

EFICACIA, EFICIENCIA Y EQUIDAD EN LAS REGULACIONES

por ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo. II. Eficiencia, eficacia y equidad. III. Legislación de los Estados Unidos. IV. Derecho positivo argentino. a) Eficiencia. a.1) La Convención Interamericana contra la Corrupción. a.2) Otra normativa. V. La cuestión de la equidad de cara a la eficacia y a la eficiencia. VI. Reflexiones finales.

I. Planteo¹

Las nociones de eficacia y de eficiencia nos resultan familiares: “eficacia” es exitosa obtención del logro tenido en mira; “eficiencia” implicaría costos y beneficios, desventajas y ventajas, pérdidas y utilidades, inconveniencia y comodidad, en fin, economicidad en la obtención de ese logro. A su vez, como la vida suele ser acción, y acción es decisión, y decisión es elegir entre infinitas opciones, ambos términos constituyen, indudablemente, factores a tomar en cuenta cuando se decide. En efecto: cuando se adopta un curso de acción no sólo se tienen en mente las posibilidades de eficacia o éxito, sino también los costos y beneficios involucrados, es decir, el grado de eficiencia. Si, en ese escenario, la decisión se relaciona con un servicio público –de aquellos

¹ Este trabajo se basa en la exposición sobre *Servicios públicos y tarifas: Eficacia, eficiencia y equidad*, efectuada en el Primer Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal, *El Derecho Administrativo en el Estado constitucional social de Derecho*, Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Dr. Julio Conte Grand, procurador general), 4-6-2013.

calificados tales por ley, prestados por licenciatarias o concesionarias de tal clase de servicio— la escena adquiere mayor interés si de la concreción de ambos objetivos se trata. Y si sumamos consideraciones éticas en ambos renglones, la riqueza de perspectiva será incluso mayor.

Ciertamente, la eficiencia o eficacia pueden predicarse de la prestación de un servicio público. También podemos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de un ente regulador de ese servicio público. Incluso podríamos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de las regulaciones mismas, sean de índole económica o no económica. Y, con ánimo de no limitarnos a la frialdad del objetivo cumplido, o a la medición de los costos involucrados, podríamos incluso efectuar consideraciones del plano de la justicia, presente, intergeneracional, involucrada en esas apreciaciones de eficacia y de eficiencia: los horizontes del marco de estudio parecerían infinitos.

Lo dicho posee su relevancia en el campo de los servicios públicos pues, los preste un particular o el Estado mismo, parecería claro que éstos deberían concretarse con éxito o eficacia, y al menor costo, es decir, con eficiencia, pero sin olvidar el renglón humano involucrado, que a veces requiere soluciones de equidad, incluso —o más aún— en épocas de emergencia como la declarada por la ley 25.561 en enero de 2002, que continúa vigente al día de hoy. De igual modo, posee relevancia en punto a las regulaciones que recaen sobre ese servicio público.

Veamos cuál es la experiencia en la materia. A tal fin, repasaremos en forma muy sintética algunas cuestiones conceptuales (Sección II), sus manifestaciones en un ordenamiento foráneo, así como en el argentino (Secciones III y IV), intentando el encuadre de una noción de regulación —en la especie, económica— que vele por la equidad (Sección V) a fin de formular las reflexiones finales pertinentes (Sección VI).

II. Eficiencia, eficacia y equidad

Desde el punto de vista de la economía moderna², el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de *eficiencia*. Ese

² Puede verse PEARCE, David W. (ed.), *The MIT Dictionary of Modern Economics*, 4th ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 83.

análisis, a su vez, puede servir como “esquema conceptual para la evaluación de proyectos públicos o privados”³. Originario del campo de los proyectos, esa clase de estudio se emplea para analizar decisiones, por lo que se habla de “costos y beneficios” de una decisión, emane ésta del sector privado o del sector público, sea la misma de contenido económico-patrimonial, o de contenido no económico o no patrimonial.

Cuando la decisión económica mora en el ámbito público o emana de él como decisión de índole regulatoria, irradiando efectos generales, a modo de reglamentación, los costos pueden ser medidos por medio de estudios econométricos que relacionan las funciones de producción y costos, por evaluaciones de gastos para medir cuánto le cuesta a la firma cumplir con la medida, por enfoques de ingeniería que miden el costo marginal de la nueva tecnología requerida, por estudios de productividad en presencia y en ausencia de la medida, y por modelos de equilibrio general que analizan cómo reacciona un mercado perfectamente competitivo ante la regulación⁴. Por otro lado, los beneficios son más difíciles de medir, razón por la cual se suelen recabar opiniones sobre cuánto se pagaría por los cambios regulatorios propuestos, o se infiere, del estudio de comportamientos, el monto realmente sufragado⁵ a lo largo del tiempo.

