communes* e outras entidades locais.

Por outro lado, o *financiamento estadual* a investimentos portuários e a frotas francesas é significativo, conforme o programa *Port 2000*, primeiro projecto de desenvolvimento que se insere no quadro de um novo modelo económico de co-financiamento entre sectores público e privado, comprova[81].

No entanto, tem sido criticada a *insuficiência do papel estratégico do Estado* na modernização e desenvolvimento do sector público portuário, designadamente a falta de contratualização de objectivos com os diversos operadores neste domínio e a ausência de uma repartição clara de competências entre o Estado (central), os portos e os eventuais operadores privados[82].

Como sintética e expressivamente alerta o *Cour des Comptes*,

> "O Estado não é mais do que um actor entre outros, como as Regiões, os Departamentos ou os estabelecimentos públicos. A definição de uma estratégia clara por sua parte, quanto à extensão do seu papel, das suas prioridades e sua organização, é, por isso, ainda mais essencial para lhe permitir coordenar e pôr em marcha as orientações nacionais."[83]

Aponta-se a *falta de estabilidade da organização administrativa central como dificuldade principal para a elaboração de uma política portuária clara e coerente.* Com efeito, a coordenação da acção estadual em matéria marítima, regulada pelo *Décret du 2 août 1978*, assente fundamentalmente sobre um Comité Interministerial do Mar e uma Missão Interministerial do Mar, na dependência do Primeiro Ministro, tem oscilado ao sabor das conjunturas políticas, impedindo a existência de uma visão estratégica fundamental em matéria portuária[84].

Outras das razões invocadas para a ausência de coerência da política portuária gaulesa são a *dispersão resultante da descentralização e intervenção de colectividades territoriais várias na gestão dos portos* e a *falta de cooperação entre portos*, geradora de programas de desenvolvimento e de investimentos muitas vezes incongruentes[85].

---

81 Sobre o esforço financeiro dos poderes públicos em matéria de investimentos portuários, cfr *Cour des Comptes*, *Rapport public thématique sur les ports français face aux mutations du transport maritime: l'urgence de l'action*, Julho de 2006, pág. 51 e ss.

82 *Idem*, pág. 151 e ss.

83 Cfr *Cour des Comptes*, *La Politique Portuaire Française, Rapport au President de la Republique suivi des réponses des administrations et des enterprises intéressées*, Outubro 1999, pág. 31.

84 *Idem*, pág. 37 e ss.

85 *Ibidem*, pág. 44 e ss.

II. Organização portuária

Nos termos da *Loi du 29 Juin 1965* e do *Code des ports maritimes* (6 de Julho de 2008), podemos distinguir duas categorias jurídicas de portos: os *ports autonomes* e os *ports non autonomes*.[86]/[87]

Na definição legal (cfr artigo L. 111-1, alíneas 2 e 3, do *Code des ports maritimes*), os *ports autonomes* são

> "estabelecimentos públicos do Estado, dotados de *personalidade jurídica* e de *autonomia financeira*[88], sob a tutela do ministro encarregado dos portos marítimos e submetidos ao controlo económico e financeiro do Estado.
> No quadro da política geral estabelecida pelo Governo, cada um destes estabelecimentos públicos tem por objecto assegurar a gestão de um porto ou de um agrupamento de portos criado em virtude do artigo L. 116-1." (itálico nosso)

Instituídos pela *Loi du 12 Juin 1920*, estes estabelecimentos públicos são reconhecidos pela jurisprudência administrativa como tendo *natureza mista*, exercendo não apenas missões de serviço público mas também actividades industriais e comerciais[89].

No entanto, com base na distinção entre missões de autoridade pública e serviços de natureza económica, tem-se defendido, na esteira da linha comunitária, a separação clara entre as funções das Autoridades Portuárias (*v.g.,* estratégia para os portos, proprie-

86 *Vide* Christian Buniet, "Ports", *in Guide Juridique Dalloz*, Volume IV, págs. 395-410.

87 Para além destes, ao abrigo do *Code des ports maritimes*, quando, à luz das políticas de desenvolvimento económico e de ordenamento do território, se justifique, o Estado pode instituir, por decreto do Conselho de Estado, um organismo designado por "*grand port maritime*", estabelecimento público sob a tutela do Estado.
Conduzidos pela Direcção (Article L-102-4 e 5), sob o controlo do Conselho de Vigilância (Article L 102-1 e ss), em cada *grand port maritime* existe um conselho de desenvolvimento, órgão consultado sobre o projecto estratégico e a política tarifária do porto. Para assegurar a coerência das acções dos *grands ports maritimes*, existe um Conselho de Coordenação Interportuário (Article L102-7).
Em termos de funcionamento, os *grands ports maritimes* dependem da elaboração de um projecto estratégico, sendo um decreto do Conselho de Estado que fixa as modalidades de elaboração e revisão deste e do seu preciso conteúdo (Article L-103-1).
Por último, entre as principais missões dos *grands ports maritimes* (art.101-3), refiram-se a polícia e a segurança, a gestão e a valorização do domínio público, a construção e a manutenção de infra-estruturas portuárias, o desenvolvimento de acções de promoção geral do porto e a gestão das zonas industriais e logísticas ligadas à actividade portuária.

88 No âmbito da autonomia financeira de que dispõem, as receitas dos *ports autonomes* provêm fundamentalmente de direitos portuários sobre navios e mercadorias cobrados aos utilizadores, taxas sobre passageiros, entre outras.

89 Sobre as dificuldades na distinção entre serviços de autoridade pública e serviços de interesse económico geral, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado, Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, 2008, pág. 220 e ss. Em especial, sobre as funções qualificadas pela jurisprudência administrativa francesa de serviço público de carácter administrativo e similitudes com a classificação comunitária, cfr *Cour des Comptes*, *Rapport public thématique…, cit,* Julho de 2006, pág. 145 e ss.

dade dos solos, financiamento do acesso) e o desenvolvimento das actividades industriais e comerciais (*v.g.,* funções operacionais de gestão de terminais), a confiar a operadores portuários privados[90].

Noutros termos: *à semelhança da generalidade dos países europeus, a tendência é a de a exploração das instalações, equipamentos e serviços portuários caber a privados*[91] *e não ao próprio porto (modelo de porto "propriétaire foncier").*

Por outra banda, hodiernamente, tem-se advogado a evolução dos *ports autonomes* do estatuto de estabelecimento público, derrogatório do direito comum, para o de sociedades comerciais (de tipo sociedade anónima), mesmo que a totalidade do capital destas se mantenha em mãos públicas[92].

No respeitante aos órgãos decisórios, para além do Director, destaca-se o Conselho de Administração, composto por representantes do Estado, das colectividades territoriais, de assalariados e de utentes[93]. O comissário do governo e o controlador do Estado, nomeados pelo Executivo, apenas assistem às reuniões do Conselho de Administração, podendo, porém, respectivamente, opor-se às decisões tomadas e impor assuntos na ordem de trabalhos.

Quanto aos restantes portos (designados por *ports non autonomes*), encontram-se, desde 1983 (*Loi nº 83-663 du 22 Juillet 1983*, sobre redistribuição de competências entre Comunas, Departamentos, Regiões e o Estado), sob a responsabilidade de entes governamentais locais (*Communes* e *Régions*), sendo a gestão das respectivas superestruturas concessionada a *privados* ou a *Câmaras de Comércio e Indústria*.

Afastados da *descentralização* operada em 1983, os *ports d'intérêt national*, regulamentados pelas disposições constantes do Livro I, Título II, do *Code des ports maritimes*, têm vindo, com a publicação da *Loi nº 2004-809 du 13 Août 2004*, a ser progressivamente transferidos para autoridades locais ou regionais (*v.g.*, *Régions* e *Départements*), mantendo-se o Estado (central) com as funções de política e de segurança portuária.

Tipicamente, a gestão dos *ports d'intérêt national*, controlados pelo Estado até 1 de Janeiro de 2007[94], repartia-se entre serviços locais do Ministério dos Transportes, direc-

---

90 Cfr *Cour des Comptes*, *Rapport public thématique…, cit,* Julho de 2006, pág. 148. Neste trabalho, o *Cour des Comptes* considera desejável, à semelhança do que sucede noutros sectores (*v.g.*, electricidade e gás), a definição legislativa de missões "de serviço público" e a delimitação do campo de responsabilidade do sector privado.

91 Elena Orrù considera que os serviços portuários em França, "embora abstractamente configurados em ambiente concorrencial de mercado, são, na verdade, em concreto, caracterizados como um regime monopolístico, de direito ou de facto." *Vide* Elena Orrù, *La disciplina dei servizi portuali negli Stati membri dell' Unione Europea – un' analisi comparativa, Libreria Bonomo editrice*, Bolonha, 2005, pág. 82.

92 Sobre a principal argumentação usada para defesa desta transformação dos *ports autonomes* em sociedades anónimas, *vide* Jean Debrie/Martin Soppé, Valérie Lavaud-Letilleul, "La reforme des ports italiens:éléments de réflexion pour la politique portuaire française", *in Transports*, nº 447, Janeiro-Fevereiro 2008, págs. 18-19.

93 Alertando para o "risco elevado de paralisia" adveniente da forte representação de interesses particulares no Conselho de Administração dos *ports autonomes*, cfr *Cour des Comptes, La Politique Portuaire Française…, cit*, pág. 61.

94 As concessões e arrendamentos dos *ports d'intérêt national* previamente acordadas com o Estado e que se prolonguem para além de 1 de Janeiro de 2007 são, porém, mantidas.

tamente responsáveis pela construção e manutenção de infra-estruturas, pela política portuária e questões de segurança, entre outras, e as Câmaras de Comércio e Indústria locais, encarregadas, nomeadamente, da super-estrutura e do equipamento público terrestre requerido pelos utentes dos portos.

Irlanda

Na Irlanda, os principais portos comerciais são controlados por sociedades privadas criadas ao abrigo do *Harbours Act 1996*[95], modificado pelo *Harbours Act 2000*. Alguns portos, de menor relevância, permanecem, porém, sujeitos ao *Harbours Act 1946*, sendo, por isso, geridos pelas respectivas autoridades locais.

As *sociedades privadas* gestoras dos maiores portos irlandeses[96], *detidas exclusivamente pelo Estado*, encontram-se submetidas à *Companies Act 1963*, estabelecendo-se aí as funções destas *companies*[97]:

> "a) tomar todas as medidas apropriadas para a gestão, controlo, operacionalidade e desenvolvimento do porto (…);
> b) fornecer tantos equipamentos, serviços, alojamento e terras no porto para navios, mercadorias e passageiros quanto for considerado necessário;
> c) promover investimentos no porto;
> d) envolver-se em qualquer actividade comercial, isolada ou conjuntamente com outras entidades, que considere vantajoso para o desenvolvimento do porto;
> e) utilizar e gerir os recursos disponíveis de maneira consistente com os objectivos acima mencionados."[98]

Para cumprir estas atribuições, é conferido às *companies* em análise

95 O *Harbours Act 1996* é expressamente qualificado, no preâmbulo, como "um *Act* destinado a regular mais e melhor em matéria de gestão, controlo, operacionalidade e desnvolvimento de certos portos, a permitir ao Ministro do Mar, com a aprovação do Ministro das Finanças, criar *companies* em certos portos para cumprir aqueles propósitos e a fixar as funções das *companies* assim criadas, a permitir ao Ministro do Mar (…) rever a lei relativa à pilotagem e providenciar o fornecimento de funções relacionadas com a pilotagem em certas *companies* acima mencionadas, a permitir que certos portos e propriedades sejam transferidas para autoridades locais, (…)".

96 Nos termos do *ss*. 7 e ss do *Companies Act 1963*, a formação e registo destas *private companies* depende do Ministro do Mar, depois da aprovação do Ministério das Finanças.

97 Quanto aos serviços portuários, em geral, o ente gestor do porto fornece o serviço de *cargo handling*, enquanto os outros serviços (com a excepção da pilotagem), são oferecidos por operadores privados, em regime de concorrência entre eles.
Para a análise desenvolvida do regime dos serviços portuários na Irlanda, *vide* Elena Orrù, *La disciplina dei servizi portuali negli Stati Membri dell'Unione Europea – un'analisi comparativa*, *Libreria Bonomo editrice*, Bolonha, 2005, pág. 66 e ss.

98 Cfr *s*. 11, da *Companies Act 1963*.

> "o poder de fazer qualquer coisa que pareça requisito, vantajoso (…), ou que pareça facilitar, directa ou indirectamente, o exercício das suas funções como concretizadas neste *Act* (…) e não seja incongruente com qualquer disposição em vigor".[99]

Em termos de *governance*, cada sociedade responsável por portos tem um *Chairman* e um *Board of Directors*, nomeados pelo Executivo. Cabe ao colégio de directores, representativo do governo local e dos interesses comerciais e laborais, a definição da política comercial do porto, sendo sempre necessária a aprovação governamental quando as propostas de investimento envolvam endividamento.

Por outra banda, à semelhança do Reino Unido, praticamente *não existe regulação*, considerando-se a acção de eventual regulador económico sectorial[100] despicienda face aos custos de funcionamento a suportar. Cabe à *company* "regular as operações no seu porto", o que não significa a inexistência total de poderes por parte do Executivo em matéria de política portuária.

Na verdade, em relação ao "desenvolvimento de portos, segurança dos navios, navegação e operações em geral nos portos, níveis dos encargos portuários impostos pela *company* ou *companies*, aquisição ou alienação de terras pela *company* ou *companies* (…), ou quaisquer outras matérias que afectem as funções da *company* ou *companies*"[101], há a possibilidade de, após consulta ao gestor do porto, serem adoptadas *decisões políticas* ao nível ministerial, no quadro de um poder geral de *indirizzo* político[102].

Itália[103]

Definidos pela lei italiana (*Legge* nº 84, de 28 de Janeiro de 1994) como domínio público, os portos marítimos italianos são administrados por *Autoridades Portuárias*[104], pes-

99 Cfr *s.* 11.3, da *Companies Act 1963*.

100 Em matéria de concorrência, há um regulador transversal, competente, por isso, também no domínio portuário.

101 Cfr *s.* 44, *sub-s.*1, da *Companies Act 1963*.

102 Cfr *s.* 44, da *Companies Act 1963*.

103 Para uma visão geral da política italiana de transportes, destacando a "pouca atenção prestada aos portos", *vide* Giovan Battista Di Miceli, "La situazione dei transporti in Itália", *in Aggiornamenti sociali*, Ano 45, nº 11, Novembro 1994, págs. 741-754.

104 Actualmente, são vinte e quatro os portos públicos italianos (internacionais, nacionais e regionais) sob administração de Autoridades Portuárias: *Ancona, Augusta, Bari, Brindisi, Cagliari, Catania, Civitavecchia, Génova, Gioia Tauro, La Spezia, Livorno, Marina di Carrara, Messina, Napoli, Olbia, Palermo, Piombino, Ravenna, Salerno, Savona, Taranto, Trapani, Trieste e Venezia.* Sobre a repartição de competências estaduais e regionais relativamente aos portos em Itália, *vide* Sérgio M. Carbone/Francesco Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitário e diritto interno, Contratti & Commercio internazionale, Giuffrè editore*, Milão, 2006, pág. 81 e ss.
Antes da reforma empreendida pela *Legge* nº 84/94, existiam duas categorias de portos: os portos geridos pelo Estado, sobretudo pela administração local (*v.g.*, *La Spezia* e *Livourne*), e os portos sob administração de organismos públicos autónomos, instituídos por leis especiais que estipulavam as suas atribuições, competências e estruturas organizató-

soas jurídicas de direito público dotadas de autonomia financeira/orçamental[105] e administrativa[106], sob a tutela do Ministério dos Transportes e da Navegação[107] e do Ministério das Infraestruturas[108].

No âmbito das principais funções das Autoridades Portuárias (cfr artigo 6º da *Legge* nº 84/94), destacam-se a programação, orientação e incentivo ao desenvolvimento dos portos, funções de segurança marítima, de polícia, de controlo e supervisão dos serviços náuticos, bem como o controlo dos privados encarregados das diversas operações portuárias[109].

Nas palavras de Maurizio Maresca, as Autoridades Portuárias desenvolvem "uma dupla função pública: (…) **regulação e controlo**, por um lado, e (…) **promoção**, latu senso, da política de transportes (marketing territorial, selecção de infra-estruturas, promoção da rede, etc.), por outro lado."[110] (negrito nosso)

Na realidade, na linha das exigências comunitárias, as *actividades económicas portuárias são transferidas para empresas privadas*[111], estando aquelas Autoridades proibidas de gerir, directamente ou por intermédio de sociedades de direito privado, essas actividades.

Numa palavra: em Itália, na gestão portuária, evolui-se para o modelo *landlord*, distinguindo-se bem as funções de regulador e prestador de serviços, ao sabor dos ventos liberalizadores de Bruxelas[112]…Na visão de Jean Debrie, Martin Soppé e Valérie Lavaud-

---

rias (*v.g.*, *Genes*, *Trieste*, *Venise*, *Naples*, *Palerme*). Sobre o modelo de gestão, o financiamento e a disciplina jurídica dos portos italianos antes da entrada em vigor da *Legge* nº 84/94, de 24 de Janeiro, *vide* Giuseppe Fontanella, "Le gestioni portuali in Itália", *in Economia Pubblica*, Milão, Ano 16, nº 3, Março 1986, págs. 91-98.

105 A gestão patrimonial e financeira da Autoridade Portuária é disciplinada por um regulamento de contabilidade aprovado pelo Ministro dos Transportes e da Navegação, em parceria com o Ministro do Tesouro.

106 Cfr, porém, artigo 12º da *Legge* nº 84/94.

107 Exemplificativamente, compete ao Ministro dos Transportes a aprovação do orçamento e do balanço, das decisões relativas ao pessoal do Secretariado Geral e das atribuições das concessões.

108 De acordo com Jean Debrie, Martin Soppé e Valérie Lavaud-Letilleul, "esta dupla no organigrama governamental deixa adivinhar dificuldades na execução de uma política coerente a nível nacional." *Vide* Jean Debrie, Martin Soppé e Valérie Lavaud-Letilleul, "La reforme des ports italiens: éléments de réflexion pour la politique portuaire française", *in Transports*, nº 447, Ano 53, Janeiro – Fevereiro 2008, págs. 11 a 20.

109 Para um desenvolvimento aprofundado sobre as funções das Autoridades Portuárias italianas e a problemática da qualificação da sua natureza jurídica, *vide* Sérgio M. Carbone/Francesco Munari, *Ob. cit*, pág. 172 e ss.

110 *Vide* Maurizio Maresca, *La Governance dei sistema portuali – Linee di una riforma di dimensione europea, società editrice Il Mulino*, 2006, pág. 34.

111 Autorizações e concessões são os dois regimes distintos de contratualização de operações portuárias entre Autoridade Portuária e privados. Para as concessões superiores a trinta anos, porém, apenas é competente o Estado central.

112 Como afirma Maurizio Maresca: "o ordenamento italiano recebe e valoriza o 'princípio da separação' (…) a separação entre o ente encarregado da regulação do sistema portuário, uma Autoridade pública de carácter técnico, e o gestor da infra-estrutura e dos serviços portuários, empresas privadas seleccionadas em virtude de um procedimento transparente (…)". O autor realça ainda a necessidade da intervenção técnica, da imparcialidade, da independência e da neutralidade das Autoridades Portuárias, para o "bom funcionamento do mercado portuário". *Vide* Maurizio Maresca, *Ob. cit*, págs 34-36.
Sobre o princípio da separação entre a regulação e a actividade de empresa nos portos italianos, *vide* Sérgio M. Carbone/Francesco Munari, *Ob.cit*, pág. 48 e ss. Nas palavras destes autores, "o modelo de Autoridade portuária que resulta da discilina introduzida pela L. n. 84/1994 parece ter tendencialmente as características da *Landlord Port Authority*, em quanto se trata de um ente dotado de específicas competências de planeamento do espaço portuário, de programação das actividades a desenvolver neste âmbito e de regulação dos serviços

-Letilleul, "a liberalização dos serviços portuários permitiu de facto melhorar a competitividade destes serviços"[113].

Pelo contrário, *no plano financeiro*, o modelo italiano é fortemente criticado pelo excessivo *centralismo*. Não obstante a autonomia orçamental das Autoridades Portuárias, os excedentes das receitas da gestão portuária (isto é, após cobertura dos gastos de funcionamento) revertem para o Estado, o qual decide anualmente sobre a afectação desses recursos, solução irregular e desligada da *performance* de cada porto. Por isso, muitos falam em "ausência de *autonomia financeira*"[114].

Em relação à estrutura organizatória (cfr artigo 7º da *Legge* nº 84, de 28 de Janeiro de 1994), as Autoridades Portuárias são compostas por um Comité Portuário[115], órgão decisório, um Presidente, personalidade nomeada por decreto do Ministro dos Transportes, após aprovação da Região interessada[116], e um Secretariado Geral[117], encarregado do funcionamento quotidiano da Autoridade Portuária[118].

Por último, em termos de investimentos em infra-estruturas, importa realçar a existência do *Piano Operativo Triennale* e do *Piano Regolatore Portuale*, preparados pela Autoridade Portuária e que servem de base à decisão do Ministério dos Transportes sobre as obras a serem financiadas pelo Estado.

---

relacionados. Noutros termos, com as modificações introduzidas com a L. n. 84/1994, o ordenamento italiano abandonou definitivamente o modelo de *Comprehensive Port Authority*, existente na organização dos entes portuários anteriormente à reforma." *Idem*, pág. 152.
Para uma análise das autoridades reguladoras em geral, *vide* João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 119-209.

113 *Vide* Jean Debrie, Martin Soppé e Valérie Lavaud-Letilleul, *Ob. cit*, pág. 16.

114 *Idem*, pág. 17.

115 Presidido pelo Presidente da Autoridade Portuária, o Comité Portuário é constituído por catorze outros membros: o comandante do porto; o responsável local do serviço de Alfândegas; um funcionário da Protecção Civil; o Presidente da Assembleia Regional; o Presidente da Província; o Presidente da comuna; o Presidente da Câmara de Comércio; três representantes dos empregadores das empresas portuárias; três representantes dos empregados das empresas portuárias; um representante das empresas ferroviárias activas no porto.

116 A nomeação governamental do Presidente, órgão representativo da Autoridade Portuária, é feita a partir de uma lista de três pessoas qualificadas indicadas pela Província, pelas comunas e pelas câmaras de comércio da área geográfica daquela Autoridade. Cabe ao Presidente da Autoridade Portuária presidir ao Comité Portuário e preparar as suas decisões, bem como, após consulta ou resolução deste Comité, outorgar as autorizações ou concessões às empresas que desenvolvem as operações portuárias e serviços complementares.
Maurizio Maresca, considerando "o Presidente o vértice da Autoridade (…), titular de quase todos os poderes", critica "esta concentração de poderes – e de poderes tão relevantes e diversificados – numa só pessoa" por "não parecer coerente com uma linha de desenvolvimento de portualidade idónea a dar uma resposta às exigências de tráfego (…)".*Vide* Maurizio Maresca, *Ob. cit,* pág. 45.

117 O Secretariado Geral é nomeado pelo Comité Portuário, sob proposta do seu Presidente. Segundo Maurizio Maresca, "a solução indicada não parece trazer resultados positivos. (…)para obviar aos inconvenientes de um Presidente munido de poderes muito extensos, não parece de facto necessário recorrer a um mecanismo que prefigura uma espécie de '*diarchia interistituzionale*' (…) quando não conflitual (…)".*Vide* Maurizio Maresca, *Ob. cit,* págs 34-36.

118 Paralelamente, importa ainda referir a existência de um colégio de revisores de contas (cfr artigo 11º da *Legge* nº 84, de 28 de Janeiro de 1994) e de uma Comissão Consultiva (artigo 15.º), instituída em cada porto por decreto do Ministro dos Transportes e da Navegação.

Portugal

Em Portugal, as infra-estruturas portuárias constituem um serviço público da titularidade do Estado, integrando-se no domínio público. No caso dos portos das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, os respectivos Governos Regionais são proprietários e responsáveis pela sua gestão.

Sendo os *portos portugueses detidos e geridos pelo Estado, os serviços portuários são, porém, desenvolvidos por empresas privadas, ao abrigo de contratos de concessão*, na sequência de concursos públicos. Podemos, por isso, concluir, desde 1998, pela existência em Portugal do *modelo landlord* na organização portuária: *as actividades comerciais são deixadas ao sector privado, cumprindo as autoridades portuárias tarefas de coordenação de actividades, segurança, ambiente, promoção do porto, entre outras*[119].

No entanto, atendendo à complexidade da organização portuária lusa, importa dissecar mais pormenorizadamente o complexo administrativo encarregado da gestão dos portos em Portugal. É o que faremos de seguida.

I. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações

Sendo o Estado titular dos portos, percebe-se a existência de um *planeamento estratégico do sector*, concretizado através do Plano Nacional Marítimo-Portuário (cfr. Decreto-Lei nº 146/2007, de 27 de Abril, que aprova a orgânica do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P.).

Por outro lado, também não é de estranhar que, ao nível administrativo, a lei reserve para o órgão competente do Governo – o *Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações -, extensas competências decisórias, de coordenação e de controlo*.

No exercício destes poderes, compete àquele Ministério: efectuar o acompanhamento estratégico das empresas e organismos tutelados; apreciar a legalidade e regularidade dos actos praticados pelos serviços e organismos sujeitos à tutela do respectivo Ministro; avaliar a gestão e os resultados destas entidades, através do controlo de auditoria técnica, de desempenho e financeira; apreciar a conformidade legal e regulamentar

119 A nova Lei dos portos, actualmente em discussão, visa aprofundar o modelo *landlord* em Portugal, definindo-o como, "O modelo de *landlord port* é definido na proposta de lei como o modelo "que assenta na manutenção dos portos comerciais principais sob a titularidade pública e a atribuição de áreas da sua exploração comercial à iniciativa privada, em regime de serviço público ou de uso privativo, podendo o financiamento e a execução das infra-estruturas ser da responsabilidade pública ou privada, cabendo ao Estado directa ou indirectamente, designadamente através do IPTM, I. P., e das respectivas AP, exercer funções de autoridade, de supervisão e superintendência, de coordenação, de controlo e promoção geral do porto, assegurando um conjunto de serviços base" (Cfr. art. 10º/1 da proposta de lei n.º 280/X).
A proposta de lei dos portos, apresentada pelo Governo em 11.5.2009, pode ser consultada em: http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=34537.

dos actos dos organismos sujeitos ao poder de tutela; avaliar o seu desempenho e gestão, através da realização de acções de inspecção e de auditoria; auditar os sistemas e procedimentos de controlo interno dos organismos tutelados, no quadro das responsabilidades cometidas ao Sistema de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado pela Lei de Enquadramento Orçamental; controlar a aplicação eficaz, eficiente e económica dos dinheiros públicos de acordo com os objectivos definidos pelo Governo e avaliar os resultados obtidos em função dos meios disponíveis; desenvolver a acção disciplinar em serviços e organismos do MOPTC, ou sujeitos à tutela do membro do Governo responsável pela área das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, quando tal competência lhe seja cometida; exercer o controlo técnico sobre todos os serviços e organismos do MOPTC, ou sujeitos à tutela do membro do Governo responsável pela área das Obras Públicas, Transportes e Comunicações.

Um dos organismos sujeitos à tutela do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações é o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM). Importa debruçarmo-nos sobre ele.

II. Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM)

Instituído pelo Decreto-Lei nº 257/2002, de 22 de Novembro de 2002, o IPTM, dotado de *personalidade jurídica*, *autonomia administrativa e financeira*, integra-se na *administração indirecta do Estado (instituto público)*, tendo resultado da fusão do Instituto Marítimo-Portuário (IMP), do Instituto Portuário do Norte, do Instituto Portuário do Centro, do Instituto Portuário do Sul e do Instituto da Navegabilidade do Douro[120].

Em termos de estrutura organizativa interna[121], o IPTM dispõe de órgãos e serviços centrais e periféricos: ao nível central, para além do órgão de topo – o Conselho Directivo -, o IPTM estrutura-se funcionalmente por direcções de serviços (seis) e por departamentos (dezasseis); no plano periférico, temos as delegações regionais do IPTM (Delegação Regional Sul, Delegação Regional do Centro e a Delegação do Regional do Norte e Douro), que, por sua vez, integram direcções de serviços e departamentos, com excepção da Delegação do Centro que apenas comporta departamentos.

120 Em 2007, o Decreto-Lei 146/2007, de 27 de Abril, estabelece uma nova lei orgânica para o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P., - IPTM, I.P., em função da qual este organismo é objecto de uma reestruturação, no âmbito do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), e de uma reformulação das suas atribuições no quadro da sua missão para o sector marítimo-portuário nacional. De acordo com este diploma, o IPTM, I.P., mantém a mesma designação e a sua missão essencial – fiscalizar e exercer funções de coordenação e planeamento do sector marítimo-portuário, supervisionar e regulamentar as actividades desenvolvidas neste sector – mas as suas atribuições são reformuladas e reorganizadas.

121 Cfr Decreto-Lei nº 146/2007 e Portaria nº 544/2007, de 30 de Abril, que aprova os Estatutos do IPTM.

No essencial, compete às Delegações regionais assegurar a administração dos portos que permanecem sob gestão do IPTM, I. P.,[122] assim como promover a navegabilidade do rio Douro, apoiando o desenvolvimento das acções necessárias à concretização do novo modelo de gestão dos portos comerciais, portos de pesca e de náutica de recreio, desempenhando as funções de administração marítima que lhes sejam cometidas (artigo 12º da Portaria nº 544/2007).

Quanto ao âmbito funcional, compete ao IPTM, *no quadro da sua acção reguladora*[123], *regulamentar, supervisionar e sancionar. Mais, ao IPTM cabe ainda a administração dos portos ditos secundários*[124] *e a planificação*[125] *e coordenação*[126] *da política portuária nacional*[127].

III. Autoridades portuárias constituídas sob a forma de sociedades

Com o objectivo de proceder à reestruturação do sector marítimo-portuário e de perspectivar a *evolução do modelo de gestão portuária num sentido empresarial*, em 1998, as *administrações dos cinco maiores portos portugueses (Lisboa, Sines, Aveiro, Setúbal e Leixões), então institutos públicos, foram transformadas em sociedades anónimas de capitais exclusiva-*

122 Isto é, todos os portos, com excepção dos cinco maiores do país (Leixões, Aveiro, Lisboa, Setúbal e Sines).

123 Nos termos do Decreto-Lei nº 146/2007, as funções de regulação do IPTM são essencialmente dirigidas às entidades (organicamente exteriores ao IPTM) que actuam no sector marítimo-portuário (alínea d), do nº 2, do artigo 3º), concretizadas, designadamente, na aprovação de normas administrativa de regulamentação do sector (regulamentos administrativos); na aprovação, fixação, homologação de taxas, tarifas e preços (alínea j), do nº 4, do artigo 5º); na análise, apreciação e aprovação anual das propostas de regulamentos de tarifas de cada uma das administrações portuárias (alínea c) do artigo 16º); na actividade de promoção da avaliação dos níveis de serviço das administrações portuárias, designadamente em matéria tarifária (alínea d), do artigo 16º); na proposição de medidas que conduzam à harmonização de procedimentos, indicadores e instrumentos de gestão das administrações portuárias; na definição de requisitos gerais base para o acesso e manutenção nas actividades e na prestação de serviços portuários (alínea i), do artigo 16º) e de requisitos gerais base relativos ao transporte marítimo, nomeadamente para o acesso e manutenção na actividade de armador, de operador de transporte marítimo, de agente de navegação, bem como as referentes às actividades marítimo-turísticas, aos serviços de técnicos náuticos, nomeadamente de pilotagem e reboque, e ao apoio ao desenvolvimento sustentado da actividade sectorial (alínea j), do artigo 16º); no aprofundamento das questões de acesso ao mercado, de concorrência entre portos (alínea l), do artigo 16º).
Cumpre ainda acrescentar, ter o IPTM competência para regular a economia das actividades marítimo-portuárias, designadamente de serviços de transporte marítimo e de exploração portuária, *autorizando, licenciando e fiscalizando as entidades do sector no exercício dessas actividades*, nos termos da lei e desenvolvendo sistemas de observação dos mercados, visando, nomeadamente, a protecção dos utilizadores (artigo 16º, do Decreto-Lei nº 210/2006, de 27 de Outubro, que aprova a orgânica do Ministério das Obras Públicas).

124 Com excepção dos portos de Leixões, Aveiro, Lisboa, Setúbal e Sines, cabe ao IPTM gerir, administrar e desenvolver os portos e áreas de domínio público, marítimo e fluvial, sujeitas à sua jurisdição (alínea f), do nº 2, do artigo 3º; alínea a), do nº 3, do artigo 3º, e alíneas c) e d), do nº 4, do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 146/2007).

125 *V.g.*, elaboração de planos das áreas portuárias em consonância com as directrizes do Plano Nacional Marítimo-Portuário e de projectos de infra-estruturas portuárias em relação aos portos sob a responsabilidade directa de gestão do IPTM (alínea e), do nº 3, do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 146/2007).

126 Pensamos, sobretudo, na coordenação das intervenções de outras entidades públicas ou privadas com intervenção na via navegável (alínea e), do nº 4 do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 146/2007).

127 Para um elenco exaustivo das atribuições do IPTM, *vide* Suzana Tavares da Silva/Licínio Lopes, *Estudo de Metodologia de Apreciação dos Tarifários das Administrações Portuárias*, parecer inédito, págs. 36-41.

mente públicos[128]. Mais recentemente, com o objectivo de afastar o IPTM das responsabilidades de gestão directa e de criar condições para uma maior competitividade para os portos, foi autonomizada a gestão de alguns portos de âmbito regional[129].

Para além da sujeição a algumas das prerrogativas do IPTM, estas Autoridades Portuárias, S.A, estão também directamente sujeitas ao Estado, através do Conselho de Ministros[130]*, do Ministério das Finanças e do Ministério das Obras Públicas*[131], dispondo de extensos poderes de administração, gestão e de regulamentação, quer sobre o domínio público da sua jurisdição, quer no âmbito das actividades desenvolvidas.

Reino Unido

No Reino Unido, existem *três grandes categorias de portos* (municipais, privados, geridos por *trusts*), desenvolvendo a sua actividade como empresas comerciais e em livre concorrência. Residualmente, o Estado, através da *British Waterways Board*, controla ainda cerca de quatro portos.

Não obstante alguns portos (*Manchester* e *Felixstowe*) terem sido sempre privados, até aos anos 80 do século XX o poder público, por intermédio da *British Transport Docks Board*, imperava, no contexto do Estado Providência então dominante. Com as *privatizações* dos anos 80, resultantes da passagem para particulares dos portos públicos, e as

128 Com o Decreto-Lei nº 336/98, de 3 de Novembro, a Administração do Porto de Lisboa, instituto público, foi transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APL — Administração do Porto de Lisboa, S.A.; com o Decreto-Lei nº 335/98, de 3 de Novembro, transformou a Administração do Porto de Leixões, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APDL — Administração do Porto do Douro e Leixões, S. A.; o Decreto-Lei nº 337/98, de 3 de Novembro, transformou a Administração do Porto de Sines, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APS — Administração do Porto de Sines, S. A.; o Decreto-Lei nº 339/98, de 3 de Novembro, transformou a Junta Autónoma do Porto de Aveiro, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APA — Administração do Porto de Aveiro, S. A.; e o Decreto-Lei nº 338/98, de 3 de Novembro, transformou a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A.

129 O Decreto-Lei nº 211/2008, de 3 de Novembro, criou a Administração do Porto de Viana do Castelo, S. A., sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, cujo capital social foi inteiramente subscrito e realizado pela Administração dos Portos do Douro e Leixões, S. A., e com o Decreto-Lei nº 210/2008, de 3 de Novembro, foi criada a Administração do Porto da Figueira da Foz, S. A., sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, cujo capital social foi inteiramente subscrito e realizado pela Administração do Porto de Aveiro, S. A.

130 Cfr Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto. De acordo com o artigo 11º deste diploma, são emitidas orientações estratégicas destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, através de resolução do Conselho de Ministros.
Sobre o Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, e, em geral, sobre as melhores práticas de *corporate governance* das empresas públicas em Portugal e no mundo, *vide* Manuel Porto/João Nuno Calvão da Silva, *Corporate Governance nas empresas públicas*, no prelo.

