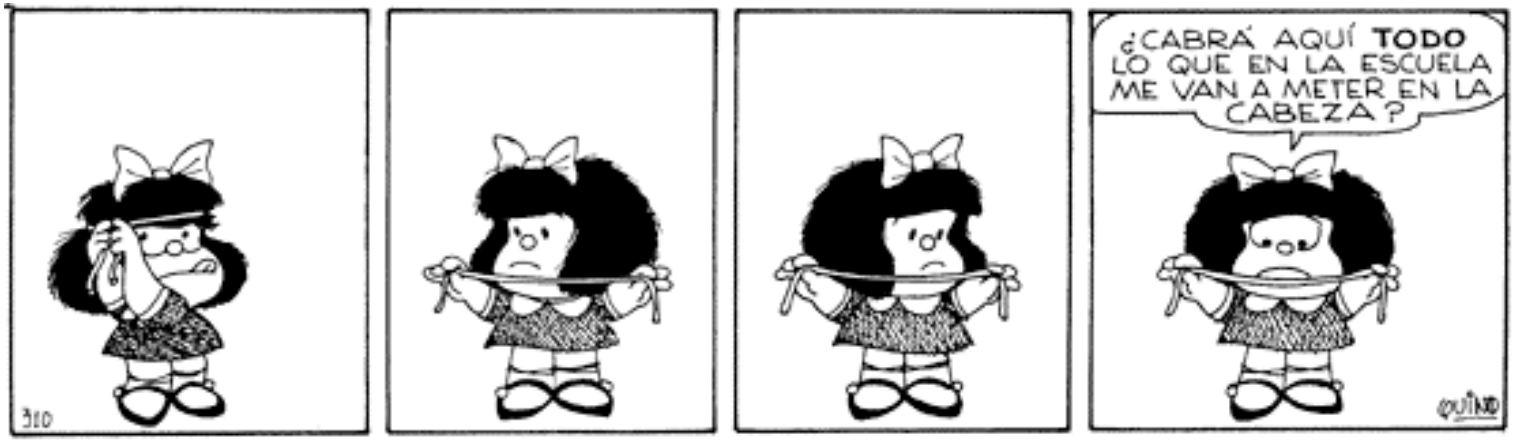
BASES CONCEPTUALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Clases 3 y 4. 09 y 12. 03. 2007

Segunda Parte:

Nuevas formas de comprensión.