Que el análisis de costo-beneficio tome en cuenta los costos –estrictamente, todos los costos– y los beneficios implica, inevitablemente, relacionarlo con la noción de *eficiencia*⁶. Ello pues, cuando se tiene en

³ PEARCE, *The MIT Dictionary...* cit., p. 83. Para este empleo del análisis que nos ocupa, en el ámbito nacional, por aplicación del art. III, inc. 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.759, en el ámbito de las contrataciones estatales, véase GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. I, ps. XVI-15/17.

⁴ GUASCH, J. Luis y HAHN, Robert W., *The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries*, en *The World Bank Research Observer*, The World Bank, Washington DC, vol. 14, N° 1, febrero de 1999, ps. 137/158, esp. ps. 139/140.

⁵ GUASCH et ál., *The Costs...* cit., p. 140.

⁶ Así lo expusimos en nuestro *Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio)*, en SCHEIBLER, Guillermo (coord.), *El Derecho Administrativo de la emergencia*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, t. IV, ps. 111/140. Ampliar, con provecho, en la excelente tesina publicada de MASSIMINO, Leonardo F., *Un aporte desde la Ley nacional de Procedimientos Administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en*

cuenta la eficiencia de la decisión, se comparan medios y fines; se afirma, de manera intuitiva, que un medio es eficiente cuando sirve para alcanzar un fin determinado, al menor costo, con la menor cantidad posible de recursos *-input-* para obtener una determinada cantidad de producto o *output*⁷, con lo que la eficiencia de una operación económica reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que importa el menor costo⁸ o gasto. Desde el punto de vista de la eficiencia, entonces, aquella decisión tomada previo análisis de costo-beneficio, que irrogue el menor costo, será eficiente⁹. De allí que el análisis de costo-beneficio sea “esencial para evaluar la eficiencia de una regulación”¹⁰. Cuando esa regulación es de contenido económico, se medirán, al menos, sus costos económicos, sin perjuicio de otros, como ser, los costos sociales. Considérense, a modo de ejemplo, los beneficios y costos de crear un nuevo recurso tributario, y sus efectos sobre la recaudación, en el corto y en el largo plazo, y en el plano de la sociedad en general.

Todo ello, por cierto, es muy distinto de lo que se llama análisis de la *eficacia*¹¹ de una decisión, decisión regulatoria económica en la especie. Una decisión –y una regulación la trae implicada– es eficaz cuando sirve al propósito para el cual estaba enderezada; se trata de la

especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas), en *Derecho Administrativo Austral*, Universidad Austral, Buenos Aires, vol. 1, ps. 193/335.

⁷ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente*, Buenos Aires, 1999, ps. 48 y 66, nota 1; BEKER, Víctor A. y MOCHÓN, Francisco, *Economía*, 1ª ed. en español, McGraw-Hill, Madrid, 1994, p. 64; SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Economics*, 15th ed., McGraw-Hill, New York, 1995, p. 31.

⁸ VALSECCHI, Francisco, *¿Qué es la economía?*, 20ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1996, p. 20.

⁹ Para las distintas clases de eficiencia, me permito remitir a *Eficiencia y tarifas (con especial referencia al factor X)*, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 36/38, Depalma, Buenos Aires, enero-diciembre de 2001, ps. 173/202.

¹⁰ BUSTAMANTE, Jorge E., *Desregulación. Entre el Derecho y la economía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 17, si bien en relación con el gasto público.

¹¹ Sobre las diferencias entre ambos términos véase CASSAGNE, Juan Carlos, *Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización*, en L. L. 2002-B-855/871, esp. p. 856.

verificación del resultado tenido en cuenta al decidir¹². A modo de ejemplo, la política a veces aparece como pura eficacia: no en vano se ha afirmado, por ejemplo, que “la política es el arte de lo posible”¹³. La necesidad parece generar pura eficacia: todo, todo se lleva adelante para sobrellevar la necesidad haciéndose caso omiso, llegado el caso, de lo que diga el Derecho, y todo puede hallar justificación en la necesidad, para arribarse, por ejemplo, a la llamada “razón de estado” sobre la que enseñara Maquiavelo¹⁴. Los tratados internacionales suelen incluir una cláusula de necesidad armónica con el principio de eficacia¹⁵. Ya en el plano normativo, Kelsen consideraba que “una norma es eficaz si es verdaderamente acatada por la población relevante en general”¹⁶. De su parte, el ejercicio de la competencia, por parte del órgano, posee un fuerte componente de eficiencia, y las normas vigentes lo reflejan¹⁷, pero también posee un componente de eficacia pues su ejercicio es obligatorio¹⁸. Asimismo, la doctrina tradicional italiana se exploya sobre los actos de alcance general, emanados del Poder Ejecutivo, los cuales tienen “eficacia” de ley formal¹⁹.

La evaluación del éxito de una medida –eficacia– ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma²⁰.

¹² Ello fue explicado en *Eficiencia...* cit., ps. 173 y ss.

¹³ “Die Politik ist die Lehre vom Möglichen”, expresión formulada por Otto von Bismarck en una entrevista el 11-8-1867 ante Friedrich Meyer von Waldeck, del diario *St. Petersburgische Zeitung*, reproducida en HEINRICH POSCHINGER, Ritter von, *Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews*, Deutsche Verlags-Anstalt, 1895-99, Stuttgart, vol. 1, p. 248.

