

La descentralización funcional en la Administración Pública y las funciones estatales de regulación, supervisión y control

Karla María Fratti de Vega

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA EVOLUCIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO: LA REGULACION, SUPERVISIÓN Y CONTROL. III. LA DESCENTRALIZACIÓN COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS ENTES REGULADORES. IV. CASO EMBLEMÁTICO EL SALVADOR: CREACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DE ELECTRICIDAD Y TELECOMUNICACIONES Y LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR. V. CONCLUSIONES Y APORTE PERSONAL. VI. OBRAS Y DOCUMENTOS CITADOS.

I. PLANTEAMIENTO

Partiremos de afirmar como premisa base, que los distintos modelos de Estado, la evolución de sus funciones, fines y formas de actuación, han incidido directamente en los cambios en la configuración de la Administración Pública y la naturaleza de los órganos y entes que la conforman¹.

Interesa analizar la importancia de la creación de *entes de naturaleza descentralizada*² para asumir el ejercicio de las funciones estatales de control, supervisión y vigilancia en la prestación de servicios públicos privatizados y la regulación del funcionamiento del mercado.

La finalidad del análisis es concluir si es esta forma de organización administrativa la que mejor responde a las exigencias y naturaleza de estas funciones estatales, de cara a las necesidades de Estados con servicios públicos privatizados y un fuerte ejercicio de mercado.

II. LA EVOLUCIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO: LA REGULACIÓN, SUPERVISIÓN Y CONTROL

Como es sabido, en el *Estado Liberal* –que respalda en su más amplia concepción la libertad de mercado sin intervención estatal- la Administración Pública se limita a asegurar el orden público en su dimensión de seguridad interior, salubridad y tranquilidad, con estructuras centralizadas³. En cambio, en el “*Estado Social*” “*prestador*” o “*Estado de bienestar*” la intervención administrativa se incrementa considerablemente, y con ella se propicia la creación de nuevos órganos que asumen funciones de alumbrado, transporte público, abastecimiento de agua, gas, electricidad.

¹ El maestro García de Enterría expone que la función administrativa constituye un predicado esencial y permanente de las sociedades humanas, pero que no es capaz de expresarse en una estructura definitiva e inmutable, sino, eminentemente cambiante a través de la historia: García de Enterría, Eduardo, *La Administración española*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1985. Pág. 103.

² Descentralización funcional

³ Como sostiene González Casanova, en estos modelos la tensión se centra en conciliar la libertad de actuación con la libertad personal: “se justificará el poder supremo político si se halla al servicio de la libertad”. González Casanova, J.A, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vicens Universidad, Barcelona, 1982. Pág. 105.

En oposición al intervencionismo del Estado social o prestador, en varios modelos se da paso a la privatización de servicios públicos, y la aplicación preponderante del Derecho Privado, que llevó incluso a llamada “huida del Derecho Administrativo”⁴.

En estos últimos modelos de Estado, la competencia de mercado y el paso de servicios públicos a manos de particulares no puede —o más bien no debe— implicar que los poderes públicos se desentiendan de las relaciones económicas y sociales, sino, han de regularlas de manera efectiva, garantizando los objetivos constitucionales y legales que están llamados a proteger. En este marco, se propicia la *multiplicación de reguladores*, con lo cual afirmamos, sin ambages, que las privatizaciones *no deben llevar a la erradicación de las funciones del Estado, sino a su transformación*.

Pasamos así al llamado *Estado Regulador*, en el cual, la función esencial de los poderes públicos no es ya prestar servicios o producir bienes para la Sociedad, sino ordenar y controlar las actividades privadas para salvaguardar el bien común⁵. Algunas corrientes identifican esta etapa como *neorregulación*, es decir, un cambio en las formas de intervención y control administrativo: no es que el Estado haya dejado de intervenir, es simplemente que interviene de manera distinta.

Sin ánimos de ser simplistas, diremos que en este recorrido por los modelos de Estado, la historia se ha encargado de demostrar la necesidad de la función de intervención administrativa, incluso —y quizá con mayor fuerza— en modelos de libre mercado con servicios públicos privatizados, en que las funciones de supervisión, regulación y control, se vuelven el garante frente a abusos de mercado y violaciones a derechos de consumidores y usuarios. Aceptada la necesidad de estas funciones de regulación y control, la pregunta obligada es *¿cuál es el mejor modelo de órgano administrativo para asumirlas?*

III. LA DESCENTRALIZACIÓN COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL PAPEL DE LOS ENTES REGULADORES

No constituye el objeto del presente trabajo plantear una exposición doctrinaria de las formas de organización administrativa, ante lo cual nos limitaremos a retomar una de las más clásicas definiciones de descentralización en el Derecho Administrativo. Como es sabido, la organización de la Administración Pública no se resume en la Administración Central del Estado, sino se diversifica en