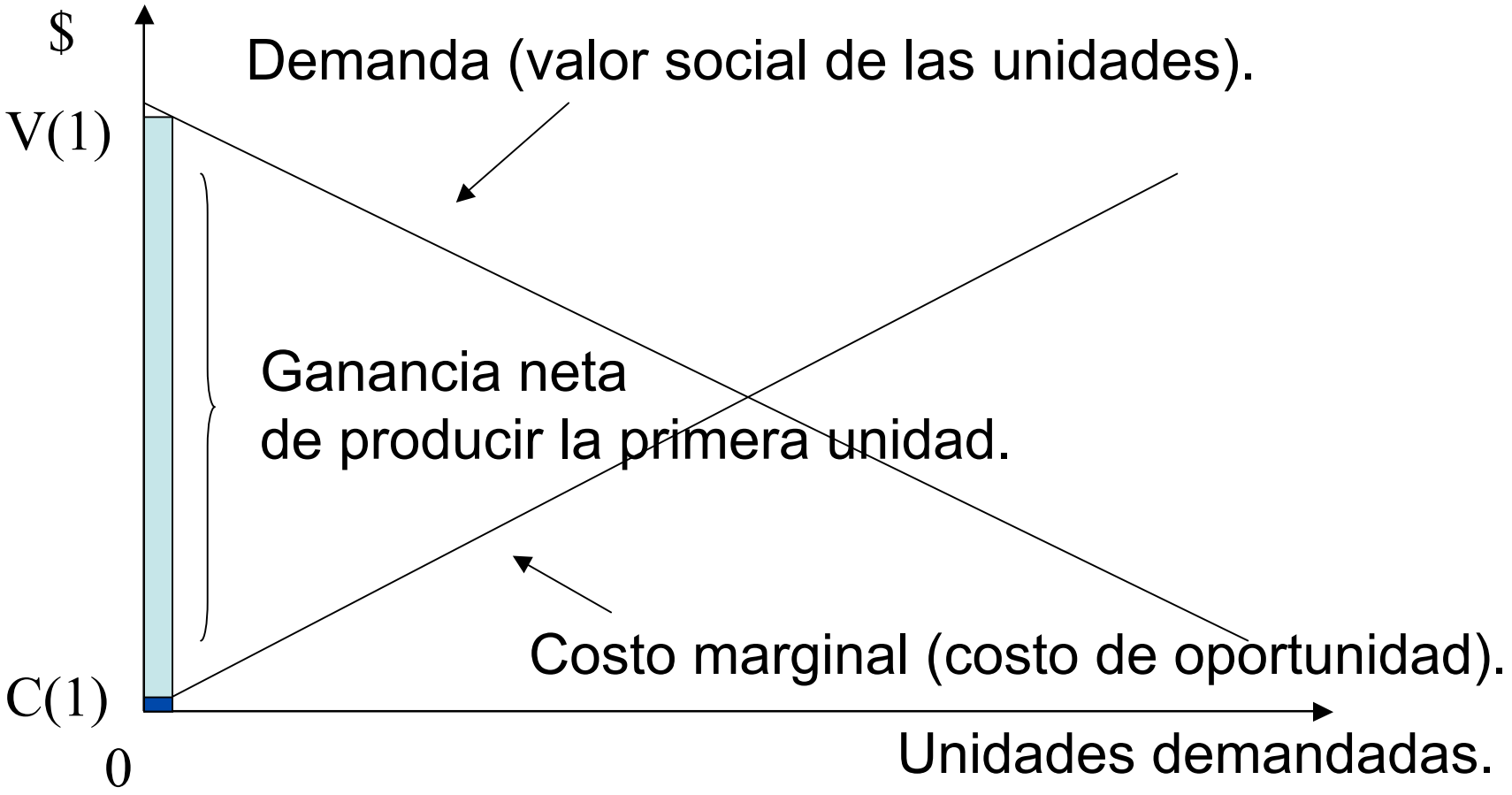
Prof. Luis Cordero Vega


¿CABRÁ AQUÍ TODO LO QUE EN LA ESCUELA ME VAN A METER EN LA CABEZA?
QUINO

Nuevas formas de comprensión: El Derecho Administrativo en la fundamentación económica.

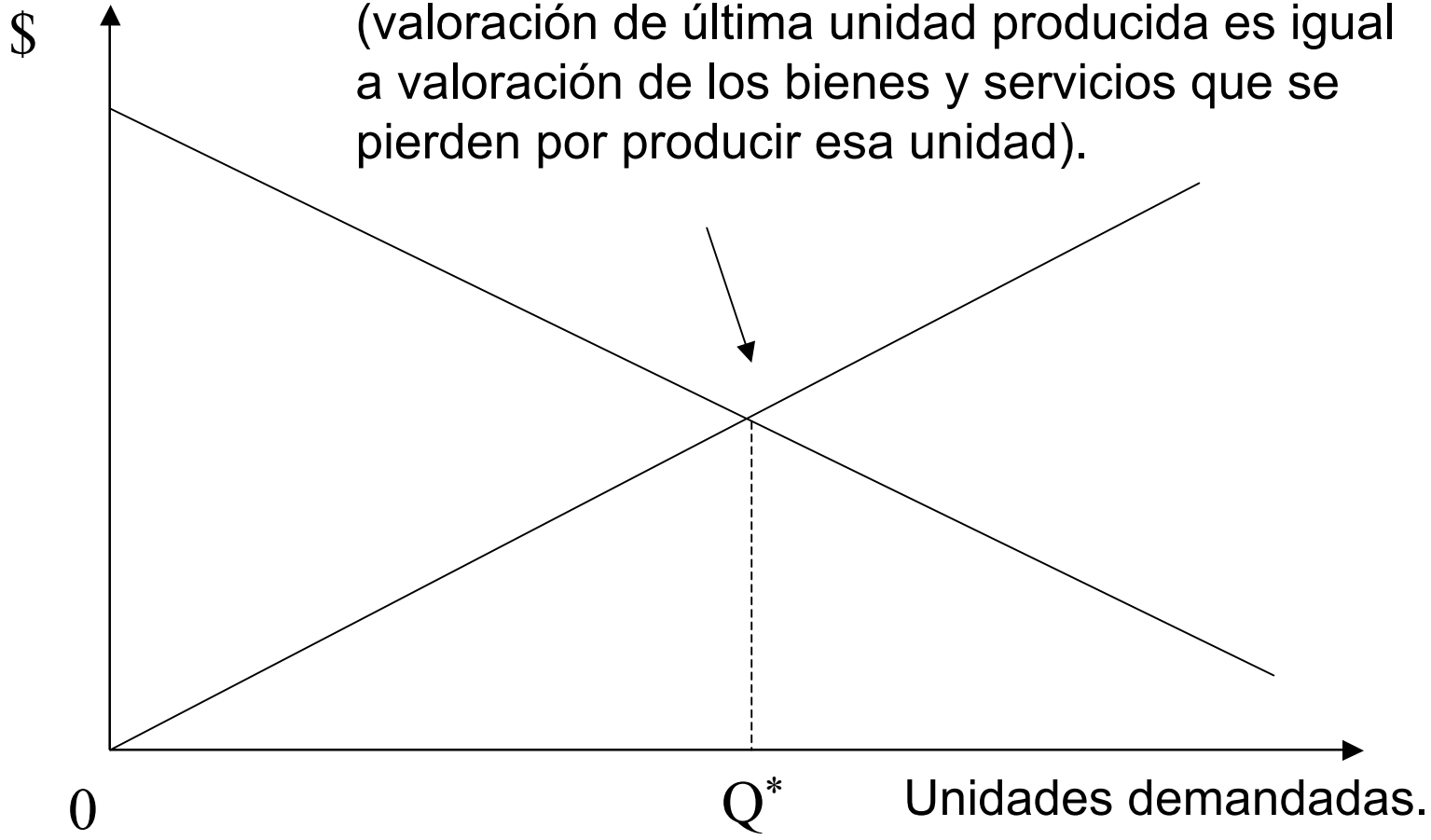
- La crisis del Estado de bienestar impuso otras formas de comprensión del Estado, y en consecuencia del Derecho Administrativo.
- Estas explicaciones provinieron del mercado como nueva condición de bienestar.
- Lo anterior supone una nueva relación entre la asignación de potestades y la robustez de derechos. (Ejm. CPR de 1980).
- El problema ahora es cómo el Estado y las Administraciones intervienen en la nueva condición de bienestar (el mercado).
- El énfasis ya no será la prestación, sino la regulación (reglas de funcionamiento de los mercados).