¹⁴ Sobre el desarrollo histórico de la noción de necesidad, y su vinculación con la eficacia, puede verse DESIERO, Diane A., *Necessity and National Emergency Clauses*, Martinus Nijhoff, Leiden, Países Bajos, 2012, ps. 81 y ss.

¹⁵ DESIERTO, *Necessity...* cit., p. 119.

¹⁶ KELSEN, *Teoría general*, 42.

¹⁷ Ver decreto 333/85, art. 4.3.3: “Las actuaciones que acompañen el proyecto podrán contener una síntesis realizada sobre la base de los siguientes lineamientos [...] c) Objetivos, finalidades o propósitos que se persiguen a través de la iniciativa. d) Resultado que se espera obtener con la aplicación de la norma que se propone. e) Costo que insumiría la medida propiciada...”

¹⁸ Art. 3º, LPA.

¹⁹ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. de la 3ª ed. it. por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 31 e índice en p. 363.

²⁰ Para un ejemplo de exigencia de eficacia de la contratación –art. II, inc. 2º,

Se trata, entonces, de dos conceptos diversos, uno enderezado a la verificación de un resultado, y el otro, dirigido a evaluar costos involucrados en la obtención del resultado.

Por último, las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana: la *equidad*, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia²¹, o la justicia del caso en concreto²².

La equidad deviene un componente clave al apreciar una regulación. Ello se explicaría, sucintamente, así: (i) el Derecho puede ser concebido como un coordinador o regulador de conductas: incluso como un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común²³; (ii) para asegurar un Derecho orientado al bien común, una regulación estatal debería ser eficaz –se logra el objetivo–, eficiente –siempre parecería más eficiente una regulación que la mera costumbre pues “la formación de costumbre es un método tosco para generar soluciones autoritativas a los problemas de coordinación”²⁴–, pero, además, esa regulación estatal debería ser equitativa, es

ley 24.759– véase la resolución 12/02 (B. O. del 2-5-2002) para el Sistema Nacional de Medios Públicos (Sociedad del Estado), por cuyo art. 1º se resuelve: “establecer con carácter previo a efectuar toda contratación de bienes y servicios, la obligación de las gerencias respectivas, de emitir un dictamen sobre la equidad y la eficacia de tales contrataciones con relación a los fines perseguidos por esta Sociedad del Estado”.

²¹ Conf. SMITH, Patricia (ed.), *The Nature and Process of Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 759.

²² Es ineludible la lectura de ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* (vers. esp. e introd. de Antonio Gómez Robledo), 19ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 71: “...Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado”. Asimismo, para el tema específico de estos párrafos, me permito remitir a *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, ps. 148/181, y citas allí efectuadas.

²³ Sobre el Derecho –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones– como conjunto de reglas e instituciones dirigidas a razonablemente resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 153, o p. 276 de la 2ª ed.; ZAMBRANO, Pilar, *El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis*, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 4, 2010, ps. 323/366, esp. p. 346.

²⁴ FINNIS, *Natural Law and Natural Rights...* cit., p. 245.

decir, debería velar por evitar las sobregeneralizaciones injustas; (iii) si el Derecho, en palabras de Cotta, se da en el plano de la realización coexistencial del hombre²⁵, las regulaciones estatales tendrían que operar teniendo en cuenta esa realización coexistencial, que lleva, naturalmente, a efectuar, en el plano regulatorio, consideraciones que incluyan el componente de equidad o de corrección de la ciega sobregeneralización.

Veamos ahora lo relativo a estas nociones en dos ordenamientos –uno extranjero, el otro argentino– en el campo del Derecho Público, para efectuar algunas acotaciones sobre su faz operativa y sus relaciones con los requerimientos de equidad, en especial en el campo de las regulaciones.

III. Legislación de los Estados Unidos

En los Estados Unidos, el análisis costo-beneficio –es decir, el análisis de la eficiencia– frente a las medidas que puede adoptar la Administración es un deber jurídico²⁶ generalizado en el ámbito administrativo.

Entre otras, las medidas que exigen ese análisis son éstas: Executive Order 12.291²⁷, por la cual todas las regulaciones deben aprobar una prueba de C/B; Executive Order 12.498²⁸, que requiere que las *agencias* envíen un plan anual regulatorio y que les exige que adhieran a los principios de C/B; Executive Order 12.866²⁹, por la cual expresamente se exige que las *agencias* incluyan la mensura cualitativa de los C/B.

²⁵ Ampliar en ZAMBRANO, *El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis* cit., p. 330: “La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el ‘querer obrar’ es el bien conocido: cada vez que obramos buscamos o apetecemos realizar algo que se nos representa como bueno”.

²⁶ Ampliar en HAHN, Robert W. y SUNSTEIN, Cass R., *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*, Working Paper 02-4, AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, s/l, 2002, y en TAWIL, Guido S., *Racionalidad y formas en el Derecho Administrativo*, en L. L. 2013-B-1/4.