131 Cfr artigo 9º do Decreto-Lei nº 210/2006, de 27 de Outubro, que aprova a orgânica do Ministério das Obras Públicas.

privatizações subsequentes ao *Ports Act* de 1991, com a transformação em portos privados de seis dos principais portos geridos por *trusts*, o panorama portuário no Reino Unido é nitidamente de pendor liberal, favorecendo-se a *concorrência* e a *gestão dos portos como empresas comerciais*.

Em nossa opinião, a *liberalização* dos portos britânicos traduz-se mesmo em *desregulação*, conforme decorre, designadamente, do facto de o acesso de novos operadores ao mercado não depender de autorizações/licenças governamentais ou da não sujeição dos prestadores de serviços portuários a controlo de preços.

Na verdade, a supervisão do Ministério dos Transportes britânico é reduzida, intervindo o Estado apenas em matéria de construção de novos portos (e terminais), porquanto a *criação de um regulador portuário é considerada supérflua*, tendo em conta a relação entre os custos do seu funcionamento e os benefícios da sua actuação para o sector portuário[132].

Não olvidamos, todavia, a importância das *Autoridades Portuárias*, designadamente em termos de responsabilidade ambiental e de gestão costeira, na manutenção de estruturas portuárias, na segurança da navegação das águas dos portos e no licenciamento de trabalhos de construção dentro destes[133].

Fundamental na confirmação do *cariz não intervencionista do governo* do Reino Unido é o trabalho *Modern Ports*, elaborado em 2000, primeiro *paper* sobre política portuária britânica em cerca de trinta anos e que esteve na base de iniciativas várias sobre este domínio (*v.g.*, melhores práticas ambientais, estatísticas desenvolvidas)[134]. Neste importante documento, destaca-se o papel de *facilitador* do Estado e a sua missão de "ajudar o sector portuário a ajudar-se", em especial em termos de *orientação* (e não de financiamento…) de projectos portuários sustentáveis.

Em resumo: os portos britânicos não são titulados nem geridos pelo Estado, conservando independência estratégica (comercial e de gestão) do governo, limitando-se este a *intervenção mínima* no sector.

Examinemos, pois, o tipo de portos existentes no Reino Unido[135].

I. Portos privados

Actualmente, a maioria dos portos britânicos são privados, sendo o principal grupo proprietário/gestor o ABP (*Associated British Ports*), em resultado da privatização, em

132 *Naturaliter*, em matéria de concorrência, é competente a autoridade de defesa da concorrência.

133 Entre as *harbour authorities* com poderes em matérias de controlo e regulação da navegação, destacamos, por exemplo, a *Harwich Haven Authority*, ou, após o *Ports Act 1991*, a *Port of London Authority*.

134 Cfr http://www.dft.gov.uk/.

135 De referir, para além dos portos descritos *infra* (portos privados, *port trusts* e portos municipais), a existência de alguns portos menores geridos pela *Environment Agency*, instituída pelo *Environment Act 1995*.

1981, da empresa estatal *British Transport Docks Board* e dos portos públicos sob a jurisdição desta[136].

Com a entrada em vigor do *Ports Act* (1991), assistimos a segunda vaga de privatizações, tendo sete *trust ports* (*Clydeport*, *Dundee*, *Forth*, *Ipswich*, *Medway*, *Teesport* e *Tilbury*) passado para as mãos de operadores privados[137]. Nestes processos privatizadores, voluntários ou forçosos[138], o Estado percebe 50% do produto da venda e os portos privados assumem a forma de sociedades por acções.

Obrigados a prestar contas aos accionistas, a gestão dos portos privados britânicos é sujeita às regras do mercado e às liberdades comerciais, não se encontrando sujeitos a constrangimentos típicos do sector público (*v.g.*, investimentos e empréstimos).

II. Portos geridos por *trusts*

Podemos considerar os *trust ports* como verdadeiros *landlord ports*, porquanto os portos são geridos pelos administradores do *trust*, por conta do proprietário, a colectividade local. Este estatuto permite independência na gestão igual à dos portos privados, embora a capacidade de endividamento seja limitada e os lucros canalizados para melhoramentos nas infra-estruturas.

Segundo Richard Douglas, Peter Lane e Mónica Peto, os *port trusts* podem ser definidos como "organismos *ad hoc* criados por, ou ao abrigo de, *statutes* com o propósito de gerir o porto e não ter capital accionista."[139]

Criados por leis parlamentares (*v.g.*, porto de *Tyne*), carta real (*v.g.*, porto de *Douvres*), ou por decisão de autoridade local, a dimensão do sector dos portos *trust*, após as privatizações que se seguiram à publicação do *Ports Act* (1991), diminuiu consideravelmente[140].

III. Portos municipais

Geridos por comissões nomeadas pelas autoridades locais, com empregados e Director recrutados no quadro dos funcionários destas, o funcionamento, desenvolvimento e financiamento dos portos municipais depende exclusivamente dos respectivos Municípios. Às autoridades centrais resta a imposição de limitações ao endividamento de longo prazo.

---

136 Marco decisivo do fim da intervenção pública no sector portuário foi a abolição, em 1980, do *National Ports Council*, criado em 1964 com o escopo de coordenar investimentos e aprovar os maiores projectos.

137 Também Bristol, porto municipal, foi privatizado em 1990.

138 O *Ports Act* de 1991 previa a privatização forçada de portos com volume de actividade superior a 5 milhões de libras, valor revisto posteriormente para 5,4 milhões de libras.

139 *Vide* Richard Douglas, Peter Lane, Mónica Peto, *Douglas & Geen on the Law of Harbours, Coasts and Pilotage*, Vª edição, Londres, 1997, pág. 15.

140 São hoje cerca de 100 os *trust ports* no Reino Unido, destacando-se pela sua importância em certos mercados, *Dover*, *Port o f London* e *Harwick Haven Authority*.

Em geral, os portos municipais são pequenos, cumprindo, porém, salientar, pela dimensão e importância económica, *Portsmouth*, *Sunderland* e os portos petrolíferos de *Sullum Voe* e *Flotta*.

Brasil

No Brasil, a reforma mais recente do sector portuário iniciou-se com a extinção da Empresa de Portos do Brasil – PORTOBRÁS (1990), entidade responsável pelo denominado Sistema Portuário brasileiro, num contexto de *planeamento estadual/ centralizado*.

Com a Lei de Modernização dos Portos (Lei nº 8.630, de 25/02/93), que estabelece o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, assiste-se à consolidação do caminho trilhado pelos portos brasileiros no sentido da *privatização*, *descentralização* e *incremento da concorrência*.

I. Reforma do sector portuário brasileiro: traços fundamentais

A) Privatização

No âmbito da reforma do sector portuário brasileiro, cumpre destacar, em primeiro lugar, a *privatização* das operações portuárias no âmbito dos portos públicos, assistindo-se, designadamente, à realização por empresas privadas, licenciadas como operadores portuários, dos serviços de movimentação de cargas nos cais públicos, anteriormente a cargo das administrações portuárias.

Nesta transferência dos serviços portuários para o sector privado, por outro lado, vulgarizam-se os *contratos de arrendamento* para a exploração comercial de áreas e instalações portuárias por empresas privadas. Conforme decorre do disposto no artigo 4º, I, da Lei nº 8.630,

> "Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:
> I - de contrato de *arrendamento*, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;" (itálico nosso)

Deste modo, a exploração de instalações portuárias nos portos organizados[141], quando o interessado não for titular do domínio útil do terreno, depende de contrato de

141 O artigo 1º, § 1º, da Lei 8 630, na redacção dada pela Lei 11. 314 de 2006, define porto organizado: "Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de pas-

arrendamento. Este contrato, porém, apresenta muitas das características da *concessão de serviços*, salientando-se, por exemplo, as dezoito cláusulas consideradas essenciais, nos termos do artigo 4º, § 4º, da Lei 8. 630, que reza o seguinte:

> "Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:
> I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;
> (…)
> § 4° São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo, as relativas:
> I - ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo;
> II - ao modo, forma e condições da exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e de metas e prazos para o seu aperfeiçoamento;
> III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
> IV - ao valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infraestrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário;
> V - à obrigação de execução das obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento, com a fixação dos respectivos cronogramas de execução físico e financeiro;
> VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;
> VII - à reversão de bens aplicados no serviço;
> VIII - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive, quando for o caso, os relacionados com as previsíveis necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;
> IX - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços;
> X - às garantias para adequada execução do contrato;
> XI - ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao

sageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;"

> originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinqüenta anos;
> XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou Lei nº 8.630 deficiente execução dos serviços;
> XIII - às hipóteses de extinção do contrato;
> XIV - à obrigatoriedade de prestação de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades no porto, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;
> XV - à adoção e ao cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;
> XVI - ao acesso, pelas autoridades do porto, às instalações portuárias;
> XVII - às penalidades contratuais e sua forma de aplicação;
> XVIII - ao foro."

Como explica Frederico Bussinger,

> "Talvez a opção da Lei dos Portos possa ser explicada pelo fato de que, quando ela foi aprovada e promulgada (1993), a Lei de Concessões ainda estava em tramitação no Congresso; vindo a ser aprovada quase dois anos depois (1995)"[142-143].

Numa palavra: as mudanças no sector portuário brasileiro têm passado, fundamentalmente, pela maior participação da iniciativa privada na gestão e nos investimentos portuários, o que se tem traduzido em aumento de produtividade e redução dos custos portuários[144].

B) Descentralização

Para além da privatização das operações portuárias, a reforma portuária no Brasil tem assentado igualmente sobre a progressiva *descentralização* para Estados e municípios das funções executivas no campo das administrações dos portos. No caso de portos ainda

142 *Vide* Frederico Bussinger, *Reformas e Regulação Portuária*, Instituto de Pesquisa Económica Aplicada (IPEA), com a participação de Álvaro Patrício Jr, Benjamin Galloti Bezerra, Carlos Alberto T. Carmona, Roberto Renato Scheliga, Abril, 1998, pág. 41.

143 A lei a que o autor se refere é a Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

144 Para uma descrição e análise das estruturas tarifárias em implantação nos portos brasileiros, cfr *A Reforma Portuária Brasileira*, GEIPOT, Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes, Ministério dos Transportes, Setembro 2001, pág. 73 e ss.

sob jurisdição federal, verifica-se um alargamento da sua autonomia administrativa e financeira.

Nesta linha, importa salientar a Lei nº 9. 277, que autoriza o Estado federal (União), por meio do Ministério dos Transportes, a "delegar a administração e exploração dos portos públicos a estados e municípios", num prazo máximo de 25 anos, prorrogável por igual período.

Destarte, tem sido frequentemente delegada a exploração de portos para os respectivos Estados ou municípios (*v.g.,* portos de Manaus, para o governo do estado de Amazonas, o de Itaqui, para o governo do Estado do Maranhão, o de Cabedelo, para o Governo do Estado da Paraíba, o de Itajaí, para o governo municipal e o de Rio Grande, para o governo do Estado do Rio Grande do Sul).

Quando o Estado ou o município não tiverem interesse na exploração dos portos públicos, estes podem ser concessionados ao sector privado (*v.g.*, porto de Imbituba, no Estado de Santa Catarina, concessionado à Companhia Docas de Imbituba, até ao ano de 2012).

Mais recentemente, no mesmo sentido, o Decreto nº 6.620, de 29 de Outubro de 2008, que dispõe sobre políticas e directrizes para o desenvolvimento e o fomento do sector de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências, estabelece no artigo 13º:

> "A outorga de portos organizados marítimos será realizada por meio de concessão a pessoa jurídica de direito público ou privado, de reconhecida idoneidade técnica e capacidade financeira, com observância das condições estabelecidas neste Decreto e na legislação sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos.
> Parágrafo único. O prazo da concessão será de até vinte e cinco anos, podendo, mediante justificativa, ser prorrogado uma única vez, por prazo máximo igual ao período originalmente contratado."

C) Concorrência

Com a estadualização ou a municipalização de portos públicos e posterior privatização de todos os serviços e arrendamento das áreas e instalações portuárias, visa-se, essencialmente, a promoção da *concorrência* no sector portuário do Brasil.

O estabelecimento de situações de competição nos portos brasileiros concretiza-se numa dupla vertente:

1) "concorrência intraporto", isto é, a competição entre terminais de uso público e entre operadores portuários que operam no cais público;
2) "concorrência inter-portos" ou entre portos, porquanto desenvolvida entre diferentes portos que disputam os mercados de carga de uma mesma região.
   Na verdade, a concorrência entre portos, promovida pela descentralização acima descrita (cfr ponto b)), e a competição intraporto, facilitada pela privatização dos serviços portuários (cfr ponto a)), são complementares na prossecução da redução de custos portuários e aumento da eficiência das operações.
   Nas palavras de Gesner Oliveira e César Mattos,
   "Além da competição entre portos, a formação do custo final de transporte para o usuário dono da carga dependerá do grau efetivo de concorrência nos mercados constituídos pelos diferentes agentes económicos dentro do porto."[145]

II. Reforma institucional do sector portuário brasileiro

A) Novo papel do Estado

Pelo exposto anteriormente, podemos concluir pela existência de um *modelo público/privado* na organização do sector portuário brasileiro, em que a propriedade das instalações (comerciais e não comerciais) portuárias permanece na esfera do poder público, apenas se transferindo para o sector privado a execução das actividades comerciais relativas à gestão do fluxo de mercadorias do porto (modelo *landlord*).

Assistimos, assim, a *profunda transformação do papel estadual* no âmbito dos portos: os serviços portuários são concessionados a privados e não mais prestados por entes públicos, cabendo ao Estado, fundamentalmente, a regulamentação e supervisão de todo o sector portuário; em termos de investimentos, os recursos do erário público dirigem-se, sobretudo, para as infra-estruturas, deixando-se à iniciativa privada as despesas com a superestrutura, a recuperação e a conservação das instalações.

Noutros termos: o Estado assume no sector dos transportes, em geral, e portuário, em especial, as *funções de regulador*, assegurando a concorrência (regulação económica) e outros valores (regulação social), *maxime* a protecção do ambiente e da segurança do tráfego.

Por outro lado, é ainda responsabilidade estadual o *planeamento estratégico* da política nacional portuária, porquanto a visão de conjunto e o papel de coordenação, garantidos, sobretudo, no plano federal, são essenciais à competitividade dos transportes e da economia, em geral.

145 *Vide* Gesner Oliveira/César Mattos, *Defesa da Concorrência e Modernização dos Portos*, Conselho Administrativo de Defesa Económica – CADE, Fórum Permanente da Concorrência – FPC, CADE: Texto para discussão nº 07, Setembro de 97, pág. 2.

B) Reorganização institucional

As mudanças de políticas e a transformação do papel do poder público acima descritas, no contexto da evolução de um modelo centralizado para um modelo de tipo *landlord*, implicam, naturalmente, a *reorganização institucional* do sector portuário brasileiro. Importa, por isso, destacar os principais traços da actual configuração administrativo-financeira deste sector no Brasil.

B.1) Âmbito federal

B.1.1) Governo federal: Ministério dos Transportes

De acordo com o disposto no artigo 21º, inciso XII, alínea f), da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), compete à União,

> "XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> (…)
> f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;"

Destarte, ao nível federal, esta incumbência constitucional é desenvolvida através do *Ministério dos Transportes*, destacando-se entre as suas atribuições, a formulação e coordenação da Política Portuária e Hidroviária Nacional, a regulação e fiscalização das concessões e actividades portuárias e hidroviárias no Brasil.

Numa palavra: apesar de o modelo portuário brasileiro se caracterizar crescentemente pela descentralização e maior envolvimento da iniciativa económica privada, o planeamento estratégico dos portos (e dos transportes em geral) continua a ser da responsabilidade do governo federal. Trata-se de opção que aplaudimos, tendo em conta, por exemplo, a necessidade de visão de longo prazo em matéria de investimentos nas instalações portuárias.

B.1.2) Lei nº 10. 233, de 5 de Junho de 2001: criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (DNIT)

Com a Lei nº 10.233, de 5 de Junho de 2001[146], foram criadas duas novas instituições – a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (DNIT) – com influência directa nas políticas

146 A Lei nº 10.233, de 5 de Junho de 2001, dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Trans-

portuárias, cumprindo, por isso, proceder a análise sumária dos objectivos e competências destes organismos.

B.1.2.1) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)

No plano federal, as funções de supervisão da actividade das administrações portuárias e de promoção de um mercado concorrencial entre portos cabem ao Ministério dos Transportes e, após a entrada em vigor da Lei nº 10.233/01, à *Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)*.

Enquanto ao Ministério dos Transportes são cometidas as tarefas de elaboração, coordenação e implantação da política portuária, à ANTAQ cumpre o desenvolvimento das funções regulatórias principais (cfr artigos 20º e 27º da Lei nº 10.233/01, de 5 de Junho).

Em conjunto com as Autoridades Portuárias e os Conselhos de Administração Portuária (CAP), de que falaremos seguidamente (cfr ponto B.2)), a ANTAQ regulamenta[147] e supevisiona a gestão dos arrendamentos e das decisões quanto à exploração comercial dos portos, arbitra conflitos e assume outras competências, anteriormente a cargo do Ministério dos Transportes (*v.g.*, indicação do presidente dos CAP, decisão, em última instância administrativa, sobre recurso para arrendamento de áreas e instalações portuárias, aprovação de propostas de revisão e reajuste de tarifas portuárias).

Por outro lado, a ANTAQ desempenha importante papel na defesa dos interesses dos consumidores (utentes) dos portos, em articulação com o Conselho Administrativo de Defesa Económica (CADE) e com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

B.1.2.2) Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (DNIT)

O Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes (DNIT), pessoa colectiva pública, submetida "ao regime de autarquia, vinculada ao Ministério dos Transportes" (artigo 79º da Lei nº 10.233/01, de 5 de Junho), tem como objectivo,

> "implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei." (artigo 80º da lei nº 10.233/01, de 5 de Junho)

---

portes, e dá outras providências. Sobre os princípios e directrizes gerais relativos às políticas para os transportes aquaviário e terrestre, cfr artigos 11º e 12º deste diploma.

147 No âmbito dos poderes regulamentares, é de salientar a competência da ANTAQ para disciplinar as obrigações de serviço público no desenvolvimento por privados dos serviços portuários (*v.g.*, a obrigação de continuidade na exploração da infraestrutura).

B.2) Âmbito local

Com a Lei 8.630/93, o poder regulador portuário local, anteriormente monopolizado pelas *Autoridades Portuárias*, passou a ser repartido entre estas e o *Conselho de Autoridade Portuária (CAP)*. Além destas, a examinar de seguida, não podemos esquecer as funções reguladoras desempenhadas pelas autoridades marítimas, aduaneiras, sanitárias, policiais, ambientais e de trabalho.

B.2.1) Conselho de Autoridade Portuária (CAP)

Formado por, pelo menos, quatro blocos de interesses (poder público, operadores portuários, trabalhadores, usuários), o Conselho de Autoridade Portuária (CAP) actua, juntamente com a administração do porto (denominada por Autoridade Portuária), como órgão regulador do porto.

Neste sentido, o Conselho de Autoridade Portuária (CAP) desempenha relevante papel no desenvolvimento da actividade portuária, na protecção do meio ambiente, na formação dos preços dos serviços portuários e na promoção da concorrência (cfr artigo 30º, inciso VI, da Lei nº 8.630/93). Em especial, cumpre destacar as competências do CAP na aprovação e homologação de tarifas e do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.

B.2.2) Autoridades Portuárias

Na arquitectura institucional implementada pela Lei nº 8.630/93, as Autoridades Portuárias assumem as funções de regulador local, gestor de património e administrador portuário.

Deste modo, entre as funções que lhes cabem, destacamos a aplicação de tarifas portuárias, o acompanhamento e controlo de contratos operacionais e arrendamentos, a segurança operacional, o desenvolvimento comercial, o planeamento da actividade portuária, a assessoria técnica e comercial, a prestação de serviços de apoio, entre outras.

Por outras palavras: as Autoridades Portuárias têm como missão a promoção da actividade portuária (*v.g.*, por meio de parcerias privadas) a preços competitivos, incentivando a criação de ambiente concorrencial, com gestão voltada para o cliente e respeitadora do meio ambiente.

Resumindo: "com relação ao relacionamento da Administração do Porto com o Conselho de Autoridade Portuária, deve ser reconhecido que o Conselho divide com aquela, de certo modo os planos de gestão de natureza empresarial. Nesse caso, está-se mais próximo da figura da 'assembleia do condomínio', com o papel do síndico desenvolvido pela Autoridade Portuária (…)".[148]

148 Cfr A *Reforma Portuária Brasileira*, *ob cit*, pág. 12.

Nova Zelândia

Sendo as exportações agrícolas tradicionalmente relevantes, os portos sempre assumiram papel central no tecido económico neo-zelandês: em 1867, devido às dificuldades no transporte terrestre de mercadorias (terreno montanhoso), havia cerca de cento e doze portos; em 1935, dos cinquenta portos existentes, treze destes representavam 93% do total das exportações; actualmente, a Nova Zelândia, para além de alguns portos regionais mais pequenos, dispõe de treze portos marítimos comerciais, os quais são responsáveis por 85% do total de exportações e 75% do total de importações.

I. Evolução

Nos fins do século XIX, os portos eram detidos e geridos por *Harbour Boards* regionais, não se visando prioritariamente um escopo reditício. Com efeito, os objectivos sociais de incentivo ao desenvolvimento regional ou de aumento do emprego local impunham-se à prossecução do lucro, o que terá sido causa de ineficiências de gestão e situações de sobreemprego.

Nos anos oitenta do século passado, a Nova Zelândia foi objecto de profundas reformas, no contexto de *privatizações* de empresas públicas que controlavam a maior parte dos sectores económicos. Os portos neo-zelandeses não constituíram excepção: o *Ports Reform Bill* (1987) propôs a sua *privatização parcial*, tendo a aprovação do *Ports Companies Act* (1988) conduzido à extinção dos *Harbour Boards* regionais e da *National Port Authority*, ente encarregado do planeamento central do sistema portuário nacional.

Destarte, cada empresa encarregada da administração dos portos da Nova Zelândia passou a ter por objectivo "gerir como um negócio de sucesso" (*section 5 Port Companies Act 1988*), adoptando decisões sobre investimentos em infra-estruturas independentemente dos outros portos, *inexistindo qualquer coordenação centralizada*, anteriormente a cargo da *National Port Authority*[149].

Inicialmente, a privatização dos portos neo-zelandeses foi apenas parcial, sendo a participação privada limitada a 49% da estrutura accionista da empresa exploradora do porto, a qual se mantinha nas mãos das autoridades locais. Com a aprovação do *Port Companies Amendment Act* (1990), foram *abolidas as restrições à titularidade privada dos portos da Nova Zelândia, embora a maior parte destes permaneça sob controlo dos governos locais*.

149 Em matéria laboral, os controlos centralizados também deram lugar à concorrência na contratação individual de trabalhadores por cada porto, conforme comprova a abolição da *Waterfront Industry Comission*, em 1989.

II. Modelo de "portos mistos"

Segundo estudo elaborado por *Charles River Associates*,

> "os portos da Nova Zelândia podem ser melhor descritos como portos mistos, com a maior parte das empresas responsáveis pelos portos a ser encarregadas do desenvolvimento de serviços portuários"[150]

Partindo da distinção fundamental entre *landlord ports* (empresa titular do porto é proprietária da infra-estrutura e responsável pelas funções de desenvolvimento, planeamento e *marketing* do porto, enquanto a super-estrutura, os equipamentos e os serviços portuários se encontram nas mãos de operadores privados), e *service ports* (empresa responsável pelo porto é encarregada de toda a actividade portuária: infra-estrutura, super-estrutura, equipamento e serviços portuários), podemos, assim, classificar os portos neo-zelandeses como *mixed ports*.

Na verdade, ao contrário do que sucede na maioria dos portos australianos (modelo *landlord*)[151], na Nova Zelândia, *as entidades exploradoras dos portos não providenciam apenas a infra-estrutura, mas também vários serviços portuários e a super-estrutura, muitas vezes em concorrência com operadores privados*[152].

Por fim, cumpre salientar a competitividade do sistema portuário neo-zelandês no panorama mundial, com altos níveis de concorrência inter e intra-portuárias, podendo concluir-se pela desejabilidade da manutenção das estruturas regulatórias[153] e de *governance* existentes actualmente[154].

---

150 Cfr *Charles River Associates, Port companies and market power – a qualitative analysis, Final Report*, 2002, pág. 20, estudo de que nos socorremos largamente na elaboração deste capítulo.

151 Nos portos australianos, predominantemente, adopta-se o modelo *landlord*, com os serviços portuários a serem desenvolvidos por empresas comerciais privadas.
Por outro lado, em termos regulatórios, importa destacar a existência de *reguladores multi-sectoriais* em vários Estados da Austrália (*v.g.*, Victoria e South Austrália), *i.e*, regulação de vários serviços essenciais (água, energia, transportes, nomeadamente, sector portuário) pelas denominadas *Essential Services Comission* (ESC).
Exemplificativamente, sobre os objectivos e as funções da *Essential Services Comission of South Australia (ESCOSA)*, nos termos do *Essential Services Comission Act 2002 (ESC Act)*, cfr *Ports Industry Guideline no 2 – Regulatory accounts*, Adelaide, 2002, pág. 2 e ss.
Para além desta regulação plurisectorial, não podemos também olvidar a existência de uma *autoridade de defesa da concorrência* (a *Australian Competition and Consumer Comission)*.

152 O porto de Gisborne parece ser a excepção, aproximando-se mais do modelo *landlord*. Cfr *Charles River Associates*, *ob.cit*, pág. 21.

153 Em termos de regulação, conforme apontámos na introdução ao presente trabalho, não existe qualquer regulador específico para o sector portuário, sendo a *Commerce Comission*, responsável pela regulação económica das indústrias de rede, no quadro normativo geral da concorrência.

154 Neste sentido, cfr *Charles River Associates*, *ob.cit*, pág. 93 e ss.

Sétima Parte
Defesa da concorrência no Direito das Infraestruturas

Competências Antitruste e Regulações Setoriais

*Alexandre Santos de Aragão**

A aplicação do Direito da Concorrência a setores regulados, inclusive a serviços públicos e de infra-estruturas, em outras palavras, a coexistência entre as técnicas da regulação econômica e as de defesa da concorrência, é uma realidade inegável que tende a se alargar ainda mais com a crescente submissão dessas atividades às regras do mercado, "seja porque a regulação deve se orientar para criar as condições de mercado onde a concorrência for possível, seja porque a intervenção reguladora em determinados setores não exclui a paralela aplicação das regras da concorrência nos segmentos afetados pelas falhas do mercado".[1]

Sobre a relação existente entre competências regulatórias e concorrenciais, a doutrina costuma mencionar como ponto de partida interpretativo as duas teorias desenvolvidas no direito norte-americano.[2]

Podemos adiantar, no entanto, que, sem embargo dos aportes gerais que elas podem trazer, elas são de tal forma vinculadas a aspectos gerais do Direito Constitucional Federativo dos EUA, a conflitos de competências federativas que não têm nada ou muito pouco a ver com o nosso Sistema, que cremos que elas devem ser tratadas apenas como uma inspiração doutrinária de segundo grau.

Acreditamos que, talvez, parte das dificuldades de resolução dos problemas competenciais objeto do presente ensaio possa ser tributada a aplicação acrítica entre nós das discussões entre essas correntes norte-americanas. Note-se que, ao contrário da salutar aplicação da teoria econômica de antitruste desenvolvida nos EUA, essas teorias são de

* *Professor-adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor-visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor de Pós-graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV (Rio de Janeiro e São Paulo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado (alexaragao@zipmail.com.br).*

1 VALDEZ, Oscar Aguilar. El Acto Administrativo Regulat*orio,* **in** *Acto Administrativo y Reglamento,* RAP, Buenos Aires, 2002, p. 453.

2 Também no Direto Comparado, merecem menção o art. 86 do Tratado da Comunidade Européia e o art. 8º. da Lei italiana nº. 287/1990, que dispõem que o Direito da concorrência não é aplicável às empresas que "exercem a gestão de serviços de interesse econômico geral ou mesmo operam em regime de monopólio no mercado, em tudo que esteja estreitamente conexo ao cumprimento das missões a elas conferidas" (cf. JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 101).

conteúdo eminentemente jurídico, jurídico-constitucional, concernente ao Federalismo, tema no qual o Direito Brasileiro e o Norte-americano são muito distintos.[3]

Bastante diversa também é a plasticidade que a *common law* propicia para a definição de competências, dependendo das capacidades e práticas institucionais de cada contexto, o que seria impensável em nosso Direito (pelo menos em seu atual estágio científico), em que se têm as competências administrativas como pré-determinadas pelo ordenamento jurídico, sobretudo pela própria Constituição.

Partiremos, contudo, dessas duas visões norte-americanas, já que é sobre elas que existe o maior acúmulo de discussão na nossa doutrina e jurisprudência administrativa, para, ao final, fazer algumas proposições que não têm a pretensão de ser exaustivas, nem, muito menos, definitivas, aliás, como nada em ciência – ainda mais em ciência social – deve ser.

A primeira, denominada *State Action Doctrine*, foi desenvolvida a partir da decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal*, no qual foi deduzido conflito de competência entre atos dos governos estaduais e a legislação federal de defesa da concorrência.

Nesse julgamento, a Suprema Corte determinou serem dois os critérios analisados para se concluir se uma determinada regulação setorial estadual excluiria ou não a aplicação do direito antitruste federal: em primeiro lugar, seria necessário que a decisão da autoridade reguladora fosse tomada em decorrência de uma política claramente expressa de substituição da concorrência pela regulamentação; em segundo lugar, far-se-ia necessária a supervisão ativa e constante quanto ao cumprimento das obrigações regulatórias impostas.[4] Os dois requisitos deveriam apresentar-se cumulativamente para que se pudesse concluir sobre a imunidade do ato à revisão das autoridades antitruste.[5]

A segunda teoria norte-americana é a denominada "Teoria do Poder Amplo", elaborada para regrar possíveis conflitos de competência entre o órgão federal antitruste e uma regulação setorial também de sede federal, fornecendo critérios para se avaliar quando a competência regulatória setorial afastaria a aplicação do direito concorrencial.

---

3 Basta lembrar, por exemplo, as clássicas e sempre repetidas lições segundo as quais o federalismo norte-americano é centrípeto, e o brasileiro centrífugo.

4 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 136-137.

5 Para Calixto Salomão Filho, a adoção dessa teoria no ordenamento jurídico pátrio "levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração de serviço público mediante concessão haveria a imunidade", pois somente nessas hipóteses restaria cristalino o intuito estatal de substituir a concorrência pela regulação do monopólio, assim como estaria o Estado dotado de interesse e aparato de fiscalização suficientes para supervisionar a atividade do particular: "A não aplicação do sistema concorrencial só é admissível quando o Estado substitui o mercado na determinação das variáveis fundamentais da empresa (quantidade e preço) e fiscaliza efetivamente o seu cumprimento pelos particulares, ou seja, quando cria diretamente a utilidade pública". (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 137, e *Direito Concorrencial – as estruturas,* 2ª. edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 215-218, respectivamente).

Também nesses casos seriam duas as possibilidades de não incidência da norma antitruste: ou as atribuições da autoridade regulatória têm tamanha extensão que afastariam qualquer outra atribuição, ou são suficientemente profundas, isto é, a própria autoridade setorial possui competência para aplicar a legislação de defesa da concorrência.[6]

Na Itália, FRANCESCO CARINGELLA afirma que nesses casos é aplicada uma "subsidiariedade elástica (que muitos acham ser a subsidiariedade em sentido próprio), que remete à avaliação da necessidade de sua intervenção naquele caso concreto, ou, o que é a mesma coisa, à sua verificação da adequação da atuação do ente mais próximo ao cidadão com vistas à tutela de um determinado interesse ou à persecução de determinado resultado: a verificação não se volta apenas a tutelar o interesse do ente periférico, mas também a mesma eficiência, inclusive temporal, na condução das atividades administrativas".[7]

No Brasil, a doutrina destaca a existência de uma complementaridade entre as competências das autoridades regulatória e de defesa da concorrência. Nesse sentido, cumpre observar, em primeiro lugar, que nenhuma indústria ou serviço encontra-se imune à incidência das normas da Lei nº. 8.884/94 sobre infrações contra a ordem econômica, sendo que o seu art. 15 determina que a lei aplica-se indistintamente a pessoas jurídicas de direito privado e público,[8] apesar de entendermos que o dispositivo é mais aplicável ao exercício de atividades econômicas por pessoas jurídicas de Direito Público do que sobre a regulação por elas exercidas sobre atividades econômicas privadas.

Quanto ao controle do CADE sobre as normas reguladoras expedidas pelas entidades públicas setoriais, parece-nos que o dispositivo mais diretamente aplicável seja o artigo 7º, X, da Lei nº. 8.884/94, que diz competir ao plenário requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, as medidas necessárias ao cumprimento da Lei.

Assim se manifestou o Conselheiro FERNANDO MARQUES[9] sobre as normas e orientações expedidas pelo DAC que vedavam a concessão de descontos em passagens aéreas: "Nesta nova realidade, incentivar os agentes de viagem a não conceder descontos, ou seja, a adotarem postura comercial uniforme é conduta anticoncorrencial que deverá ser punida pelas autoridades antitruste. No entanto, antes esta conduta não era infração e, com a nova Constituição e com a desregulação do setor passou a ser. Donde se percebe que era e foi, acredito que até o presente julgamento, um ponto nebuloso inquirir-se a respeito da licitude ou ilicitude desta conduta. Em suma, com esse julga-

6 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 138-139.

7 CARINGELLA, Francesco. *Corso di Diritto Amministrativo,* Tomo I, Giuffrè, Milano, 2001, p. 739.

8 *Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*

9 Voto do Processo Administrativo nº. 08000.007754/95-28 (Associação Brasileira de Agências de Viagem do Distrito Federal – ABAV/DF e Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal – SINDETUR/DF.

mento o CADE sinaliza claramente que não se admitirá mais esta prática, pois ela traz efeitos negativos à concorrência, configurando a hipótese prevista no inc. I do art. 20 da Lei 8.884/94. (...) Do exposto e com base neste fundamento, determino a remessa de cópias da presente decisão ao Departamento de Aviação Civil e Tribunal de Contas da União, para ciência e eventuais providências de seu mister, observando a referidos órgãos, notadamente ao DAC, que a limitação dos descontos apresenta fortíssimos impactos na dinâmica do mercado e na livre concorrência, merecendo maior atenção e estudo para sua revisão no âmbito legislativo".

Em outro caso,[10] tratando especificamente da aplicação da Lei da concorrência a concessão de serviço público, o mesmo Conselheiro do CADE se manifestou:

> "Foi analisado se estas sugestões deveriam ser adotadas como recomendações ao Órgão concedente ou como determinações impostas como condição para a aprovação do Ato de Concentração. Definiu-se como prerrogativa do Poder concedente avaliar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas propostas pelo SBDC nos atos de concentração que envolvam apreciação de contrato de concessão de serviço público, a teor do art. 175 da Constituição Federal. Não obstante, foi ressaltada a norma constitucional dos arts. 170, IV e 173, § 4º, que prevêem a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, concluindo-se que a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Dessa forma, cabe aos órgãos antitruste solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, uma vez que se não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica. Assim, no mesmo sentido do mencionado voto, determino a expedição de uma recomendação ao Poder Concedente para que adote as providências acima listadas pela Agência Nacional do Petróleo."[11]

10 Ato de Concentração nº. 08012.005516/2001-11 (Petrobrás Gás S.A. – Gaspetro, Gásgoiano S.A. e Agência Goiana de Gás Canalizado – Goiasgás).

11 Do mesmo modo, no Ato de Concentração nº. 08012.002455/2002-11, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer destacou: "[a Constituição Federal] prevê a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como normas a serem obedecidas (art. 170, IV e art. 173, § 4.°). Nesse contexto, a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Porém, é de ser ponderada a questão do pacto federativo, o qual impede que o SBDC imponha a inobservância de normas municipais ou estaduais do mesmo modo que pode proceder quando se tratar da Administração Pública ligada ao Poder Executivo Federal. Nesses casos, cabe aos órgãos Antitruste tão-somente solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, que uma vez não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica" (Voto do Conselheiro, p. 4).