⁴ Al respecto, Ramón Parada critica duramente que la Administración se deslinde de principios constitucionales, rigiéndose por normas de Derecho Privado que no garanticen efectivamente que la igualdad, mérito y capacidad, objetividad y prohibición de arbitrariedad, entre otros principios, tengan eficacia real: Parada, Ramón, *Derecho Administrativo I*, décima edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 31. En otra línea Roberto Dromi sostiene que las nuevas conformaciones económicas no han de llevar a una *despublicatio*, sino en una transformación del la dogmática del Derecho Administrativo adaptada a los nuevos Estados. Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2006.

⁵ Sánchez Morón sostiene que este modelo de estado regulador se contraponen tanto al Estado prestador de servicios o estado de bienestar como al Estado liberal. Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo parte general*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

una pluralidad de entes dotados de personalidad propia, todo ello en virtud de la descentralización⁶, que constituye una forma de organización en virtud de la cual la ley atribuye poderes de decisión a órganos distintos del poder central, no vinculados con éste por una relación de jerarquía⁷. Se ha dicho que la descentralización implica lo que puede denominarse “teoría de la cascada competencial”⁸, ya que bajo éstas las competencias se ejercen en los niveles o escalones de la organización administrativa, no creándose retenciones que rebalsen las competencias como si se tratase de una presa hidráulica, sino, descentralizando hasta donde sea posible.

El ejercicio de las funciones de regulación, supervisión y control a que se hizo alusión en párrafos precedentes, ha sido desarrollado tanto por órganos descentralizados, como por entidades administrativas adscritas al poder central o meramente desconcentradas.

Los llamados “entes reguladores”, se configuran precisamente como los órganos estatales encargados de regular y controlar el servicio público. En el modelo clásico continental europeo eran órganos situados en la Administración central, en el modelo norteamericano varios se han perfilado como “entes autárquicos”. Actualmente, diversos ordenamientos han optado por crear estos órganos bajo la modalidad de descentralización funcional.

Para pronunciarnos sobre la forma de organización que se considera más adecuada para realizar la función a que están llamados, aludiremos de manera concisa a su naturaleza: los entes reguladores de servicios públicos se erigen dentro de la relación tripartita: “concesionario-Estado-usuario”, en la cual el Estado modula el binomio operador-proveedor en aras de garantizar el interés general⁹.

Indudablemente los entes reguladores responden a la necesidad de una legitimación técnica de intervención, a una nueva modalidad de regulación en los límites que les establezca la Ley. En todo caso, ejercen un equilibrio entre mantener dinámicamente condiciones de competencia en el mercado, y garantizar las obligaciones de servicio público y los derechos de los usuarios.

Se ha abordado como tema vital las pautas para la configuración de estos entes¹⁰. Entre ellas resalta el carácter independiente de que deben dotarse: *en este punto consideramos que una entidad*

⁶ Las posturas más aceptadas identifican la existencia de una real descentralización con tres elementos esenciales: “1º Personalidad del ente, 2º patrimonio para el cumplimiento de sus fines, y 3º fin público”. Otras líneas, realizan el distinguo entre “órganos descentralizados” para aquellos que disponen de poderes propios de la Administración en mayor o menor grado, pero sin personalidad jurídica, y “entes descentralizados”, para aquellos que han sido dotados de personalidad jurídica (en esta línea Sayagués Lazo, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2002, Tomo I pág. 207). Para efectos de este análisis, la descentralización óptima a que nos referimos pasa por ser dotados de personalidad jurídica.

⁷ En esta línea Georges Vedel, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, págs. 539 y siguientes.

⁸ Jorge Díaz Ortiz: *El Horizonte de las Administraciones Públicas en el cambio de siglo*, en “El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 96.

⁹ En El Salvador, constitucionalmente se regula la intervención del Estado en la prestación de servicios públicos, en el artículo 110 inciso final: “... regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas.”

¹⁰ Como el constituirse con carácter técnico, profesionalizados, independientes, de configuración pluri institucional, con estabilidad funcional, entre otros.

descentralizada creada por ley y no sujeta jerárquicamente a otro poder del Estado —no sujeta al poder central— podrá realizar más libremente las funciones de regulación y supervisión, al margen de vaivenes y cambios políticos.

Otro elemento determinante es la configuración multidisciplinaria de sus órganos de dirección, ya que muchos de éstos son órganos colegiados (llamados juntas directivas, consejos) conformados por representantes de consumidores y órganos vinculados.