²⁷ 3 Code of Federal Regulations 127 (1982).

²⁸ 3 Code of Federal Regulations 323 (1986).

²⁹ 3 Code of Federal Regulations 638, 639 (1994).

Ahora, en la órbita del Poder Ejecutivo también se vela por la eficacia de sus decisiones en tiempos de emergencia. Así, consideremos estas antiguas órdenes ejecutivas del gobierno de Kennedy: OE 10.990, permitiéndole al gobierno asumir todos los medios de transporte y el control de autopistas y puertos de ultramar; OE 10.995, permitiéndole al gobierno tomar y dominar medios de comunicación; OE 10.997, permitiéndole al gobierno tomar las generadoras eléctricas, productoras de gas y petróleo, refinerías, establecimientos mineros; OE 10.998, permitiéndole ocupar plantas de alimentos y granjas; OE 11.000, permitiéndole al gobierno movilizar a los civiles en brigadas bajo supervisión oficial; OE 11.001, permitiéndole al gobierno asumir funciones en salud, educación y bienestar; OE 11.002, estableciendo que el correo general operará un registro nacional de todas las personas; OE 11.003, permitiéndole al gobierno tomar aeropuertos, aeronaves e incluso aeronaves comerciales; OE 11.005, permitiéndole al gobierno tomar ferrocarriles, vías fluviales y depósitos fiscales; OE 11.051 fijando las competencias de la Oficina de Planeamiento de Emergencia y autorizándola a hacer cumplir las órdenes ejecutivas en épocas de escalada de la tensión internacional o de crisis económica o financiera. Asimismo, de Lyndon Johnson, OE 11.310, autorizando al Ministerio de Justicia a llevar adelante planes establecidos por el Poder Ejecutivo para instituir apoyo industrial, establecer vinculaciones entre el Legislativo y el Judicial, controlar a todos los extranjeros, operar las instituciones penales y correccionales, y aconsejar y asistir al presidente. Es claro que todas ellas se vinculan a poderes de emergencia de guerra. No se vinculan a poderes de emergencia económica.

En cuanto al Poder Legislativo, existió un primer intento –en 1982– de implantar el análisis de costo-beneficio –o análisis de eficiencia– por ley.

Si bien la iniciativa tuvo éxito en el Senado, fracasó en la Cámara de Diputados, por lo que el respectivo proyecto de ley no prosperó³⁰. Sin embargo, al nivel sectorial, se prevé el análisis de costo-beneficio en la legislación aplicable a decisiones de las *agencias*³¹ –es decir, los órganos

³⁰ HAHN et ál., *A new...* cit., p. 15.

³¹ Unfunded Mandates Reform Act, de 1995, por la cual la *agency* debe elegir la “alternativa menos costosa, más efectiva desde el punto de vista de los costos, o menos gravosa”, salvo que el responsable de aquella pueda fundar la no adopción de esa alternativa.

y entes de la administración–, y en la relativa a la alimentación³², agua apta para el consumo³³, telecomunicaciones³⁴, entre otras. En cuanto a la eficacia, la medición de la efectividad de las leyes es medida por la GAO –Government Accounting Office, suerte de Auditoría General– que controla la eficacia de las leyes en materia de recursos tributarios, o leyes migratorias, entre otros supuestos.

La legislación también prevé la equidad en las regulaciones. Así, por ejemplo, bajo el título 18 del Código Federal de Regulaciones (CFR), las regulaciones de la Federal Energy Regulatory Commission³⁵ estadounidense velan por dos importantes aspectos: (i) por que las tarifas de los transportistas de gas –actividad por demás regulada dado el monopolio natural involucrado y en interés del público usuario– sean “justas y equitativas” (*fair and equitable*)³⁶, y (ii) por que se “proteja a los clientes y participantes del mercado por medio de la supervisión de los cambiantes mercados de energía, incluyendo la mitigación del poder de mercado y el aseguramiento de resultados, de mercado, justos y equitativos (*fair and just*) para todos los participantes”.

IV. Derecho positivo argentino

Diversas normas positivas indican la preocupación del legislador argentino por los componentes de eficacia, eficiencia y equidad en las regulaciones. Veamos:

a) *Eficiencia*

En el ámbito de ciertas contrataciones del Estado, en nuestro país, la introducción oficial del análisis de costo-beneficio en tanto herramienta que permite la determinación de la eficiencia de una medida se

³² Food Quality Protection Act, de 1996.

³³ Safe Drinking Water Act Amendment, de 1996.

³⁴ Biennial Review Provision of the Telecommunications Act, de 1996.

³⁵ La FERC es una comisión reguladora independiente que recibe competencias de una serie de leyes: Natural Gas Act, de 1938; Natural Gas Policy Act de 1978; Outer Continental Shelf Lands Act, Natural Gas Wellhead Decontrol Act de 1989; y la Energy Policy Act de 1992.