Portanto, o não atendimento à solicitação do CADE pode levar a outras medidas possíveis que não sua a intervenção direta na regra ou no comportamento anticoncorrencial, conforme destacado pelo Conselheiro Roberto AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER, no julgamento do Processo Administrativo nº. 08012.006507/98-81, em que asseverou que o CADE enviaria o caso à sua Procuradoria, a fim de que essa tomasse as medidas judiciais cabíveis, ou na impossibilidade de fazê-lo (por exemplo, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade), elaborasse representação ao Ministério Público, a fim de anular judicialmente a norma legal estadual ou municipal incompatível com a infratora à ordem econômica.

A análise das decisões supracitadas demonstra, de maneira incontroversa, que as normas gerais de defesa da concorrência também incidem sobre as atividades sujeitas à regulação setorial, inclusive serviços públicos,[12] mas não como se essas atividades não fossem sujeitas a toda uma organização e lógica setorial própria.

Especificamente sobre a relação entre concorrência e regulação, GESNER OLIVEIRA observa haver quatro diferentes possibilidades de divisão de competências: (i) isenção antitruste - o setor é regido unicamente pela autoridade reguladora, que concentra todas as competências; (ii) competências concorrentes; (iii) competências complementares; e (iv) regulação antitruste (na qual todas as questões são atribuídas à autoridade concorrencial).[13]

Após analisar os quatro modelos, o ex-Presidente do CADE conclui no sentido de que o sistema de competências complementares – no qual à autoridade regulatória é deixada a regulação técnica e econômica, atribuindo-se ao órgão concorrencial a aplicação da lei antitruste – seria o que melhor atende às necessidades da sociedade brasileira, por conjugar a vantagem de um menor risco de captura com a diminuição das possibilidades de conflito de competência entre as autoridades, solução que opera no sentido da redu-

12 Entidades reguladoras setoriais há que desempenham outras funções além da supervisão de serviços públicos, abrangendo também a tutela de atividades econômicas em sentido estrito que sejam especialmente sensíveis para a coletividade, tais como saúde complementar, produção e comercialização de medicamentos, bebidas alcoólicas e derivados do tabaco (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 267). A esse respeito, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto menciona existirem duas vertentes da transformação do papel do Estado propiciadas pelo fenômeno da regulação, quais sejam, (i) a separação entre o provedor dos serviços essenciais e os agentes encarregados da regulação; e (ii) o advento de novos espaços regulatórios estatais, consubstanciados no surgimento de novas entidades voltadas para regular atividades econômicas ou interesses específicos, antes deixados ao alvedrio do mercado, ou submetidos a instrumentos jurídicos inadequados (como os setores de saúde complementar, vigilância sanitária, água) (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, **in** *Direito administrativo econômico* [coord. Carlos Ari Sundfeld]. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 78).

13 OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, p. 68 e seguintes.

ção dos custos de transação.[14] Esta é, com efeito, a posição que parece ter sido, de maneira geral, adotada pelo Legislador, nos artigos 7º., X, e 15, da Lei nº. 8.884/94.[15]

Seguindo a doutrina supramencionada, o CADE não tem hesitado em proteger a concorrência violada por empresas sujeitas à regulação setorial, tendo, no entanto, salutar parcimônia em estabelecer parâmetros gerais de regência de setores regulados ou em determinar condutas ou estruturas que modifiquem o arcabouço regulatório setorial extensivamente produzido, de acordo com a primeira alternativa de aplicação da "Teoria do Poder Amplo", vista acima.[16]

TOMÁS VAZQUEZ LÉPINETTE, ao discorrer sobre a aplicação do direito da concorrência aos setores regulados, adverte que "o Direito da Defesa da Concorrência serve para reprimir os abusos de posição dominante caso por caso, mas não faculta a imposição de medidas estruturais de caráter geral."[17] Também RUY SANTACRUZ[18] observa "caber a cada agência planejar a estrutura do mercado que regula e a forma de concorrência que considera melhor para a sociedade. Dessa maneira, não é lógica a possibilidade desse planejamento ser alterado pela decisão do órgão antitruste, que desconhece a estratégia do regulador e não detém os conhecimentos técnicos específicos necessários para a tomada de decisão. A duplicidade de regulação é, desse modo, ineficiente do ponto de vista público e privado."

Nesse sentido tem se inclinado a jurisprudência do CADE, por exemplo, em voto do Conselheiro MÉRCIO FELSKY, o qual se pronunciou sobre eventual conflito de competências entre o CADE, o Poder Concedente dos Estados e a ANP, a respeito do mercado de gás natural: "No caso em análise, porém, em que os serviços já foram concedidos de acordo com as regras estabelecidas pelo legítimo poder concedente, entendo que cabe a ele (poder concedente) e à agência reguladora criada avaliar a conveniência e a oportunidade das medidas propostas."[19]

Em caso que versava sobre o conflito da regulação municipal dos serviços de táxi com as competências do CADE, a Conselheira LÚCIA HELENA SALGADO E SILVA

14 OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, p. 68 e seguintes. Trata-se da opção entre o "modelo germânico", que dá preferência ao regulador setorial por ser tecnicamente mais especializado e o "modelo latino", que dá preferência ao órgão antitruste "por razões pragmáticas e sistemáticas" (LÉPINETTE, Tomás Vazquez. *La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*. Ed. Tirant lo Blanch., pp. 231-233).

15 Há, naturalmente, dispositivos legais setoriais específicos que dão tratamento expresso à solução desses problemas competenciais (ex., art. 4º., XXII, da Lei nº. 9.961/00, que instituiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).

16 Ou seja, as atribuições da autoridade regulatória têm tamanha extensão que afastam qualquer outra competência.

17 LÉPINETTE, Tomás Vazquez. *La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*. Ed. Tirant lo Blanch., pp. 74-75.

18 SANTACRUZ, Ruy. *Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados*. Revista Arché: interdisciplinar. Rio de Janeiro, vol. 10, nº. 29, 2001, p. 97.

19 Ato de concentração nº. 08000.021006/97-65, Requerentes Gás Natural SDG, S.A., Ementhal Participações e Empreendimentos Ltda., Borgogna Participações e Empreendimentos Ltda.

entendeu que, "ainda que se trate de legislação que contrarie preceitos constitucionais, prejudicando os consumidores e influenciando as condições do mercado, não compete ao CADE o exercício de qualquer poder de constrição sobre o ente público do qual emane o ato de Estado. Goza o CADE, porém, de competência acessória para solicitar à Autoridade a adequação da norma legislativa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, inclusive encaminhando-lhe minuta de possível diploma substitutivo, bem como para formular representação junto ao Ministério Público visando a anulação do preceito legal".[20]

No processo administrativo em que a TVA acusava a TV Globo de abuso do poder econômico, por se recusar a fornecer o sinal da sua programação aberta à Directv, existia norma da ANATEL – norma federal, não havendo, portanto, o complicador do conflito federativo – obrigando as empresas de televisão por assinatura, na modalidade cabo, a "carregarem" o sinal da televisão aberta ("*must carry law*"), razão pela qual todas as empresas que atuavam nesse segmento podiam exigir o recebimento do sinal da TV Globo, pois estavam obrigadas a levá-lo até o telespectador. Todavia, a ANATEL não havia expedido norma da mesma natureza relativamente às empresas que operavam no segmento de TV por assinatura na modalidade DTH ("*direct to home*"), como era o caso da Directv.

Ao julgar o caso o Conselheiro CELSO CAMPILONGO[21] observou que, na ausência de marco regulatório a determinar o "*must carry*" para a TV por assinatura na modalidade DTH, excederia a competência do CADE regular questões estruturantes setoriais – competência, *in casu*, da ANATEL. Assim, não se mostrava possível a utilização

---

20 Cf. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*, Ed. Singular, São Paulo, 1998, p. 302. Em matéria de portos o CADE teve uma atuação mais ativa: "Em 27.04.05, o CADE condenou, por unanimidade, os cinco terminais que operam no porto de Santos pela cobrança de uma taxa para a liberação de cargas conhecida como THC2 (*Terminal Handling Charge nº 2*). Essa taxa, que havia sido criada pelos terminais no final dos anos 90, implicava diversos prejuízos ao comércio exterior do país. Além de onerar os importadores e reduzir a competitividade internacional de várias indústrias, a THC2 distorcia a concorrência no mercado de armazenagem (...). Esta é a primeira vez que o sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC) pune uma conduta originada por uma falha de regulação numa indústria de rede. Tal como ocorre nos países onde as leis antitruste são efetivas, o CADE exerceu, neste caso, o papel de regulador de última instância na economia. Porém, isto não significa que o SBDC tenha absorvido as funções da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), posto que a intervenção ficou restrista aos limites da lei 8884, que define as normas antitruste no Brasil. Na verdade, este caso é típico da interação entre regulação e defesa da concorrência. Por um lado, como veremos adiante, se os regulamentos da ANTAQ definissem rigosamente os direitos e obrigações dos agentes econômicos que participam da atividade portuária, o caso não teria existido. Por outro lado, o CADE decidiu apenas que a cobrança da THC2 fere os princípios da lei 8884, mas não editou qualquer norma para corrigir a lacuna que deu origem àquela taxa, porque isto seria uma atribuição da ANTAQ. Entretanto, se a agência reguladora não tomar as providências devidas, e as normas portuárias continuarem ambíguas, não é provável que os terminais criem taxas similares no futuro próximo, porque sabem que seriam punidos novamente pelo CADE" (ARAUJO JR., José Tavares de. *Regulação e Concorrência em Setores de Infraestrutura*, **in** www.ie.ufrj.br/eventos/seminarios/pesquisa/regulacao_e_concorrencia_em_setores_de_infraestrutura.pdf).

21 Voto de vista proferido no curso do processo administrativo nº. 53500.000359/99, em 20.06.2001, o qual restou vencedor, por maioria.

de uma interpretação extensiva, a partir da legislação existente só para o serviço de TV a cabo, sem se extrapolar o âmbito de competência do CADE.[22]

Complementando os precedentes citados e resumindo a posição que perfilhamos, podemos citar excerto do Voto do Conselheiro RONALDO PORTO MACEDO JR., no AC nº. 53500.001990/2000, em que se afirmou: "No que concerne à eventual invasão do CADE de competência regulatória pertencente à ANATEL a questão é mais delicada. Isto porquanto é possível, ao menos em tese, vislumbrar situações nas quais pode haver certa justaposição entre a função regulatória e a função judicante da autoridade antitruste. Neste passo, concordo com o Parecer do professor Carlos Ari Sundfeld acostado aos autos, quando este afirma que 'a simples existência de atos, legais ou administrativos, disciplinando a organização de um dado setor da economia' (...), embora possa afetar a incidência do direito antitruste, não tem o efeito de excluí-lo. O que se imporá, por certo, será o dever de, em suas decisões, a autoridade antitruste combinar as normas gerais antitruste com as normas especiais de organização do setor".[23]

---

22 "11. Venho sublinhar que a atuação do CADE não pode ser entendida como a de verificação 'em tese' da obrigatoriedade ou não de liberação do sinal por parte de concessionárias de radiodifusão, mas como a análise da licitude dessa conduta, praticada por empresa determinada, em face da Lei da Concorrência e diante de aspectos concretos tão peculiares como comprovam a riqueza dos autos. 12. Com efeito, não cabe ao CADE invocar e, muito menos, criar norma geral que imponha obrigação à TV Aberta e, a partir dela, oferecer interpretação alargando conceitos e inventando regras. Mas pode o CADE, como corolário de sua função legal, analisar situações concretas que tenham impactos concorrenciais, proferindo uma decisão com base, especialmente, nos artigos 20 e 21 da Lei da Concorrência. 13. Por isso, '*data maxima venia*', absolutamente imprópria qualquer aplicação, analógica ou teleológica, supostamente extensiva ou sistemática, pelo CADE, da legislação que regula um setor específico (TV a cabo), que conta com agente regulador próprio, máxime se contrária ou incompatível com a regulação ou interpretação que o mesmíssimo órgão competente oferece a outro setor (TV por satélite). Qualquer atuação do CADE, nesse sentido, ultrapassaria, em muito, sua competência, por si só já bastante ampla, de adjudicação do direito da concorrência e invadiria, com indisfarçável ofensa à legalidade, competências regulatórias da ANATEL, do Ministério das Comunicações ou do Poder Legislativo" (Voto do Conselheiro Celso Campilongo no processo administrativo nº. 53500.000359/99, em 20.06.2001 pp. 2-3). De forma coerente com os casos acima analisados, decidiu ainda o Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, aplicando a *State Action Doctrine* (v. início deste Tópico), no Processo Administrativo nº. 08012.006507/98-81, o qual versou sobre a regulação do funcionamento de táxis no município de Parnamirim: "O que se viu nesse processo foi uma série de normas regulatórias, fulcradas no poder de polícia da Administração Pública municipal, que se destinam a estabelecer limites e condições às fontes de mercado (preço e entrada). Tais normas se justificam pela necessidade de garantir qualidade de segurança nos serviços de transporte de passageiros no município de Parnamirim, em respeito ao consumidor final e, em conseqüência, ao interesse público. Como visto, as decisões regulatórias que geraram as normas objeto do presente processo administrativo foram **uma conseqüência imediata de uma política expressa e bem definida de regulação, sendo de se ressaltar que as obrigações que derivam de tais normas são sujeitas à fiscalização constante e ativa, conforme demonstrado**. A sua razoabilidade faz com que não se vislumbre infração ao princípio constitucional da livre concorrência. É importante, no entanto, dizer que o aproveitamento da *State Action Doctrine* ao caso *sub judice*, por estarem presentes os requisitos ilustrados acima, não deve elidir a análise do possível abuso do poder econômico, que deve ser coibido em todo e qualquer mercado em que possa ser exercido, nem coatar a competência do CADE para decidir sobre a ocorrência de infrações contra a ordem econômica" (Processo administrativo nº. 08012.006507/98-81, Representante: Ivan Garcia Diniz, Representados: Cooperativa dos Condutores de Táxi do Aeroporto Internacional Augusto Severo e outros, Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, j. em 06.08.2003, grifamos).

23 Fazendo um balanço da jurisprudência do CADE podemos afirmar que, apesar de um claro *main stream* de decisões refratárias à imunidade antitruste, "tem mostrado instâncias em que algum grau de abstenção tem sido

Portanto, a competência para delinear os contornos do setor e definir normas gerais é da regulação setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar na prática a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve, com efeito, ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial.

Conforme se observa nos julgados do CADE, esse tem por praxe basicamente apenas oficiar a outros órgãos ou entidades a fim de que tomem providências, no âmbito de suas competências, para conferir efetividade ao princípio da livre concorrência. Como providência relativamente direta do próprio CADE não seria de se excluir, de acordo com a sua jurisprudência, apenas a propositura de ação civil pública por sua própria Procuradoria contra a regulação anti-concorrencial, o que, todavia, fica também dependente, por óbvio, da decisão judicial a ser proferida. Do contrário, teríamos, paralelamente ao controle abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos pelo STF, um impensável controle abstrato, pelo CADE, da compatibilidade com a Lei nº 8.884 de leis e atos normativos.

Tendo centrado nossa atenção até o momento na sindicabilidade concorrencial dos atos, geralmente normativos, que estruturam setores regulados, deve doravante ser destacado que a lógica concorrencial é igualmente aplicável à atuação dos reguladores e da Administração Pública em geral como licitantes de delegações de serviços públicos. A lógica da concorrência deve ser aplicada à exploração empresarial das atividades de serviço público, desenvolvida pela iniciativa privada sob a concepção da lucratividade. Daí segue a aplicação de princípios peculiares ao âmbito não estatal, tais como a tutela à propriedade privada, à livre iniciativa e à livre concorrência. Mesmo diante da hipótese de inviabilidade absoluta de competição, é possível a competição por comparação ou "*yardstick competition*"[24] Ou seja, é viável a submissão do tratamento de todos prestadores de serviço público a padrões comparativos, através de instrumentos destinados a produzir efeitos similares aos gerados pela concorrência.[25]

---

adotado quando o colegiado se viu diante de regulação setorial. O que parece neste particular é que a análise das decisões do CADE permite inferir dois fenômenos. Em primeiro lugar, parece haver um cuidado para evitar qualquer reconhecimento expresso da possibilidade de imunidade antitruste no contexto da atuação de órgãos federais. Apesar disso, e esse é o segundo fenômeno a observar, se não há aplicação, ainda que tímida, de imunidade, as decisões do colegiado não deixam, em diversos caos, de emprestar conseqüências, no que diz respeito à sua própria análise, à regulação setorial, como a admitir um papel regulador no que diz respeito às preocupações concorrenciais: disso decorre o grau de abstenção mencionado" (ROCHA, Bolívar Mora e OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso. *Balanço da Articulação entre Órgãos de Defesa da Concorrência e Agências Reguladoras de Infra-Estrutura,* **in** *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil* [coord. Bolívar Moura Rocha], IOB, São Paulo, 2003, p. 240).

24 Cf. parecer por nós elaborado em 30 de agosto de 2004, em co-autoria com Adriano Candido Stringhini, Giovani Ribeiro Loss e Lucas Prado, para a Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB/SP e por ela aprovada sob a Presidência do Professor Fernando Passos.

25 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 1998, p.11 e seguintes.

A experiência internacional menciona que as licitações para a concessão de serviços públicos às vezes acabam impondo limitações desnecessárias à concorrência. Nesse sentido, a autoridade canadense[26] de defesa da concorrência atenta para ao menos quatro efeitos anticompetitivos freqüentemente encontrados em procedimentos licitatórios: (a) inibição da concorrência entre competidores, (b) redução do acesso de potenciais entrantes ao procedimento licitatório, (c) limitação da possibilidade de novas empresas prestarem serviço ao governo, e restrição da possibilidade de empresas que não estavam prestando serviço ao governo se tornarem fornecedoras.[27]

Assim, a regra é a aplicação do princípio da concorrência, mesmo em atividades fortemente reguladas como os serviços públicos, sendo que qualquer exceção à aplicação desse princípio deve ser pontual, de forma a se evitarem as disfunções que a sua não aplicação pode ocasionar.[28]

No mesmo sentido, GESNER OLIVEIRA e JOÃO GRANDINO RODAS[29] destacam que "a definição dos critérios de preço é freqüentemente estabelecida nos contratos de concessão. Mas as autoridades de defesa da concorrência podem opinar sobre este e vários outros assuntos em sua função de promoção da concorrência. Assim, a maior adequação ou não ao critério de preço-teto para um determinado segmento ou o próprio desenho de um leilão ou de um contrato de concessão são temas que merecem exame e opinião das autoridades de defesa da concorrência".

Os princípios concorrenciais devem, então, nortear as decisões do poder concedente quanto a prazo, condições de participação dos agentes econômicos, exigências para participação e objeto de licitação, de forma a propiciar a presença do maior número possível de agentes, evitando-se ao máximo a limitação à concorrência no processo licitatório e na execução dos futuros contratos.

Não há de se admitir, salvo excepcionalmente, o afastamento por completo do princípio da livre concorrência, sob a alegação de que o futuro concessionário terá obrigações de universalização do serviço. Deve-se, através da proporcionalidade, determinar o *quantum* de concorrência que essa estrutura prestacional admite, de maneira que, ainda que o serviço deva ser prestado em regime de exclusividade, seria imprescindível a aplicação

26 *Vide* texto de GEORGE N. ADDY, disponível em http://competition.ic.gc.ca/internet/incb-bc.nsf/en/ct01411e.html., acessado em 24.04.2004.

27 Cf. parecer por nós elaborado em 30.08.2004, em co-autoria com Adriano Candido Stringhini, Giovani Ribeiro Loss e Lucas Prado, para a Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB/SP e por ela aprovada sob a Presidência do Professor Fernando Passos.

28 Lembremos que a própria Lei nº. 8987/95 dispõe em seu artigo 16 que a "*outorga da permissão ou concessão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º. desta Lei*". O que fica evidenciado da norma, bem como de muitas outras constantes de legislações posteriores, como a Lei Geral de Telecomunicações, é o enunciado da livre concorrência como uma regra a ser seguida, sendo admitida a exclusividade somente como exceção.

29 OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p.154.

dos princípios concorrenciais quando da formatação do certame e do contrato de concessão, adotando-se, inclusive, sempre que possível, a assimetria regulatória pró-concorrencial, deixando fora da exclusividade atividades correlatas que possam ser exploradas em concorrência sem prejudicar as obrigações especiais de serviço público.

Sobre a interface entre o direito geral da concorrência e as regulações setoriais, CARLOS ARI SUNDFELD "não exclui que em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. Mas esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela menos gravosa para a concorrência"[30].

Como síntese, podemos afirmar que a competência para delinear os contornos dos setores regulados e definir as suas normas gerais, inclusive através de editais e contratos de concessão, é do regulador setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial e as opções políticas legitimamente tomadas que, eventualmente, restrinjam ou até mesmo excluam a concorrência, desde que razoável e proporcionalmente em razão de algum outro valor.

Será na franja de atividades submetidas à concorrência deixada pelo regulador setorial que, nesses setores, o CADE terá o seu âmbito de atuação por excelência. Em outras palavras, desde que atendido o princípio constitucional da proporcionalidade, **cabe à regulação setorial definir o espaço de concorrência existente no setor** (por exemplo, em quais da atividades dele integrantes há liberdade de entrada no mercado, e quais delas estão sujeitas a concessão com direito de exclusividade), e será, se observada a proporcionalidade, **apenas dentro desse espaço que o direito antitruste e as autoridades encarregadas da sua aplicação atuarão**.

De qualquer maneira, ainda quando se considere que a regra setorial violou o direito da concorrência, aplicável em todas as esferas federativas, o seu *enforcement* será mais efetivo através de mecanismos processuais civis do que por atos administrativos do CADE, cuja própria jurisprudência tem reconhecido que nesses casos, ainda mais em se tratando de serviço público estadual ou municipal, não tem poder de anulação direta do ato considerado lesivo à concorrência, podendo apenas solicitar ao órgão regulador, ao Ministério Público, ao Judiciário ou ao próprio Poder Concedente, a adoção das providências necessárias à preservação da competição. Do contrário, basta imaginarmos o quão desvirtuador do princípio federativo, da hierarquia das fontes do direito, dos princípios de harmonia da organização administrativa e da independência das agências reguladoras seria se o CADE pudesse, ainda que em uma correta aplicação do direito da

30 SUNDFELD, Carlos Ari. "Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro", ***in*** obra coletiva do mesmo título. Max Limonad. São Paulo, 2002, p.35.

concorrência, suspender uma licitação, anular uma Resolução da ANATEL ou declarar a nulidade de uma lei estadual que sem razoabilidade restringisse a concorrência.

O ideal, contudo, é que a autoridade antitruste, seja em relação à regulação *stricto sensu* ou às licitações, não exerça apenas um papel repressivo, na análise de infrações já consumadas, mas também preventivo, participando da formulação das políticas para os setores regulados.

La Precisión Histórico-Ontológica del Antitrust en el Contexto de la Distribución de Bienes y Servicios

*José Miguel Azpúrua Alfonzo**

Introducción: La incipiencia de la distribución dentro de la gestación de las políticas económicas de corte liberal en la historia contemporánea; I. Primera Parte: Análisis del Antitrust en la Distribución de Bienes y Servicios. Evolución Histórica; 1. Antitrust y la distribución de bienes y servicios; 1.1 Métodos de Distribución; 1.2 Distribución, Antitrust y la Política Económica Internacional; 2. La distribución de bienes y servicios en el contexto de la normativa fundacional del Antitrust en la historia contemporánea; 3. Hacia la Multilateralización del Antitrust: Aspectos Importantes; 3.1 El reto de la instauración de regímenes de Antitrust en economías de mercado emergentes; 3.1.1. El tratamiento de las restricciones verticales del Comercio: Venezuela, Brasil; 3.1.2. Aplicación extraterritorial de las leyes de Antitrust como una manifestación de su multilateralización; 3.1.3. La inclusión del Antitrust dentro del Sistema OMC/GATT como posible forma de multilateralización; Conclusión.

Introducción: La incipiencia de la distribución dentro de la gestación de las políticas económicas de corte liberal en la historia contemporánea

La inminente popularización del derecho antimonopólico – Antitrust[1] - como disciplina jurídica en el Mundo obedece primordialmente al triunfo de la concepción liberal que impera en la política económica internacional. Independientemente de su idoneidad, es un hecho que los postulados de la economía neoliberal han logrado prevalecer en el orden mundial contemporáneo, aún cuando muchos de sus bastiones institucionales clásicos – entre ellos las Instituciones Bretton Woods- han tenido que recalibrar sus

* *Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2004); Maestría en Leyes (LL.M), New York University School of Law (2005); Diplomado en Derecho y Negocios (APC.LB), New York University Stern School of Business (2005); Maestría en Leyes, Regulación Comercial (LL.M in Trade Regulation), New York University School of Law (2006); Maestría en Políticas Públicas (M.Sc in Public Policy), University College London School of Public Policy (2007). Director Fundador de la Revista de Derecho Regulatorio, Caracas,Venezuela (2008). Socio del escritorio jurídico Lares Martínez & Asociados en Caracas, Venezuela.*

1 A los efectos de la presente obra, el término "Antitrust" es usado de forma equivalente al término "Derecho de la Competencia", aún cuando pueda válidamente alegarse que el primero obedece estrictamente a políticas antimonopólicas, las cuales solamente abarcan una minúscula parte del Derecho de la Competencia. No obstante, por razones históricas se ha adoptado el referido término, buscando también establecer un enfoque distinto del comúnmente dado por el eje doctrinario latinoamericano predominantemente iuspublicista que se ha abrogado el desarrollo de la materia.

competencias y alcances funcionales. Así pues, la historia contemporánea evidencia la consolidación de regímenes de libre competencia como importantes instrumentos para la concreción de políticas económicas que escapan de meros contornos jurisdiccionales.[2]

Ya en el contexto de la distribución de bienes y servicios, tenemos que desde la consolidación de las llamadas *rutas de comercio*[3] por más de cinco siglos, las cuales se fueron diversificando desde la época colonial conforme a la intensificación de las relaciones comerciales entre las monarquías europeas y sus respectivas colonias (lo cual replanteó el curso del comercio internacional ante el "descubrimiento" de nuevos productos dada la demanda de importación de dichos productos), hasta la incipiente comoditización de bienes intangibles conforme a la creación del sistema de licencias de imprentas en Inglaterra que dió lugar al nacimiento de las famosas Cambridge Press y Oxford Press durante la época de María de Estuardo, y que devino en la consolidación del Derecho de Autor a fines del siglo XVII con el Estatuto de Anne (el cual ha experimentado una expansión exponencial conforme a los avances tecnológicos han generado una multiplicidad de formatos que permiten reducir los costos marginales de producción y distribución), nos demuestran pues cómo la distribución de bienes y servicios juega un papel esencial en la cohesión económico-política del mundo y que constituye una fuente de aspectos jurídicos que abarcan numerosas áreas del Derecho.

Por otra parte, la proliferación de los canales de distribución de bienes y servicios han tenido un profundo impacto en la evolución socio-política del mundo desde un ángulo *individualista*, en tanto la incipiente conceptualización del ser humano como un *ciudadano-consumidor*[4] y la subsecuente erosión del *ethos público* han replanteado la paridad hombre-estado, ello de cara a la individualización de la demanda de ciertos servicios que han postrado en los gobiernos el reto de la re-calibración de standards en los resultados su actividad, dada la sensibilización del escrutinio del cual son objeto. Ello se encuentra claramente evidenciado en el plano académico en el replanteamiento endógeno de la Administración Pública hecho por Wilson en 1952, y que devino en la revisión estructural del funcionamiento interno de los *bureaus* por parte de la escuela anglosajona

2 Sobre las tendencias politico-económicas contemporáneas, véase: Robert Gilpin, "The Nature of Political Economy" *en* Goddard, C. Roe, Cronin, Patrick, & Dash, Kishore C., International political economy : State-market Relations in a Changing Global Order 25-64 (Palgrave Macmillan, eds., 2005). Véase también: Giovanni Arrighi, "Three Hegemonies of Historical Capitalism" *en* Giovanni Arrighi, The long twentieth century: Money, power, and the origins of our times 27-84, (Verso eds.,1994).

3 También conocidas por los politico-economistas de la escuela londinense como las "rutas de comercio."

4 Véase a título referencial: Neal Ryan, "Reconstructing Citizens as Consumers: Implications for New Modes of Governance", *104 Australian Journal of Public Administration, 60(3)* (2001); John Clarke, 'Consumerism and the Remaking of State-Citizen Relationships', P. 1, ESPAnet conference, Oxford, 9-11 September, 2004, *en* http://www.apsoc.ox.ac.uk/Espanet/espanetconference/abs/abs15.a3.htm

representada en autores como Pollitt y Buckaert[5], así como Peters y Pierre[6] entre muchos otros, y la consiguiente transformación del concepto de *Administración Pública* en *Gerencia Pública* durante las décadas de 1970s y 1980s gracias a la progresiva incorporación de las nociones privado-corporativas en el desarrollo de la actividad público-burocrática;[7] lo cual se vio materializado en la práctica con la creación de las *Next Steps Agencies* en Inglaterra durante el gobierno de Margaret Thatcher, las reformas regulatorias y burocráticas planteadas por Al Gore en 1993 en los Estados Unidos e implantadas en gran parte durante la Administración Clinton, y las reformas Neo-zelandezas durante la década de los 1990s, todo ello motivado en el acentuado escrutinio de los ciudadanos en la percepción de sus servicios, y en la definición del rol del gobierno en su prestación (*accountability*). Luego, la proliferación de los llamados *citizen charters*[8] emitidos por las agencias y entes gubernamentales explicando los parámetros de calidad en el desarrollo de sus actividades así como los términos de los servicios prestados, es una muestra de cómo el surgimiento del *ciudadano-consumidor* ha tenido un profundo impacto en el monitoreo del desarrollo de la distribución de los servicios públicos.

I. Primera Parte: Análisis del Antitrust en la Distribución de Bienes y Servicios. Evolución Histórica

1. Antitrust y la distribución de bienes y servicios

1.1. Métodos de Distribución

Quizás la manera más práctica de poder conceptualizar la distribución radica en asimilar la noción que tanto productores de bienes como proveedores de servicios tienen una gama de opciones para introducir sus productos y servicios en el mercado. Por ejemplo, cuando la asistencia personalizada en la prestación de servicios no es lo primordial, usualmente un productor puede optar por un esquema más impersonal de venta como lo puede ser un catálogo, o un portal de internet; en tanto aquellos productores cuyos

5 Christopher Pollitt y Geert Bouckaert, Public Management Reform. A Comparative Analysis 8 (Oxford University Press, 2ed., 2004).

6 Los autores Peters y Pierre han harto-discutido la composición interna de los bureaus. En particular, se recomienda: B. Peters and J. Pierre, 'Governance without Government? Rethinking Public Administration', *223 Journal of Public Administration Research and Theory 8(2)* (1998).

7 Véase: Ezra Suleiman, Dismantling Democratic States 44 (Princeton University Press ed., 2003), citando a Osborne y Gaebler, Reiventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector 23 (Reading, Mass. Addison-Wesley eds.,1992).

8 Gavin Drewry, "Citizens as Customers – Charters and the Contractualisation of Quality in Public Services", p. 2. EGPA Conference, Bern, Switzerland (2005), *en* http://www.public-admin.co.uk/brochures/cutomers_charters_paper.pdf

productos van estrechamente vinculados a la proyección de una marca quizás opten por usar un modelo distributivo de franquicia.[9]

Así, cabe distinguir a modo introductorio que *los modelos distributivos pueden ser directos, indirectos o mixtos*, en cuanto a la relación entre el productor-proveedor y el consumidor-usuario final. Sin embargo, existe una vasta gama de factores que influyen la decisión de un productor o proveedor en diseñar su modelo distributivo. Así tendremos que un productor de bienes de consumo que opte por un esquema de ventas directas deberá de prever una relación con el consumidor final ulterior a la venta aislada del producto, como lo es la prestación de asistencia técnica en cuanto a las necesidades o reclamos de sus productos o usuarios, así como la escala necesaria para poder internalizar todos los costos inherentes a la comercialización final de los productos; o bien puede un productor tener un sistema *mixto* de distribución con una cadena indirecta de venta al detal, y un sistema de venta directa destinado a grandes consumidores o "cuentas;" o también puede un productor-proveedor modelar una cadena distributiva *indirecta*, en la cual participen mayoristas ajenos al organigrama del productor-proveedor, generándose así un mercado intra-marca para la comercialización del bien o servicio en cuestión.

1.2. Distribución, Antitrust y la Política Económica Internacional

Centrándonos en el contexto del Derecho de Antitrust y sus aspectos relacionados con la distribución de bienes y servicios, es importante tener presente que el mismo no es más que *la positivización de axiomas económico-liberales* orientados a la preservación de la eficiencia económica mediante la garantía de condiciones idóneas que permitan al mercado alcanzar su equilibrio natural, o en excepcionales casos, el equilibrio deseado en virtud de existir móviles socio-políticos que se estimen prioritarios al alcance de la eficiencia económica.

A los efectos de la distribución de bienes y servicios, existen dos *condiciones estructurales de mercado* entre aquellas que el Derecho de Antitrust busca preservar las cuales tienen incidencia directa en ésta. En primer lugar, el Derecho de Antitrust se orienta a garantizar *la libre entrada al mercado*, mediante la máxima reduccíon posible de las barreras de entrada que puedan impedir el flujo natural de la competencia en el mercado, buscando así la mayor aproximación real a la utopía de la competencia perfecta. Así las cosas, el tema de la entrada de competidores al mercado resulta íntimamente relacionado a la distribución de bienes y servicios particularmente en el contexto de la *integración vertical* entre productores y mayoristas, toda vez que dichas integraciones pueden constituir

9 Sobre los métodos de distribución véase: Varios Autores, Antitrust Law and Economics of Product Distribution 1 (American Bar Association Eds., 2006).

una barrera de entrada a potenciales competidores mayoristas que busquen participar en dicho escalafón de la cadena de distribución del producto o servicio en cuestión.

Por otra parte, el *grado de concentración de mercado* constituye uno de los principales indicadores de competencia, y está íntimamente relacionado con la *libre entrada al mercado*, dado a que es comúnmente interpretado de forma directamente proporcional al grado de *poder de mercado,* entendido éste último como la facultad de influir sobre el precio y los volúmenes de producción del producto, viéndose así en capacidad de eregir barreras a potenciales competidores entrantes al mercado en cuestión. El grado de concentración constituye un elemento universal en el analísis de mercado y resulta relacionado a una gran variedad de aspectos propios de la distribución de servicios, entre los cuales podemos citar la capacidad de ofrecer descuentos por paquete (bundling), descuentos por volumen de mercado, segmentación y categorización geográfica, así como la habilidad para imponer restricciones de precios en el Mercado intra-marca.

No obstante, resulta bastante limitado dar una mera connotación económico-estructural al Antitrust, toda vez que *la tendencia en el análisis de las conductas anticompetitivas ha estado progresivamente orientada hacia la casuística evaluación de las competencias de mercado.* Cada vez es menor la tipificación de conductas como anticompetitivas *per se*, aún cuando las condiciones estructurales de los mercados desprenden indicadores esenciales para la apreciación del grado de perniciosidad de las conductas desplegadas por los competidores. Las juridicciones con mayor trayectoria en la materia han incluso llegado a contrariar expresamente los indicadores estructurales de mercado en torno a las eficiencias que puedan devenir de determinadas condiciones únicas de los mercados. Así, podemos citar casos tan extremos como la aprobación de una fusión a duopolio en el mercado de las compotas hecha por la Corte de Distrito del Distrito de Columbia en los Estados Unidos, la cual se gestó a razón de la fusión *Heinz-Beechnut*, la cual -según la opinion de dicha Corte- permitiría a estos competidores una mejor capacidad de competencia ante el lider del Mercado, Gerber, quien para el momento de la sustanciación del caso ostentaba 65% del mercado.[10]

Por otra parte, ha sido en el contexto de la distribución de bienes y servicios donde el Derecho de Antitrust ha encontrado una plataforma en la evolución de su análisis, alejándolo gradualmente de la estática atención a la mera composición estructural de mercado, y aproxímandolo a la ponderación casuística de elementos predeterminados los cuales han de ser valuados conforme las características únicas del mercado en cuestión.