Naturalmente lo anterior debe acompañarse de una configuración seria y técnica, con designación de los reguladores de acuerdo a un procedimiento preestablecido, cumpliendo condiciones objetivas y con un serio régimen de incompatibilidades, con estabilidad en el cargo y autonomía financiera.

IV. CASO EMBLEMÁTICO EL SALVADOR: CREACIÓN DE SUPERINTENDENCIA GENERAL DE ELECTRICIDAD Y TELECOMUNICACIONES Y LA DEFENSORIA DEL CONSUMIDOR.

En el Salvador, como consecuencia de un proceso de privatización de servicios públicos —entre ellos los servicios eléctricos y las telecomunicaciones- uno de los ejemplos más emblemáticos de creación de entes reguladores bajo la modalidad de la descentralización funcional administrativa se encuentra en la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), la cual, según su Ley de Creación¹¹, tiene autonomía en los aspectos administrativos y financieros (Art.1), y está dotada de amplias facultades regulatorias de los sectores eléctricos y de telecomunicaciones. En su conformación, cuenta con un órgano colegiado llamado “Junta de Directores”¹².

Un dato interesante es el enorme respaldo que ha dado el poder judicial a las actuaciones de SIGET, que en su mayoría son declaradas legales, fundadas en amplias interpretaciones de sus potestades de regulación, supervisión y control¹³.

Otro caso emblemático ha sido la creación de una entidad encargada de velar por los derechos del consumidor¹⁴. En El Salvador, a raíz de los llamados “acuerdos de paz”¹⁵, se estableció la necesidad de crear un órgano estatal, que garantizase la regulación estatal de los mercados en aras de la protección al consumidor.

¹¹ Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, Decreto Legislativo 808.

¹² El art. 6 de su ley de creación establece que la Junta de Directores estará integrada por un Director nombrado por el Presidente de la República, que ejercerá las funciones de Superintendente, un Director electo por las asociaciones gremiales del sector privado y un Director nombrado por la Corte Suprema de Justicia.

¹³ Es interesante citar un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, cuando al conocer sobre la impugnación de un acto de intervención de un ente regulador del sector eléctrico, recurrió como fundamento de su análisis a la naturaleza del mismo, señalando: “Los cambios en la configuración de la Administración, el abandono del monopolio en la prestación de un servicio público y los procesos de privatización, entre otros, han generado una transformación radical entre sujetos públicos y privados en materia de regulación económica, y nuevos ámbitos y modalidades de intervención estatal. En este nuevo contexto la Administración adquiere una función reguladora, necesaria e inherente a la naturaleza de los servicios de que se trata...” (Sentencia Ref. 28-U-2001, de las ocho horas y cinco minutos del día nueve de diciembre del año dos mil dos).

¹⁴ La Constitución salvadoreña dispone en el art. 101 que “*El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social.*”, y que el Estado “*fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores.*”.

¹⁵ Adoptados en el 2002 como consecuencia de un proceso de negociación para poner fin al conflicto armado que abatió al país,

Este primer esfuerzo se encomendó a un órgano desconcentrado –llamado Dirección General de Protección al Consumidor- que actuaba como dependencia del Ministerio de Economía. No obstante se realizaron importantes esfuerzos en ese periodo, la institución –sin independencia real, personalidad jurídica ni patrimonio propio- no contaba con los instrumentos para llevar a cabo su función con una fuerza mayor. El giro fundamental se da cuando el nuevo gobierno nombra en el 2003 una Comisionada Presidencial para la Defensa de los Derechos del Consumidor, encomendándole sentar las bases para la creación de la nueva institución que protegería los derechos de los consumidores y una nueva ley, que fue aprobada en agosto de 2005¹⁶, y que presentaba entre sus principales innovaciones la creación de la “Defensoría del Consumidor” *como una institución descentralizada* -con personalidad jurídica y patrimonio propio- y autonomía respecto del poder central¹⁷.

Con este nuevo órgano, datos institucionales reflejan importantes cambios, como el crecimiento del número promedio mensual de reclamos resueltos en 2005 por la Dirección General de Protección al Consumidor (350) a los resueltos por la Defensoría del Consumidor: 848 como promedio mensual en 2006 y 1541 como promedio mensual en 2007.

V. CONCLUSIONES

El Estado ha debido plantearse, redefinir y redimensionar sus funciones frente a mercados liberalizados y privatizaciones de servicios públicos que dieron lugar a la aparición de fenómenos monopólicos, abusos de posición dominante, asimetrías en el mercado y disminución de posibilidades de defensa en consumidores y usuarios.