³⁶ 18 CFR 284.123, Rates and charges.

operó con la ley 24.759, de aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, sancionada en 1996. Ello, en pos de la eficacia en la lucha contra la corrupción. Debe destacarse, a todo evento, que esa consagración se realiza de forma elíptica pues la norma no alude expresamente a medir la eficiencia de las decisiones sino a velar por la eficiencia, en pos de cierta eficacia en esa lucha. Veamos:

a.1) *La Convención Interamericana contra la Corrupción*

El artículo III, inciso 5° de dicha Convención –sobre la cual se ha explyado Gordillo detalladamente³⁷– establece que:

...[L]os Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas [...] destinadas a crear, mantener y fortalecer [...] 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la [...] *eficiencia* de tales sistemas³⁸ (el destacado no es del original).

Tal disposición legal aparece como de índole preventiva, y es establecida teniendo en cuenta los fines consagrados en el artículo II de la Convención, tales los de:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la *eficacia* de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción... (el destacado no es del original).

Tres derivaciones pueden inferirse de estas dos transcripciones.

En primer lugar, la norma –en tanto instrumento para la obtención de decisiones eficientes– es aplicable no sólo a las contrataciones de funcionarios públicos, sino también a la adquisición de bienes y servicios

³⁷ GORDILLO, *Tratado...* cit., t. I, ps. XVI-15/17.

³⁸ Además del art. III, inc. 5° de la Convención aprobada por ley 24.759, del que da cuenta GORDILLO, *Tratado...* cit., en nota anterior, véanse las leyes 23.696, art. 69 sobre privatización de servicios, y 23.697, arts. 43, 44, 56, 84; decreto 1023/2001, arts. 3° inc. a, y 9°; decreto 992/2001, art. 12 y cl. 1 del modelo de contrato para el sistema de administración de Unidad Ejecutora de Programa, en lo referido a decisiones eficientes.

por parte del Estado. Por ende, trae implícito el análisis costo-beneficio pues las medidas o decisiones –en el caso, contrataciones– pueden ser consideradas eficientes en tanto sean adoptadas al menor costo y los costos se ponderan con relación a los beneficios. En otras palabras, como vimos en la Sección II –al referirnos al análisis costo-beneficio, a la eficiencia y a la eficacia–, la decisión adoptada con previo análisis de costos y beneficios será eficiente³⁹; por ende, el objetivo de eficiencia establecido en la ley puede ser interpretado en el sentido de conllevar tal clase de análisis. También conlleva un análisis de eficiencia, de cara a la lucha contra la corrupción que se persigue mediante esa Convención.

En segundo lugar, estos objetivos de eficiencia y eficacia alcanzan contrataciones de funcionarios públicos –verbigracia, contrato de empleo público– así como adquisiciones de bienes (contratos de suministro) y servicios (una consultoría, servicios para proveer servicios a terceros).

Así las cosas, y en tercer lugar, si alcanzan a las contrataciones que efectúe la empresa estatal para prestar un servicio público, ¿alcanzarán también a los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos? A fin de brindar respuesta a este interrogante, es menester escudriñar la definición de “funcionario público” del artículo 2.a, de la Convención del acápite. Veamos:

Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el Capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

³⁹ BUSTAMANTE, *Desregulación...* cit., p. 17.

La clase: “toda otra persona [...] que presente un servicio público” requiere, para su operatividad, según la norma transcrita, de dos recaudos previos, uno objetivo y otro subjetivo: “definición” y “aplicación”. Entendemos que una concesionaria o licenciataria de servicios públicos, en Argentina, no tipificaría en el segundo inciso pues: (i) si bien presta un servicio calificado por la ley formal del Estado Parte como servicio público con lo que se cumple la “definición” objetiva; (ii) subjetivamente no se halla comprendida ya que la norma convencional requiere que se trate de “toda otra persona que [...] preste un servicio público, según se [...] aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”⁴⁰. La esfera pertinente del ordenamiento jurídico de Argentina es el Derecho Administrativo, y según éste, las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son órganos o entes estatales ya que el Derecho Administrativo, en la hipótesis más amplia, comprende hasta las personas públicas no estatales⁴¹. Las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son personas públicas no estatales, con lo que se hallan fuera de la mentada “esfera pertinente”. Tampoco son alcanzadas por el artículo 1° de la Ley de Procedimientos Administrativos. De acuerdo con lo dicho, al no darse la sumatoria de requisitos (definición + aplicación), puede válidamente concluirse en la improcedencia de la inclusión de concesionarias y licenciatarias de servicios en el ámbito de aplicación de la Convención.

Ello, por cierto, no obsta a que el marco regulatorio específico del servicio público fije, como objetivos, además de la eficacia, la eficiencia⁴².

Retomando el texto de la Convención, y en virtud del inciso 12 del

⁴⁰ “(ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party...”

⁴¹ Puede verse nuestro *Las personas no estatales como instrumento de gobierno*, en XXXVII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, *La persona humana y la Administración Pública. Gobierno, gobernabilidad y gobernanza*, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, San Juan, 9, 10 y 11 de noviembre de 2011, en RAP, Buenos Aires, N° 408, ps. 45/56.