Mercado y bienestar social.

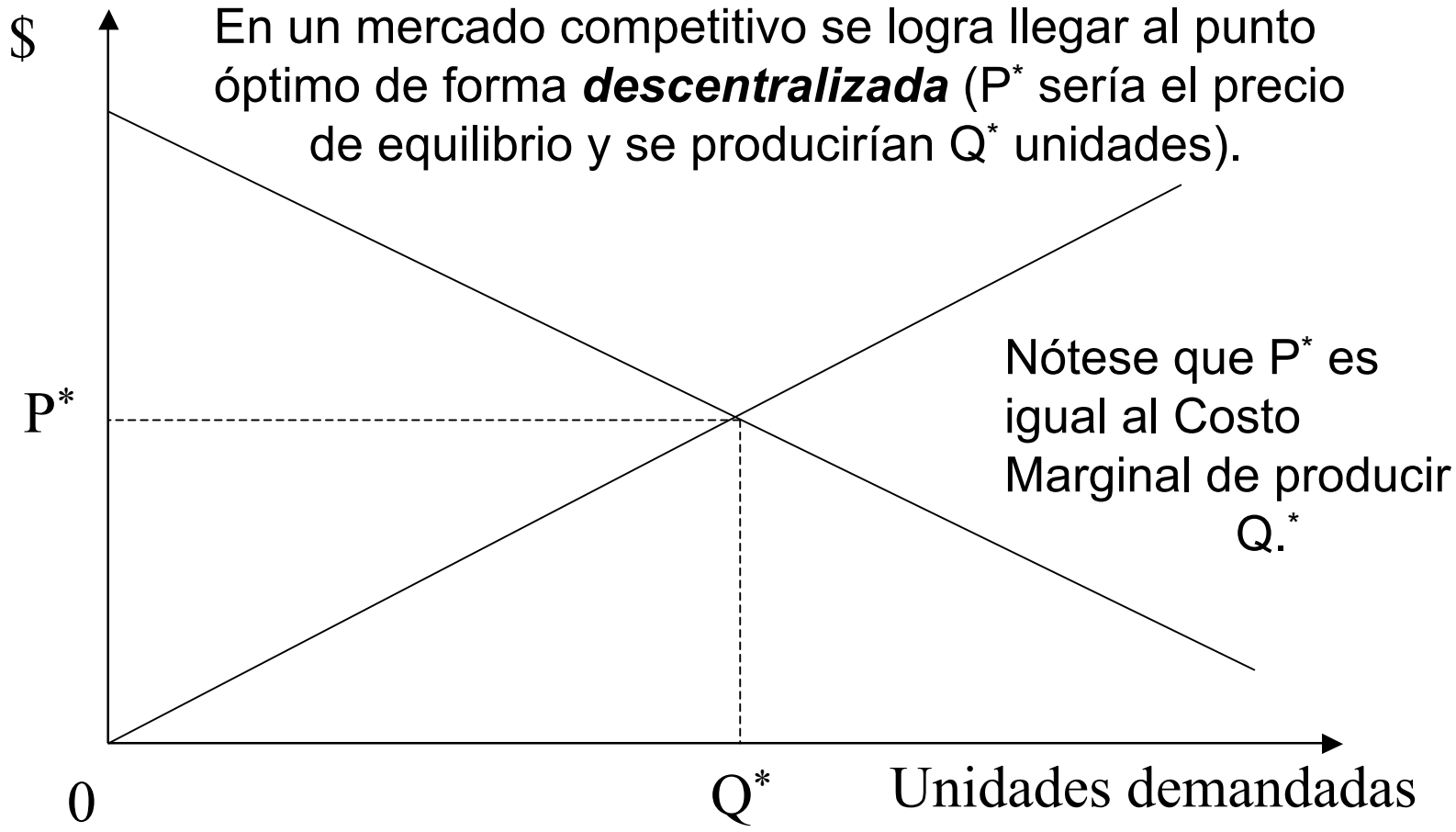


Mercado y bienestar social

Punto donde se maximiza el excedente social (valoración de última unidad producida es igual a valoración de los bienes y servicios que se pierden por producir esa unidad).