10 El eje jurisprudencial *Heinz-Beechnut*, aún cuando resulta más propio del estudio de las fusiones, refleja un importante balance en el grado de ponderación de las condiciones estructurales de Mercado contrastadas a las posibles eficiencias que pueden derivar de ciertas situaciones que, si bien estructuralmente no resultan eficientes, éstas producen beneficios de otra índole. Aún cuando la jerarquización de opiniones producto del stare decisis imperante en los Estados Unidos, resulta interesante contrastar las opiniones de ambas cortes en un plano horizontal. Véase *FTC v. H.J. Heinz Co.,* 116 F.Supp.2d 190 (2000); *FTC v. H.J. Heinz Co.,* 246 F.3d 708 (2001).

Así pues, el análisis de la dicotomía de *la competencia intra-marca versus la competencia inter-marca* constituye un punto fundamental en la evaluación de fusiones entre mayoristas de una misma marca, toda vez que la tendencia en jurisdicciones con experiencia técnica en el área ha sido a aceptar dichas integraciones, las cuales aún causando pérdida de competencia en el mercado *intra-marca,* devienen en ulteriores beneficios para configuración de la competencia en el mercado *inter-marca*, tomando en cuenta potenciales sinergias en la forma de economías de escala que permitirían una mejor capacidad de competencia en éste ultimo. Adicionalmente, aún cuando este punto ha encontrado un tratamiento bastante diverso entre Derecho de Antitrust norteamericano[11] y el Derecho Comunitario de la Competencia[12] -regímenes fundacionales del Derecho de Antitrust en el Mundo- vemos cómo otros ordenamientos jurídicos han asumido un análisis si se quiere "meta-estructural" de mercado. Así pues, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor de la República de Panamá en su Resolución Número PC-503-03 de 23 de octubre de 2003 prevé lo siguiente:

> *"En las restricciones verticales generalmente se plantean problemas entre marcas, si la competencia entre éstas resulta insuficiente. Generalmente las restricciones verticales ínter marcas son más pernicionas que las intra marca, porlo que se considerarán negativos los efectos sobre la competencia cuando los acuerdos verticales se combinen con cláusulas inhibitorias de la competencia ínter marcas. Sin embargo, la competencia intra marcas puede ser negativa cuando se excluye*

11 Sobre la ponderación de los beneficios en la competencia inter-marca ante concentraciones intra-marca (verticales y horizontales), se recomienda la lectura de los siguientes casos, los cuales constituyen un minúsculo reflejo del vasto eje jurisprudencial norteamericano existente en la materia. Véase: *Simpson v. Union Oil Company of California*, 396 U.S. 13 (1969); *United States v. Masonite Corp.,* 316 U.S. 265 (1942); *Morrison v. Murray Biscuit Co.,* 797 F.2d 1430 (1986); *Bostick Oil Company v. Michelin Tire Corporation,* 702 F.2d 1207 (1983); *Acquaire v. Canada Dry Bottling Co.,* 906 F. Supp. 819 (1995); *Eiberger v. Sony Corporation of America*, 628 F.2d 1068 (1980); *Paddock Publications v. Chicago Tribune Company* 103 F.3d 42 (1996).

12 En el caso de la Unión Europea, cabe citar que la Regulación 2790/99 la cual versa sobre las Integraciones Verticales, y que fuera pionera en delimitar la noción sajona de "competing undertakings" como *el grupo de un proveedores dentro de un Mercado producto*, contempla en su artículo 2 un bloque de cuatro exenciones a la prohibición del artículo 81(1) del Tratado de Roma (el cual prohibe la colusión entre competidores de una forma análoga a la Sección 1 del Sherman Act norteamericano), eximiendo así a aquellas integraciones de diversas partes ubicadas en niveles distintos de las cadenas de producción o distribución, aún cuando descarta expresamente de dichas excepciones a los contratos de exclusividad entre distribuidores intra-marca. En este sentido, es importante acotar que el Derecho Comunitario de la Competencia ha asumido tímidamente el análisis específico de las condiciones de Mercado, toda vez que los bloques de exenciones a las prohibiciones de los artículos 81 y 82 – otrora artículos 85 y 86- del Tratado de Roma siguen manteniendo un fuerte apego a las consideraciones estructurales de Mercado, como es el caso del artículo 3 de la referida Regulación 2790/99, el cual establece que las exenciones antes referidas del artículo 2 eiusdem solo aplicaran para aquellos casos en los cuales la parte adquieriente no ostente una parte del Mercado (market share) superior al 30% del mismo, reflejando así cómo las provisiones europeas siguen basando su aplicabilidad *general* en indicadores meramente estructurales, dejando poca o ninguna importancia a las condiciones particulares del mercado en cuestión. Véase: Maher M. Dabbah, EC and UK Competition Law Commentary, Cases and Materials 136 y ss (Cambridge University Press, eds., 2004); Comisión Europea, *Regulación 2790/99* (L336/21) (1999).

> *a distribuidores más eficaces o a distribuidores con modalidades diferentes de distribución o comercialización, ya que se reduce el bienestar y las opciones del consumidor."* [13]

Así las cosas, tenemos que la distribución de bienes y servicios ha constituído un verdadero reto en la evolución del Derecho de Antitrust por configurar dentro de la generalización que supone todo sistema normativo, el procurar cierta permisibilidad por la examinación casuística de los casos y mercados en cuestión, aún cuando sea de forma acoplada a unos lineamientos generalizados que permitan cierta discrecionalidad al ente inquisitorio y/o decisorio. Ergo, el mero análisis cross-seccional del Derecho de Antitrust en la Distribución de Bienes y Servicios encuentra una grave limitante en la ciega circunscripción a los axiomas de la teoría económica, por lo cual resulta imperante para la mejor comprensión del tema el hacer una revisión histórica de la gestación del Derecho de Antitrust, tomando en cuenta que éste ha sido receptor de un importante influjo de móviles políticos que en situaciones históricas claves han definido su composición ontológica y alcance operativo. En este orden de ideas, veremos cómo los influjos que han nutrido la gestación de regímenes legales de Antitrust en diversas Jurisdicciones han obedecido a causales endógenas e incluso exógenas, en tanto el orden politico-económico internacional ha fluctuado drásticamente en el curso del último siglo de la historia contemporánea mundial. Iniciativas políticas, reacciones pluralistas, ideologías, postulados académicos, esfuerzos nominales y la inevitable dependencia hegemónica del sistema económico mundial: Todo estos elementos y muchos más nos muestran al Antitrust dentro de una red política e histórica que resulta *praeter* económica y es de menesteriosa revisión.

2. La distribución de bienes y servicios en el contexto de la normativa fundacional del Antitrust en la historia contemporánea

El desarrollo del Antitrust en los Estados Unidos comenzó a gestarse desde sus primeras décadas de existencia como una disciplina en progresiva expansión y contínua re-calibración de sus metas en torno a una gama de conductas de mercado. Su delimitación conceptual implicó una fase inicial de expansión conceptual que empezó con la publicación del Sherman Act en 1890, el cual prohibió los acuerdos anticompetitivos, los monopolios y la monopolización, y que luego fuera reforzado con la publicación del Clayton Act en el año 1914, cuyas prohibiciones están orientadas a regular, entre otras conductas, a las fusiones y adquisiciones, la discriminación de precios, los contratos de exclusividad y la imposición de contratos acoplados.

13 República de Panamá. Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor. *Resolución Número PC-503-03*. P.8 (2003).

La vorágine endógena que sacudió a la economía americana en el contexto de la depresión del año 1929 conllevó a serios replanteamientos en torno al régimen jurídico de las cadenas de distribución de productos. La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos recaida sobre el archi-famoso caso "Dr. Miles",[14] cual estableció un criterio vinculante en virtud del cual la fijación vertical de precios fue considerada *per se* ilegal (y que estuviera vigente por casi 97 años), fue objeto de serias contradicciones a nivel estatal cuando empezaron a surgir las llamadas *Fair Trade Laws,* cuales permitieron la fijación de precios en mercados *intra-marca* e *intra-estadale*s a los efectos de reforzar las economías estatales. De ahí la famosa sentencia conocida en *Writ of Certiorari* por la Suprema Corte de los Estados Unidos con ponencia del Magistrado Douglas recaída sobre el caso *Schwegmann v. Calvert Distillers Co.*[15], en la cual la Corte estableció que un Estado no podía exigir a compañías adherirse a carteles estadales en contravención al Sherman Act, desaplicando el Miller-Tydings Act por virtud del cual se permitía la fijación de precios verticales en el mercado intra-estadal nuevayorkino. Dicho eje legal, aún en tensión con la jurisdicción Federal americana, encontró una justificación instrumental para el desarrollo de políticas de organización industrial necesarias para neutralizar los rigores de índole social que implica un reajuste económico, y permitir así un subterfugio redistributivo a empresas de menor escala que hubieran sido aplacadas por el nuevo equilibrio de mercado de no ser por la regulación en cuestión.[16] El referido Miller-Tydings Act sirvió pues para garantizar la subsistencia de pequeños y medianos vendedores, aún cuando el resultado económico de la ley fuera económicamente ineficiente, o si se quiere sub-óptimo.

El consecuente advenimiento de una *Pax Americana* en el orden económico-político mundial que se gestó en los años posteriores a la depresión económica del año 1929 supuso una re-determinación del antitrust como un instrumento neo-liberal económico, aún dejando lugar para ciertos correctivos regulatorios que permitieran un espectro económico exógeno al alcance de su tenaza legal. Así, cabe citar al llamado *Régimen Asociacionalista* adoptado por la administración del Presidente Roosevelt, fundado en iniciativas como el National Recovery Act de 1933, cual otorgó una gran cuota de discrecionalidad a los sectores industriales para su auto-regulación[17], promoviendo la consolidación de carteles en determinados sectores industriales, cuales permitieron: (i) una recuperación económico-social relativamente rápida, mediante la gestación de plazas de empleo surgidas a consecuencia de la sinérgica escala de colusión industrial y la sindicalización de la

14 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co*., 220 U.S. 373 (1911).

15 *Schwegmann v. Calvert Distillers Co* 341 U.S. 384 (1951).

16 Véase: Paul Teske, "Interests and Institutions in State Regulation," pp. 139-154. *35 American Journal of Political Science 1.* (Feb., 1991).

17 Sobre el régimen asociasionalista (1920-1960) en los Estados Unidos, es referencia obligada la obra de Eisner. Véase: Marc Allen Eisner, Regulatory Politics in Transition (John Hopkins University Press, Eds., 1993).

mano de obra, y (ii) el gradual re-posicionamiento de la economía Americana en torno al comercio internacional. Ya pasados unos años, y particularmente al concluir la segunda Guerra Mundial, se generó la necesidad de configurar un orden mundial que sistemáticamente asegurara (i) un sistema estable de tasas de cambio; (ii) una unidad de reserva (como lo fueron el *standard-oro* y el *standard-dollar*)[18]; (iii) el control de fondos internacionales; (iv) el alcance de metas de corto-plazo por países que atravesaban por crisis temporales en sus balanzas de pago, y (v) un marco normativo que permitiera mantener a las economías en una relativa apertura al comercio internacional, orientada a la sustentación de la menor cantidad posible de tarifas y subsidios. Este cúmulo de necesidades conllevó a la creación de las instituciones Bretton Woods para lidiar con la depresión económica en los Estados Unidos y la reconstrucción de la Europa Post-Guerra. Lo anterior configuró la plataforma para la orientación de un orden económico liberal mundial que pudo alimentarse de dos esenciales coyunturas: en primer lugar, que el orden económico mundial a imperar lo plantearon los ganadores de la Guerra, y segundo: la subsecuente necesidad de los Estados Unidos en contener el rango de influencia del modelo pluralista de la Unión Soviética. Ello implicó un replanteamiento del orden mundial al reconocer el alto grado de paridad entre la economía y la sociología.

En consecuencia, los Estados Unidos asumió un rol de dirección en la reconstrucción de la economía mundial, con iniciativas como el *Marshall Plan*, primeramente orientado a brindar ayuda al continente europeo. El *standard-oro* fue subsecuentemente reemplazado por el *standard-dollar*, el cual fue directamente controlado por los Estados Unidos respaldando su moneda con oro. Cuando la competitividad de los productos y bienes de origen norteamericano empezó a decaer, el dollar empezó a perder fundamento como el standard monetario mundial; ello catalizado por la incipiente consolidación de la Comunidad Económica Europea y del éxito de las políticas de exportación japonesas.

Progresivamente los canales de distribución de bienes y servicios a escala internacional empezaron a revestir especial importancia no sólo a nivel de ordenamientos jurídicos internos, sino a nivel de la regulación del comercio internacional en el ámbito de *dumping* y subsidios, lo cual supuso la necesaria asunción de una paridad entre el derecho del Antitrust, que históricamente venía gestándose en un campo jurisdiccional-territorial (lo cual cambiaría drásticamente en las décadas siguientes, sobre todo en materia de carteles), con las políticas económicas de las naciones;[19] y en la distribución de bienes y

18 Véase a título referencial: John Gerard Ruggie, "International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order" *36 International Organization* 2, pp. 379-415. (Spring, 1982).

19 Sobre los aspectos communes entre el Derecho de Antitrust y el Marco Legal del Comercio Internacional en el contexto del sistema GATT/OMC, véase: José Miguel Azpúrua Alfonzo,"Developing Countries and the Interface between International Trade and Competition Policy" Pp. 37-47 (Spring 2006), *disponible en:* http://ssrn.com/abstract=910985

servicios ante las agresivas políticas de exportación implementadas por los países asiáticos, en especial Japón.

Durante la década de los 1970s los Estados Unidos dejó de convertir dólares a oro a la tradicional tasa de US$35 por onza de oro, empezando a proliferar la imposición de tarifas. Ello convelló al resquebrajamiento del sistema institucional Bretton Woods. La crisis petrolera que estalló en 1973 llevó la economía mundial a una suerte de estanflación[20], la cual aunada al colapso del Fondo Monetario Internacional (1971) como foro para la concertación de las tasas de cambio entre los países, devino en una nueva ola de novo-proteccionismo en la cual los entonces países industrializados empezaron a desarrollar un escrutinio más acentuado ante la cantidad de productos que empezaron a invadir sus mercados provenientes de los países que –como Japón- propulsaron estrategias económicas de exportación.

En este orden de ideas, resulta importante atender a la especial importancia que revirtió el caso *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio*, el cual decidiera la Suprema Corte de los Estados Unidos en el año 1986.[21] El referido caso surgió cuando una coalición de compañías americanas demandó a un grupo de 21 compañías japonesas dedicadas a la producción y comercialización de *productos electrónicos de consumos* (PECs), los cuales consistían primordialmente en sets de televisión. La demanda, primeramente incoada en 1974, alegaba que las empresas japonesas conspiraron durante un periodo de 20 años con la finalidad de sacar a las compañías americanas del mercado de PECs al desarrollar un esquema para mantener precios artificialmente altos en la venta de televisiones en Japón, y al mismo tiempo mantener precios artificialmente bajos en la venta de los productos exportados a los Estados Unidos. En concreto, los demandantes alegaron que el referido esquema constituía violaciones a las secciones 1 y 2 del Sherman Act[22], 2(a) del Robinson-Patman Act[23], y 73 del Wilson Tariff Act.[24]

Después de varios años de curso probatorio, la corte Distrital que conoció primeramente del caso rechazó varias pruebas promovidas por ser impertinentes al establecimiento de la referida conspiración y seguidamente concedió un fallo sumarial en favor de las demandadas. No obstante, la Corte de Apelaciones revirtió el fallo de la Corte Distrital y procedió a valorar las pruebas para concluir la existencia de una conspiración fundada en excesiva estimación de precios en el mercado japonés para financiar la depre-

20 El término "Estanflación" supone en esencia la combinación de una recesión económica con inflación.

21 *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574 (1986).

22 Estados Unidos de América. Sherman Act 15 U.S.C. §1 (1890). Las secciones 1 y 2 respectivamente se refieren a acuerdos anticompetitivos y monopolios.

23 Estados Unidos de América. Robinson-Patman Act 15 U.S.C. § 13 (1936). La sección 2(a) se refiere a discriminación de precios.

24 Estados Unidos de América. Wilson Tariff Act 15 U.S.C. §8 (1895). La sección 73 se refiere a acuerdos anticompetitivos en la importación de productos a los Estados Unidos.

ciación de los previos en el mercado americano con el objeto de sacar a los competidores locales del Mercado de PECs, concretamente de los sets de televisión.

Vemos así cómo el Antitrust sirvió de instrumento materializador de una *ola de proteccionismo* que empezó a gestionarse no sólo en los Estados Unidos, sino en varios países industrializados; la cual a su vez sirvió de agente catalizador para que los países en vías de desarrollo concertaran iniciativas como las proposición de un Nuevo Orden Económico Internacional planteada en las Naciones Unidas durante la década de los 1970s, aún cuando las mismas no tuvieran mayor éxito.

El advenimiento de la década de los 1980s estuvo marcado por un drástico replanteamiento de las políticas económicas estadounidenses, materializado en el dramático incremento de las tasas de interés; y adicionalmente la crisis de deuda a nivel internacional implicó el replanteamiento del rol Fondo Monetario Internacional ante la economía mundial, dedicándose primordialmente a asegurar que los países endeudados estructuraran ciertos ajustes en sus economías orientados a reducir la inflación, gasto público y el rol gubernamental en el desarrollo económico, incluyendo la liberación del comercio, privatización y de-regulación.

Así las cosas, la década de los años 1990s se adentró presta a la alineación de postulados económicos a nivel mundial, que se concretaron ante la centralización cognitiva de las normas rectoras del comercio internacional en un foro *verdaderamente* multilateral: La Organización Mundial de Comercio (OMC). En este sentido, la gestación de un foro multilateral rector del comercio internacional como lo es la OMC supuso una serie de costos transaccionales primordialmente asumidos por las economías de mercado emergentes, las cuales tuvieron que implementar una serie de cambios en sus ordenamientos económico-sociales y jurídicos, como lo fueron el establecimiento de condiciones mínimas para la protección de la propiedad, y la protección de la libre competencia de Mercado, entre otras.

3. Hacia la Multilateralización del Antitrust: Aspectos Importantes.

En este sentido, resulta importante resaltar dos fenómenos relacionados al tema en cuestión: (i) la expansión del Antitrust en diversos ordenamientos jurídicos[25] (y como

25 Al respecto, la obra de la Doctora Michal Gal de la Universidad de Haifa, Israel, constituyen referencia esencial en torno a la implementación de regímenes de libre competencia en economías de Mercado emergentes. Véase: Michal Gal, "The Ecology of Antitrust: Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries", *disponible en* http://lsr.nellco.org/nyu/lewp/papers/10
Sobre el particular, el autor ha desarrollado las siguientes obras: José Miguel Azpúrua Alfonzo, "A General Antitrust Framework for Emerging Market Economies." (2005), *disponible en* http://ssrn.com/abstract=827484; José Miguel Azpúrua Alfonzo, "Developing Countries and the Interface between International Trade and Competition Policy" (2006), *en* http://ssrn.com/abstract=910985

sub-fenómeno, el llamado proceso de *apertura* en latinoamérica[26]), y (ii) la noción de la multilateralización del Antitrust[27] ante el mal-llamado fenómeno de la globalización.

3.1. El reto de la instauración de regímenes de Antitrust en economías de mercado emergentes

En primer lugar, sobre la progresiva adopción de regímenes de libre competencia en diversos ordenamientos jurídicos como lo son las economías de Mercado emergentes. En un estudio realizado por el autor basado en 131 países miembros de la OMC, se ha determinado que 90 de ellos han establecido una Ley de Libre Competencia, y otros 12 están atravesando el proceso legislativo.[28] Ello lógicamente implica una gama de retos que semejante condicionamiento económico-legal presupuso y todavía presupone para varias economías, las cuales van desde la capacitación infraestructural del ente encargado de su implementación, hasta la propagación de una verdadera *cultura de competencia*, y el correcto analísis de los casos.

A los efectos del Antitrust en el contexto de la distribución de bienes y servicios, cabe mencionar un importante problema en el trato de conductas anticompetitivas que requieren un análisis más complejo que las conductas clásicas como los carteles y monopolios. En este sentido, muchos países aún teniendo un sólido comienzo en la implementación de regímenes de libre competencia, han fallado en sistematizar correctamente los elementos que el mismo comprende. Este tipo de errores tienden en materializarse de diversas maneras, como lo son: el incorrecto analísis de los casos ante falta de capacitación técnica de los oficiales y decisores, y las inconsistencias legislativas en la definición

26 Véase a título referencial: Ignacio De Leon, *A Market Process Analysis of Competition Policy in Latin America*, *en* http://ssrn.com/abstract=258959

27 Sobre la multilateralización del antitrust, existe un eje doctrinario contenido mayoritariamente en las siguientes obras: Frédéric Jenny, "Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges" en Towards WTO Competition Rules 3 (Roger Zäch, ed., 1999); Eleanor M. Fox, "Toward World Antitrust and Market Access," P.91. *AM.J. INTL. L. 1* (1997); Drexl, Josef "International Competition Policy After Cancún: Placing a Singapore Issue on the WTO Development Agenda" P. 447. *27 World Competition 3* (Kluwer Law International ed., 2004); Charles M. Gastle, "The Convergence of International Trade and Competition Law Through a WTO Market Access Code" *8 Currents Int'l Trade L.J. 3* (1999); Frédéric Jenny, "Globalization, Competition and Trade Policy: Convergence, Divergence and Cooperation," Conference on Competition Policy in the Global Trading System: Perspectives from Japan, the United States and the European Union (June 13th, 2000); Harry First "Towards An International Common Law of Competition" *in* Towards WTO Competition Rules (Roger Zäch, ed., 1999); Martyn Taylor, International Competition Law: A New Dimension for the WTO? (Cambridge University Press ed., 2006).
Este eje doctrinario ha sido sistemáticamente reseñado en las siguientes obras del autor: José Miguel Azpúrua Alfonzo, "Developing Countries and the Interface between International Trade and Competition Policy" (2006), *en* http://ssrn.com/abstract=910985; José Miguel Azpúrua Alfonzo, "A Multilateral Competition Framework in the World Trade Organization: Beyond Doha." (Londres, 2007. Por Publicar).

28 José Miguel Azpúrua Alfonzo, "A Multilateral Competition Framework in the World Trade Organization: Beyond Doha." P. 28 (Londres, 2007. Por Publicar).

o trato de conductas anticompetitivas, o en la dinámica del proceso de legislación, como sucede en el caso de legislaciones con prohibiciones generales de conductas que luego han de desarrollar regímenes de excepciones.

3.1.1. El tratamiento de las restricciones verticales del Comercio: Venezuela, Brasil

En este orden de ideas, puede citarse como ejemplo al caso de Venezuela en torno a la prohibición general de *Restricciones Verticales del Comercio* originalmente establecida en los artículos 5 y 8 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia ("Ley Procompetencia"),[29] la cual fuera categóricamente criticada por especialistas como Jatar[30], y que fuera seguidamente modificada por vía de excepción contenida en el artículo 4 del Reglamento Número 1 de la referida Ley.[31] En concreto, los artículos 5 y 8 de la Ley Procompetencia venezolana establecen una prohibición general en los términos siguientes:

> ***"Artículo 5.*** *Se prohiben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia.*
> *(…)*
> ***Artículo 8.*** *Se prohíbe toda conducta tendiente a manipular los factores de producción, distribución, desarrollo tecnológico o inversiones, en perjuicio de la libre competencia."*

Un año después de la entrada en vigencia de la Ley, el artículo 4(3) de su Reglamento Número 1 estableció la siguiente excepción.

En este caso, vemos cómo la modalidad legislativa de corte comunitario-europeo consistente en adoptar prohibiciones generales fue comúnmente seguida por jurisdicciones basadas en el Derecho Continental como es el caso venezolano, lo cual deriva en un necesario régimen de excepciones que subsecuentemente ha de reglar de forma más precisa cuáles conductas son lo suficientemente perniciosas como para ameritar una prohibición general, y cuáles conductas pueden presentar una serie de virtudes casuísticas lo suficientemente importantes como para ser consideradas según las condiciones únicas del mercado en cuestión.

---

29 República Bolivariana de Venezuela, Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, Gaceta Oficial Nº 34.880 del 13 de enero de1992.

30 Ana Julia Jatar, *Implementing Competition Policy in Recently Liberalized Economies: The Case of Venezuela*, en Antitrust in a Global Economy 94, Fordham University Law School, Corporate Law Institute (Barry Hawk ed., 1993).

31 República Bolivariana de Venezuela, Reglamento Número 1 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, Gaceta Oficial Nº 35.202 del 3 de mayo de 1993.

Esta situación también se ha verificado casi de forma concomitante en el ordenamiento jurídico brasilero, específicamente en torno a los artículos 20 y 21 (concretamente el numeral XI, relativo a restricciones verticales y otras conductas de distribución) de la Ley de Libre Competencia de Brasil.[32] Incluso, otro estudio realizado determinó que en un universo de 127 países miembros de la OMC, solamente 44 países han adoptado un tratamiento casuístico (o lo que comúnmente se conoce como "Regla de la Razón") en torno a las restricciones verticales del comercio.[33] De manera pues que el establecimiento de un régimen de libre competencia siguiendo esta modalidad legislativa de prohibiciones generales presupone un *Periodo de Ajuste* en el cual las novísimas agencias o entes públicos con debida competencia normativa en la materia tendrían que rápidamente establecer las excepciones necesarias para evitar el entorpecimiento funcional de los mercados, lo cual implica que el proceso de instauración de un régimen de libre competencia demanda un flujo dinámico normativo, infraestructural y de capacitación técnica que no se puede agotar en el mero establecimiento de la Ley y del órgano competetente. Luego, la expansión del Antitrust a nivel mundial ha lógicamente implicado la necesidad de asistencia técnica brindada por las jurisdicciones con mayor capacidad técnica y experiencia en la materia, a través de organismos de cooperación como lo son el International Competition Network (ICN) y la International Bar Association (IBA). Por otra parte, la Asociación Nacional de Attorney Generals de los Estados Unidos de América (NAAG) ha procurado dar talleres de capacitación a los oficiales competentes de libre competencia de jurisdicciones jóvenes o incipientes en la materia.

3.1.2. Aplicación extraterritorial de las leyes de Antitrust como una manifestación de su multilateralización

Por otra parte, la rápida expansión del antitrust ha supuesto una lógica necesidad de evaluación de conductas con un alcance territorial supranacional. En este sentido, cabe destacar la hegemonía histórica que ha buscado ejercer Estados Unidos en la aplicación extraterritorial de su marco normativo de Antitrust desde 1927, cual la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró competentes a las cortes americanas para conocer sobre un cartel internacional que involucraba actores mexicanos.[34] [35] Luego el famoso caso conocido como "Alcoa" en 1945 (*United States v. Aluminium Co. of America*)[36], sirvió de plano para que el ma-

32 Brasil, Ley de Libre Competencia (Ley Nº 8.884/94 reformada por la Ley Nº 10.149/2000).

33 José Miguel Azpúrua Alfonzo, "A Multilateral Competition Framework in the World Trade Organization: Beyond Doha." Pp. 30-31 (Londres, 2007. Tesina de Grado para la Maestría en Políticas Públicas de la Universidad de Londres (Hons). Por Publicar).

34 Véase a título de referencia: Martyn Taylor, International Competition Law: A New Dimension for the WTO? 62. (Cambridge University Press ed., 2006).

35 *United States v. Sisal Sales Corp*., 274 U.S. 268 (1927).

36 *United States v. Aluminium Co. of America*. 148 F.2d 416 (1945).

gistrado Hand interpretara al Sherman Act como aplicable a firmas extranjeras cuando éstas desplegaran prácticas anticompetitivas con efectos en el territorio de los Estados Unidos, lo cual pasó a conocerse como la popular *Doctrina de los Efectos* ("Effects Doctrine").[37]

La conclusión de la Segunda Guerra Mundial sentó las bases para la configuración de una suerte de *Pax Americana*, en tanto que los Estados Unidos empezó progresivamente a posicionarse en una posición hegemónica en el plano económico-internacional, y así varías compañías estadounidenses acentuaron su expansión a mercados foráneos. En este sentido, fue la falta de un consenso a nivel mundial en torno a los postulados de economías pro-mercado para aquél momento lo que motivó que las firmas estadounidenses buscaran protección dentro de su régimen jurídico nacional en su expansión a mercados foráneos, dando pié a la aplicación territorial de las leyes estadounidenses, en particular la sección 1 del Sherman Act alegórica a carteles. Asimismo, la incipiente internacionalización del comercio ha estado correlacionada como un factor de aplicación extraterritorial de las leyes estadounidenses de Antitrust, la cual se ha acentuado en virtud de la presencia de carteles internacionales.[38] Recientemente se le ha otorgado la posibilidad a demandantes extranjeros de demandar a carteles internacionales ante la jurisdicción federal estadounidense. Incluso, en el caso *Hoffman-LaRoche LTD. v. Empagran, S.A. (2004)*[39] se llegó a admitir la demanda interpuesta por demandantes foráneos ante los perjuicios sufridos por los efectos de un cartel en el comercio extranjero.

Sin embargo, aún cuando la aplicación extraterritorial de las leyes de Antitrust ha sido postulada como una posible forma de multilateralización uniforme del mismo, ella presenta contundentes limitaciones en tanto carece de una estructura institucional con facultades cognitivas, pudiendo llevar colisiones entre jurisdicciones con diferentes intereses económicos y politicos. Más aún, existen muchas barreras institucionales y procesales en torno a la referida aplicación extraterritorial de las leyes de Antitrust: A escala nacional, existen límites procesales al alcance jurisdiccional del Antitrust, tal y como lo comenta First, quien explica que tanto testigos, pruebas documentales, e incluso demandados podrían lograr escapar del ámbito jurisdiccional, frustrando así la habilidad del demandante por conseguir el resarcimiento de los daños sufridos por la conducta anticompetitiva.[40]

Luego, la aplicación extraterritorial de las leyes de Antitrust podría contribuir a la erosión de las bases esenciales para la cooperación internacional entre las diversas agencias o entes nacionales con competencia en la materia en casos con dimensiones internacionales. En este sentido pueden señalarse importantes experiencias recientes en

37 *Idem.,* 148 F.2d 443.

38 Sobre el particular, se recomienda la siguiente lectura: Hannah L. Buxbaum, "National Courts, Global Cartels: F. Hoffman-LaRoche LTD. v. Empagran, S.A. (U.S. Supreme Court 2004)." 5 *German Law Journal* 9 (2004).

39 *Hoffman-LaRoche LTD. v. Empagran, S.A.,* 542 U.S. 155 (2004).

40 Harry First, "Towards An International Common Law of Competition" *in* Towards WTO Competition Rules 102 (Roger Zäch, ed., 1999).

el contexto de fusiones internacionales, en las cuales se han gestado diferencias contundentes entre los principales entes competentes de Antitrust (concretamente entre la Comisión Europea y la Comisión Federal de Comercio estadounidense).[41]

3.1.3. La inclusión del Antitrust dentro del Sistema OMC/GATT como posible forma de multilateralización

En tanto la proliferación global de una tendencia liberal en las economías ha conllevado al establecimiento de políticas domésticas de libre competencia orientadas a la exhortación de la eficiencia económica mediante la garantía de libre entrada a mercados, la idea de un marco multilateral de Antitrust ha sido instada tanto institucional como academicamente. La liberalización del comercio y el consecuente establecimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC) como su eje sistemático y normativo, ha promovido una lógica de libre Mercado la cual comparte con Antitrust. De allí que figuras como el Juez Frederic Jenny hayan identificado una "interfaz" entre las políticas de comercio y competencia,[42] la cual fue progresivamente delimitándose hasta devenir en la creación de un grupo de trabajo en la OMC para estudiar la eventual inclusión de la libre competencia en la normativa del sistema GATT/OMC.

Ciertamente, la multilateralización del Antitrust ha sido objeto de varios conatos los cuales han adoptado formas diversas en torno a sus instrumentos contentivos, instituciones reguladoras, e incluso a su metodología de gestación. No obstante, una pregunta importante en torno al particular ha sido el determinar si la existencia (y ulteriormente el modo) de regulación doméstica tiene alguna incidencia en la decisión de un país en torno a la multilateralización del Antitrust.

Resulta de interés entender el fenómeno de la multilateralización del Antitrust a los efectos de la distribución de bienes y servicios dado a que es precisamente en torno a la necesidad de consenso en la regulación de conductas que requieren un análisis técnico, infraestructura y pericia como las que supone la distribución, en los cuales se han hallado los principales obstáculos en torno al consenso de un instrumento multilateral entre los países miembros de la OMC. Para el año 2007 se pudo comprobar que de 127 de los 151 miembros, 83 de ellos tienen algún tipo de regulación en torno a restricciones verticales de comercio, y de ellos solamente 44 países han adoptado una regulación casuística ("regla de la razón") de dicha conducta.[43]

---

41 Léase: Eleanor M. Fox, "GE/Honeywell: The U.S. Merger that Europe Stopped – A Story of the Politics of Convergence", en D. Crane and E. Fox, Antitrust Stories (Foundation eds., 2007)

42 Frédéric Jenny, "Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges" en Towards WTO Competition Rules 36 (Roger Zäch, ed., 1999).

43 José Miguel Azpúrua Alfonzo, "A Multilateral Competition Framework in the World Trade Organization: Beyond Doha." Pp. 30.

En este sentido, tradicionalmente se ha buscado analizar hasta qué punto el establecimiento de leyes domésticas de antitrust ha de constituir una pre-condición a un marco multilateral, lo cual en cierta forma contribuyó en su momento a la falta de éxito del Grupo de Trabajo de la OMC en la materia, toda vez que aún habiendo una inminente proliferación de instrumentos legales sobre la materia, dicho entorno de análisis conllevaba al estudio de hipótesis limitadas que no se avocaban al estudio de los contenidos de dichas leyes, así como de otros componentes de los marcos domésticos de antitrust. En ese sentido, se empezaron a evaluar desmembradamente cada uno de los diversos elementos que han de constituir las políticas de competencia más allá de su mera instrumentación legislativa (lo que Gal alguna vez llamara "la ecología del Antitrust")[44] para así determinar que precisamente son las conductas relacionadas a la distribución de bienes y servicio las cuales han tenido un trato más disparejo entre las diversas jurisdicciones en virtud de la capacidad técnica e infraestructural que el análisis de las mismas implica, constituyendo así uno de los más cruciales retos en la multilateralización del Antitrust, aún cuando paradójicamente son estas conductas las que presentan una incidencia si se quiere más directa en el flujo que supone el comercio internacional.

Conclusión

El análisis anterior permite concluir que la distribución ha de importar a los efectos del Derecho más allá de su mera fundación contractual. La incipiente relevancia de la distribución de bienes y servicios en la interacción del derecho y la economía comporta pues un tema de esencial comprensión y desarrollo que despliega una fuerte incidencia en la composición, preservación y evolución de los mercados.

Asimismo, cabe destacar que en los ordenamientos de Derecho continental ha prelado el continuo desarrollo del Antitrust desde una óptica *iuspublicista*, lo cual ha devenido en su desarrollo de una forma algo desequilibrada; pues aunque si bien es cierto que el aspecto adjetivo del Antitrust se acopla en gran medida a los fundamentos del anacrónicamente denominado Derecho Administrativo, se ha dejado muy poca cabida para la decantación de los fundamentos económicos que determinan la justificación axiológica del Antitrust como un área jurídica, y ello se ha materializado en todas sus facetas: desde su positivización hasta su implementación. No será sino hasta cuando se entienda la importancia de buscar un sentido en instituciones exógenas al derecho, cuando el Antitrust podrá instaurarse con propiedad en nuestras jurisdicciones.

44 Véase Michal Gal, The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries, *en* http://lsr.nellco.org/nyu/lewp/papers/10

Droit Communautaire de la Concurrence et Regulation Sectorielle (Exemple du Droit des Telecommunications)

*Inga Kawka**

1. Introduction; 2. Aperçu de deux méthodes d'intervention de l'Etat sur le marché; 2.1. Droit de la concurrence; 2.2. Régulation sectorielle; 3. Convergence de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence; 4. Différences entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence; 5. La coopération entre les organes de protection de la concurrence et les ARN; 6. Conclusion.