⁴² Puede ampliarse en nuestro *Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, esp. cap. VI.

artículo III, corresponde a los Estados: “[e]l estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público”. Así, si se llega hipotéticamente a interpretar que los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos argentinos están comprendidos en la Convención, tal aserto perdería sostén a poco que se advirtiera que no puede exigirse la sola eficiencia en sociedades comerciales que prestan servicios públicos, pues se hallan sujetas a importantes recaudos de seguridad, y, por definición, la seguridad no se halla comprendida en el concepto de eficiencia. Por ende, aún cuando se los incluyera en el objetivo de eficiencia de la Convención, lo serían, mas en un marco de justa remuneración y de leal prestación del servicio: elementos ambos que han sido alterados en su esencia desde la sanción de la ley 25.561, que dispuso la pesificación y congelamiento de tarifas⁴³, con lo que se genera una nueva causal de inaplicabilidad de la Convención a esas prestadoras de servicios públicos.

a.2) *Otra normativa*

Un concreto y claro ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo argentino, de la evaluación de la eficiencia de las medidas proviene del decreto 1154/97, sobre perjuicio fiscal, cuya reglamentación, por resolución 192/2002, prevé un “piso” de economicidad a los fines del recupero de sumas que constituirían perjuicio fiscal: “el recupero de las sumas inferiores al equivalente del 50% de la asignación mensual básica de la remuneración correspondiente a los agentes Nivel ‘A’ del Escalafón correspondiente al Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por decreto 993/91, y sus modificatorios”.

En su momento, para licencias y concesiones de servicios públicos, el artículo 15, inciso 7º de la ley 23.696 contempló, en licenciatarios y concesionarios de servicios públicos: “...las condiciones [...] que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación...”

El artículo 60 de dicha ley 23.696 contemplaba las privatizaciones para “disminuir el gasto público, mejorar prestaciones o aumentar la

⁴³ Ley 25.561, arts. 8º y concs.

eficiencia”. En todos los casos se exigirá una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad.

En materia contractual, la eficiencia aparece replicada, también, en los artículos 1º, 3º y 9º del decreto 1023/2001.

Eficacia: Respecto de la eficacia, un concreto ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo, de la evaluación de la misma puede hallarse en el artículo 47.d de la ley 23.696 de reforma del Estado, donde se reguló un régimen de aprobaciones de contrataciones de emergencia, a efectos de que las mismas tuvieran eficacia, la cual se entiende evaluada de cara a la emergencia en dicha ley declarada.

Eficacia y eficiencia: Tanto la eficacia como la eficiencia aparecen en la Ley de Puertos 24.093, cuyo artículo 22 prevé, entre las competencias de la autoridad portuaria: “d) Promover y hacer efectiva la modernización, eficacia y economicidad de cada uno de los puertos del Estado nacional”.

También aparecen ambas nociones como extremos a explicitar en la redacción de la síntesis que acompaña a los proyectos de decreto (art. 4.3.3 del decreto 333/85); de ello se colige que esos decretos estarán acompañados de una síntesis de sus aspectos de eficiencia y de eficacia, síntesis que resultará distinta de la motivación del decreto.

Similar temperamento se advierte en la ley 26.338 de ministerios, que prevé: “compete al Ministerio de Salud [...] 26. Entender en el desarrollo de estudios sobre epidemiología, economía de la salud y gestión de las acciones sanitarias de manera de mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de las organizaciones públicas de salud”.

Equidad: Pero la normativa también establece, en ocasiones, como objetivo, la equidad en forma conjunta con el objetivo de eficiencia, o mediante la mención de alguna subclase de equidad.

Con visión amplia, la Ley 26.831 de Mercado de Capitales fija, en su artículo 39, la regla de que “[l]os sistemas de negociación de valores negociables bajo el régimen de oferta pública que se realicen en los mercados deben garantizar la plena vigencia de los principios de protección del inversor, equidad, eficiencia, transparencia, no fragmentación y reducción del riesgo sistémico”.

La Ley General del Medio Ambiente 25.675 alude, en su artículo 4º,

al principio de equidad intergeneracional. La Ley 26.741 de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, en su primer artículo, declara de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos: “a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones”.

Similar invocación de la equidad social aparece en la ley del Banco Central de la República Argentina: la ley 26.739 establece que “Art. 2º: Sustitúyese el artículo 3º de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, aprobada por el artículo 1º de la ley 24.144 y sus modificaciones, por el siguiente: Art. 3º. El Banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social”.

En el artículo 76 de la Ley de Medios 26.522 se establece que, en materia de pauta oficial: “[p]ara la inversión publicitaria oficial el Estado deberá contemplar criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la misma, atendiendo los objetivos comunicacionales del mensaje en cuestión”.