Mercado perfecto.

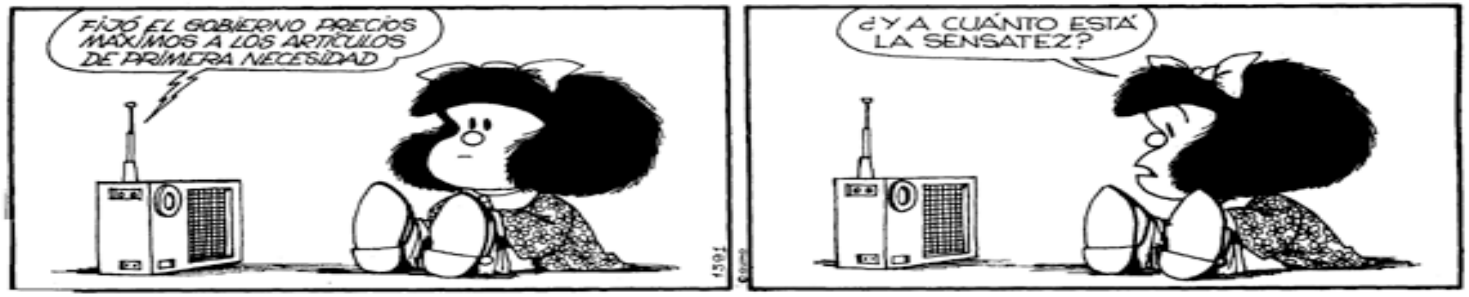


Mercado perfecto.

- Se minimizan costos (eficiencia productiva).
- Se producen los bienes y servicios (en la cantidad y calidad) que la gente valora (eficiencia asignativa).
- Dichas unidades son consumidas por quienes las valoran más (eficiencia asignativa).

LOS INTERESES PÚBLICOS EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA.

- La regulación puede servir al interés público en dos sentidos:
  - Aumentar la eficiencia de los mercados.
  - Redistribuir la riqueza de manera diferente a como es producida por los mercados privados.



Los intereses …

- **¿Por qué regular los mercados?**
  - "Fallas de mercado": mercado no es perfecto en asignar recursos.
  - Objetivo de toda regulación de mercado es poder replicar lo que ocurriría en un mercado perfecto.

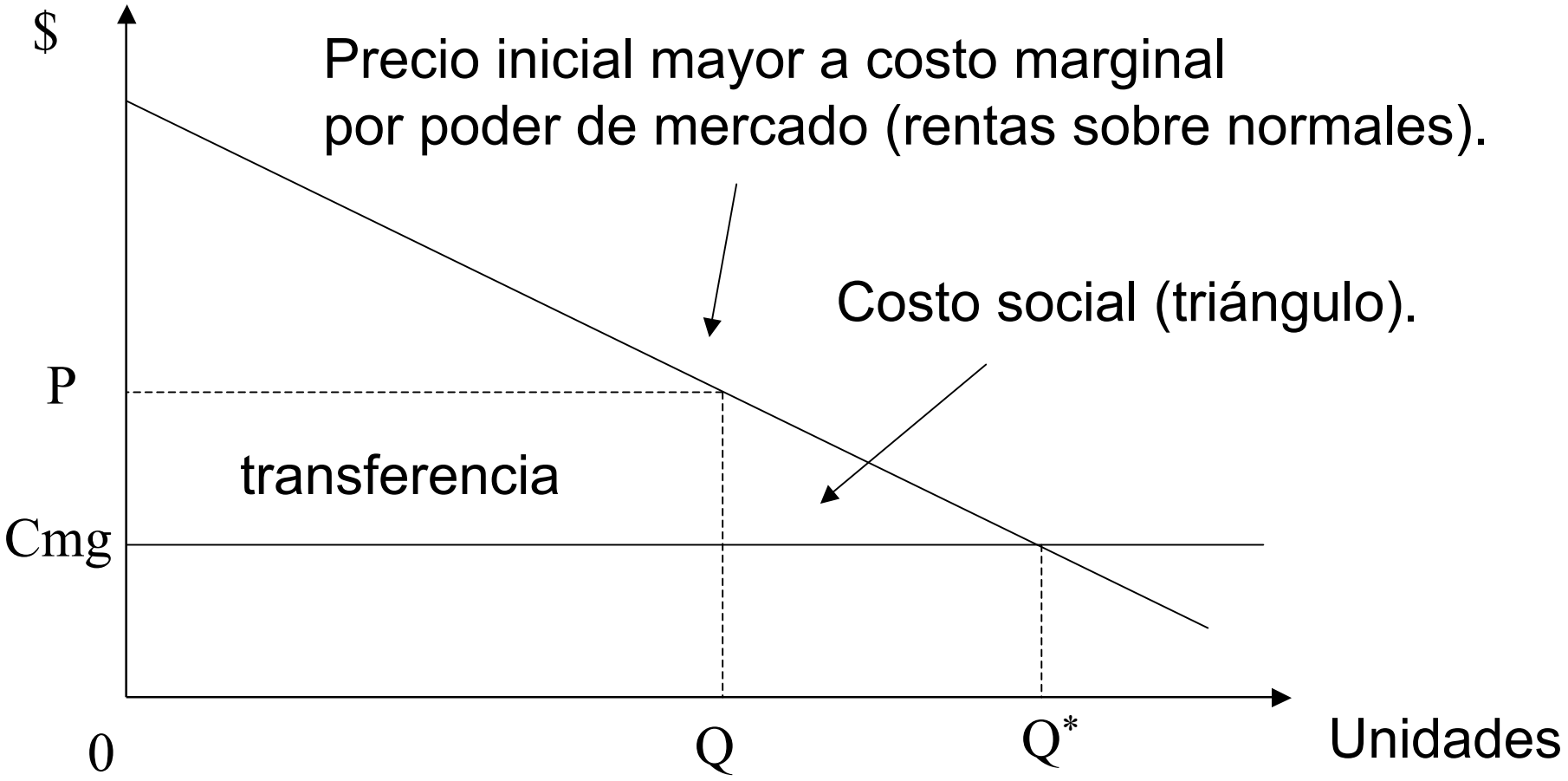
Los intereses...