1. Introduction

Dans un système d'économie mixte, l'Etat joue un rôle interventif sur le marché. L'Etat intervient au moyen d'une correction ou d'un remplacement de l'action des mécanismes de l'économie de marché afin d'être en mesure de remplir tous ses devoirs socio-économiques. Les raisons de cette intervention ainsi que ses formes juridiques sont différentes et changent en fonction de l'Etat et de la spécificité du secteur économique. Par le passé, il était typique de garantir aux entreprises prestataires de services d'utilité publique un monopole ou une position privilégiée sur le marché. En revanche, ces dernières décennies, priorité fut donnée à la libéralisation (abolition des droits exclusifs et spéciaux pour les entrepreneurs) de la majeure partie des secteurs économiques en Europe, avant tout ceux d'utilité publique, tels que les télécommunications, la gestion de l'eau, la poste, l'énergie et le transport ferroviaire. Dans le droit communautaire ils sont désignés en tant qu'industries d'infrastructure, car la prestation de services dans ces domaines exige l'existence d'une forte infrastructure (ex. réseaux de télécommunication, réseaux électriques, lignes ferroviaires, conduites d'eau).

Un rôle important de l'Etat dans le domaine de l'infrastructure est lié à la notion de défaillance du marché (*market failure*). Elle signifie que dans certaines situations, le marché n'est pas capable d'assurer des solutions optimales et que les agents économiques doivent être soumis à la régulation étatique[1]. L'absence d'une telle régulation mène à la

* *Chaire de Droit et de Sciences Administratives. Université Pédagogique de Cracovie.*

1 D. Begg, S. Fischer, R. Dornbush, *Ekonomia. Mikroekonomia*, Warszawa 2003, p. 442.

situation dans laquelle le marché „libre" échoue à l'allocation optimale des ressources. Parmi les raisons de la défaillance du marché il faut citer : effets extérieurs de l'infrastructure, biens publiques, monopole naturel, incertitude par rapport aux réactions des micro-agents et disproportions dans l'accès aux informations essentielles pour la prise des décisions économiques[2].

L'exemple du marché européen des télécommunications montre qu'à cause de sa défaillance ainsi que d'une forte position des opérateurs historiques (anciens monopoles), la seule libéralisation et l'application de la législation antimonopoliste n'ont pas été suffisantes pour implanter sur ce marché une concurrence effective. Dans ce cas, le droit communautaire prévoit l'application, dans les secteurs d'infrastructure, des règles de la concurrence et parallèlement, une régulation sectorielle spécifique[3].

2. Aperçu de deux méthodes d'intervention de l'Etat sur le marché

2.1. Droit de la concurrence

L'essence de la législation antimonopoliste réside dans la protection de la concurrence existante et efficace contre des pratiques des entreprises qui pourraient mener à sa réduction ou même à son élimination. Les règles de la concurrence doivent alors maintenir le niveau de la concurrence déjà existant sur le marché et non élargir ou approfondir son rayon d'action[4]. Cet objectif est atteint par l'application des règles générales de la concurrence (*general competition rules*) qui interdisent:

- Pratiques collectives anticoncurrentielles, (art. 81 du Traité Instituant la Communauté Européenne (TCE)),
- Abus de la position dominante (art. 82 TCE)

La prévention des opérations de concentration abusive fait également partie des règles de la concurrence (règlement relatif au contrôle des concentrations entre enterprises [5]).

2 I. Crocq, *Régulation et réglementation dans les telecommunications*, Paris 2004, p. 53 et s.; S. J. Liebowitz, S. E. Margolis, *Network Effects*, in *Handbook of tecommunications economics. Structure, Regulation and Competition*, Volume 1, I. Vogelsang, M. Cave, S. Majumdara (dir.), Elsevier Science 2003, p. 76.

3 J.-D. Braun, R. Capito, T*he Emergence of EC Telecommunications Law as New Self-Standing Filed Within Community Law*, in *EC Competition and Telecommunications Law*, Ch. Koenig, A. Bartosch, J.-D. Braun (dir.), Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, p. 64 et s.

4 T. Skoczny, *Ochrona konkurencji a prokonkurencyjna regulacja sektorowa*, „Problemy Zarz□dzania" 2004, n° 3, p. 12.

5 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre enterprises, JO L 24 du 29.1.2004, p.1.

Les autorités communautaires (avant tout la Commission) et nationales de la concurrence sont compétentes pour appliquer le droit de la concurrence. Elles rendent des décisions constatant l'infraction aux règles de la concurrence, ordonnant son abandon ainsi que celles qui ne constatent pas l'infraction, qui interdisent la concentration ou la permettent sous certaines conditions ou sans réserve.

Dans le cas où l'infraction à l'interdiction des opérations anticoncurrentielles est constatée, les autorités de concurrences ont le droit d'imposer des amendes aux entrepreneurs. Dans certains systèmes juridiques, de plus graves limitations de la concurrence sont considérées comme délits (p. ex. en Grande Bretagne des cartels horizontaux sont poursuivis sur l'action publique). En outre, dans tous les systèmes juridiques, sont appliquées les sanctions civiles directes (sanction de nullité) et indirectes (p. ex. la possibilité de demander les dommages et intérêts).

2.2. Régulation sectorielle

La régulation sectorielle n'a pas pour but de maintenir la concurrence sur le marché parce que celle-ci n'existe pas encore. Elle vise par contre à former le comportement des entreprises de façon à permettre l'établissement d'une concurrence effective.

La régulation, *ex definitione*, a un caractère sectoriel. Elle règle des problèmes caractéristiques à chacun des secteurs infrastructurels. Par conséquent, les principaux instruments de régulation diffèrent selon les secteurs. Pourtant, il est possible de distinguer trois domaines essentiels de régulation.

– séparation entre l'activité économique et l'activité de régulation. (p. ex. dans le cas du secteur des télécommunications, l'obligation de séparation entre l'activité économique et celle de régulation, est apparue dans la première directive de 1988 concernant la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication [6]. L'article 6 de la directive a contraint les Etats membres à attribuer la définition des prescriptions techniques, le contrôle du respect de ces prescriptions, ainsi que l'attribution des homologations, à des autorités indépendantes des entreprises publiques ou privées opérant dans le secteur des télécommunications. Dans les directives suivantes, l'obligation d'une telle séparation a été élargie à de nouveaux champs du marché des télécommunications. Cette obligation ne concerne que la séparation entre les fonctions d'opérateur et celles de régulateur. Par contre, les directives communautaires n'exigent pas la séparation entre les autorités réglementaires nationales (ARN) et l'Etat à

6 Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication. JO L 131 du 27.05.1988, p. 73.

condition que ce dernier ne soit pas propriétaire de l'opérateur des télécommunications[7]. De nombreux pays ont attribué la fonction de régulation au niveau national en même temps à des ministères compétents et à des agences autonomes,

– libéralisation des secteurs d'infrastructure (p. ex. ouverture totale à la concurrence dans les marchés des réseaux de télécommunications et des services en janvier 1998 ; ouverture à la concurrence des livraisons de gaz et d'énergie électrique dans un premier temps pour les clients industriels (juillet 2004) et puis pour les particuliers (juillet 2007) ; ouverture à la concurrence pour les opérateurs ferroviaires d'abord pour le transport de marchandises (janvier 2007- sur l'ensemble des réseaux européens) ; ouverture progressive à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs (janvier 2010),
– création des conditions pro-concurrentielles de fonctionnement des secteurs d'infrastructure p.ex. assurer aux agents économiques une libre implantation sur le marché. Cette question embrasse non seulement le problème de création de l'activité économique qui demande, selon le secteur, un certificat, une concession ou une déclaration mais également ou même avant tout, cela concerne la possibilité non limitée d'entrer sur le marché ou de le quitter. Dans le cas des secteurs d'infrastructure, la prestation des services est fortement liée à l'exploitation du réseau qui ne peut pas être dédoublé, avant tout pour des raisons économiques. Ainsi, jusqu'à la libéralisation, cette importance stratégique du réseau a été l'argument majeur justifiant la structure monopoliste des secteurs d'infrastructure[8]. Par exemple, dans le secteur des télécommunications, uniquement l'accès libre à l'infrastructure et aux services de télécommunications donne aux nouveaux opérateurs la possibilité d'implantation sur le marché. L'article 12 de la directive relative à l'accès aux réseaux de communications[9] établit des compétences principales des ARN dans le domaine de l'accès et des connections au réseau. Les autorités nationales de régulation ont le droit de contraindre les opérateurs à accepter les demandes justifiées pour donner l'accès aux éléments du réseau ou aux ressources associées, ainsi que la permission de leur exploitation. La régulation sectorielle se fait donc *ex ante*. Ceci signifie que les mesures adoptées par les organes de l'administration publique visent à former des comportements futures des entreprises[10].

7 J. Fournier, *Chroniques. La nouvelle réglementation des télécommunications*, "Cahiers Juridiques de l'Electricité et du Gaz", mars 1997, p. 90.

8 J.-P. Goulvestre, *Economie des télécommes*, Paris 1997, p. 48 et s.; M. Amstrong, *Telecommunications,* in *Competition in Regulated Industries*, D. Helm et T. Jankinson (dir.), Oxford 1998, p.133

9 Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), JO L 108 du 24.4.2002, p. 7.

10 T. Skoczny, *Ochrona konkurencji…* p. 117

– assurance de la prestation des services importants du point de vue de l'intérêt public.

Par exemple, dans le secteur des télécommunications, les ANR doivent assurer la prestation du service universel et garantir la qualité des produits et des services acceptée par les clients[11].

Les Etats membres ont attribué les compétences d'application du droit de régulation sectorielle aux organes administratifs. Par exemple, dans le secteur des télécommunications, une des premières autorités de régulation a été l'OFTEL britannique, créé en 1984, lors de la privatisation de *British Telecom*[12]. Les autorités réglementaires nationales dans les membres diffèrent les unes des autres par leur structure organisationnelle (ce sont soit des organes collectifs, soit unipersonnels), leur procédure d'élection (en France le Président et deux Etats membres de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) sont nommés par le Président de la République, quatre autres sont élus par le Parlement[13]; au Royaume Uni, l'assemblée de l'OFCOM est désignée par le ministre compétent[14]), et enfin par leurs méthodes de financement[15]. Les compétences des ARN dans le secteur des télécommunications ont d'habitude un caractère contraignant. Elles comprennent:

– régulation de l'accès au marché,
– imposition aux entreprises des devoirs de régulation concernant : le libre accès au réseau et les interconnections entre les réseaux, la régultaion des prix de détail, la régultaion des prix pour l'accès au réseau, la garantie de prestation de service universel,
– contrôles,
– règlement des conflits entre les entreprises.

---

11 L. Flynn, *Competition Policy and Public Service in EC Law after the Maastricht and Amsterdam Treaties,* in *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, D. O'Keeffe et P. Twomey (dir), Oxford-Portland Oregon, 1999, p. 185 - 199; L. Grard, *Les services d'intérêt économique général et le traité d'Amsterdam*, "Revue des affaires européennes – Law and European Affaires" 1999, n° 2, p. 197 – 213; M. Mielecka, *Stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji do przedsi/biorstw publicznych i uprzywilejowanych*, in *Prawo gospodarcze UE. Zagadnienia wybrane*, A. Mania (dir.), Kraków 2001, p. 159 – 189; E.M. Milanesi, *Les „services d'intérêt général" les entreprises publiques et les privatisations*, "Revue du Droit de l'Union Européenneé" 2000, n° 1, p. 117 – 149.

12 C. Mac Carthy, *Why Independent Regulators?* in *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Frison-Roche M.-A. (dir.), Paris 2004, p. 60.

13 *Code des postes et des communications éléctroniques*, art. L 130 (4).

14 *Office of Communications Act 2002,* § 1.

15 H. Intven , J. Oliver,E. Sepúlveda , *Overview of Telecommunications Regulation*, in *Telecommunications Regulation Handbook,* H. Intven, M. Tétrault (dir..), Washington 2000, p. 5 et s.; M. Gentot, *Autorités administratives indépendantes*, Paris 1994, p. 19.

Les ARN ont également le droit d'imposer des sanctions, y compris des amendes, aux entreprises qui enfreignent les normes du droit de la régulation.

3. Convergence de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence

Les deux outils d'intervention des organes administratifs sur le marché sont différents. Dans la pratique il est pourtant possible d'observer un rapprochement du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle. Ceci dit, les organes de la protection de la concurrence emploient de plus en plus souvent des mesures agissant *ex ante*, qui influencent sur la future structure du marché. Parmi celles-ci il y a des obligations qui anticipent l'avenir et sont imposées aux entreprises dans le cadre des dérogations individuelles octroyées par la Commission en vertu de l'article 81 paragraphe 3 du TCE, ou des décisions autorisant la concentration. L'affaire *Newscorp/Telepiù*[16] en est un exemple; la Commission a donné son accord à la concentration en Italie de deux opérateurs de télévision. L'une des mesures appliquées par la Commission a été d'imposer aux entreprises la séparation des comptabilités, ce qui est typique pour la régulation sectorielle.

Par ailleurs, parmi les compétences des organes de la protection de la concurrence, la promotion de la concurrence joue un rôle de plus en plus important. Comme exemple assez intéressant nous pourrions mentionner aussi des accords informels[17], conclus par la Commission avec les entreprises qui ne se sont pas encore livrées à des pratiques interdites par l'art. 81 ou 82 TCE, mais qui seraient susceptibles, à l'avenir, d'avoir des comportements anticoncurrentiels[18]. Dans un tel accord, la Commission impose à l'entreprises des obligations afférentes à la promotion de la concurrence, par ex. l'obligation d'une plus grande transparence en ce qui concerne l'accès au réseau[19].

De surcroît, on peut observer de plus en plus souvent la sectorisation dans l'application des règles générales de la concurrence. Les décisions de la Commission sont élaborées par des groupes d'experts spécialisés dans les sujets concernant un secteur particulier. Les actes non contraignants de la Commission concernant l'application des règles géné-

16 **Décision de la Commission du 2 avril 2003 déclarant une concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE (Affaire COMP/M.2876 Newscorp/Telepiù) JO L 110, du** 16.04.2004, p. 73;Petit, N., *The Commission's Contribution to the Emergence of 3G Mobile Communications: an Analysis of Some Decisions in the Field of Competition Law*, "European Competition Law Review", 2004, n° 7, p. 4437 et s..

17 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (JO L1, du 04.01.2003, p. 1) ne prevoit pas la conclusion par la Commission, de tels accords avec les entreprises.

18 M. Szydło, *Regulacja sektorowa a ogólne prawo antymonopolowe*, „Problemy Zarządzania" 2008, n° 1, p. 249.

19 M. Cave, P. Crowther, *Pre-emptive competition policy meets regulatory anti-trust*, "European Competition Law Review" 2005, vol. 26, p. 487.

rales de la concurrence dans les secteurs particuliers, sont également l'exemple de cette sectorisation dans l'application des règles générales de la concurrence.

Des changements se produisent de même dans la régulation sectorielle, proconcurrentielle. Il suffit de mentionner les directives télécom de 2002 qui prévoient la convergence de la régulation spécifique au secteur des télécommunications et du droit de la concurrence. La création des cadres réglementaires communautaires dans ce domaine vient du fait que la régulation est considérée comme un outil utilisé de façon passagère, et les mesures de régulation mentionnés dans les directives doivent être appliquées jusqu'au moment où le marché sera arrivé à l'état de concurrence effective. Alors, seul le droit de la concurrence sera applicable.

Les cadres réglementaires en vigueur dans le domaine des télécommunications ont pour but de faciliter le passage d'une étape à l'autre. Dans les motifs de la position commune sur les projets de directives de 2002, le Conseil a affirmé que de nouveau cadre réglementaire constitue une phase transitoire et anticipe la situation où le marché des télécommunications sera suffisamment mature pour pouvoir suivre uniquement les règles générales de la concurrence[20]. Pour rendre ce passage possible, les directives communautaires prévoient un rapprochement entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence[21]. Cela reste possible grâce à l'emploi des standards et de la méthodologie empruntés au droit de la concurrence pour désigner le marché pertinent, ainsi que la puissance significative sur le marché afin de régulariser le secteur des télécommunications[22]. La notion de puissance significative sur le marché dans le contexte du cadre réglementaire de 2002 est une notion centrale, parce que la régulation prend avant tout un caractère asymétrique. Ceci dit, les obligations de régulation, tels que l'obligations de garantir l'accès aux réseaux ou de la fixation des prix de détail ou de gros convenables, ne sont pas imposés à toutes les entreprises, mais uniquement à celles qui possèdent une puissance significative sur le marché des télécommunications pertinent. La directive cadre[23] dans l'article 13, ainsi que l'article 82 du TCE, la définissent de la même façon que la position dominante. En outre, pour déterminer qu'une entreprise en question dispose d'une telle position, l'article 14 de la directive cadre prévoit la nécessité d'analyser le marché et

20 Position commune du Conseil du 17 septembre 2001, JO C 337 du 30.11.2001, p. 34.

21 H. Ungerer, *Convergence in Regulatory and Competition Paradigms. Communications and EC Competition Law*, Bruxelles, 2001, online: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_021_en.pdf; T. Skoczny, *Ochrona konkurencji* …p.. 26.

22 P. Larouche, *A closer look at some assumptions underlying EC Regulation of Electronic Communications*, "Journal of Network Industries" 2002, n° 3, p. 136 et s.; A. de Streel, *The Integration of Competition Law Principles in the New Regulatory Framework for Electronic Communications*, "World Competition" 2003, n° 3, p. 489 et s.; A. Bavasso, *Electronic Communications: a New Paradigm for European Regulation*, "Common Market Law Review" 2004, n° 41, p. 87 et s.

23 Directive 2002/21/CE du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), JO L 108 du 24.4.2002, p. 33.

emploie la notion du « marché pertinent », propre au droit de la concurrence[24]. Cette importation de la méthodologie empruntée au droit de la concurrence dans les cadres réglementaires de télécommunications, constitue un véritable changement par rapport aux provisoins précédentes où les marchés ont été définis dans les directives, et seulement les opérateurs ayant atteint 25% de parts du marché étaient considérés comme ceux ayant une puissance significative sur le marché.

4. Différences entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence

Malgré ce rapprochement entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence et malgré le fait que leurs rayons d'action se recoupent assez souvent[25], elles restent toujours deux types différents d'intervention publique censées se compléter et non se remplacer l'une l'autre. La différence majeure vient du fait que les analyses du marché des télécommunications faites par les ARN doivent toujours prendre en considération le futur développement de ce marché[26]. Par contre, la procédure d'analyse de marché désignée dans l'article 16 de la directive cadre ne part pas du principe que des pratiques anticoncurrentielles ont eu lieu, comme c'est souvent le cas dans le droit de la concurrence (à l'exception de la concentration), mais c'est la future vision du marché qui constitue son point de départ. Voilà la raison pour laquelle les résultats des analyses des ARN et ceux des organes compétents en matière de concurrence, ne doivent pas forcement être à l'unisson, malgré l'emploi de la même méthodologie. Cela concerne de même manière la définition des marchés pertinents, ainsi que des entreprises de puissance significative qui en vertu de l'article 82 du TCE ne doivent pas être dominantes.

De surcroît, ce qui caractérise la régulation sectorielle, c'est son caractère temporaire et transitoire[27]. Il est facile de le remarquer en prenant pour exemple le contrôle de la concentration qui, tout comme la régulation sectorielle, est appliquée *ex ante*. Pourtant, elle n'est pas réalisée périodiquement, contrairement à la régulation sectorielle, et les organes compétents en matière de concurrence n'ont pas la possibilité d'analyser de nouveau leurs décisions pour prendre en compte des changements sur le marché.

---

24 Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 344 du 28.12.2007.

25 Par exemple les questions d'accès au réseau pevent entrer dans le cadre de ***droit de la concurrence*** et de ***droit*** de la ***régulation*** sectorielle.

26 S. Farr, V. Oakley, *EU Communications Law,* Bembridge, Palladian *Law* Publishing, 2002, p.35.

27 S. Pi□tek, *Regulacja na rzecz konkurencji w sektorze telekomunikacyjnym*, „Problemy Zarz□dzania" 2004, n° 3, p. 163

La séparation fonctionnelle reste la seule mesure qui modifie durablement la structure organisationnelle de l'entreprise soumise à la régulation. La mise en œuvre de cette mesure est prévue dans le cadre de la réforme des directives communautaires relatives aux communications électroniques de 2002 . La séparation fonctionnelle consiste à mettre sur pied une entité séparée dans le cadre de la structure organisationnelle de l'entreprise des télécommunications verticalement intégrée, responsable des services de gros pour les clients et séparée des entités responsables des offres sur le marché de détail. La séparation fonctionnelle vise à assurer une mise en œuvre effective de l'obligation de non discrimination des entreprises prestataires de services sur le marché de détail par rapport à son propre entité assurant des offres de détail[28]. Un exemple de séparation fonctionnelle constitue la création en Grande-Bretagne de l'entité Openreach pour gérer le réseau[29].

La séparation fonctionnelle a été prévue dans le projet de directive modifiant comme une mesure réglementaire exceptionnelle. Dans la littérature[30], elle est aussi appelée un nouveau type de mesure. Sa nature exceptionnelle et novatrice consiste au fait que l'imposition de cette mesure réglementaire entraîne une importante dérogation aux principes de base du système réglémentaire actuel. L'obligation de séparation fonctionnelle englobe toutes les infrastructures d'accès et, aussi, les services de gros assurés via lesdites infrastructures. Elle abandonne donc la définition des marchés soumis à la régulation et est susceptible de faire englober par cette régulation les marchés de gros effectivement concurrentiels[31].

5. La coopération entre les organes de protection de la concurrence et les ARN

Le rapprochement entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle est un véritable défit pour les ARN et il exigera des compétences et connaissances approfondies, ainsi qu'une coopération avec les organes compétents en matière de concurrence, entre autres, la Commission[32]. Cette coopération est indispensable à cause des difficultés que les ARN peuvent rencontrer dans le domaine de la définition des marchés pertinents ou des entreprises de puissance significative. Il est également nécessaire de préciser les cas où il faudrait appliquer la régulation sectorielle et ceux dans lesquels le droit de la

28 La Lettre de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes, *Séparation fonctionnelle :le pour et le contre*, n° 55, mars / avril 2007; ERG Opinion on Functional Separation, ERG (07) 44; S. Pi□tek, *Separacja funkcjonalna jako □rodek regulacyjny w telekomunikacji*, „Problemy Zarz□dzania" 2008, n° 1, p. 175.

29 J. Whalley, P. Curwen, *Is Functional Separation BT-Style the Answer?*, "Communications & Strategies", 2008, n° 71, p. 145 -165.

30 S. Pi□tek, *Separacja funkcjonalna*….p. 175.

31 *Stanowisko Ministerstwa Infrastruktury w sprawie mo□liwo□ci wprowadzenia instrumentu regulacyjnego jakim jest separacja funkcjonalna*, online: www.im.gov.pl, p. 3.

32 La coopération entre les ARN et la Commission est fromalisée dans l'article 7 de la directive cadre.

concurrence suffit. La position commune des organes de la concurrence et des ARN à ce sujet, devrait rendre possible l'application effective, à la fois, des mesures prévues dans les droits national et communautaire de la concurrence, ainsi que des mesures de régulation, sans mener à la confusion entre ces deux façons différentes d'intervention publique. Cela permettrait également d'éviter des problèmes de compétence, ainsi que des décisions contradictoires.

La coopération entre les organes de protection de la concurrence et les ARN prend différentes formes. En les classifiant selon la force d'influence d'un organe sur l'autre, on peut distinguer:

– la nécessité d'obtenir un accord pour l'application des instruments prévus. Les compétences de la Commission inscrites dans l'article 7 sont un des exemples d'une telle situation. La Commission a le droit de bloquer certaines décisions des ARN opérant dans le secteur des télécommunications et de leur proposer des solutions à appliquer, ou bien de leur donner son accord à l'application des solutions en question. On peut donc parler de primauté de la Commission sur les ARN Certains considèrent même que la Commission joue un rôle de « super régulateur »[33]. Les plus amples compétences des ARN qui leur sont attribuées dans le droit communautaire des télécommunications et qui ont souvent un caractère discrétionnaire et dont l'exécution demande des analyses économiques très complexes, sont parallèlement accompagnées d'autres compétences de la Commission qui lui donnent le droit de contrôler et d'influencer les décisions des ARN. Cette tendance à augmenter l'importance de la Commission, en tant qu'organe administratif veillant à l'application régulière et homogène du droit communautaire dans tous les Etats membres, est également perceptible dans le droit communautaire de la concurrence. La Commission influe sur les ARN et les organes nationaux de la concurrence avant tout en déterminant la politique de régulation (policy-making actor), et, dans certains cas, en adoptant des décisions individuelles[34]. Ce phénomène est, selon moi, une conséquence naturelle des compétences administratives assez limitées de la Commission, qui ne dispose ni de cadres qualifiés, ni de connaissances spécialisées qui permettraient

33 J.-Y. Chérot, *Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires. L'articulation des autorités nationales et de la Commisssion dans la mise en œuvre des politiques communes*, in *Règles et pouvoires dans les systèmes de regulation*, M.-A. Frison-Roche (dir.), Paris 2004, p. 153, J. Scherer, *Die Umgestaltung des europaeischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket*, Teil I, „Kommunikation &Recht" 2002, n° 6, p. 281.

34 S. Dudzik, *Wpływ członkostwa Polski w Unii Europejskiej na administracj rzdow na przykładzie kooperacyjnego modelu stosowania wspólnotowego prawa konkurencji*, in *Przystpienie Polski do Unii Europejskiej. Traktat akcesyjny i jego skutki*, Kraków 2003, p. 235; P. Larouche, *A Closer Look at Some Assumptions Underlying EC Regulation of Electronic Communications*, "Journal of Network Industries" 2002, n° 3, p. 129.

de transposer le droit communautaire dans les Etats membres. Elle cherche donc la possibilité d'influer sur les ARN dans la mise en œuvre de la politique communautaire et dans la coordination de leurs activités. L'alternative serait de créer une administration plus développée au niveau européen (p. ex. la création d'agences européennes de régulation) et, dans certains domaines, d'introduire l'application plus centralisée du droit européen.

Un autre exemple de la nécessité d'obtenir par les ARN une approbation pour l'application d'une mesure, comme on l'observe dans le droit allemand. La BNetzA doit obtenir l'accord du *Bundeskartellamt,* organe allemand pour la protection de la concurrence, afin d'adopter des décisions dans quelques domaines énumérés dans le § 123 de la loi allemande sur les télécommunications concernant, entre autre, l'analyse du marché et les obligations générales de régulation imposées aux entreprises.

– Coopération courante qui consiste à donner des avis et échanger des informations.

En France, une coopération consultative est prévue par le Code des Postes et Télécommunications. En vertu de l'article L 36-10 de ce code, l'ARCEP peut à tout moment demander l'avis du Conseil de la concurrence, dans chaque domaine qui relève de ses compétences ; Le Conseil de la concurrence possède la même compétence par rapport à l'ARCEP. Il doit informer l'ARCEP au moment d'engager une procédure si celle-ci concerne les télécommunications et demander son avis à l'ARCEP. De surcroît, l'ARCEP a le droit d'engager une procédure devant le Conseil quand il a connaissance de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des communications électroniques[35].

Dans le droit allemand, en vertu du § 123 de la loi sur les communications électroniques, BNetzA ainsi que l'organe de la protection de la concurrence ont le droit d'exprimer leur opinion sur toutes les questions sauf celles qui demandent l'accord du *Bundeskartellamt.*

A part la nécessité de coopération entre les ARN et la Commission, le rapprochement entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence fait que la Commission pourra plus souvent discipliner les organes nationaux, en reprenant une affaire à examiner, si elle le juge opportun. La Commission, selon les règles de la concurrence, a le droit de poursuivre une procédure à part de celle devant les ARN, sans prendre en compte la position de l'organe de régulation. Cela reste possible grâce au droit communautaire

35 J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Paris 2002, p. 602-604; I. Krimmer, *L'ART et le Conseil de la concurrence*, in: L. Boy (dir.), *Les pouvoirs de l'Autorité de régulation des télécommunications*, Nice 2000, p.1-16.

de la concurrence qui prévoit que l'existence de la régulation sectorielle n'exclut pas la possibilité d'appliquer le droit de la concurrence[36].

La décision de la Commission au sujet de *Deutsche Telekom* (DT)[37] et de l'accès à la boucle locale en Allemagne est un exemple intéressant. Les concurrents de DT ont déposé auprès de la Commission des plaintes arguant que les prix fixés par l'entreprise sont trop élevés et constituent une infraction à l'article 82 du TCE. Ils argumentaient que les frais imposés par DT pour l'accès à la boucle locale étaient trop hauts par rapport à ceux imposés aux utilisateurs finaux pour l'accès au réseau fixe, ce qui rend impossible le développement de la concurrence. DT prétendait pour sa part, qu'il n'avait pas violé le droit communautaire parce que les tarifs pour l'accès à la boucle locale avaient été validés par l'organe allemand de régulation (à l'époque RegTP). Pourtant la Commission n'a pas partagé ce point de vue. Elle a décidé que le droit de la concurrence peut être appliqué si la régulation sectorielle spécifique ne dépourvoit pas l'entreprise d'agir de façon autonome. La Commission a constaté que DT, malgré l'intervention de RegTP, avait la possibilité de baisser les prix pour l'accès à la boucle locale et de prévenir la violation de l'article 82 du TCE. Elle a imposé à DT d'une amende de 12,6 millions d'euro. En même temps, la Commission n'a pas exprimé ouvertement l'opinion que la décision de Reg TP validant les tarifs proposés par DT était irrégulière. Cependant, en sanctionnant DT en vertu du droit de la concurrence, et ce malgré l'existence des instruments de régulation attribués à l'organe national de la concurrence, la Commission a décidé que l'intervention de RegTP n'avait pas été efficace. Donc, si les instruments dans le cadre de la régulation sectorielle ne sont pas correctement appliqués par les A.R.N, la Commission intervient. La position de la Commission a été confirmé par le Tribunal de Première Instance qui a rejeté la requête de *Deutsche Telekom*[38].

6. Conclusion

L'application de la méthodologie du droit de la concurrence dans la régulation sectorielle constitue un grand défit pour les ARN, parce qu'elle exige des analyses économiques complexes afin de définir les marchés **pertinents** et les entreprises possédant une puissance significative sur le marché. Cela reste particulierement difficile vu que les

36 P. Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford-Portland Oregon, 2000, p. 296 et s.

37 Décision 2003/707/CE de la Commission du 21 mai 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE (Affaires COMP/C-1/37.451,37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG), JO L 263, p. 9.; D. Geradin, *Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can the UE Learn from the U. S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deusche Telekom?*, "Common Market Law Review" 2004, n° 41, p. 1547 et s.

38 TPICE, aff. T-271/03, 10 avril 2008, Deutsche Telekom c. Commission.

ARN doivent prendre en compte la structure de tout un secteur et son développement futur, contrairement au droit de la concurrence, où les analyses du marché servent avant tout à revoir des cas individuels (*case-by-case*) et concernent les comportements anti-concurrentiels des entreprises considérées. De telles analyses demandent aux ARN des connaissances et compétences approfondies, ainsi que la coopération avec des organes de la protection de la concurrence, entre autres la Commission.

Cependant, le rapprochement entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence est selon moi avantageux pour différentes raisons ; il fait que les décisions des ARN sont basées sur des principes économiques, il donne aux organes de régulation la possibilité d'adapter les mesures appliquées aux changements sur le marché, il fait que les activités entreprises par les ARN sont plus flexibles et, enfin, il rend possible l'élimination progressive de la régulation sectorielle sur les marchés effectivement concurrentiels.

Poteri Amministrativi Sanzionatori e Impegni dei Privati Nella Legislazione Italiana a Tutela Della Concorrenza

*Luca De Lucia**
*Vittorio Minervini***

1. Premessa – Sezione I – Norme e diritto vivente – 2. Gli impegni nel regolamento n. 1 del 2003 – 2.1. Art. 9 del regolamento n. 1 del 2003 – 2.2. Segue: problemi aperti – 2.3. Interpretazioni giurisprudenziali – 3. Norme nazionali che prevedono la possibilità per i privati di proporre impegni – 3.1. Il dato normativo – 3.2. Opinioni della dottrina – 3.3. Prassi applicative – 3.4. Interpretazioni giurisprudenziali – Sezione II – Ipotesi ricostruttiva – 4. Gli impegni nell'ordinamento italiano – 4.1. Profili strutturali e natura giuridica della fattispecie – 4.2. Profili funzionali – 5. Disciplina della fattispecie – 5.1. Rapporti con l'art. 11, l. n. 241 del 1990 – 5.2. Problemi di tutela giurisdizionale del proponente (cenni) – 5.3. Principi di tipicità e di proporzionalità – 5.4. Interpretazione degli impegni – 6. Efficacia degli impegni riguardo ai terzi e problemi di tutela giurisdizionale – 6.1. Cenni alla natura multipolare della normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori – 6.2. I terzi in relazione agli impegni – 6.3. I terzi e gli impegni nei procedimenti regolatori (cenni) – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

L'introduzione – in tre importanti ambiti del diritto dell'economia – di disposizioni che consentono la conclusione di procedimenti amministrativi sanzionatori e regolatori attraverso l'accettazione da parte dell'amministrazione (l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) di impegni presentati dall'impresa interessata, è innovazione che solleva nell'ordinamento italiano numerose, delicate questioni interpretative e ricostruttive[1].

Il presente saggio intende chiarire alcuni di questi aspetti. E' bene chiarire sin d'ora che non ci si propone di ricostruire l'istituto dell'accettazione di impegni all'interno delle singole (complesse) discipline di settore, ma di individuarne i caratteri distintivi e di approfondirne le implicazioni alla luce del sistema del diritto amministrativo nazionale. Al riguardo si deve considerare che questa fattispecie è stata oggetto di un processo di cd. doppia "*transplantation*", dal diritto *antitrust* americano, dove ha avuto origine (e dove è

* *Professore straordinario di diritto amministrativo nell'Università di Salerno.*
** *Avvocato in Roma.*

1 Come sottolineato anche da A. Catricalà nella Relazione annuale dell'AGCM presentata il 26 giugno 2007, l'istituto degli impegni non gode ancora infatti "*di una collocazione sistematica e dottrinaria*".

largamente utilizzata)[2], a quello comunitario e da questo a quello italiano. Posto che la sua matrice immediata si rinviene nell'art. 9 del regolamento del Consiglio n. 1 del 2003 (sull'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato), alcuni riferimenti preliminari alle questioni interpretative e applicative sollevate da questa normativa europea appaiono indispensabili; si tratta però di riferimenti limitati agli aspetti connessi all'obiettivo della ricerca, senza ambizioni di completezza. Si vedrà, del resto, che i richiami al diritto della concorrenza saranno predominanti in ragione della rilevanza di questo settore nell'Unione.

Nel prosieguo, dopo aver illustrato le norme di riferimento e aver ricordato alcune opinioni di dottrina, i principali orientamenti della giurisprudenza e le prassi applicative, si tenterà di formulare una proposta ricostruttiva che sia in grado di offrire risposta soddisfacente ad alcune delle questioni ancora aperte.

Sezione I
Norme e diritto vivente

2. *Gli impegni nel regolamento n. 1 del 2003*

2.1. *Art. 9 del regolamento n. 1 del 2003*

Prima del regolamento n. 1 del 2003, nel diritto comunitario della concorrenza gli impegni – al di là di alcune pronunce della Corte di Giustizia in materia di repressione di intese vietate[3] e della prassi adottata dalla Commissione di concludere accordi informali con le imprese sottoposte a indagine[4] – erano noti essenzialmente nei procedimenti aventi ad oggetto le concentrazioni di imprese, ossia nell'ambito di procedimenti autorizzatori[5].

L'art. 9 del regolamento n. 1 del 2003 ha istituzionalizzato e regolamentato la prassi precedente e reso quello degli impegni uno strumento generale del diritto comunitario

2 Ad esempio, G. S. GEORGIEV, *Contagious Efficiency: The Growing Reliance On U.S.-Style Antitrust Settlements In EU Law*, in *Utah Law Review*, 2007, 973 ss, che approfondisce anche i punti comuni e le più evidenti differenze tra l'ordinamento statunitense e quello comunitario riguardo a questo istituto, mettendo in luce i pericoli insiti nelle operazioni di "trapianto" tra ordinamenti diversi.

3 Cfr. Corte di Giustizia C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 E C-125/85 A C-129/85 (A. Ahlstroem Osakeyhtioe/Commissione).

4 La letteratura in argomento è assai vasta: cfr., per riferimenti, W.P.J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003*, in in *World Competition*, 2006, 360 ss; nonché J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions under Regulation 1/2003 and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties Under European Antitrust Law*, in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2006, 265 ss.