La ley 26.221 de marco regulatorio de AYSA prevé, en su artículo 4º, que dicho marco regulatorio tiene por objetivo: “g) [a]segurar que las tarifas y precios que se apliquen a los servicios sean razonables y contemplen criterios de equidad distributiva entre los usuarios, sin perjuicio de los subsidios que se establezcan para aquellos que económicamente no puedan acceder a pagar los servicios regulados”.

V. La cuestión de la equidad de cara a la eficacia y a la eficiencia

El análisis costo-beneficio, que permite evaluar la eficiencia de las regulaciones, inicialmente aplicado a la evaluación de proyectos de

inversión pública o privada, pasó a ser empleado también en el campo de las decisiones, en el estudio de cómo se arriba a ellas.

La teoría de la decisión, en sentido amplio, estudia cómo arribar a decisiones “racionales”⁴⁴ e incluye, básicamente, tres formas⁴⁵, las cuales son las siguientes: a) la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, que estudia decisiones racionales –es decir, aquellas que aseguran el máximo de beneficio al menor costo– en la medida en que cada una de ellas es tomada en un medio vacío de poder y competencia, y que sólo apunta a la búsqueda del máximo de utilidad o satisfacción, esto es, a soluciones económicamente eficientes; b) la teoría de los juegos o *game theory*, que hace lo mismo pero tomando en cuenta elementos de poder o dominación y de competencia, y c) la teoría de la decisión social o colectiva o *social decision theory*, que surge de la Economía del Bienestar, y que, enraizando en las anteriores, apunta a obtener decisiones colectivas en una situación de ausencia de dominación: se parte de intereses parciales para arribar a un interés total.

En materia de regulaciones económicas, en el marco de la normalidad, y también en el marco de la emergencia, se toman decisiones, y el decisor –ciertamente– apuntará a tomar una decisión racional. Bajo la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, y desde el punto de vista de la información o punto de vista informacional, las decisiones –se tomen en un contexto de normalidad o de emergencia– pueden adoptarse en situación de: a) certeza; b) bajo riesgo, o bien c) bajo incertidumbre o bajo ignorancia⁴⁶, según se conozcan con certeza o no los resultados de las alternativas. En tal proceso decisional, no se considera la “base” de información empleada, o su evaluación subjetiva –obsolescencia de los datos, cientificidad de los mismos, autoridad de los autores–, sino que lo que se toma en cuenta es la “certeza” sobre los resultados de las alternativas⁴⁷. Tampoco se consideran los valores –como podría ser la justicia de la medida– o fines plurales, sino los fines

⁴⁴ Conf. HÖFFE, Ottfried, *Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia*, 2ª ed. trad. por J. Seña, Fontamara, México, 1997, p. 155.

⁴⁵ HÖFFE, *Estudios...* cit., ps. 157/166. Puede ampliarse, asimismo, en DELFIN, Alejandra, *Teoría de la decisión*, en SACRISTÁN, Estela B. (dir.), *Manual de jurisprudencia y doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 545/568.

⁴⁶ HÖFFE, *Estudios...* cit., ps. 159/161.

⁴⁷ HÖFFE, *Estudios...* cit., ps. 159/161.

singulares –requiriéndose una sola ordenación de valores–, pues sólo se trata de arribar a una decisión “racional”.

Se advertirá que, si eficacia es asegurarse de obtener el resultado, y eficiencia será obtenerlo al menor costo o de la forma más económica, y si la teoría de la decisión hace caso omiso de consideraciones morales o de valores compartidos –como podría ser el valor justicia, o la equidad–, no importarán los aspectos virtuosos o no de la obtención de la eficacia o, en su caso, de la eficiencia: ella quedará relegada o desplazada por la pura moral utilitarista que mide costos y beneficios o utilidad en pos del juicio de eficiencia, es decir, de economicidad en la obtención de un resultado.

A su vez, como no se considerarán fines plurales sino singulares, las consideraciones de equidad –entendida como justicia del caso en concreto, con su intrínseco componente social o de alteridad o componente coexistencial, como se vio– parecerían hallarse destinadas a ser desplazadas e ignoradas en la aplicación. Mas no es ello lo que un sistema de Derecho puede prohijar si de regular o facilitar la vida en común se trata.

En este contexto, vale la pena tener presente que ciertas regulaciones –ciertos marcos regulatorios– previeron la obtención de resultados eficaces, eficientes y con consideración de la equidad. Ello, por cierto, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, escenario que perdurara –como ya se expresara– hasta la sanción de la ley de emergencia 25.561, por cuyos artículos 8º y concordantes se pesificaran y congelaran las tarifas de concesiones y licencias de servicios públicos.

Puede mencionarse, a modo de ejemplo, la ley de marco regulatorio eléctrico, que establece, como objetivos a lograr por el prestador del servicio público de distribución de electricidad, tanto: (i) la eficacia –es decir, que la energía eléctrica fuera exitosamente transportada o distribuida– por medio de la obligación, del concesionario, de satisfacer la demanda de servicios de electricidad bajo las condiciones contractualmente acordadas⁴⁸; (ii) la eficiencia –que distribuyera energía eléctrica,

⁴⁸ Puede verse la ley 24.065, del año 1992, art. 21: “Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión.