- Esto nos lleva a regular para:
  - Aumentar la información de los mercados. (Asimetrías de información).
    - Por ejm, regulaciones alimenticias. Consumidores en general.
  - Regulación par mejorar condiciones de competencia. (Monopolios naturales – Poder de mercado).
    - Por ejm. Tarifas de servicios públicos, calidad de dichos servicios, fusiones, etc.
  - Regulación de externalidades y free- raiders.
    - Por ejm., Contaminación y autorizaciones, licencias o permisos de bienes públicos. (pesca).
  - Regulación por redistribución y equidad.
    - Por ejm, Subsidios:
      - Pobreza (Chile solidario).
      - Necesidad de aumentar provisión de bienes:
        - Salud.
        - Deporte.
        - Cultura.
      - Fondos de compensación (petróleo).

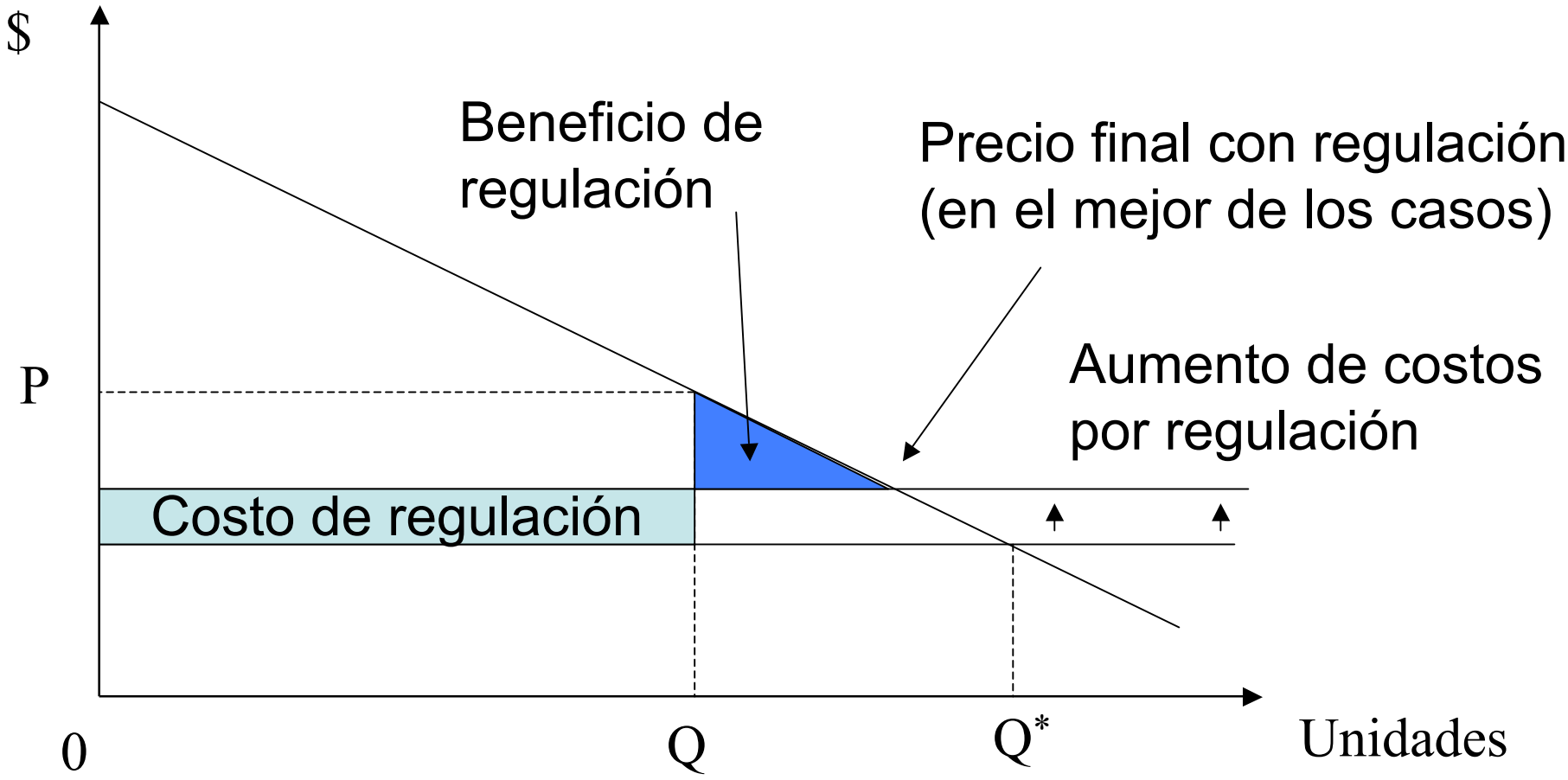
LAS FORMAS REGULATORIAS. SU CONCEPCIÓN.