5 Cfr., per tutti, P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario*, in *I nuovi strumenti di tutela* antitrust, in a cura di F. Cintioli e G. Olivieri, Milano, 2007, 1 ss.

della concorrenza. La norma, in particolare, prevede che nel corso del procedimento sanzionatorio le imprese interessate possono proporre impegni tali da rispondere alle preoccupazioni della Commissione, la quale, con propria decisione, può renderli obbligatori per le stesse, chiudendo il procedimento senza comminare alcuna sanzione. L'art. 5 del regolamento 1/03 attribuisce alle autorità nazionali della concorrenza (quando agiscano quali organismi decentrati per l'applicazione del diritto comunitario) il medesimo potere di definire un caso mediante decisioni di accettazione di impegni, indipendentemente da qualunque intervento della Commissione[6].

A mente del comma 4 dell'art. 27, se la Commissione intende accettare gli impegni proposti da un'impresa, deve pubblicare un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale dell'azione proposta; la norma precisa che i "*terzi interessati possono presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all'atto della pubblicazione e che non può essere inferiore a un mese*". Infine, l'art. 30 prevede che la Commissione pubblichi, tra l'altro, le decisioni assunte in forza dell'art. 9, indicando "*le parti interessate e il contenuto essenziale della decisione, comprese le sanzioni irrogate*", tenendo però conto dell'interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali.

Presupposto per la decisione di accettazione di impegni è dunque l'avvio di un procedimento sanzionatorio; le proposte dell'impresa dovrebbero rispondere alle preoccupazioni della Commissione (espresse attraverso gli addebiti), rendendo il suo intervento "*non più giustificato*"; una volta accettati, gli impegni divengono "*obbligatori*" per la parte che li ha formulati. La decisione di accettazione – che non può essere adottata in caso di violazioni gravi che porterebbero certamente all'applicazione di sanzioni – non costituisce accertamento dell'infrazione ipotizzata nell'atto di contestazione; tanto che le autorità nazionali deputate all'applicazione decentrata del diritto comunitario (così come le giurisdizioni domestiche) possono autonomamente stabilire se vi sia stata un'infrazione ed eventualmente statuire sulle sue conseguenze, nonostante la decisione di accettazione degli impegni adottata dalla Commissione (cfr. 13 considerando).

La Commissione però, su domanda o d'ufficio, può riaprire comunque il procedimento sanzionatorio per il mutare delle condizioni di riferimento, per l'inadempimento degli impegni assunti o qualora le informazioni fornite dalle imprese si rivelino gravemente inesatte, lacunose o fuorvianti (art. 9).

La Commissione, con il regolamento n. 773/04, ha dettato alcune disposizioni attuative sui procedimenti di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato, da ultimo modificate con il regolamento n. 622 del 2008. Si deve segnalare che detto regolamento, tra l'altro, contempla – quale fattispecie diversa dalle decisioni con impegni – il potere della Commissione di negoziare una vera e propria transazione con l'impresa oggetto del pro-

6 Per una primo esame del regolamento n. 1/03 ai fini dell'applicazione del diritto antitrust in ambito nazionale si veda E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003,* Torino, 2005.

cedimento, che verta sia sulla sanzione da irrogare che sui comportamenti che l'impresa è tenuta ad adottare per eliminare gli effetti dell'infrazione accertata. Il tutto in una logica allora ancor più vicina a quella dei *consent decrees* dell'ordinamento nordamericano[7].

2.2. *Segue: problemi aperti*

Senza soffermarsi sui numerosi contributi in materia, è utile ricordare che per opinione unanime la decisione di cui all'art. 9 consente alla Commissione una rapida definizione dei casi, attraverso un più razionale utilizzo delle risorse, permettendo il ricorso a rimedi più creativi ed effettivi di quelli consentiti dal provvedimento sanzionatorio[8]. Non di meno residuano numerose aree problematiche, relative, tra l'altro, ai presupposti sostanziali e procedurali di applicazione dell'art. 9, reg. cit., all'efficacia della decisione della Commissione (anche con riguardo alle autorità e alle giurisdizioni nazionali), alla struttura del procedimento (e al ruolo della contestazione degli addebiti) e alle modalità della partecipazione dei terzi alla procedura[9], all'applicabilità della norma agli illeciti plurisoggettivi, ai possibili abusi da parte dell'organo comunitario (e conseguentemente all'applicazione del principio di proporzionalità)[10], all'efficacia intersoggettiva (orizzontale o solo verticale) degli impegni e ai rimedi giurisdizionali esperibili dalla parte che ha proposto gli impegni così come da parte degli altri soggetti interessati.

Senza soffermarsi su questi aspetti, ai fini della presente indagine, si deve segnalare che uno dei problemi maggiormente avvertito riguarda proprio la posizione dei terzi nei confronti della decisione della Commissione e, in particolare, la possibilità per i concorrenti, per i consumatori e per altri interessati di chiedere alle giurisdizioni nazionali di far eseguire l'impegno assunto dall'impresa assoggettata al procedimento sanzionatorio. In altri termini, la domanda è essenzialmente "*whether the nature and the function of commitment decisions, as provided for in Regulation No 1/2003, are such that commitment decisions are to be considered as creating individual rights for third parties*"[11].

---

7 Si veda in generale, T. KAUPER, *The use of consent decrees in American Antitrust Cases,* in *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law,* a cura di P. J. Slot e A. Mc Donnell, London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 104 e ss., che ricorda come la maggior parte dei casi civili in materia antitrust negli Stati Uniti viene definito con procedure negoziate e che i *consent decrees* sono sostanzialmente dei contratti, anche ai fini dell'interpretazione; cfr. altresì J. ATWOOD, *Observation on Negotiating Government Antitrust Settlements in the United States,* in *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute,* 2006, p. 189 ss.

8 Per tutti, C.J. COOK, *Commitment Decisions: the Law and Practice Under Article 9*, in *World Competition*, 2006, 209 ss.

9 Cfr., tra gli altri, J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decision*, in E.C.L.R., 2003, 347 ss; C.J. COOK, *Commitment Decisions*, cit., 209 ss; W.P.J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations*, cit., 345 ss;

10 H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, in *EUI Working Papers LAW*, n. 2008/22, 17 ss.

11 W.P.J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations*, cit., 360.

Al di là della corretta definizione, in questo contesto, dell'espressione "*individual rights*" (cfr. *infra*)[12], sul punto vengono formulate soluzioni alternative.

Da un lato, la Commissione ritiene che "*national courts must enforce the commitments by any means provided for by national law, including the adoption of interim measures*"[13]. Si tratta, in realtà, di un orientamento che va collocato nell'ambito della più ampia strategia della Commissione di puntare sull'applicazione decentrata del diritto della concorrenza, anche su impulso dei privati interessati e davanti alle giurisdizioni nazionali[14]. La Commissione sull'argomento è stata seguita da alcuni autori, che non hanno però mancato di sottolineare le difficoltà che in pratica si possono incontrare nel corso dei giudizi innanzi ai giudici nazionali[15].

D'altra parte, però, si afferma che depone in senso contrario il fatto che la versione definitiva del regolamento – a differenza di quella proposta della Commissione[16] – non fa riferimento alle azioni esperite dai terzi per ottenere l'esecuzione degli impegni accettati. Se ne deduce che il regolamento ritiene sufficienti, per garantire l'effettività del sistema, i poteri di vigilanza riconosciuti dall'art. 9 alla Commissione stessa[17].

Come si vedrà, questo problema si pone anche per la ricostruzione dell'istituto nell'ordinamento italiano.

2.3. *Interpretazioni giurisprudenziali*

Il Tribunale di primo grado ha avuto modo di formulare una serie di importanti affermazione sull'art. 9 del reg. 1 nella sentenza Alrosa, relativa alla decisione della Commissione che ha reso vincolanti gli impegni assunti da una società (De Beers) nell'ambito di un procedimento sanzionatorio per abuso di posizione dominante[18].

---

12 Cfr., per tutti, M. RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law: a Comparative view*, in *Common Market Law review*, 1997, 316 ss.

13 Commissione, MEMO/04/217, *Commitment decisions (Article 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for antitrust scrutiny of company behaviour)*

14 Di questa affermazione si trova conferma, ad esempio, nel Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, del 2 aprile 2008, COM(2008) 165 definitivo.

15 Cfr. J. c - M. DAS, *Private Enforcement of Commission Commitment Decisions: a Steep climb not a Gentle Stroll*, in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 2006, 199 ss, che fondano la loro ipotesi ricostruttiva sui principi dell'effetto utile del diritto comunitario.

16 Nel 12 considerando della proposta di regolamento **(COM/2000/0582 def.)**, si leggeva "*qualora, nel corso di un procedimento volto a constatare un'infrazione le imprese propongano alla Commissione degli impegni tali da rimuovere le sue obiezioni, la Commissione, mediante decisione, deve potere rendere detti impegni obbligatori per le imprese, affinché essi possano essere fatti valere dai terzi dinanzi ai giudici nazionali e la loro inosservanza possa essere sanzionata comminando ammende e penalità di mora, senza che la decisione disponga in merito all'applicabilità dell'articolo 81 o dell'articolo 82*"; cfr. anche il libro bianco sull'ammodernamento delle regole di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato. In argomento v. la sintesi di J. DAVIES - M. DAS, *Private Enforcement of Commission Commitment Decisions*, cit., 199 ss.

17 W.P.J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations*, cit., 360.

18 Causa T 170/06.

Per limitarsi all'essenziale[19], il Tribunale ha statuito innanzitutto che "*l'obiettivo dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003 è lo stesso di quello perseguito dall'art. 9, n. 1, e coincide con l'obiettivo principale del regolamento n. 1/2003, che è quello di garantire una efficace applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato*" (§95).

Per il giudice europeo di prima istanza la Commissione dispone a tal fine "*di un margine di valutazione discrezionale nella scelta, offertale dal regolamento n. 1/2003, di rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese interessate e di adottare una decisione ai sensi dell'art. 9 oppure di seguire la via prevista dall'art. 7, n. 1, del medesimo regolamento, che esige l'accertamento di un'infrazione*" (96). In conseguenza, la decisione della Commissione non può essere considerata come semplice accettazione "*di una proposta liberamente formulata da una controparte nei negoziati, ma costituisce un provvedimento vincolante che pone fine ad una situazione di infrazione in atto o in potenza*" (86); del resto, "*rendendo obbligatorio un determinato comportamento di un operatore nei confronti dei terzi, una decisione adottata ai sensi dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003 può comportare indirettamente effetti giuridici* erga omnes *che l'impresa interessata non avrebbe potuto creare da sola*" (§88).

Il Tribunale ha poi sottolineato che – proprio in considerazione dell'ampia discrezionalità riconosciuta alla Commissione – il principio di proporzionalità svolge un ruolo di primo piano nella vicenda. Il che comporta, in primo luogo, che la Commissione – all'atto di avvio del procedimento – dimostri l'effettività delle sue preoccupazioni concorrenziali; ne consegue per la medesima Commissione l'onere di produrre comunque "*un'analisi del mercato ed un'identificazione dell'infrazione che, sebbene meno definitive che nell'ambito dell'applicazione dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003, devono essere sufficienti a consentire un controllo dell'idoneità dell'impegno*" (§100).

In secondo luogo, per il Tribunale il principio di proporzionalità "*esige che l'istituzione, qualora esistano misure meno restrittive di quelle che intende rendere obbligatorie, e siano ad essa note, esamini la loro idoneità a rispondere alle preoccupazioni che giustificano la sua azione, prima di optare, qualora tali misure dovessero rivelarsi all'uopo inidonee, per la formula più restrittiva*" (§131).

Il Tribunale ha anche cura di precisare che la Commissione non può modificare gli impegni proposti dalle parti né "*può suggerire alle parti di sottoporle impegni che vadano al di là di una decisione che essa avrebbe potuto adottare ai sensi dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003*" (§140).

La sentenza del Tribunale di primo grado è stata impugnata dalla Commissione innanzi alla Corte di Giustizia[20]. L'avvocato generale Kokott ha concluso per la riforma della sentenza e per il rigetto del ricorso proposto da Alrosa in primo grado, poiché il Tribunale avrebbe, tra l'altro, trascurato le differenze che intercorrono tra gli artt. 7 e 9 del regola-

19 Per un commento alla sentenza cfr. H. SCHWEITZER, *Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003*, cit.
20 C 441/07.

mento. Sul punto l'avvocato generale osserva che "*caratteristico per l'art. 9 del regolamento n. 1/2003 è lo sforzo di economia processuale*" (§51): in tale ipotesi la Commissione non deve accertare l'infrazione, ma agire in cooperazione con le imprese interessate sulla base degli impegni dalle stesse presentati; nel caso di decisione sanzionatoria, la Commissione deve invece trovare essa stessa i rimedi, ciò che presuppone indagini più complesse, oltre che una completa valutazione dei fatti.

Tale differenza, secondo l'avvocato generale, si ripercuote sull'applicazione del principio di proporzionalità. In primo luogo, la Commissione deve rifiutare impegni che non siano manifestamente idonei a risolvere i problemi individuati: non deve cioè accettare "*impegni la cui idoneità possa essere valutata solo a seguito di un esame approfondito da parte della medesima*" (§53); in caso di più soluzioni possibili, essa deve esaminare solo le alternative che siano manifestamente idonee "*a risolvere i problemi identificati in materia di concorrenza in maniera analoga agli impegni che le sono stati sottoposti*" (§57). Inoltre, per quanto riguarda il proponente il requisito della necessità della misura può essere senz'altro presunta; quanto ai terzi, invece, occorre sempre verificare "*se gli impegni eccedono quanto necessario a risolvere i relativi problemi in materia di concorrenza*", eventualmente scegliendo idonee alternative (§55).

Nelle conclusioni si argomenta che le imprese che presentano gli impegni "*accettano consapevolmente l'eventualità che le loro concessioni eccedano eventualmente quanto la Commissione stessa avrebbe potuto imporre loro, a seguito di un esame accurato, in una decisione ai sensi dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003*" (§60). Le imprese, del resto, in cambio, ottengono l'archiviazione del procedimento avviato nei loro confronti e la certezza di evitare l'accertamento, per esse svantaggioso, anche sul piano dell'immagine, oltre che possibili ammende. Quanto ai terzi, l'avvocato generale osserva che eventuali svantaggi derivanti dagli impegni derivano in effetti dall'affidamento riposto dal terzo su una prassi "*sospetta sotto il profilo del diritto della concorrenza, di un'impresa che detiene una posizione dominante. Un siffatto affidamento, tuttavia, avuto riguardo all'interesse generale ad una concorrenza non falsata, è tutt'al più limitatamente meritevole di tutela*" (§61).

Occorrerà attendere i primi mesi del 2010 per conoscere l'orientamento in materia della Corte di Giustizia.

3. *Norme nazionali che prevedono la possibilità per i privati di proporre impegni*

3.1. *Il dato normativo*

Come si è detto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), quando agiva quale organismo decentrato per l'applicazione degli art. 81 e 82 del Trat-

tato UE, disponeva già del potere di definire un caso antitrust mediante decisione di accettazione di impegni, in forza dell'art. 5 del regolamento 1/03[21]. Era invece incerto se l'AGCM potesse esercitare un tale potere in sede di applicazione del diritto antitrust nazionale[22].

Il legislatore ha risolto questo dubbio interpretativo con l'art. 14 del d.l. n. 223 del 2006, convertito con modificazioni nella legge n. 248 del 2006. E' stato così inserito l'art. 14 *ter* (rubricato *Impegni*) nella legge antitrust nazionale (l. n. 287 del 1990). La disposizione riproduce piuttosto fedelmente i principi desumibili dal regolamento n. 1/03, aggiungendo la possibilità per l'AGCM di irrogare una sanzione amministrativa specifica, sino al 10% del fatturato, in caso di mancato rispetto degli impegni accettati.

L'art. 14 *bis* del medesimo d.l. 223/06, come modificato in sede di conversione, prevede il potere di accettazione di impegni anche da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) nei procedimenti regolatori e sanzionatori di propria competenza.

Infine, con l'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 146 del 2007 – che ha novellato il Codice del Consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), modificando gli articoli da 18 a 27 per introdurre nel nostro ordinamento la disciplina, sempre di origine comunitaria, delle pratiche commerciali scorrette – è stato conferito all'AGCM il potere di definire il procedimento sanzionatorio mediante accettazione di impegni anche in questa materia[23].

Incidentalmente, si deve osservare che nei settori delle comunicazioni e delle pratiche commerciali scorrette, la previsione di decisioni con impegni non deriva da norme comunitarie, ma è stato il frutto di un'autonoma scelta del Legislatore italiano.

Il quadro normativo nazionale si completa con le norme secondarie, mediante le quali le due Autorità (AGCM e AGCOM) hanno ulteriormente disciplinato l'esercizio di questi poteri.

Per quanto riguarda il diritto antitrust nazionale, l'AGCM ha adottato norme attuative con la "*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge 287/1990*". L'AGCOM ha regolato l'attività di accettazione di impegni dapprima con il "*Regolamento di attuazione dell'art. 14-bis del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006 n. 248*"[24]; con la delibera 54/08/CONS l'AGCOM ha quindi adottato il regolamento di attuazione dell'art. 14 *bis* in materia di procedimenti sanzionatori.

---

21 Cfr. sul punto E. GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003, cit.,* p. 196 ss. e M. BOCCACCIO - A.SAIJA, *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni,* in *Mercato, Concorrenza e Regole,* 2002, p. 285 ss..

22 Cfr. G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni* antitrust, in www.giustamm.it

23 Per qualche ulteriore riferimento sulle decisioni di accettazione di impegni in materia di pratiche commerciali scorrette e per le possibili implicazioni che l'esercizio di questo potere potrebbe avere sulla fisionomia dell'AGCM, si rinvia a V. MINERVINI, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Autorità Garante della Concorrenza e del mercato: due Autorità a confronto,* in corso di pubblicazione.

24 Delibera n. 645/06/CONS.

L'AGCOM è intervenuta nuovamente sul punto, adottando prima la delibera n. 130/08/CONS[25] ed infine la delibera n. 131/08/CONS, che ha apportato modifiche alla delibera 645/06/CONS per disciplinare la possibilità di presentazione di impegni nell'ambito di più procedimenti, regolatori e sanzionatori, tra loro coordinati o comunque correlati e per definire in modo più rispondente alla normativa primaria i requisiti di ammissibilità e accettabilità della proposta delle imprese.

Infine, in materia di pratiche commerciali scorrette, con delibera n. 17589 del 2007, l'AGCM ha adottato il Regolamento di procedura, il cui art. 8 si occupa in particolare delle decisioni sugli impegni.

Il quadro normativo nazionale si presenta dunque piuttosto ampio e variegato.

Conviene analizzare brevemente tali disposizioni, anche perché la sensazione che se ne ricava è che la decisione di accettazione sia sensibilmente diversa nei procedimenti di natura sanzionatoria, rispetto a quelli di natura regolatoria (di competenza dell'AGCOM).

In particolare, la "*Comunicazione*" dell'AGCM cit. (in materia antitrust) prevede che le parti destinatarie degli addebiti ipotizzati nell'atto di avvio del procedimento possano proporre una versione preliminare degli impegni, che può essere oggetto di verifica e di richiesta di chiarimenti da parte degli Uffici istruttori; dopo questa fase, meramente eventuale (ma certo assai utile per le imprese, al fine di saggiare l'interesse dell'autorità per le soluzioni prospettate), la versione definitiva degli impegni deve essere presentata all'autorità entro il termine perentorio di 3 mesi dall'apertura del procedimento, mediante compilazione di un apposito formulario. Qualora l'autorità non ne deliberi subito il rigetto per "manifesta infondatezza" (*rectius*: inammissibilità o inidoneità), gli impegni sono pubblicati in modo da consentire ai terzi interessati di formulare osservazioni scritte entro trenta giorni (cd. *market test*). Anche a seguito delle osservazioni dei terzi, la Direzione istruttoria competente può chiedere a tutte le parti interessate, comprese quelle che propongono gli impegni, informazioni utile alla loro valutazione; e prima che l'amministrazione deliberi in via definitiva, la parte che li ha proposti può presentare "modifiche accessorie", anche in relazione alle osservazioni pervenute dai controinteressati. La decisione è pubblicata sul sito e sul Bollettino[26] ed estingue il procedimento senza accertamento delle violazioni e senza irrogazione di sanzioni.

Quanto alle pratiche commerciali scorrette, l'art. 8 del regolamento di procedura si limita in sostanza a riprodurre la norma primaria attributiva del potere (art. 27, comma 7, Codice del Consumo), a sua volta disegnata sulla falsariga dell'art. 9 del regolamento n. 1/03, senza prevedere però, inspiegabilmente, alcuna forma di pubblicità e di consultazione dei terzi in merito agli impegni prospettati dalla parte destinataria delle contestazioni.

25 La quale modifica il regolamento in materia di procedure sanzionatorie, abrogando la delibera n. 54/08/CONS.
26 A differenza di quelle di rigetto per manifesta infondatezza.

Sicché le decisioni di accettazione sono sottratte a qualunque forma di pubblicità preventiva e di consultazione dei terzi interessati. Vale la pena di osservare al riguardo che l'art. 4 del regolamento disciplina anche una attività pre-istruttoria, nella quale il responsabile del procedimento (non ancora avviato) può chiedere informazioni alla parte interessata e, ad eccezione dei casi di particolare gravità, dopo aver sentito l'impresa, proporre al Collegio di invitare per iscritto il professionista a rimuovere i profili di scorrettezza ipotizzati. Come è chiaro, qui è il Collegio ad indicare all'impresa i comportamenti da osservare per evitare, a monte, l'apertura del procedimento; ma, anche in questa fase i contatti tra parte e amministrazione possono portare ad un risultato in pratica assai simile a quello delle decisioni con impegni.

Le decisioni con impegni davanti all'AGCOM, come anticipato, possono riguardare procedimenti regolatori e sanzionatori.

Nel primo caso, la proposta dell'impresa mira non già ad evitare l'accertamento di un'infrazione (e l'irrogazione di eventuali sanzioni), ma ad interrompere (nel caso in cui gli impegni siano proposti dopo l'avvio del procedimento) o a rendere superfluo l'avvio del procedimento (nel caso gli impegni siano proposti prim'ancora dell'avvio del procedimento di regolazione)[27]. In queste ipotesi, la parte o le parti interessate partecipano all'attività stessa di regolazione del mercato, suggerendo all'AGCOM soluzioni alternative all'intervento normativo in via autoritativa e proponendo un programma di azioni che, a loro giudizio, dovrebbero rendere il mercato in questione concorrenziale e dunque non più bisognoso dell'atto di regolazione. Come stabilito dalla delibera 131/08/CONS, la proposta di impegni può riguardare anche più procedimenti regolatori, già avviati o in fase di avvio ed anche più procedimenti regolatori e sanzionatori insieme. La presentazione di impegni comporta in ogni caso la sospensione del termine per lo svolgimento del procedimento. Esaurita la fase di consultazione pubblica, nella quale la parte proponente ha anche il diritto di replicare alle eventuali osservazioni dei controinteressati, se l'AGCOM ritiene gli impegni "idonei" a migliorare le condizioni di concorrenza del mercato, li approva, rendendoli obbligatori; ove gli impegni proposti siano giudicati invece "insufficienti", l'organo collegiale può anche invitare la parte ad integrarli ("emendarli" dice il regolamento) entro un congruo termine, perentorio, decorso il quale la proposta si intenderà senz'altro come rifiutata. La decisione finale viene poi pubblicata su sito e Bollettino dell'autorità (cfr. art. 5 delibera 645/06/CONS, come modificata dalla delibera 131/08/CONS).

L'AGCOM può anche definire con impegni procedimenti sanzionatori, secondo uno schema simile a quello valido per l'AGCM. La fattispecie è regolata dalla delibera n. 130/08/CONS: la proposta presentata dall'impresa soggetta al procedimento sanzio-

27 Secondo quanto espressamente previsto dall'art. 2, comma 7 della delibera 645/06/CONS, come modificata dalla delibera 131/08/CONS.

natorio deve essere "seria", "non dilatoria" e deve migliorare in modo "strutturale" le condizioni concorrenziali del mercato interessato, "*rimuovendo le conseguenze anticompetitive dell'illecito attraverso idonee e stabili misure*". Per verificare l'idoneità e la stabilità degli impegni il procedimento si svolge in questo caso in due fasi ben distinte: nella prima l'AGCOM si limita a sospendere il procedimento sanzionatorio e a vigilare sul comportamento della parte; solo dopo aver verificato l'esatto adempimento degli impegni nei termini di attuazione stabiliti, l'autorità delibera l'archiviazione definitiva del procedimento sanzionatorio[28]. Anche in questo caso è previsto che proposta di impegni e le relative decisioni siano pubblicate su sito e sul Bollettino.

3.2. *Opinioni della dottrina*

Ad oggi, la dottrina italiana si è occupata quasi esclusivamente delle decisioni sugli impegni in materia di concorrenza, affrontando un'ampia serie di problematiche sollevate dalle recenti norme[29]. Per limitarsi all'essenziale, ai fini della presente indagine occorre soffermarsi su alcuni aspetti di rilievo.

Innanzitutto, va segnalata l'autorevole opinione secondo cui l'art. 14 *ter*, l. n. 287/90 – in ragione della sua formulazione – si porrebbe in relazione critica con il principio di tipicità degli atti amministrativi[30]; ciò impone un'interpretazione della norma in termini restrittivi, fondata sul criterio della stretta pertinenza della misura[31], anche al fine di evitare che la funzione *antitrust* assuma i caratteri di regolazione del mercato.

Ci si interroga, inoltre, sulla natura giuridica della fattispecie. Alcuni autori assumono che essa sia qualificabile come accordo amministrativo che, nonostante evidenti peculiarità di regime, sarebbe ascrivibile al *genus* degli accordi integrativi di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990 (legge sul procedimento amministrativo). Ciò in quanto l'esito del procedimento sanzionatorio, pur culminando con un provvedimento amministrativo, ha alle sue spalle una sorta di "patteggiamento" avviato su iniziativa dell'impresa sottoposta a indagine[32]. Altri autori contestano questa ricostruzione, sottolineando le differenze strutturali e funzionali tra le due figure: si nega, ad esempio, che – a differenza dagli

28 Cfr. art. 12-ter della delibera 130/08/CONS.

29 Per una rassegna dei principali problemi sollevati dall'art. 14-*ter* della l. 287/90, v. L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 229 ss.

30 Così G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni* antitrust, a cura di F. Cintioli e F. Donati, Torino 2007, 1 ss; ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 764 ss.

31 F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, cit., 34 ss.

32 In questo senso v. M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale dir. Amm.*, 2006, 1283 ss; A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *I nuovi strumenti di tutela* antitrust, cit., 94 ss; ID,*Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 171 ss.

accordi integrativi – in questo caso si abbia fungibilità tra accettazione degli impegni e provvedimento e che l'elemento partecipativo abbia una centralità determinante, essendo la decisione del tutto unilaterale; la differenza sarebbe confermata poi dal mancato riferimento nell'art. 14 *ter* ai principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti, nonché ai poteri di recesso a favore dell'autorità (e al connesso indennizzo per la parte privata)[33]. Collegato a questo tema è quello della natura giuridica del potere esercitato in questi casi dall'Autorità Garante: se esso sia espressione di un potere sanzionatorio, ovvero se abbia una diversa consistenza.

Il secondo tema di discussione riguarda le relazioni tra provvedimento di accettazione degli impegni e i terzi. Al di là della possibilità per questi ultimi di impugnare l'atto di accettazione[34], si pone la questione ben più delicata della possibilità per tale provvedimento di incidere direttamente sulla sfera giuridica di soggetti estranei al procedimento, anche attraverso la costituzione (o modificazione) di rapporti giuridici con l'impresa sottoposta ad indagine[35].

Ci si è chiesti, infine, se l'atto con il quale l'autorità rigetta la proposta di impegni abbia natura provvedimentale e possa in conseguenza essere oggetto di autonoma impugnativa da parte dell'impresa che ha li proposti, a prescindere dall'esito del procedimento sanzionatorio[36].

3.3. *Prassi applicative*

Come risulta dalle relazioni annuali e dalle decisioni pubblicate, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha fatto sin da subito largo uso dell'istituto nell'attività di *enforcement* del diritto antitrust. E' stata invece molto più cauta in sede di repressione delle pratiche commerciali scorrette: questo disfavore può forse spiegarsi da un lato per la volontà dell'amministrazione di arrivare a formare una prassi che sia in grado di offrire primi orientamenti alle imprese in una materia oggettivamente nuova e per molti versi anche "rivoluzionaria"[37]; dall'altro, per la volontà, squisitamente politica, di non facilitare la strada della definizione del procedimento senza accertamento della violazione e senza irrogazione di sanzioni in una disciplina in cui le violazioni sono assai più semplici da provare, rispetto alla complessità delle istruttorie che caratterizzano i casi antitrust.

33 F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza*, cit., 40; nonché G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, cit., 1 ss.

34 Cfr. A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante*, cit., 94 ss.

35 Solleva la questione M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate"*, cit.

36 Cfr. A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante*,cit., 99 ss.

37 Così la definisce anche L. FIORENTINO, *Autorità Garante ed interventi a tutela dei consumatori*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1040 ss.

Nella Relazione annuale, presentata il 24 giugno 2008, sono stati esplicitati gli attuali orientamenti dell'AGCM circa le decisioni con impegni in materia di antitrust: "*le procedure di accettazione degli impegni, correlate a specifiche violazioni, costituiscono in un contesto di duraturo rallentamento economico, mezzi efficaci per attuare una politica della concorrenza che voglia effettivamente incidere. I vantaggi sono molteplici. L'amministrazione ottiene subito comportamenti virtuosi nel mercato. I procedimenti sono più celeri e meno costosi. Si evitano le incertezze dell'iter giurisdizionale che immancabilmente segue l'irrogazione di una sanzione. L'Istituto si avvicina al mondo delle imprese con spirito costruttivo*". L'ampio ricorso a decisioni con impegni in materia di antitrust è testimoniato anche dalla Relazione annuale presentata il 16 giugno 2009, nella quale si informa che di 20 procedimenti antitrust conclusi nell'anno, ben 12 sono stati definiti attraverso accettazione di impegni (8 su 10, per quanto riguarda i casi di abuso di posizione dominante).

Senza entrare nel merito dei singoli casi, è utile segnalare alcune questioni che dall'esame delle decisioni sin qui adottate cominciano a profilarsi con una certa chiarezza.

La prima è quella del rapporto tra contestazioni e impegni e dei requisiti di ammissibilità ed idoneità degli stessi in relazione agli addebiti contestati. Da questo punto di vista, il ricorso alle decisioni con impegni dovrebbe essere precluso (come nel diritto comunitario) nei casi di violazioni gravi, destinati certamente a concludersi con sanzioni. Gli orientamenti sin qui seguiti dall'AGCM appaiono al riguardo contraddittori: in materia di pratiche commerciali scorrette il test di ammissibilità è rigoroso sino all'eccesso, posto che la possibilità di chiudere il caso con impegni viene sistematicamente esclusa ogni qualvolta la contestazione – secondo la semplice prospettazione contenuta dell'atto di avvio e indipendentemente dagli elementi acquisiti mediante l'istruttoria – viene considerata oggettivamente "grave", svuotando in tal modo l'istruttoria di ogni significato; viceversa, numerosi casi antitrust che secondo le prospettazioni contenute nell'atto di avvio del procedimento sarebbero gravi e destinati certamente a concludersi con irrogazione di sanzioni sono poi state conclusi mediante decisioni di accettazione degli impegni.

Sotto altro profilo, rimarcato che secondo i principi comunitari gli impegni dovrebbero essere tali da rendere l'intervento repressivo non più giustificato[38], in molti casi l'autorità non si è accontentata di comportamenti che ponessero fine alle infrazioni ipotizzate, ma ha richiesto, quale condizione di idoneità (e dunque di accettabilità), che questi giungessero a rimuovere gli effetti pregiudizievoli dell'illecito, garantendo anche il ristoro economico dei soggetti danneggiati. La tesi appare criticabile nella misura in cui travalica il dato normativo e anche la giurisprudenza sembra essere contraria a questa prassi, rilevando in questi termini la violazione del canone di proporzionalità espressamente stabilito in sede comunitaria[39]. Così facendo, l'amministrazione ottiene dalle parti

38 Secondo quanto previsto nel regolamento n. 1/03.

39 Si rinvia per ogni approfondimento al paragrafo successivo.

– comunque interessate ad evitare le ricadute assai negative sulla propria reputazione commerciale che la condanna inevitabilmente porta con sé – risultati che essa stessa non potrebbe conseguire tramite la decisione finale di inibizione e condanna.

Altra questione che viene in rilievo, strettamente correlata a quella che precede, attiene, per così dire, ai limiti di efficacia degli impegni esigibili, nel senso che attraverso decisioni di accettazione l'AGCM può in taluni casi venire a svolgere (e di fatto in taluni casi certamente ha svolto) un ruolo in sostanza "regolatorio", ossia di integrazione di fatto della disciplina di settore, talvolta dettata da altro organo e che l'AGCM ritiene invece, per qualche aspetto, carente. Tale ruolo esula però dalle attribuzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – che non ha, per legge, poteri normativi o regolatori – e rischia di provocare indebite sovrapposizioni o conflitti di competenze, specie per i settori nei quali operi una autorità di regolazione (come avviene ad es. per le comunicazioni, l'energia e, per alcuni versi, per le banche e le assicurazioni)[40].

Per quanto riguarda l'AGCOM, basti qui ricordare che la questione regolatoria forse più delicata di questi ultimi anni, quella cioè delle condizioni (di apertura o di eventuale separazione strutturale) da imporre a Telecom Italia per garantire condizioni di effettiva parità di accesso alle infrastrutture di rete a tutti i concorrenti, è stata affrontata con l'accettazione degli impegni proposti da Telecom Italia (secondo il modello c.d. di *Open Access*)[41].

3.4. *Interpretazioni giurisprudenziali*

Il giudice amministrativo ha avviato un'opera di interpretazione di questo istituto.

In primo luogo, ha ribadito che l'amministrazione non può accettare impegni in caso di condotte anticoncorrenziali gravi (c.d. *hardcore*)[42], né in casi di pratiche commerciali manifestamente scorrette e gravi; in quest'ultimo caso, l'autorità può procedere in tal senso solo in presenza di violazioni di minore entità ("*potrebbe dirsi con assonanza penalistica <bagatellari>*")[43].

In secondo luogo, il giudice amministrativo, sulla scia della decisione del Tribunale nel caso Alrosa, assume che l'Autorità Garante della concorrenza goda di ampia discre-

40 Il rischio di una "deriva regolatoria" era stato ben evidenziato, anche prima che il TAR Lazio e il Consiglio di Stato intervenissero per riportare gli impegni nell'alveo del principio di proporzionalità (cfr. ad es. L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità Garante,* in *Mercato, concorrenza, regole,* 2007, p. 229 ss.; cfr. anche il prossimo paragrafo). Sui possibili conflitti di competenze e circa la necessità, in senso più ampio, di garantire un unico intervento da parte delle varie autorità interessate, si veda Consiglio di Stato, parere 3 dicembre 2008 n. 3999.

41 Per ogni approfondimento si rinvia alla Relazione annuale dell'AGCOM, presentata in data 15 luglio 2008 e consultabile sul sito dell'autorità (www.agcom.it).

42 Di recente, Cons. Stato, sez. VI, n. 1190 del 2009.

43 Tar Lazio, sez. I, Tar Lazio, sez. I, n. 8673 del 2009.

zionalità nella valutazione degli impegni presentati dalle parti[44]. La legittimità della decisione di accettazione non è però insindacabile, essendo comunque subordinata alla sussistenza di un nesso tra gli impegni proposti e "*l'esigenza di eliminare i profili anticompetitivi presi in considerazione all'atto dell'apertura dell'istruttoria*", con la conseguenza che devono essere considerate illegittime le decisioni che rendano obbligatori "*impegni la cui portata contenutistica (e le cui ricadute effettuali) esulino dai profili di (sospetta) anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti*"[45].