Ante ello, es la historia misma la que se ha encargado de demostrar la necesidad de la intervención y regulación de la Administración Pública para la debida prestación de servicios públicos, y de fortalecer mecanismos de regulación y control para mantener el sano equilibrio del sistema económico¹⁸. Hoy día es plenamente sostenible, sin ambages, que en estos modelos el Estado no debe simplemente replegarse para dar libre paso al juego de mercado, sino que debe –y quizá con más fuerza que nunca- intervenir bajo serios estándares técnicos que ejerzan la supervisión, control y regulación del mercado, en aras del proteger el interés general.

¹⁶ Decreto Legislativo No. 776.

¹⁷A su tenor literal, el Art. 56 de la Ley de Protección al Consumidor establece: “Créase la Defensoría del Consumidor, como una institución descentralizada del Gobierno de la República, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía en lo administrativo y presupuestario”.

¹⁸ Como expuso la actual Presidenta de la Defensoría del Consumidor Dra. Ana Evelyn Jacir de Lovo en la presentación de la Política Nacional de Protección al Consumidor 2007: “si los mercados fueran perfectamente competitivos el Estado dejaría su papel regulador y supervisor. No obstante, existen fallas del mercado –como la formación de monopolios y oligopolios-, externalidades y desigualdades provenientes del acceso a la información, entre otros factores¹⁸”.

Aceptada la necesidad de una regulación que conjugue las libertades con el efectivo cumplimiento de los fines del Estado, frenando el fundamentalismo del mercado¹⁹ pero sin caer en un intervencionismo excesivo, surge como pregunta clave la naturaleza idónea de los órganos que deben realizar estas funciones de regulación.

Personalmente creo, sin ánimo de ser simplista, que los entes reguladores y los órganos supervisores del mercado *organizados bajo el esquema de descentralización funcional administrativa* proporcionan un marco que propicia una actuación más independiente y eficiente, que al no estar sujeta al poder central, podrá realizar más libremente las funciones de regulación y supervisión, al margen de vaivenes y cambios políticos. El análisis de su naturaleza y los casos planteados en líneas anteriores –solo de manera emblemática- han dejado una valiosa experiencia al respecto.

Y es que la descentralización, siguiendo al clásico maestro francés George Vedel²⁰, trasciende la mera forma de organización o técnica de mando para asumir *un valor democrático*, al propiciar la participación de diversos actores.

Considero que la descentralización funcional dotada además de una configuración seria y técnica en el nombramiento de los miembros, con órganos de dirección colegiados que permitan participación diversa, permite que la fiscalización y control se lleve a cabo de forma más transparente.

Sabemos que la creación de estos órganos no es la panacea ante servicios públicos privatizados con tarifas excesivamente onerosas, ante abusos, asimetrías de mercado o descuido de las condiciones de los servicios públicos, pero sí afirmamos, que su existencia constituye un garante mínimo de supervisión y control estatal sobre el debido funcionamiento del mercado. Sumado a lo anterior, es también vital –y quizá en última instancia lo que realmente determine la eficiencia de la función- la voluntad política, la neutralidad y compromiso de sus titulares para ejercer eficientemente su función.

En El Salvador, como en varios países de América Latina, se requiere la existencia de entes reguladores independientes, con la fortaleza técnica y la continuidad necesaria para desempeñar su rol con imparcialidad y responsabilidad. Lo anterior, de concretarse, desembocará en beneficios para el ciudadano, que asume el rol de usuario y consumidor, requiriendo de la protección del Estado, llamado a garantizar el bien común.

Concluyo así que el apostar por una real descentralización funcional de los órganos administrativos que llevan a cabo las funciones de regulación y control, constituye un importante paso para equilibrar mercados asimétricos, y revalorizar el papel del Estado en la vigilancia de los servicios públicos, tan necesario para el bienestar de la población.

¹⁹ Visión ideológica que tuvo su auge en los 80 con el surgimiento de mercados globalizados, bajo la cual el mercado tiende naturalmente hacia el equilibrio e intervenir en su funcionamiento es injustificado.

²⁰ Georges Vedel, op.cit. pág. 539 y siguientes.

IX. OBRAS Y DOCUMENTOS CITADOS

1. González Casanova, J.A, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vicens Universidad, Barcelona, 1982.
2. García de Enterría, Eduardo, *La Administración española*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1985.
3. Sayagés Lazo, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2002.
4. VV.AA, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
5. Parada, Ramón, *Derecho Administrativa I*, décima edición, editorial Marcial Pons, Madrid, 1998.
6. Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2006.
7. Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.
8. Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo parte general*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

Otros documentos consultados

- a) Constitución de la República, El Salvador, 1983.
- b) Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo No. 776.
- c) Política Nacional de Protección al Consumidor 2007.
- d) Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, Decreto Legislativo 808.