- El problema de toda regulación es saber cuán extensiva tiene que ser, para lo cual la determinación de los costos resulta fundamental.
- Tal como lo sostiene WILLIAMSON (1968), una regulación resulta eficiente cuando los beneficios son superiores a los costos, en la medida que el total del valor social es aumentado. En cambio, cuando los beneficios son menores que los costos, la sociedad gasta más en producir el beneficio social.

Williamson (1968).



Williamson (1968).



WIENER (2003).

- Para WIENER (2003) este criterio en el derecho europeo continental está incorporado tras el principio de la "proporcionalidad".
  - Prohibición de exceso. Las medidas deben ser:
    - Idóneas (Efectos).
    - Necesarias (Menos gravosas).
    - Equilibradas (Relación medio – fin).

Las formas…

- La determinación del costo -beneficio fue introducido en los procedimientos regulatorios como consecuencia de la APA y en particular por el Gobierno de Reagan, que fue seguido por Bush y profundizado por Clinton.

- La Executive Order 12866 (1993) estableció la filosofía regulatoria disponiendo que las agencias sólo deberían promulgar regulaciones cuando sean "necesarias", debiendo considerar esta decisión los costos y beneficios de la misma así como la consideración de alternativas regulatorias disponibles, incluida la alternativa de no regulación.

- Las funciones de la OMB y la OIRA.

Las formas …

- Esto llevó a la centralización de la regulación en la OMB, en particular la OIRA. Ésta ha diseñado un test al cual debe someterse cualquier regulación que se desee:
  - ¿Hay necesidad genuina de regulación federal? En particular ¿cuáles son las fallas de mercado que requieren intervención del Gobierno? En el caso del problema que se busca resolver, ¿por qué debemos pensar que es mejor la regulación a que funcione el mercado?
  - ¿Hay necesidad de intervención del Gobierno?, ¿por qué la regulación puede ser mejor si existen alternativas menos restrictivas? por ejemplo, usar el sistema de libre competencia.
  - ¿Cuáles son las opciones regulatorias? por ejemplo, ¿debe la agencia establecer determinados estándares o bien debe requerir el uso de ciertas tecnologías?.
  - ¿Qué beneficios son probables de obtener con cada opción? Las agencias deben demostrar la conexión entre las opciones de política y los específicos beneficios. Esto implica que es necesario cuantificar los beneficios utilizando rangos estimados, debiendo aplicar los beneficios que no pueden ser monetarizados.
  - ¿Cuáles son los costos probables de cada opción? Las agencias deben calcular el costo incremental, incluido los costos para el sector privado, para el Estado y de los trabajadores desplazados en caso de relocalización.
  - Las agencias deberán explicar la forma en que asumen la determinación (cálculo) de los costos y beneficios, y los riesgos que envuelve dicha forma de calcular. Los valores deben ser obtenidos a valor presente.
  - Mostrar la necesidad de alternativas, costos y beneficios, y las alternativas que busquen la mejor regulación.
- Esta fórmula de determinar regulaciones es particularmente criticada en algunas áreas a consecuencia de que muchos bienes públicos, como la salud, no pueden ser definidos en esos términos; sin embargo, la evidencia demuestra que el sistema se racionaliza siempre (Ejm. Caso enfermos de Sida).