”Los distribuidores serán responsables de atender todo incremento de demanda en su zona de concesión a usuarios finales, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento

al menor costo⁴⁹, y (iii) considerando aquellas situaciones que, por razones de equidad, meritaban un tratamiento en el que se suavizaran los efectos sobregenerales de la normativa⁵⁰, como ser mediante reducciones de tarifas para usuarios electrodependientes. Cobra, en este contexto, relevancia, la idea de Derecho como plan⁵¹, en el cual se puede

to, celebrando los contratos de compraventa en bloque, que consideren convenientes. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión.

”A los efectos de dar cumplimiento a la obligación precedentemente establecida, el Ministerio de Infraestructura y Vivienda dictará la reglamentación que determine las condiciones en las que los distribuidores podrán contratar un porcentaje de su demanda en el mercado a término, debiendo cumplir los plazos de contratación y el volumen de energía asociada y demás condiciones que fije la reglamentación mencionada, para que los precios de los contratos formen parte del cálculo del precio de referencia que se menciona en el artículo 40, inciso c, de la presente ley y sus modificaciones.

”Será responsabilidad del distribuidor, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, la transmisión de toda la demanda de energía eléctrica a través de sus redes y las ampliaciones de instalaciones derivadas de todo incremento de demanda en su zona de concesión, en los términos del contrato de concesión”.

⁴⁹ Ver arts. 40, 41 y 42, ley 24.065 en punto al eficiente desempeño del prestador; puede ampliarse, para el supuesto de distribución eléctrica, en nuestro *Régimen de las tarifas...* cit.

⁵⁰ Ver decreto 1398/92, art. 42, inc. a (“El régimen tarifario y el cuadro tarifario que se establezcan en los contratos de concesión de distribución y comercialización de energía eléctrica, que se otorguen como resultado de la privatización de tal actividad en los términos del art. 95 de la ley 24.065, podrá ser aplicable por un período inicial de diez (10) años, a los efectos de otorgar un marco de referencia adecuado a la prestación del servicio público. Inciso a) Sólo podrán mantenerse vigentes las reducciones de tarifas en favor de usuarios del *sector pasivo*, cuyo ingreso no exceda el haber que a tales efectos determine el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, de *entidades* de bien público sin fines de lucro debidamente registradas como tales y/o de sectores industriales *electrointensivos*, si se prevé una partida presupuestaria específica destinada a cubrir al concesionario la diferencia de ingresos que tal subsidio representa. En tales casos, el citado Ente deberá gestionar la habilitación de las respectivas partidas presupuestarias con cargo al área de gobierno a la que corresponda velar por el sector social subsidiado y deberá controlar la correcta aplicación del régimen tarifario diferencial por parte del distribuidor”); decreto 2443/92 (que establece el régimen especial temporario para usuarios electrointensivos); decreto 584/94 (acuerdo entre el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires, Edenor y Edesur, B. O. del 27-4-94, publicado sin anexos) (el destacado no es del original).

⁵¹ La tesis es desarrollada por SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Harvard University Press, 2011, ps. 195 y ss.

planear cumplir con los menores costos, destinando una porción de los ahorros en eficiencia a la satisfacción de requerimientos de equidad.

VI. Reflexiones finales

Desde el punto de vista de la economía moderna, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de eficiencia. La evaluación del éxito de una medida –eficacia– ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma. Las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana que opera como tercer componente: la equidad, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia –aquella justicia que fluye de sobregeneralizaciones en las que haya incurrido el legislador– para contemplar situaciones particulares, no comprendidas en las medidas generales (Sección II).

La legislación estadounidense ha previsto regulaciones con consideración de esos tres componentes (Sección III), y lo mismo, con importantes matices, se advierte en las regulaciones argentinas (Sección IV). Se demostró la interrelación entre los tres renglones –eficacia, eficiencia, equidad– en los marcos regulatorios de nuestro país, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, en un supuesto de concesión de servicio público de distribución eléctrica (Sección V).

Como enseñaba Julio Comadira, la transformación del Estado debe “asegurar la justicia debida a quienes no pudieran sin culpa asumir las nuevas reglas de juego”⁵². En el actual contexto, puede colegirse que la superación de medidas de emergencia –toda regulación de emergencia es, genéticamente, transitoria– podrá propiciar el restablecimiento de un equilibrio regulatorio-contractual. Y ese equilibrio hará imperar aquellas regulaciones enderezadas a obtener eficacia y eficiencia por parte de los actores, y esa misma base posibilitará, en su caso, la adopción de medidas regulatorias que contemplen situaciones que ameriten soluciones de equidad. Después de todo, esa es la integralidad que permite logros con economía y con justicia.

⁵² COMADIRA, Julio R., *Introducción*, en *Documentación Administrativa*, INAP, Madrid, septiembre de 2003-abril de 2004, N° 267-268, ps. 7/25, esp. p. 24.