In particolare, il Tar Lazio ritiene essenziale che, nell'accettare le proposte dell'impresa, l'amministrazione si attenga strettamente al principio di proporzionalità, non soltanto attraverso la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche attraverso "*la dimostrazione della sua adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione presa in considerazione e della non eccedenza rispetto ad essa, in modo che la stessa risulti corrispondente a quanto è strettamente necessario per raggiungere lo scopo*"[46]. In conseguenza, secondo il giudice amministrativo, i poteri imputati all'autorità – ivi compresi quelli relativi all'accettazione di impegni – debbano comunque essere "*finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime e non consentono … di aggiungere all'ordine di rimozione della condotta antigiuridica una modifica strutturale del sistema, ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette*"[47].

In sostanza, in questa prospettiva, il potere di accettazione degli impegni, che dà vita ad una "soluzione di tipo negoziato" del procedimento sanzionatorio[48], non si può mai tradurre in un'attività di regolazione del mercato, nel senso che all'amministrazione è comunque precluso, attraverso tale strumento, di produrre mutazioni del meccanismo concorrenziale che eccedano l'ambito delle contestazioni formulate nei confronti dell'impresa.

Infine, il giudice amministrativo ha anche affrontato alcuni aspetti specifici della disciplina nazionale.

In primo luogo, il Tar Lazio ha chiarito che il termine di tre mesi dall'apertura dell'istruttoria posto dall'art. 14 *ter* per la presentazione degli impegni ha natura meramente sollecitatoria e non perentoria, con la conseguenza che "*la tempestività della presentazione degli impegni va* (…) *rapportata, di volta in volta, alle fattispecie concrete, essendo rimessa alla Commissione, e alle ANC, la relativa valutazione*"[49]. Va segnalato, tuttavia, che in materia di pratiche commerciali scorrette, lo stesso giudice è giunto alla soluzione opposta, sulla

44 Tar Lazio, sez. I, sentenze n. 2902 del 2008 e n. 5005 del 2009; Cons. Stato, sez. VI, n. 2092 del 2009.
45 Tar Lazio, 5005/09 cit.
46 Tar Lazio, 5005/09 cit., che richiama Cons. Stato, VI, n. 5156 del 2002, in materia di autorizzazione alle concentrazioni.
47 Tar Lazio, 5005/09 cit., che richiama Cons. Stato, VI, n. 423 del 2008.
48 Così Tar Lazio, 2902/08, cit.
49 Tar Lazio, 2902/08 cit.

base del diverso tenore letterale del Regolamento di procedura predisposto dalla stessa AGCM[50].

In secondo luogo, è stato affrontato il tema degli impegni assunti da una sola impresa nel contesto di presunti illeciti soggettivamente complessi. Al riguardo, ha chiarito che "*nessuna disposizione del Regolamento CE n. 1/2003 prevede l'estensione dell'immunità derivante dalla valutazione di idoneità degli impegni presentati unilateralmente da una delle parti di un illecito plurisoggettivo anche alle altre parti dell'illecito*", osservando che se si ritenesse che l'impegno di una delle parti fosse idoneo a rimuovere gli effetti anche dell'altrui condotta anticoncorrenziale, "*l'istituto non potrebbe avere alcuna applicazione utile in fattispecie plurisoggettive*"[51].

In terzo luogo, è stata affermata la non autonoma impugnabilità dell'atto di rigetto degli impegni, la cui illegittimità peraltro non sembra essere idonea a incidere sulla validità del provvedimento sanzionatorio[52].

Sezione II
Ipotesi ricostruttiva

4. *Gli impegni nell'ordinamento italiano*

La breve rassegna che precede dà atto della quantità di questioni connesse con l'introduzione degli impegni nell'ordinamento italiano. Il fatto che questa normativa sia in ampia misura direttamente influenzata da norme e principi europei, a loro volta in qualche modo derivanti dall'esperienza nordamericana dei *consent decrees*, non esime dall'operazione di collocare sistematicamente l'istituto all'interno delle categorie logico-giuridiche del nostro ordinamento. Se infatti le indicazioni che derivano dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria sono essenziali per chiarire gli aspetti funzionali della figura, non altrettanto può dirsi a proposito della sua qualificazione giuridica (che, a sua volta, incide su rilevanti aspetti di disciplina), almeno sino a quando la qualificazione medesima non impedisca alla norma di dispiegare pienamente effetti.

Nel prosieguo, ci si sofferma innanzitutto sulla struttura della decisione con impegni al fine di operare una corretta qualificazione; successivamente, anche sulla scorta della

50 Cfr. Tar Lazio, 8673/09, la quale al proposito afferma anche che "*non può ritenersi che l'Autorità sia tenuta a un defatigante, dilatorio e continuo 'riesame' di impegni volta a volta corretti, modificati, integrati, modulando i tempi del procedimento di accertamento dell'infrazione in funzione di una sorta di 'rateizzazione' o 'parcellizzazione' degli impegni medesimo da parte dell'operatore professionale*".

51 Tar Lazio, 2902/08 cit.

52 Tar Lazio, 4490/09 e 8673/09, il quale però si esprime in senso dubitativo.

disamina dei profili funzionali, sarà possibile procedere alla soluzione di alcuni problemi di regime giuridico.

4.1. *Profili strutturali e natura giuridica della fattispecie*

Conviene anzitutto rilevare che la presentazione degli impegni presuppone la volontà dell'impresa di rinunciare a contestare gli "*elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni*" indicati nell'atto di avvio[53], e di spostare la propria attenzione, e quella dell'autorità, direttamente sul fronte dei comportamenti che l'impresa sarebbe tenuta ad adottare per far cessare le infrazioni ipotizzate e rimuoverne gli effetti; tale volontà è destinata a consolidarsi se l'amministrazione, accettando gli impegni, li rende "obbligatori" per il proponente e conclude il procedimento sanzionatorio senza accertare infrazioni e senza irrogare sanzioni pecuniarie. In altre parole, la presentazione degli impegni comporta l'alterazione della scansione procedimentale con l'apertura, su istanza di parte, di un subprocedimento. Si ha in tal modo la modifica dell'oggetto dell'istruttoria, che andrà ad appuntarsi unicamente sull'idoneità della proposta a sanare i profili di sospetta illegalità individuati nell'atto di contestazione degli addebiti. In conseguenza, la decisione di accettazione – pur essendo frutto di un procedimento sanzionatorio – non ha natura sanzionatoria (con effetti ablatori personali)[54]: è atto di valutazione e di approvazione (o di rigetto) del programma di azioni predisposto dall'interessato, che rende l'intervento pubblico non più necessario.

Ciò precisato, occorre stabilire quale sia la struttura della decisione, ossia il suo rapporto con la proposta del privato.

In astratto sono possibili tre soluzioni: l'approvazione e gli impegni danno luogo a un atto complesso; la prima rappresenta una condizione di efficacia della proposta; infine, la decisione dell'amministrazione, autorizzando l'esecuzione della proposta privata, ne ingloba i contenuti[55]. La questione, come è chiaro, è connessa con quella della natura giuridica della fattispecie ed è ricca di ricadute: solo che si pensi che nel primo caso si avrebbe una fattispecie bilaterale (consensuale), nel secondo un atto privato (del tipo

53 La Corte di Giustizia, in una pronuncia resa precedentemente all'emanazione del regolamento n. 1, nella quale però le imprese avevano assunto alcuni impegni nei confronti della Commissione, ha affermato che "*gli obblighi imposti alle ricorrenti dall' impegno vanno equiparati ad ingiunzioni dirette a far cessare l'infrazione a norma dell'art. 3 del regolamento n. 17* (…). *Assumendo l'impegno in questione, le ricorrenti si sono perciò limitate, per propri motivi, ad assentire ad una decisione che la Commissione avrebbe potuto adottare unilateralmente*" (C-89/85 cit.).

54 In questo senso deve essere interpretata l'affermazione del Tribunale di Primo grado, per cui la Commissione, quando accetta gli impegni, "*esercita il complesso delle prerogative conferitele dagli artt. 81 CE e 82 CE*". In tal senso anche F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie*, cit., 40.

55 Su questi modelli, cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 211 ss.

della promessa unilaterale), nel terzo invece un provvedimento amministrativo (unilaterale e autoritativo).

Per affrontare correttamente il tema si deve preliminarmente sgombrare il campo da alcuni equivoci che accompagnano la dialettica tra consenso e unilateralità, tanto nel diritto privato quanto nel diritto amministrativo.

Per limitarsi all'essenziale, si deve ricordare che il codice civile italiano, come noto, ha accolto il principio della tipicità delle promesse unilaterali (art. 1987 c.c.), in ragione del dogma del consenso che caratterizza – a differenza di quelli di *common law* – gli ordinamenti privati del Continente. Non di meno la dottrina ha evidenziato come, in molti casi (specie in presenza di promesse cosiddette interessate), il fenomeno possa essere nella sostanza molto più complesso. E del resto, lo stesso legislatore, nel caso del contratto con obbligazioni del solo promittente (art. 1333 c.c.), ha costruito una figura che – pur unilaterale nell'essenza – si presenta come fattispecie formalmente contrattuale, che, in quanto tale, si perfeziona con il consenso del promissario[56].

Quanto poi al diritto amministrativo, la contrapposizione tra unilateralità e bilateralità può risultare sfuggente, specie quando vi siano procedimenti ad iniziativa di parte. Infatti, una volta accettata l'idea che in tali casi l'istante è titolare di una situazione autonoma e può disporre, sia pure entro limiti determinati, dell'oggetto del procedimento[57], è chiaro che nei contatti con l'amministrazione possono avere luogo negoziazioni, più o meno intense, formalizzate (art. 11, l. n. 241 del 1990)[58] o non formalizzate (c.d. accordi ufficiosi)[59]. In altri termini, la potenziale ubiquità della negoziazione nei rapporti tra amministrazione e privati[60] può portare alla non coincidenza di forma e sostanza di un determinato fenomeno giuridico[61]. Ne deriva che la natura bilaterale, o meno, dell'atto in certe circostanze deve poter essere rinvenuta non in elementi sostanziali, ma in dati di carattere formale, quali, ad esempio, l'autonoma evidenza che la normativa attribuisce all'accordo.

Ciò premesso, per venire agli impegni nell'ordinamento italiano, coniugando queste sintetiche osservazioni, si può tentare di individuare la struttura della decisione relativa agli impegni.

Nonostante il problema sia molto complesso, perché lambisce delicati concetti di teoria generale sui quali non si può indugiare, è possibile comunque escludere l'ipotesi – che potrebbe essere suggerita dal tenore letterale delle norme (rendere obbligatori gli

56 Cfr. per tutti. A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, *passim*, spec. 43 ss..

57 Per tutti, P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008, *passim*, spec. 124 ss; L. DE LUCIA, *Profili strutturali*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 135 ss.

58 Su cui per tutti, G. GRECO, *Accordi amministrativi*, Torino, 2003, *passim*.

59 Su tale schema effettuale, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, vol. II, 1073 ss.

60 H. BAUER, *Verwaltungsverträge*, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, a cura di W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle, München, 2008, 1208 s.

61 Cfr. Per tutti, F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.

impegni) – della promessa unilaterale dell'impresa, rispetto alla quale l'amministrazione è chiamata a svolgere una semplice funzione di controllo, condizionandone l'efficacia[62]. Questa costruzione infatti presupporrebbe la centralità della proposta dell'impresa, cui corrisponderebbe l'eccessiva estraneità dell'amministrazione e negherebbe la discrezionalità che invece certamente le compete nel valutare la proposta stessa. Ne deriverebbero peraltro conseguenze inaccettabili in termini di imputazione (ad es. riguardo alle forme e ai modi della tutela giurisdizionale, che si dovrebbero appuntare sull'atto privato). Del resto, il Tribunale di primo grado ha giudicato che la Commissione è l'unico autore dell'assetto di interessi che si viene a determinare, non essendo "(…) *tenuta a prendere in considerazione, e a* fortiori *a prendere in considerazione tali e quali, le offerte di impegni presentatele*". Se questa affermazione non è del tutto condivisibile perché sottovaluta, senza adeguata motivazione, il ruolo del privato, essa evidenzia però l'innegabile peso della Commissione nel determinare il complessivo assetto di interessi derivante dall'accettazione degli impegni. E tale conclusione vale certamente anche per le disposizioni italiane.

Resta da verificare se si abbia una figura bilaterale (accordo di diritto pubblico, sostanziale o endoprocedimentale), ovvero una decisione amministrativa unilaterale, resa su istanza del privato (come affermato dal Tribunale di primo grado)[63]. Si sconta qui una evidente ambiguità della normativa che si presta potenzialmente ad una ricostruzione in termini sia consensuali che provvedimentali. E tale ambiguità deriva probabilmente dalla novità di questa disciplina, che vede un rapporto originale tra potere pubblico e autonomia privata.

In ogni caso, per tentare una risposta, due elementi della fattispecie devono essere collocati in una corretta relazione.

Da una parte vi è l'unilateralità della promessa dell'impresa, che è l'unico soggetto titolato a decidere se presentare impegni e a formularne il contenuto e che, come si vedrà, è anche l'unico soggetto ad esserne vincolato. Peraltro, tale carattere non è smentito dalle previsioni per cui l'amministrazione può sollecitare la modifica della proposta presentata (es. art. 8, comma 2, lett. b, reg. cit.) e dalle affermazioni della giurisprudenza comunitaria, per cui in caso di dubbio sugli impegni proposti la Commissione "*deve* (…) *se del caso, stimolare delle modifiche agli impegni*"[64]. La proposta infatti, dal punto di vista

62 Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 1072 ss.

63 In questi termini, G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, cit. Cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, n. 7307 del 2009, dove si argomenta che "*la presentazione degli impegni e la loro accettazione non integra una sorta di accordo bilaterale tra impresa e autorità, ma introducono nell'ambito del procedimento antitrust un fase costituita dalla valutazione degli impegni, da svolgere sulla base di criteri obiettivi e con la partecipazione di ogni soggetto interessato. Le decisioni con impegni non sono neanche assimilabili agli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, in quanto la valutazione rimessa all'Autorità, lungi dal configurare un accordo tra le parti, integra, piuttosto, un provvedimento unilaterale, che valuta positivamente e rende giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte*".

64 Conclusioni dell'avvocato generale in C 441/07, § 43; cfr. anche Tribunale di primo grado T170/06 cit., § 139 s.

sostanziale, è atto imputabile solo all'impresa, che può ben decidere di ritirarla o anche mantenerla inalterata, nonostante indicazioni in senso contrario dell'amministrazione; amministrazione che, come chiarito dal giudice amministrativo, non può modificarla unilateralmente[65].

Dall'altra, vi deve essere l'accettazione da parte dell'amministrazione che della proposta è destinataria, in quanto titolare dell'interesse pubblico sotteso al potere esercitato con l'avvio del procedimento. L'accettazione risponde dunque all'esigenza di un suo effettivo coinvolgimento, essendo l'autorità responsabile del corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale, della correttezza della condotta delle imprese e, anche, dell'effettiva idoneità della soluzione prospettata dal privato a risolvere i problemi riscontrati.

Dalla combinazione di questi due elementi deriva la convergenza diretta e immediata delle volontà dei due soggetti coinvolti, che sono portatori di interessi contrapposti; ciò caratterizza, come noto, le vicende negoziali a carattere bilaterale[66]. In altri termini, il privato predispone un programma di azione e si vincola nei confronti dell'amministrazione a rispettarlo; a seguito dell'accettazione il programma diventa obbligatorio e l'amministrazione (che è parte creditrice) può (e deve) pretenderne l'esecuzione. Questa fattispecie – che potrebbe in parte richiamare lo schema negoziale disciplinato dall'art. 1333 c.c. – si traduce in ciò: alla sostanziale unilateralità degli obblighi in capo al solo proponente corrisponde (ai fini della conclusione dell'accordo) la necessità di un assenso del beneficiario, che invece non assume alcun obbligo. E, come si vedrà, questa particolare struttura della fattispecie (pur qualificabile come accordo di diritto pubblcio) vale a rendere inapplicabili la maggior parte delle prescrizioni di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990 in tema di accordi amministrativi.

Occorre aggiungere che la convergenza di contrapposte volontà è percepibile anche dal punto di vista formale: la decisione che rende obbligatori gli impegni si fonde con la proposta dell'impresa (o con una sua parte)[67]: entrambi gli atti concorrono a rendere giuridicamente esistente (ossia a costituire) il regolamento di interessi, in un senso e con un'efficacia che non è più solo quella unilaterale e negoziale del preponente, ma bilaterale e pubblicistica, con la produzione dell'effetto legale della chiusura del procedimento sanzionatorio (cfr. comunque *infra*).

La presentazione degli impegni non può dunque essere considerata come condizione di validità (o presupposto) dell'accettazione (come se si trattasse di un'istanza)[68], ma

65 Tar Lazio, sez. I, n. 10428 del 2008, confermata da Cons. Stato, 7307/09 cit.

66 Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 659; ID, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1943, 192 ss.

67 G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 151 ss.

68 Come sembrerebbe affermare il consiglio di Stato, nella sentenza 7307/09 sopra citata.

è condizione della stessa sua esistenza[69]: l'approvazione è priva di una propria autonomia, nel senso di essere giuridicamente esistente solo unitamente agli impegni. In sintesi, si ha la sovrapposizione tra un atto privato e uno pubblico, che insieme definiscono, consensualmente, una vicenda, dalla quale sorgono obbligazioni per una sola delle parti, quella privata.

Occorre infine precisare quale sia la rilevanza giuridica della condotta dell'impresa che decida di dar esecuzione agli impegni, indipendentemente dalla decisione pubblica. E' evidente che tale condotta, se non approvata, non è idonea a produrre gli effetti tipici previsti dalla norma (*id est* la chiusura del procedimento istruttorio senza irrogazione di sanzioni), dal momento che si tratta di una scelta del proponente che si colloca al di fuori di un rapporto con l'autorità, che ovviamente non ne è vincolata. Non di meno, la spontanea esecuzione può rilevare da un diverso punto di vista; può cioè essere valutata dall'amministrazione sul piano della buona fede e del comportamento collaborativo dell'impresa, anche ai fini della successiva quantificazione della sanzione.

4.2. *Profili funzionali*

Appare opportuno soffermarsi adesso sugli aspetti funzionali di questi accordi. Come accennato, si concorda in dottrina e in giurisprudenza che finalità delle disposizioni sugli impegni consiste nel risparmio di tempo e di risorse, derivanti dalla celerità della procedura, e nella maggiore flessibilità delle decisioni amministrative. Vi è però un ulteriore carattere degli impegni che è vieppiù accentuato nell'ordinamento nazionale: l'elemento cooperativo che si realizza attraverso questo istituto.

Per comprendere il punto, occorre prendere le mosse dai poteri ripristinatori riconosciuti in questi ambiti alle amministrazioni nazionali dal regolamento 1/03 cit.[70]. Mentre in base all'art. 7 del reg., la Commissione, per obbligare le imprese a porre fine alle infrazioni accertate può imporre i rimedi, comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente la violazione[71], in base all'art. 5 del medesimo regolamento le autorità nazionali possono solo ordinare la cessazione di un'infrazione: esse sono dunque titolari di un potere d'ordine dotato di minore ampiezza, a contenuto eminentemente inibitorio.

---

69 R. VILLATA–M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 21, che mettono il luce come, nel caso di un'istanza (a differenza del contratto), l'effetto "*sia dovuto interamente alla statuizione unilaterale innovativa dell'amministrazione, mentre resta esterno alla medesima il consenso manifestato dai privati*".

70 Sui poteri amministrativi sanzionatori in generale, cfr. per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 1246 ss; A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; A.M. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983; con riferimento al diritto della concorrenza, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 176 ss.

71 L'estensione del potere inibitorio della Commissione era stato già riconosciuto sotto la vigenza del reg. 17 del 1962 dalla Corte di Giustizia (C 6 e 7/73, *Commercial Solvents*).

La normativa interna sulla concorrenza, a sua volta, non è chiarissima. L'art. 15 della l. n. 287 prevede che in caso di accertata violazione degli artt. 2 e 3 stessa legge, l'autorità fissi alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni: non è contemplata la possibilità di ordinare un *facere* specifico (rimedi comportamentali). Nello stesso senso sembrerebbe essere l'art. 27, secondo comma, del Codice del Consumo, che si limita ad affermare che l'autorità può inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette, ordinando altresì la eliminazione degli effetti[72].

In sostanza, il problema consiste nello stabilire se l'autorità nazionale possa – nonostante il silenzio della norma – andare oltre il semplice ordine negativo (da interpretare comunque alla luce della motivazione, secondo il principio dell'effetto utile)[73], ovvero si debba arrestare a questo, rimettendo alle imprese di individuare e porre in essere i rimedi comportamentali e strutturali per ripristinare il funzionamento della concorrenza[74]. Ciò anche in ossequio al principio di applicazione gradualistica del diritto sanzionatorio.

La giurisprudenza amministrativa – in specie con riferimento al diritto della concorrenza – appare oscillante: se da un lato si registrano alcune aperture quanto alla legittimità di ordini contenenti misure comportamentali (specifici obblighi di *facere*)[75], ad oggi però sembra prevalere un'impostazione improntata a un'osservanza rigorosa del principio di legalità. In questa seconda prospettiva, di recente è stato giudicato che l'autorità non può "*prescindere dalla puntuale individuazione e dall'inibitoria delle condotte ritenute lesive, quali parametri cui rapportare la necessaria verifica di ottemperanza alla diffida*" e che i precetti nazionali e comunitarie in materia "*appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime e non consentono* (…) *di aggiungere all'ordine di rimozione della condotta antigiuridica una modifica strutturale del sistema, ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette*"[76].

Stando a questa interpretazione – evidentemente di mediazione – l'amministrazione non potrebbe individuare specifici obblighi di *facere* in capo alle imprese, alle quali va mantenuto un adeguato margine di autonomia su come in concreto eliminare le infrazioni accertate.

---

72 Cfr. anche i commi 8 e 10 dell'art. 27 e l'art. 18 del Regolamento di procedura in materia di pratiche commerciali scorrette, che consentono all'AGCM di disporre, tra i possibili rimedi, la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa, a cura e spese del professionista, che può anche essere attuata in forma di comunicazione personale, quando i destinatari della pratica giudicata scorretta sono individuabili e di fissare un termine per la modifica delle confezioni dei prodotti.

73 Cons. Stato, sez. VI, n. 568 del 2004: "*il principio dell'effetto utile quale canone interpretativo della diffida, raccorda la descrizione dell'illecito accertato e delle sue conseguenze alla finalità della diffida (di rimozione della restrizione del mercato), consentendo di enucleare uno spettro di condotte dovute al fine di rimuovere l'effetto anticorrenziale dell'illecito*".

74 Per una sintesi del problema, cfr. P. FATTORI-M-TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna. 2004, 370 ss.

75 In dottrina, cfr. per tutti, A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante*, cit., 167 ss., dove riferimenti giurisprudenziali.

76 Cons. Stato, sez. VI, n. 423 del 2008; cfr. anche Tar Lazio, sez. I, n. 244/09 cit.

Queste precisazioni consentono di cogliere un altro aspetto significativo delle decisioni con impegni. Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che l'atto di approvazione degli impegni deve essere in rapporto di stretta pertinenza con quello di avvio del procedimento e che l'attività amministrativa deve "*svolgersi in un ambito meramente <ripristinatorio>, ovvero essere preordinata alla <ricostituzione> della logica competitiva vulnerata (o suscettibile di essere compromessa) per effetto di singoli comportamenti <abusivi>*"[77]. Gli impegni – in sintesi – devono (e possono) avere la sola finalità (stabilita in via normativa) di ricostituire la funzionalità concorrenziale del mercato e non possono tradursi in attività di regolazione (cfr. *infra*).

Emerge in tal modo un carattere funzionale degli impegni, proprio del diritto italiano. In questo contesto, l'amministrazione può approvare *ex ante* i rimedi (comportamentali ed eventualmente strutturali) che le imprese sottoposte a indagine propongono per rispondere alle sue preoccupazioni: può cioè valutare sin dalla fase istruttoria – senza dover attendere, la (eventuale) verifica di ottemperanza, anticipando anche di molti mesi il momento di esecuzione del provvedimento finale, con ingente risparmio di tempo e di energie e benefici immediati sulla funzionalità del mercato interessato – l'effettiva idoneità delle condotte che in concreto saranno attivate dalle parti al ripristino della funzionalità concorrenziale. L'azione amministrativa, in tal modo, passa direttamente all'analisi della fase esecutiva; fase esecutiva che, diversamente, sarebbe in larga misura rimessa alle scelte autonome dell'impresa.

Questa circostanza – oltre a comportare innegabili vantaggi in termini di tempo e di economia procedurale – evidenzia anche sotto questo diverso profilo la funzione cooperativa dell'istituto. L'impresa infatti mette a disposizione dell'autorità rilevanti porzioni della propria autonomia per risolvere i problemi riscontrati, dischiudendo ambiti che in ampia parte sarebbero sottratti alla disposizione dell'amministrazione. Inoltre essa vale a contrassegnare l'aspetto causale di questa peculiare vicenda negoziale: consente cioè di cogliere la presenza di un'adeguata "*consideration*" in termini di vantaggi ricevuti e sacrifici subiti dalle parti (pubblica e private) coivnolte[78].

Questa ricostruzione è rilevante, tra l'altro, ai fini della qualificazione della figura in termini di accordo *in executivis* (cfr. *infra*).

5. *Disciplina della fattispecie*

Le considerazioni sin qui svolte consentono di affrontare il problema della disciplina della decisione sugli impegni.

77 Tar Lazio, 5005/09 cit.; che richiama Tribunale di primo grado cit. § 102.
78 A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, cit., 89.

5.1. *Rapporti con l'art. 11, l. n. 241 del 1990*

Posto che si è in presenza di accordi amministrativi del tutto particolari – in quanto si hanno obblighi assunti solo dall'impresa, e l'amministrazione si limita a prestare il suo consenso senza assumere alcun onere – occorre verificare se, e in che termini, a tale accordo si possa applicare la disciplina generale di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990, che costituisce la matrice della figura[79].

Innanzitutto, quanto all'esatta configurazione della fattispecie, si deve ritenere che essersi in presenza di un accordo di tipo *latu sensu* sostitutivo del provvedimento[80], nel senso e con le precisazioni che seguono[81]. Esso ha sì natura sostanziale, ma riguarda solo il programma di azioni del proponente. Essendo gli impegni idonei a risolvere le preoccupazioni dell'amministrazione, il procedimento sanzionatorio viene concluso senza esercizio del potere sanzionatorio[82]. La chiusura del procedimento è dunque un effetto legale dell'accordo[83]: l'accordo – coerentemente con la sua struttura marcatamente unilaterale – non ha ad oggetto il potere esercitato nel procedimento principale (sanzionatorio) e dunque la sua conclusione. Non vi è, in altri termini, una negoziazione sull'esercizio della funzione amministrativa (inibitoria e sanzionatoria)[84]; se contrattazione vi è, quale che ne sia la forma, essa riguarda al più gli impegni dell'impresa[85]. Queste osservazioni consentono peraltro di comprendere le differenze che si danno tra impegni in procedimenti sanzionatori e quelli in procedimenti autorizzatori (es. in materia di concentrazioni): anche nel secondo caso si ha un accordo tra amministrazione e privato, il relativo oggetto

79 In generale, sui rapporti tra art. 11 e norme di settore, cfr. A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*, Napoli, 2000, 108; cfr. anche G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 147 ss.

80 Cfr. *contra* Cons. Stato, n. 7307/09 cit.

81 In senso contrario, tra gli altri, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit.; nonché G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni* antitrust, cit..

82 Questa conclusione, del resto, è coerente con la logica del provvedimento ripristinatorio, nel quale l'interesse alla cura dell'interesse pubblico prevale su quello alla punizione del responsabile (cfr. A.M. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., 1 ss).

83 Sul concetto di effetto legale in senso stretto, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, Vallardi, 1980, 199; con riferimento al provvedimento amministrativo, cfr. per tutti, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 75; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 261 ss; B. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, parte generale, t., vol. 1, 821 s.

84 Su questi temi, in generale F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm*., 2002, 431 ss.

85 Per le stesse ragioni non si può affermare chi si abbia un accordo transattivo, perché l'Amministrazione non fa alcuna "concessione" al privato né negozia con questi l'esercizio delle proprie funzioni. Più semplicemente, di fronte all'obbligo, unilaterale, del privato, di porre in essere un determinato programma di azioni, che l'autorità reputi idoneo a rispondere alle proprie preoccupazioni, essa è tenuta, *rebus sic stantibus,* a chiudere il procedimento. Tanto è vero che l'art. 10 *bis* del regolamento n. 773/04 cit. prevede la possibilità che la Commissione e le parti, nel corso di un procedimento sanzionatorio, possano definire transattivamente il contenuto della decisione, stabilendo anche consensualmente l'entità della sanzione. Si tratta, come è evidente, di una fattispecie, seppur negoziale, diversa e peculiare rispetto a quella prevista dall'art. 9 del regolamento n. 1/2003.

è qui costituito però direttamente dall'esercizio del potere amministrativo (abilitativo) in relazione agli obblighi assunti dalla parte privata.

Ciò precisato, non sembra che le norme procedurali contemplate nell'art. 11 della 241 (ossia i commi 1, 1 *bis*, 2, prima frase, 3, 4 *bis*) possano trovare applicazione per gli impegni, dal momento che le discipline di settore contengono più analitiche previsioni. Si deve invece verificare la compatibilità con questa figura di tre disposizioni di cui all'art. 11 e segnatamente quella di rinvio alle norme del codice civile in materia di obbligazioni e contratti (comma 2, seconda frase), quella sul recesso unilaterale (comma 4) e quella sulla giurisdizione esclusiva per le controversie sulla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi (comma 5).

Le disposizioni del codice in materia di obbligazioni e contratti – una volta accolta la qualificazione in termini di accordo di diritto pubblico – devono essere considerate applicabili "*in quanto compatibili*"[86]. Ovviamente il criterio della compatibilità deve fare i conti con il fatto che si hanno qui obbligazioni per una sola parte e non si è invece in presenza di un contratto in cui viva alcun sinallagma tra prestazioni contrapposte delle parti[87]. A questi fini – occorre subito precisarlo – la disciplina dell'art. 1333 c.c. non sembra utilizzabile: si deve infatti ritenere che le imprese possano certamente ritirare gli impegni nel corso del procedimento, sino a quando l'amministrazione non si sia determinata al riguardo; così come non vale in questo caso il meccanismo del silenzio assenso di cui al secondo comma del medesimo articolo.

Ma al di là di questa norma, la natura negoziale ancorché non sinallagmatica della fattispecie renderà sicuramente applicabili, ad esempio, i criteri di interpretazione dell'assetto negoziale (artt. 1362 ss c.c.); si tratta peraltro di una conclusione rilevante sul piano della disciplina, e del tutto ragionevole, perché gli assi principali dell'accordo sono stati predisposti dal privato proponente[88]. Allo stesso modo si potranno utilizzare i principi in materia di vizi del consenso del privato, nonché quelli sui contratti a effetti obbligatori, ad esempio, quanto al principio di buona fede nell'adempimento dell'impresa (cfr. *infra*).

Più complesso il discorso per la disciplina del recesso di cui al comma 4 dell'art. 11 che, come noto, viene generalmente rapportato a uno speciale potere (pubblicistico) di revoca che si inserisce nel contesto negoziale[89].

Per quanto riguarda la concorrenza, il comma 3 dell'art. 14 *ter*, l. n. 287 prevede una disciplina non compatibile con quella della legge generale: l'autorità può riaprire il

86 Per tutti, G. GRECO, *op. cit*., 149.

87 Ritiene invece non esservi spazio per i principi del codice civile, ad esempio, F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie*, cit.

88 Si noti che analoga conclusione è stata raggiunta dalla Corte Suprema per l'interpretazione dei *consent decrees*; cfr. per tutti T.E. KAUPER, *The use of consent decrees in American antitrust cases*, in *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, a cura di P. J. Slot e A. McDonnell, Londra, 1993, 108 ss.

89 Per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2009, 405 ss.

procedimento a determinate condizioni: a) modifica della situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione; b) inottemperanza delle imprese agli impegni assunti (su cui *infra*); c) trasmissione di informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti.

La norma – al pari di quella europea – si riferisce a ipotesi diverse. La dinamica giuridica, non di meno, è la stessa. Come detto, all'accettazione degli impegni consegue l'effetto legale della conclusione del procedimento; conclusione che quindi non è oggetto dell'accordo, pur essendone conseguenza diretta. Si comprende in tal modo che l'approvazione degli impegni, e con esso l'effetto legale prodotto dalla decisione di accettazione, in realtà, è risolutivamente condizionata al non verificarsi dei tre eventi indicati nel comma 2 dell'art. 14 *ter*[90]. La riapertura del procedimento implica, quale operazione preliminare, la verifica dell'esistenza di uno di tali eventi (ossia l'accertamento della verifica della condizione risolutiva); il procedimento dovrà poi seguire la scansione tipica per l'eventuale emanazione, previo accertamento dell'infrazione, della diffida e delle sanzioni[91]. Con la precisazione che nel caso previsto dalla lettera a) l'impresa che ha proposto gli impegni sembrerebbe legittimata a proporre eventualmente nuovi impegni al fine di rispondere alle preoccupazioni derivanti dalla modifica della situazione di fatto. Sicché in questa ipotesi (e solo in questa) il procedimento potrebbe ancora una volta chiudersi con l'accettazione dei nuovi impegni proposti dalla parte, senza accertamento di infrazioni né irrogazione di sanzioni.

Dovrebbero dunque essere chiare le differenze del recesso di cui all'art. 11, l. n. 241. Nel caso degli impegni, posto che il potere sanzionatorio resta inalterato e non è oggetto di vincoli negoziali, l'amministrazione può – nei casi stabiliti dalla norma – esercitarlo, non incontrando limiti nell'accordo stipulato con le imprese interessate che, come detto, contiene obblighi solo per il proponente. Non si ha cioè il riesame dell'assetto di interessi realizzato con l'operazione negoziale, ma solo l'accertamento di un fatto che ne fa venir meno l'efficacia[92].

Quanto sin qui detto vale per la tutela della concorrenza. Per gli altri settori, la normativa primaria si presenta più reticente. L'art. 27, comma 12, del codice del consumo prevede solo che, in caso di inottemperanza agli impegni, l'amministrazione applichi una sanzione pecuniaria di importo fino a 150.000 euro. La norma non prevede invece la possibilità di riaprire il procedimento sanzionatorio. Ciò nonostante l'art. 7, comma 3 del regolamento attuativo – discostandosi dalla norma primaria – contiene una previsione simile a quella dell'art. 14 *ter*, comma 3, l. n. 287/90 che, pur nel ragionevole intento

90 Diversa la ricostruzione di F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie*, cit., 32 ss, che parla di una sorta di risoluzione della decisione che aveva chiuso il procedimento.

91 Occorre precisare che nei casi di cui alle lett. b) e c), oggetto del procedimento sarà anche la comminatoria di una sanzione pecuniaria prevista rispettivamente dal comma 2 del medesimo articolo (inadempimento) e dall'art. 14, comma 5 (in caso di informazioni non veritiere).

92 Spunti utili (con riferimento all'ipotesi di inadempimento), in A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, cit., 8 s.

di rendere coerenti le due normative, potrebbe essere illegittimo per carenza di copertura nella norma primaria. Stesso ragionamento vale per i poteri sanzionatori imputati dall'AGCOM.

Infine, quanto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si deve osservare che essa sussiste non già in base all'art. 11, l. n. 241 del 1990, ma in ragione delle singole norme di settore (art. 33, l. n. 281/90; art. 27, codice del consumo; art. 9 d.lgs. 259/03, recante Codice delle Comunicazioni Elettroniche).

5.2. *Problemi di tutela giurisdizionale del proponente (cenni)*

Occorre adesso accennare alla delicata questione delle forme di tutela giurisdizionale a disposizione delle imprese proponenti sia nei confronti dell'atto di rigetto degli impegni sia nei confronti della decisione di accettazione.