LA REGULACIÓN Y LA ELECCIÓN PÚBLICA.

- La regulación también puede ser explicada desde la perspectiva de las fuerzas políticas. Los políticos pueden ser considerados para estos efectos como quienes determinan *Qué, Cuándo y Cómo*.
- Esto es por lo demás el criterio de toda regulación política. De esta manera, cada regulación inevitablemente nos lleva a develar intereses de grupos que son diversos.
- Estos pueden pedir más o menos regulación según sean sus propios intereses (beneficios) y los funcionarios públicos toman decisiones en ese marco.
- En este sentido el proceso regulatorio puede ser entendido mejor como un proceso de mercado en la cual existe una elección pública que es explicada por esos criterios políticos. La premisa básica del método de la elección pública es que los individuos (funcionarios) son egoístas, racionales, maximizadores de utilidad, quienes persiguen sus propios intereses cuando actúan en los mercados privados.
- Esto exige procedimientos administrativos públicos y transparentes con plena información de los sujetos que participan.

La elección …

- **Demanda por aumentar regulación**.
  - Los intereses de grupos son de dos tipos: públicos y privados, dependiendo de la regulación que se demande. Son públicos los que buscan regulaciones que tengan efectos sociales o distribuidores de rentas (uniones de trabajadores – grupos ambientales). Los privados buscan que los resultados económicos se dispersen poco.
  - Muchas veces estos grupos no se oponen a las regulaciones, pues económicamente la regulación les resulta útil. Ejemplo, licencias profesionales.
  - Cuando los intereses de grupo entran en conflicto con nuevas regulaciones, su éxito dependerá de las recompensas que ofrecen a los legisladores o administradores responsables de tales decisiones. Ejm., cuando el intercambio se debe a favores pasados o créditos que se buscan obtener en el futuro.
  - Esta situación será distinta según sea la posición del funcionario: En el caso de funcionarios electos, el futuro es la reelección. En el caso de personas no electas, el favor afectará su objetividad.
- Estas actividades generan (los reguladores son humanos):
  - Ventajas profesionales (mejor trabajo).
  - Ventajas burocráticas (oficinas más grandes, prestigio o aumento de presupuestos de los OAE).
  - Ventajas políticas (aumentar la oportunidad de elección).

La elección …

❑ Teoría de la captura.

- Muchas personas no se ven representadas en los intereses de grupo, pero son afectadas por las regulaciones administrativas. Hablamos de captura regulatoria. Un OAE es capturado cuando favorece las preocupaciones de la industria regulada por encima del interés público que representa.
- Hay evidencia que indica que los aumentos de regulación se dan precisamente en momentos en que los intereses de grupo se encuentran más organizados, creando beneficios o climas políticos.

LAS RELACIONES ENTRE LOS INTERESES PÚBLICOS Y LA ELECCIÓN PÚBLICA.

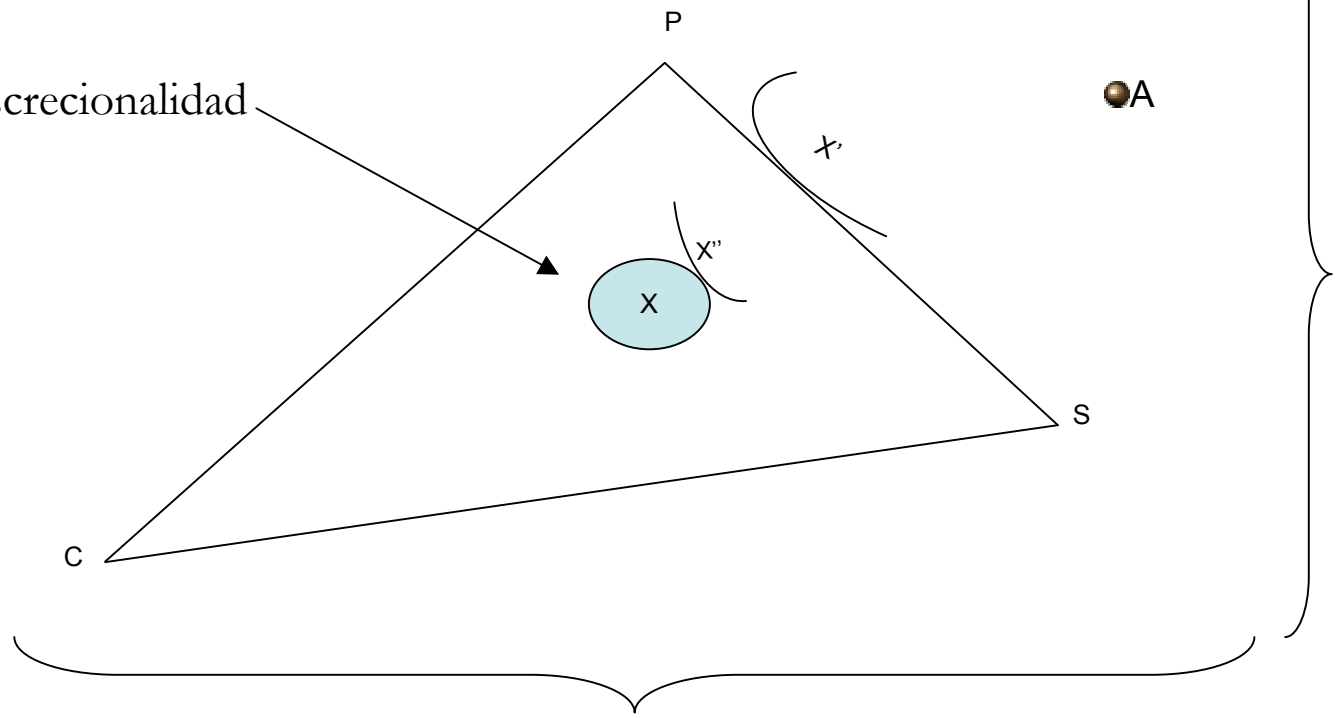
- Normas de organización.
  - Resultan fundamentales para comprender el establecimiento de regulaciones. La Administración está integrada por un conjunto de expertos de diferente naturaleza que la Constitución impone como exigencia (art. 38).
  - La elección de las estructura de los OAE tiene un impacto muy relevante en la forma como se regulará en el futuro, por ejm., Civil Service (elección de gestores públicos).
  - Cuando los límites legales son claros no hay problema. La situación es controvertida cuando las reglas de organización (competencia) son generales y abstractas, por lo cual existen criterios que maximizan el propio interés (por ejm. Evidencia científica).
  - Esta cuestión da origen a conflictos interpretativos. La Administración se encuentra en la posibilidad de elegir distintos niveles de regulación, dando origen a la dinámica e la elección pública.

Las relaciones …

- **Normas legales.**
  - La naturaleza de las decisiones regulatorias administrativas, son interactivas en la medida que existen diversos intereses. De manera que el proceso de decisión debe ser racional. (art. 21 – 41 LBPA)
  - La CPR impone determinados límites que la Administración y el legislador deben tener como referente los diferentes tipos de los poderes que pueden poseer y los métodos que pueden utilizar.
    - En torno al procedimiento administrativo, la CPR.
      - Vía de la mención, art. 7°;
      - Remisión, artículo 63, N° 18).
    - Límite en la intensidad de la reserva de ley.
  - La intervención de la Administración debe ajustarse a las limitaciones constitucionales y legales y no a la acomodación de los intereses de grupos. La Administración debe defender su decisión en las razones normativas (económicas y sociales) que permitieron la creación del OAE. (art. 41 LBPA).
  - Las normas legales al igual que las de organización también son generales y abstractas, lo que implica discrecionalidad, lo que nuevamente genera los problemas de elección pública.

Los intereses y la elección.

- Discrecionalidad



Procedimiento Administrativo

Legalidad
Art. 6°, 7°, 65.4. N° 2

Instrumentos.

- Normas técnicas. (Normalización)
- Licencia y autorizaciones. (pesca, bancos, Isapres, etc).
- Concesiones. (OOPP)
- Subsidios. (Educación)
- Representación de intereses colectivos. (Consumidores)
- Obligaciones de información.(En general servicios)
- Regulación comando – control. (Norma – sanción. Restricción vehicular.).
- Instrumentos económicos. (Ejm. Permisos de emisión transable).

Resumen

- Si el mercado se transformó en el nuevo paradigma del bienestar, como intervenga en él la Administración resulta fundamental para entender los instrumentos jurídicos.
- Hay varias justificaciones económicas para la regulación.
- El objetivo es lograr una asignación de recursos similar a la de un mercado perfecto.
- Pero la regulación no es perfecta y tiene costos.

Resumen

- Idealmente sólo se debería regular cuando los beneficios esperados son mayores a los costos.
- Las regulaciones se enfrentan a tres tipos de restricciones:
  - De información (el regulador no lo sabe todo).
  - Costos de transacción (costos de monitoreo, el control).
  - Administrativas (procedimiento) y políticas (decisores).
- Aparte del diseño técnico de las regulaciones (normas y procedimientos), el diseño institucional (organización) son igualmente importante.
  - Ejm. CONAMA
- Lo anterior tiene efectos, por ejemplo en como evaluar la discrecionalidad, proporcionalidad y arbitrariedad de las decisiones administrativas.

Prof. Luis Cordero Vega

www.lcv-derechoadministrativo.blogspot.com

lcordero@derecho.uchile.cl

Prof. Luis Cordero Vega