Quanto alla determinazione di rigetto, come anticipato, il giudice amministrativo assume che essa non possa essere oggetto di autonoma impugnazione, , dal momento che "*si colloca nella fase del tutto preliminare, nella quale è stato soltanto comunicato l'avvio del procedimento e l'istruttoria è in corso, onde non è dato nemmeno di conoscere se il procedimento esiterà nell'adozione di un provvedimento sanzionatorio*"[93]. Per il giudice amministrativo peraltro, una volta concluso il procedimento con una sanzione, il destinatario non sarebbe titolare di interesse a ricorrere avverso la determinazione negativa sugli impegni, in quanto eventuali illegittimità dell'atto sanzionatorio non "*refluiscono in un vizio di legittimità dell'atto di rigetto degli impegni*"[94]. Tale conclusione – in realtà espressa in forma dubitativa – non è condivisibile per numerose ragioni, ad esempio, perché si fonda su una lettura incentrata sulla decisione sanzionatoria, tralasciando la rilevanza (e la priorità logica e cronologica) del sub procedimento di valutazione degli impegni.

Per risolvere il problema dei rimedi attivabili dal proponente avverso la decisione di accettazione degli impegni, non si può prescindere dalla natura della fattispecie in termini di accordo di diritto pubblico. Come noto, la dottrina e la giurisprudenza tendono a ritenere che il privato che stipuli un accordo di natura pubblicistica con al'amministrazione non possa chiederne l'annullamento, sulla base del presupposto che tra gli effetti impliciti dello stesso, vi sarebbe anche "*la rinuncia a far valere eventuali vizi del potere amministrativo, in virtù dell'acquiescenza all'assetto degli interessi pattuito*"[95]. Altri autori però hanno proposto un criterio leggermente meno restrittivo: una volta concluso l'accordo, "*non vi potrà più essere spazio per impugnazioni in termini di legittimità. E l'eventuale tutela del*

93 Tar Lazio, 8673/09 cit.

94 Tar Lazio, sez. I, n. 4490 del 2009, richiamata in Tar Lazio, 8673/09 cit.

95 Così. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 114.

cittadino non potrà essere che affidata agli strumenti offerti dal codice civile"[96]. In base quest'ultima tesi, quindi, si ritengono ammissibili quei rimedi di natura propriamente civilistica esperiti dal proponente: ad esempio, quelli volti a far valere l'annullabilità dell'accordo per errore, violenza o dolo ovvero per essere stato estorto il consenso con minaccia di far valere un diritto (art. 1438 c.c.)[97].

Senza pretendere di risolvere così complessa questione e aderendo a questa ultima opinione, si può tentare di risolvere il problema della impugnabilità della fattispecie negoziale degli impegni da parte del proponente. Se questi, in linea di massima, non può attaccare la decisione che accoglie gli impegni, può però far valere (pur sempre innanzi al giudice amministrativo, in ragione della sua giurisdizione esclusiva) i vizi del consenso e tra questi, in particolare, quello derivante dall'aver agito a fronte di una minaccia ingiusta (o una pressione irresistibile da parte) dell'autorità[98]. Si tratta, come evidente, di ipotesi del tutto residuali.

Questa conclusione è peraltro in larga misura coerente con la giurisprudenza comunitaria in materia. In particolare, il Tribunale di primo grado ha, in via di principio, ammesso che una decisione di accettazione di impegni (in materia di concentrazioni) possa essere oggetto di impugnativa, quando sia dimostrato che "*le parti notificanti siano state arbitrariamente costrette dalla Commissione a proporre la misura correttiva*"[99].

5.3. *Principi di tipicità e di proporzionalità (cenni)*

Due temi devono essere ancora oggetto di breve disamina: il ruolo del principio di tipicità (e di legalità) e quello di proporzionalità.

Sul primo aspetto, come accennato, in dottrina sono stati evidenziati profili di scarsa aderenza di questa normativa con il principio di tipicità degli atti amministrativi e con quello di legalità: se la norma non viene applicata in maniera restrittiva e rigorosa, si corre il rischio di porre in essere atti amministrativi del tutto atipici, ossia al di fuori di ogni predeterminazione normativa. Ciò potrebbe configurare un potere di regolazione innominato; circostanza questa esclusa nel sistema amministrativo italiano[100].

96 Per tutti, G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 221 ss, dove riferimenti bibliografici.

97 G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 233.

98 In tal senso, anche A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante*, cit., 98.

99 Tribunale di primo grado, T 282/02 Cementbouw Handel & Industrie BV/Commissione), §319: cfr. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario*, cit., 7 ss. Cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Kokott in C 202/06 (Cementbouw Handel & Industrie BV/Commissione), nonché in C 441/07 (Alrosa cit.).

100 G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, cit.; anche il Consiglio di Stato appare contrario a riconoscere e legittimare l'esercizio di potestà normative in assenza di una chiara previsione normativa in tal senso: cfr. ad es. sez. VI, ordin. 1515/09.

La questione non deve essere sottovalutata[101]. Ma la natura giuridica della fattispecie e i profili funzionali tratteggiati in precedenza possono essere utili a fugare queste preoccupazioni. Si è visto infatti che secondo la giurisprudenza nazionale, gli impegni si devono collocare in un'ottica di tipo ripristinatorio, essendo escluso che l'amministrazione possa, "*attraverso l'adozione di determinazioni diverse da quelle sanzionatorie, pervenire a modifiche strutturali del sistema e/o del mercato oggetto di attenzione* (…)"[102].

Per comprendere il punto, conviene ricordare quanto dimostrato dalla migliore dottrina a proposito degli accordi amministrativi: se le parti non possono disporre in difformità da quanto vietato dalla legge, possono invece contemplare prestazioni (non previste, ma) non vietate dalla legge[103], in quanto il consenso dell'interessato costituirebbe la "*copertura in termini di legittimità e validità*"[104]. Nel caso degli impegni, dunque, se l'impresa non può proporre (e l'amministrazione non può approvare né tanto meno determinare con il provvedimento sanzionatorio) programmi di attività che comportino modifiche strutturali del mercato, può senz'altro prefigurare azioni che – purché restino nell'ambito della finalità di ripristinare la dinamica concorrenziale – vadano oltre la mera inibitoria prevista dalla legge; anche qui il consenso del privato assumerebbe un valore discriminante ai fini della valutazione di legittimità.

Questa osservazione offre lo spunto per un'ulteriore precisazione. Posto che gli impegni si debbono mantenere nel solco di un provvedimento ripistinatario, descrivendo però *ex ante* le condotte che a tal fine saranno seguite, emerge il loro carattere di accordi *in executivis*. In altri termini, posto che la norma stabilisce la finalità dell'operazione negoziale, nell'atto di impegni la parte si deve limitare a specificare le modalità esecutive che all'uopo saranno seguite[105].

La qualificazione in termini di accordo *in executivis* ha rilevanti conseguenze ricostruttive. Per limitarsi a un cenno, come chiarito dalla dottrina civilistica, nella fase di esecuzione di obblighi – in ragione del principio di buona fede[106] – possono risultare doverosi alcuni comportamenti non previsti dal contatto, così come altri comportamenti possono non coincidere del tutto con le previsioni delle parti; ciò in vista del principio del risultato concreto dell'operazione contrattuale[107].

E' sicuramente vero che l'esecuzione degli impegni non può essere rapportata integralmente all'esecuzione di un contratto, solo che si pensi che qui il risultato da perse-

101 Sul problema del rapporto tra accordi e principio di tipicità, cfr. per tutti G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 215 ss, dove ulteriori indicazioni.

102 Tar Lazio, n. 5005/09 cit.; cfr. anche Cons. Stato, n. 423/08 cit.

103 G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 214 ss.

104 *Op. loc. cit.*

105 Sull'autonoma rilevanza dell'attività esecutiva, cfr. A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, *passim*.

106 Sul diverso modo di operare del principio nel diritto pubblico, cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., *passim*.

107 Per tutti, A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 254 ss e 405 ss.

guire è rappresentato, come detto, dal ripristino delle regole di concorrenza (o della correttezza di una condotta commerciale) e che tale scopo è sottratto alla disponibilità delle parti. Non di meno, anche in questa situazione l'attività posta in essere dall'impresa deve essere valutata in relazione all'obiettivo da raggiungere. In altri termini, l'impresa dovrà assumere tutte le iniziative necessarie al ripristino della funzionalità concorrenziale (o all'eliminazione della condotta ipotizzata scorretta) anche se non espressamente indicate nel testo degli impegni e non potrà pretendere di attenersi al mero rispetto letterale del documento; sarà inoltre sua cura tenere informata l'amministrazione delle attività assunte non in perfetta linea con gli impegni. Ovviamente, l'amministrazione, dal suo canto, sarà tenuta ad attenersi ad analoghi oneri interpretativi, non potendo esigere dall'impresa la mera osservanza formale degli impegni assunti dalla parte. Questi profili assumono naturalmente rilievo ai fini delle valutazioni proprie dell'eventuale procedimento inteso a contestare l'inottemperanza degli impegni (cfr. *infra*).

Un cenno, infine, al principio di proporzionalità. La giurisprudenza e la dottrina, come accennato, insistono molto sul punto, anche in ragione del *metus* che caratterizzerebbe i contatti procedurali tra l'impresa e l'autorità. In particolare si assume che quest'ultima debba sempre verificare che gli oneri proposti dalle imprese non eccedano "*i limiti di quanto è idoneo e necessario per conseguire lo scopo prefisso, vale a dire il ripristino della situazione conforme al diritto in relazione alle norme che nella fattispecie sono state violate*"[108].

La questione posta in questi termini non è persuasiva, perché si fonda su un'idea *paternalistica* di amministrazione. Innanzitutto, anche qui, i profili funzionali dell'istituto dovrebbero rappresentare un primo antidoto alla possibilità di abusi da parte dell'amministrazione. Ma anche i profili strutturali (ossia il contenuto essenzialmente unilaterale della promessa formulata dall'impresa sottoposta a indagine) dovrebbero scongiurare rischi di eccessi dalla parte pubblica. E su questa linea si è attestato, come detto, anche l'avvocato generale nel giudizio di appello della causa Alrosa, per il quale il principio va applicato in modo diversificato: per il proponente il rispetto del principio si deve presumere, trattandosi di impegni volontari: "*dovrebbero, pertanto, sussistere circostanze eccezionali per presumere che una decisione della Commissione, che si basa su impegni assunti volontariamente da parte dei soggetti interessati, non sia compatibile con il principio della proporzionalità*"[109]. E proprio tali eccezionali circostanze potrebbero giustificare, come detto, l'impugnativa dell'accordo da parte del proponente.

Per i terzi, invece, non c'è dubbio che il principio di proporzionalità debba essere rigorosamente rispettato, con la precisazione che la Commissione (o l'autorità) deve prendere in considerazione solo le alternative che siano manifestamente idonee al rag-

108 Tribunale di primo grado cit., richiamata anche in Tar Lazio, n. 5005/09 cit.

109 Conclusioni dell'avvocato generale Kokott in C 202/06, § 69 (la causa riguardava un'autorizzazione in materia di concentrazioni).

giungimento dello scopo prefissato, che non ne eccedano l'ambito o non sacrifichino le posizioni dei terzi oltre ciò che appare strettamente necessario e in ogni caso che non presuppongano attività cognitive eccessivamente complesse.

5.4. *Interpretazione degli impegni*

Resta da accennare alla questione dell'interpretazione degli impegni, che appare preliminare a quella sulla valutazione del corretto adempimento.

In linea teorica, sono possibili approcci molto diversi alla questione, che è certamente rilevante, atteso che ogni documento scritto può far sorgere dubbi interpretativi, che vanno sciolti ricorrendo alle regole che l'ordinamento offre per le varie fattispecie. Diverse sono infatti, come noto, le norme che presidiano l'attività esegetica di un testo normativo, di un testamento (quale atto unilaterale negoziale), di un contratto (quale atto bilaterale, nel quale va innanzitutto ricercata la volontà comune delle parti) o di un provvedimento amministrativo[110].

Se la proposta di impegni è atto unilaterale del privato, atto a lui solo ascrivibile, l'atto di accettazione è atto amministrativo in senso stretto, di approvazione del programma esecutivo proposto dal privato, secondo una valutazione discrezionale degli interessi coinvolti. Ciò detto, può sorgere questione circa l'esatta portata degli impegni accettati, per diversità di vedute tra il proponente e l'autorità (o anche per le lamentele dei terzi in qualche modo interessati dagli impegni accettati)[111]. In tal caso, si deve dare prevalenza alla volontà del privato che gli impegni ha proposto, cercando di ricostruire la sua volontà storica al momento della presentazione, oppure la prevalenza deve essere accordata all'atto di accettazione, ricostruendo perciò il contenuto degli impegni oggettivamente desumibile dal documento presentato dal soggetto privato, sulla cui base l'autorità ha fondato il proprio giudizio di accettazione? Oppure andrà ricercata la volontà comune delle parti, usando i criteri interpretativi a ciò offerti dal codice civile in materia di contratti (art. 1362 ss.)?

---

110 Per ogni approfondimento sul tema si rinvia in generale a E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici,* Milano, Giuffrè, 1949, G. TARELLO, *L'intepretazione della legge,* in *Trattato di diritto civile e commerciale,* a cura di Cicu e Messineo, Milano, Giuffrè, 1980, *passim* e R. GUASTINI, *Problemi di teoria del diritto* (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1980; sull'interpretazione degli atti negoziali cfr. ancora F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, cit.,* in particolare p. 226 e ss., G. ALPA, *L'interpretazione del contratto,* Milano, Giuffrè, 1983 e N. IRTI, *Testo e contesto,* Padova, Cedam, 1996 (si veda in partic. p. 131 e ss.); sull'interpretazione dei provvedimenti amministrativi cfr. invece M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione,* Milano, Giuffrè, 1939 e R. LASCHENA, *Interpretazione dell'atto amministrativo,* in *Enc. Giur.,* Vol. XVII, Roma, 1989.

111 Per un esempio, cfr. A357C, *Vodafone/British Telecom*, provv. n. 20342 del 19 ottobre 2009, cit., p. 5 ss..

Questa, come anticipato, sembra la soluzione preferibile, con la conseguenza che ogni documento (comprese lettere, fax, mail, verbali di audizione ecc.) potrà essere utile a ricostruire la volontà delle parti, sulla cui base l'accordo è stato perfezionato.

Tuttavia, rispetto ad un normale contratto o accordo bilaterale, l'istituto in esame si caratterizza per il fatto che, almeno in prima (ma perspicua) fase, la valutazione sul corretto adempimento degli impegni, e dunque la loro interpretazione, è rimessa ad una delle parti in causa, ossia l'autorità, che in tale valutazione dovrebbe essere guidata dall'apprezzamento degli interessi pubblici coinvolti. Del resto, come si è visto in precedenza, l'amministrazione può sempre riconsiderare la situazione obiettiva, riaprendo il procedimento a seguito di un giudizio di inadeguatezza degli impegni rispetto a fatti sopravvenuti. Tale potere evidenzia certo l'autonomia e la discrezionalità di tali valutazioni, ma non autorizza l'estensione indebita, *ex post,* delle condotte obbligatorie del privato, al di là di ciò che era oggettivamente contenuto nell'atto di impegni presentato. Le due ipotesi devono infatti rimanere ben distinte, essendo diversa anche la relativa disciplina, atteso che l'inadempimento (o inottemperanza) è fatto colpito da autonoma sanzione amministrativa; sanzione che allora presuppone, secondo i principi generali dell'illecito amministrativo, una condotta dolosa o colposa, rispetto all'esecuzione del programma di attività consacrato negli impegni.

In definitiva, all'autorità è rimessa, in prima battuta, la valutazione del contenuto degli impegni e dunque il giudizio di inadempimento; ma in tale valutazione essa non può andare oltre ciò che ragionevolmente e obiettivamente potrebbe pretendersi in base alla ricerca della volontà comune delle due parti, da accertare applicando i normali criteri ermeneutici previsti dagli articoli 1362 e ss, c.c..

Occorre, infine, ricordare che la fattispecie ha natura di accordo *in executivis,* inteso a specificare le modalità da seguire per il raggiungimento delle finalità (ripristinatorie) stabilite dalla norma. In conseguenza, il criterio di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.)[112] assume qui un valore particolare, dal momento che dovrebbe richiedere un'attività di vigilanza che non si attesti su una verifica solo formale della corrispondenza tra attività posta in essere dall'impresa e programma di azione approvato; l'amministrazione, nel verificare l'osservanza degli impegni, dovrebbe cioè prestare ampia attenzione alla finalità di rendere nuovamente funzionale il meccanismo concorrenziale. In altri termini, secondo questa interpretazione, non dovrebbero essere considerati come inadempimenti le iniziative assunte dall'impresa (magari non previste o difformi dagli impegni accettati) che siano comunque direttamente funzionali al perseguimento di tali obiettivi.

112 Sul quale v. ancora E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici, cit.,* in partic. p. 386 ss e, sotto una prospettiva parzialmente diversa, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* vol. I, Milano, Giuffrè, 1966, p. 39 ss., che assegna a tale norma una funzione di parametro di controllo, prima che di integrazione, della corretta esecuzione delle obbligazioni contrattuali.

Ovviamente, in base al principio di buona fede, sarà onere dell'impresa di comunicare, preventivamente, all'autorità le attività non programmate che intende porre in essere, spiegandone le ragioni. Ciò dimostra che anche in sede di esecuzione, in principio, si dovrebbe realizzare un confronto costante tra la parte pubblica e quella privata, al fine di operare gli opportuni adattamenti alle attività programmate.

6. *Efficacia degli impegni riguardo ai terzi e problemi di tutela giurisdizionale*

6.1. *Cenni alla natura multipolare della normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori*

Il tema dei terzi in relazione agli impegni è particolarmente delicato e solleva numerosi e complessi problemi. Per inquadrare correttamente la questione, conviene anzitutto ricordare che la normativa a tutela della concorrenza ha natura multipolare[113].

Semplificando al massimo, si deve ricordare che la norma multipolare consiste di precetti legislativi – o di natura amministrativa, emanati sulla base di legge – che, stabiliscono un determinato equilibrio tra situazioni giuridiche private, imponendo ai termini soggettivi del rapporto stesso (e in particolare al destinatario del provvedimento) di non alterarne gli aspetti strutturali; d'altro canto, tali norme impongono all'amministrazione di assumere la tutela di tale relazione come uno dei criteri in base al quale determinare il contenuto della decisione: il provvedimento che sarà emanato dovrà essere inteso alla tutela dell'interesse pubblico, ma anche al rispetto del rapporto privato (dovrà cioè anche tutelare il diritto del terzo) o, correlativamente, nel caso di interventi di natura repressiva, dovrà anche assicurare che il medesimo venga ripristinato nella sua originaria consistenza[114].

Con particolare riferimento alla normativa a tutela della concorrenza (al pari di quella in materia di pratiche commerciali scorrette), si deve osservare che essa protegge un valore di rilievo pubblicistico attraverso la previsione di poteri amministrativo di vigilanza (cautelari, inibitori e ripristinatori). Tale valore però fonda anche situazioni giuridiche nei confronti dell'amministrazione in capo a soggetti diversi dal destinatario del potere amministrativo (ad es. un concorrente o una categoria di consumatori). Nel contempo, tale normativa stabilisce un determinato equilibrio tra soggetti privati; equili-

113 Per tutti, M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. Chiti e G. Greco, parte speciale, t. 2, Milano, 2007, 848 ss.

114 Per approfondimenti sui temi trattati nel presente paragrafo si veda L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Torino, 2005, *passim*.

brio che, se violato da un'impresa (es. per abuso di posizione dominante), può dar luogo a rimedi di tipo civilistico (es. art. 33, l. n. 287 del 1990)[115].

Il terzo, in altri termini, ha un interesse legittimo a che l'amministrazione, nel provvedere a tutela della concorrenza, protegga anche la sua posizione; con l'avvertenza che questo interesse sussiste solo in relazione ai provvedimenti di carattere inibitorio e non già per quelli che comminano solo sanzioni pecuniarie[116]. Il terzo può altresì far valere il suo diritto a che il destinatario del provvedimento non violi la norma multipolare (ossia i principi del mercato concorrenziale), arrecandogli un pregiudizio.

Questa ricostruzione – che evidenza una significativa sovrapposizione tra interessi pubblici e privati – consente di comprendere le ragioni per cui i terzi possono assumere un rilievo assai importante in queste vicende, ivi comprese quelle che si concludano – anziché con un provvedimento sanzionatorio – con l'accettazione di impegni. In particolare, i terzi possono svolgere un ruolo nella fase dell'iniziativa procedimentale, nella fase istruttoria e, infine, in quella di vigilanza sull'esecuzione degli impegni.

6.2. *I terzi in relazione agli impegni*

A prescindere dall'iniziativa[117], conviene soffermarsi sulle ultime due fasi. Quanto alla fase istruttoria, si deve tenere presente che, in materia di concorrenza, in caso di presentazione degli impegni, l'autorità è tenuta ad informare tutte le parti del procedimento, compresi i terzi eventualmente intervenuti, e a raccoglierne le opinioni, così come deve sentire anche i contro-interessati pure se non siano parti del procedimento. In sostanza, prima di decidere sull'accettazione, l'amministrazione deve eseguire una consultazione pubblica sulla proposta di impegni. Questo adempimento, non è invece previsto in materia di pratiche commerciali scorrette; il che sembra però inaccettabile, nella logica di trasparenza dell'azione amministrativa, a maggior ragione vista la natura multipolare delle norme in gioco.

In ogni caso, la consultazione dei terzi è fondamentale perché le loro opinioni possono offrire elementi importanti, a volte imprescindibili, di conoscenza e possono anche indurre il proponente ad una parziale modifica o integrazione degli impegni. Sicché l'omissione di questa fase vizia, a nostro avviso, il procedimento. D'altro canto, i terzi,

115 Per maggiori approfondimenti in argomento si rinvia ancora a L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, cit., 77 ss.

116 Sul che cfr. più diffusamente L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, cit., 90 ss.

117 E' certo infatti che i terzi che si assumono lesi da un comportamento anticoncorrenziale o da una pratica commerciale scorretta possano segnalare il fatto all'autorità chiedendo l'apertura di un procedimento sanzionatorio. In questi casi, la denuncia del terzo – attesa la natura multipolare della normativa a tutela della concorrenza – assume un valore del tutto particolare. Infatti, l'amministrazione è tenuta non solo a valutare la denuncia (c.d. denuncia qualificata), ma anche a pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti previsti per l'avvio del procedimento sanzionatorio, dandone ragione al segnalante.

nel corso del procedimento, possono rendere rilevante la loro posizione, evidenziando eventuali pregiudizi che l'esecuzione degli impegni accettati potrebbe arrecare alla loro sfera giuridica. Resta ovviamente fermo che la decisione di accettare o meno gli impegni è scelta discrezionale dell'amministrazione, da condurre in base al proprio apprezzamento dell'interesse pubblico, con l'onere di motivare in ordine alle opinioni raccolte nel corso della consultazione pubblica.

Quel che conta è che i contributi partecipativi del terzo – in specie quando abbiano ad oggetto la lesione subita a causa della condotta tenuta dal destinatario del provvedimento – possono essere determinanti ai fini della decisione di accettare gli impegni. In termini più precisi, in questi casi la partecipazione comporta che alla lesione subita dal terzo venga attribuita una specifica rilevanza nel corso del procedimento; con la conseguenza che la decisione di accettazione deve essere considerata come emessa, oltre che nell'interesse pubblico, anche a tutela della sfera giuridica del terzo. Ciò peraltro ha una serie di rilevanti conseguenze, sulle quale non è possibile soffermarsi in questa sede. Quello che però va sottolineato è che il terzo denunciante, al pari di quello che abbia partecipato al procedimento, vanta un interesse qualificato a che l'impresa che ha presentato gli impegni esegua gli stessi e ripristini quindi la propria sfera giuridica lesa dalla condotta contestata.

Questa affermazione impone però di individuare l'esatta natura dell'interesse imputato al terzo relativo all'esecuzione degli impegni. Si deve cioè stabilire se la decisione di accettazione – che rende gli impegni "obbligatori" per la parte che li ha proposti – sia suscettibile, in determinate ipotesi, di far sorgere diritti soggettivi in capo ai terzi interessati, in quanto tali attivabili innanzi al giudice dei diritti.

Se non infatti c'è dubbio che la decisione di accettazione renda giuridicamente vincolanti gli impegni per il proponente nei confronti dell'amministrazione, esponendolo al rischio di specifiche sanzioni in caso di inadempimento, non altrettanto chiara appare la loro efficacia nei confronti dei terzi (es. i concorrenti contro-interessati e i consumatori). In altri termini, può l'atto di accettazione degli impegni costituire diritti soggettivi direttamente azionabili e suscettibili di autonoma tutela in sede giurisdizionale in capo ai terzi destinatari delle condotte tradotte in impegni?

La questione è resa ancor più complicata dal fatto che, come ricordato, la Commissione ritiene che le corti nazionali debbano essere considerate competenti ad assicurare l'esecuzione degli impegni accettati, utilizzando gli strumenti giuridici previsti dai rispettivi ordinamenti[118]. Il che potrebbe indurre a ritenere che il medesimo principio valga anche a livello nazionale. Al riguardo occorre però chiarire che queste affermazioni della Commissione – che peraltro hanno sollevato perplessità in dottrina[119] – si fondano essen-

118 Commissione, MEMO/04/217 cit.

119 Es. W.P.J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations*, cit., 360.

zialmente sul principio dell'effetto diretto degli atti comunitari o sull'obbligo di collaborazione delle autorità nazionali (art. 10 del Trattato)[120]; principi questi che ovviamente non consentono di risolvere la questione con riferimento agli atti nazionali di accettazione degli impegni.

Ma al di là di questo aspetto, sembra che alla questione, sul piano nazionale, si debba dare risposta negativa.

In primo luogo, di fronte ad un orientamento non scritto (che appare tuttavia criticabile per quanto sopra osservato), ma pressoché costantemente applicato, che vede l'amministrazione condizionare di fatto l'accettazione degli impegni non solo alla loro idoneità a rimuovere i profili di antigiuridicità ipotizzati, pretendendo essa un *quid pluris*, che dovrebbe sostanziarsi nella rimozione degli effetti pregiudizievoli *medio tempore* prodotti, e dunque nella promessa di un contegno riparatorio a favore dei terzi lesi dalla condotta illecita[121], la possibilità che gli impegni contemplino condotte o prestazioni a favore di terzi non può considerarsi remota.

Tuttavia, anche laddove ciò in concreto accada, ragioni di ordine strutturale e di ordine sistematico inducono a ritenere che questa fattispecie non possa produrre in capo a questi terzi effetti diretti, suscettibili di creare posizioni di diritto soggettivo.

Sul piano strutturale, alla produzione di un tale effetto osta il fatto che i terzi non sono parti dell'accordo tra il proponente e l'amministrazione, che è (e resta) bilaterale sul piano degli effetti. Sul piano sistematico, poi, la necessità, segnalata anche dal giudice amministrativo, di evitare che attraverso l'istituto degli impegni possa essere esercitata una funzione regolatoria, sembra confermare la conclusione appena proposta. Altrimenti la creazione di diritti soggettivi direttamente azionabili in capo ai terzi postulerebbe a monte proprio l'esercizio di una potestà regolatoria, nel senso forte dell'espressione[122], idonea appunto a determinare situazioni giuridiche soggettive di diritti e obblighi in capo ai soggetti destinatari del provvedimento di regolazione.

In definitiva, sembra corretto ritenere che i terzi che abbiano partecipato al procedimento con la finalità di ottenere tutela della propria sfera giuridica non possano agire innanzi al giudice ordinario per costringere l'impresa ad eseguire correttamente gli impe-

120 Cfr. per tutti J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions under Regulation 1/2003 and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties Under European Antitrust Law*, cit., 290 e 300 ss; C.J. COOK, *Commitment Decisions: the Law and Practice Under Article 9*, cit.; J. DAVIES - M. DAS, *Private Enforcement of Commission Commitment Decisions*, cit., 199 ss.

121 Tra i tanti, cfr. in questo senso provv n. 19352, in Boll. n. 49/08; provv. n. 20130, in Boll. n. 29/09; provv. n. 20158, in Boll. n. 30/09; provv. n. 20351, in Boll. n. 39/09.

122 Si rimanda per ogni approfondimento a L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità,* Torino, 2002, in partic. p. 127 ss.

gni[123]. Essi sono però titolari di un interesse qualificato a sollecitare l'amministrazione ad esercitare i poteri di vigilanza previsti in caso di inottemperanza agli impegni assunti[124].

Ci si deve ancora chiedere se i terzi, pur non disponendo di un'azione giurisdizionale diretta ad ottenere, in via esecutiva, l'adempimento degli impegni accettati, possano cionondimeno agire per il risarcimento dei danni derivanti dalla loro mancata esecuzione e se, a tal fine, il giudice ordinario possa procedere, con un accertamento incidentale, a verificare se essi siano stati correttamente adempiuti. Anche questa domanda merita una risposta negativa. Infatti, i terzi possono agire, di fronte al giudice ordinario, per ottenere il risarcimento dei danni patiti, non già specificamente per la mancata esecuzione degli impegni quanto, più in generale, in conseguenza del comportamento antigiuridico che gli impegni erano destinati a far cessare. Del resto, in ragione della marcata valenza discrezionale che connota l'atto di accettazione e dell'apprezzamento dell'interesse pubblico che esso contempla sembra preferibile lasciare alla sola autorità la valutazione conclusiva sul corretto adempimento degli impegni e sulle decisioni da assumere in caso di inadempimento.

Infine, i terzi possono senz'altro agire (nei confronti dell'impresa proponente) in sede giurisdizionale ordinaria per la tutela dei propri diritti anche in caso di accettazione degli impegni, atteso che tale decisione, come detto, lascia impregiudicato il giudizio sulla sussistenza dell'illecito. Possono altresì rivolgersi al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento della decisione di accettazione degli impegni.

6.4. *I terzi e gli impegni nei procedimenti regolatori (cenni)*

Principi in parte diversi da quelli sin qui enucleati valgono per le decisioni di accettazione di impegni nell'ambito dei procedimenti di regolazione dei mercati, secondo quanto previsto dall'art. 14 *bis* della legge 248/06, con particolare riferimento all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. In tale fattispecie, infatti, la proposta e la relativa accettazione si inseriscono, come anticipato, nell'esercizio di una diversa funziona amministrativa, intesa non già ad inibire e sanzionare comportamenti antigiuridici, ma a regolare i mercati e la sequenza procedimentale proposta – accettazione degli impegni può essere qui inquadrata nel ben noto filone della cd. *self regulation,* nella quale il soggetto regolato può anticipare l'atto eteronomo dell'autorità, offrendo comportamenti che dovrebbero rendere l'intervento regolatorio non più necessario[125].

123 Alle medesime conclusioni sembra giungere anche la dottrina americana a proposito dei *consent decrees:* cfr. al riguardo T. KAUPER, *The use of consent decrees in American Antitrust Cases,* in *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law, cit.,* p. 113.

124 Per un precedente che sembrerebbe avallare questa ricostruzione v. il caso *British Telecom/Vodafone*, di segnalazione del presunto inadempimento degli impegni presentati da Vodafone nell'ambito del procedimento A357, già sopra citato.

125 Nella dottrina italiana, per tutti G. DE MINICO, *Regole. Comando, consenso*, Torino, 2005, *passim*, con ampi riferimenti bibliografici.

In tale dinamica funzionale, è ben possibile che la fattispecie negoziale (non diversamente dal provvedimento regolatorio) possa produrre effetti giuridici diretti nei confronti dei terzi. Per tale ragione appare ancor più importante la consultazione pubblica sulla proposta, nella quale l'autorità dovrebbe anche rendere nota la bozza di provvedimento regolatorio che intendeva adottare, con l'analisi di impatto regolamentare e la propria valutazione preliminare degli impegni presentati, al fine di consentire agli interessati di precisare le proprie posizioni[126].

7. *Considerazioni conclusive*

Nel presente studio sono state analizzate alcune problematiche connesse all'istituto dell'accettazione di impegni in materia sanzionatoria, previsto da alcune norme di recente introduzione nell'ordinamento italiano.

Questo istituto è caratterizzato da una finalità marcatamente collaborativa e dall'assegnazione all'impresa sottoposta a indagini di una rilevante responsabilità nell'ambito della procedura; responsabilità che si traduce nell'onere di predisporre e proporre un programma di azioni volto a ripristinare la funzionalità del mercato (o la correttezza della propria condotta commerciale). E proprio questi due caratteri consentono di spiegare le ragioni per cui – nei tre settori analizzati – si ha una sostanziale uniformità di disciplina. Si è anche accennato al fatto che la figura degli impegni nell'ambito dei procedimenti di regolazione dei mercati presenta alcune peculiarità, dal momento che l'elemento negoziale sembra svolgere un ruolo più ampio che nei procedimenti sanzionatori.

Si comprende allora che attraverso il meccanismo degli impegni (e le sue declinazioni nei diversi procedimenti) si intende realizzare un diverso modo di amministrazione e regolazione dei mercati, stemperando il carattere unilaterale dell'attività amministrativa e rimettendo all'ambito del privato ampi spazi propositivi per individuare il modo migliore di perseguire l'interesse pubblico.

Ma questo orientamento di politica legislativa presuppone una particolare attenzione alla struttura e alla trasparenza dei procedimenti e grandi cautele nella gestione delle singole questioni. Ciò per evitare che la responsabilità riconosciuta al settore privato finisca per tradursi in pregiudizi per l'interesse pubblico, ossia per il benessere della collettività, e che l'accesso alle decisioni di accettazione degli impegni avvenga secondo linee opache, sicché appare corretto, anche nell'ottica della fase di controllo giurisdizio-

126 Per alcune ulteriori riflessioni sull'istituto degli impegni nell'ambito dei procedimenti di regolazione, cfr. F. DONATI, *Funzioni di regolazione e impegni nel settore delle comunicazioni elettroniche,* in *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust, cit.,* p. 103 ss.

nale, che le decisioni in materia di impegni, vuoi di accoglimento che di rigetto, siano debitamente motivate[127].

Da questa prospettiva, le norme commentate suscitano alcune perplessità di fondo. Se ne indicano due, a titolo di esempio.

In primo luogo, non appare opportuno rimettere alle singole autorità il compito di definire le modalità procedurali attraverso le quali si possa pervenire all'accettazione di impegni. Al di là della contorta vicenda che ha caratterizzato la regolamentazione in materia presso l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sembrerebbe preferibile affidare questo compito al Governo. Infatti è bene evitare che settori così importanti per la vita nazionale vengano sottratti all'operatività del principio democratico anche per quanto riguarda le regole procedurali. Nell'attuale disciplina è stato attribuito ad amministrazioni indipendenti dal circuito rappresentativo non solo il potere di accettare impegni presentati da imprese private su aspetti assai rilevanti della vita economica, ma anche quello di stabilire (peraltro con atti spesso di incerta natura) le forme attraverso le quali queste trattative debbano avvenire. Se poi si considera che le norme analizzate sono estremamente vaghe nella formulazione, si corre il rischio che il potere discrezionale imputato in questi casi all'amministrazione si trasformi in una situazione di autonomia; e questa circostanza suscita perplessità – è bene chiarirlo – non solo (e non tanto) per le imprese interessate, sottoposte a indagine o ad attività di regolazione, quanto per un'effettiva ed efficiente tutela dell'interesse pubblico. Ecco perché sarebbe auspicabile che, in una prospettiva *de jure condendo,* il Governo definisse con regolamento una procedura (il più possibile unitaria) che disciplini in modo dettagliato le varie fasi dell'attività istruttoria e – perché no – che definisca (per i vari settori normativi) alcuni criteri di massima cui le autorità si debbano attenere nella valutazione di adeguatezza degli impegni.

In secondo luogo, la politica legislativa seguita sin qui dal Legislatore interno sembra essere improntata ad una immotivata incompletezza. Non si comprendono infatti le ragioni per cui analoghe norme (con i necessari adattamenti) non siano state previste, per fare solo un esempio, per i procedimenti amministrativi di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas; mercati, questi, che certamente rivestono valore strategico nell'economia nazionale e che parimenti necessiterebbero di una maggiore flessibilità, tanto nella politica di *enforcement* che nell'assetto regolatorio, con un più ampio spazio per le dinamiche cooperative e partecipative. Questa disciplina a macchia di leopardo fa sorgere il dubbio che il Legislatore non abbia adeguatamente ponderato le sue scelte, all'atto dell'adozione delle norme introduttive, lasciandosi condizionare forse da esigenze contingenti. E allora, se non altro per ragioni sistematiche, sarebbe auspicabile un nuovo e razionale intervento legislativo in materia.

127 E la prassi dell'autorità su questo punto, specie in relazione alle decisioni di rigetto, appare al momento carente.