

# **LA COMPETENCIA COMO REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO (DESDE LA VISIÓN SISTÉMICA Y ECONÓMICA)\***

SUMARIO: I. Organización. Capacidad. Competencia. II. Análisis y límites de la competencia. II.A. El uso del modelo sistémico CES. II.B. Límites de la competencia. III. Competencia virtual. IV. La competencia desde la economía. V. Comentario final.

## **I. ORGANIZACIÓN. CAPACIDAD. COMPETENCIA**

La organización estatal, como cualquier organización, sea pública o privada, tiende a la división de funciones y a la especialización a medida que sus cometidos crecen en cantidad y complejidad. Se trata, en gran escala, del proceso de división del trabajo en tareas componentes, de acuerdo con un esquema de coordinación entre ellas.

La teoría<sup>1</sup> distingue cinco mecanismos de división y coordinación del trabajo que desenvuelven las organizaciones:

1) adaptación mutua, conforme a la cual el trabajo se ordena a través de la comunicación informal;

2) supervisión directa, cuando se encomienda a una persona la coordinación y el control del trabajo de las demás;

3) normalización de los procesos de trabajo, que consiste en fijar pautas para su desarrollo, ya sea estableciendo estándares para los resultados o las habilidades requeridas en orden a su ejecución;

4) normalización de los resultados, a través de la cual se procura fijar y especificar las cualidades del producto o del rendimiento y una vez pautados los mismos, se establecen los nexos entre las distintas tareas; y

\* Publicado originalmente en AAVV, *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002, pp. 23-32.

<sup>1</sup> V. Mintzberg, Henry, *La estructuración de las organizaciones*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 25-40.

5) normalización de las capacidades (o habilidades), que se aplica cuando no es posible poner en práctica la normalización de las tareas o su resultado, y entonces se especifica la actitud o la preparación requerida para ejecutar el trabajo.

Resulta destacable que los mecanismos referidos se van adoptando en forma sucesiva y cuando la tarea reviste gran complejidad, con importantes segmentos de indeterminación, se vuelve a la *adaptación mutua*, esta vez sustentada en la capacidad de los especialistas para resolver los imprevistos (por ejemplo, colocar en órbita una estación espacial).

Por su parte, en cuanto al principio de especialidad, se trata de un criterio desenvuelto por la doctrina jurídica francesa posterior a la revolución para resolver la cuestión de los bienes de *mano muerta*, provenientes de la secularización de los bienes de la Iglesia luego de su separación del Estado. A través de dicho principio, la doctrina trató de restringir la capacidad para adquirir tal clase de bienes cuando eran objeto de actos de donación o última voluntad.

Como bien destaca Aparicio Méndez<sup>2</sup>, la aparición y consolidación de la teoría del servicio público reformuló y tornó más flexible el principio de especialidad, ya que sirvió para identificar al servicio *uti singuli*, con destinatario específico, frente a los *uti universi*, prestados por la Administración central o las administraciones locales, en particular los municipios, ya que, con relación a estos últimos, la especialidad se atenúa por la multiplicidad de los servicios y la importancia del elemento territorial.

Cabe agregar que la capacidad, como concepto previo y soporte lógico de la competencia, había quedado postergada en el análisis jurídico, ya que no mediaba una aceptación clara de la personalidad pública del Estado. En tal sentido, la teoría de la doble personalidad reconocía al fisco como persona, pero no le otorgaba tal cualidad con nitidez al Estado<sup>3</sup>.

Hoy no se discute que el sujeto público Estado tiene la capacidad de una persona jurídica, o sea, una aptitud limitada a sus fines, en relación con los cuales puede destacarse el carácter de *generalidad*, para los que tienen asignados la Nación y las provincias, y el de *especificidad*, para los propios de las entidades públicas que se integran en las primeras (municipios, entidades autárquicas y empresas públicas)<sup>4</sup>.

El órgano forma parte del sujeto jurídico y se inserta en su organización. La diferencia entre órgano y organización, que primariamente alude a unidad y pluralidad, depende del punto de vista del observador y responde a la regla general de que todos los objetos tanto reales como ideales son sistemas o componentes de sistemas<sup>5</sup>. Así, la Administración pública es un subsistema dentro del sistema Estado y los distintos órganos que la configuran, a su vez, son subsistemas de ella.

<sup>2</sup> Méndez, Aparicio, *La teoría del órgano*, Montevideo, Editorial Amalio Fernández, 1971, pp. 127-129.

<sup>3</sup> Cfr. Fiorini, Bartolomé A., *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 97-106.

<sup>4</sup> Fiorini, Bartolomé A., *op. cit.*, p. 99.

<sup>5</sup> Bunge, Mario, *Sistemas sociales y filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1995, pp. 11-37.

A partir de que un sistema se caracteriza por composición, entorno y estructura (el denominado *modelo CES*), la visión sistémica y normativa de un órgano administrativo permite identificar elementos componentes –conducta de los agentes y bienes afectados al servicio– que no están simplemente adosados, sino que están insertos en un sistema mayor y vinculados por medio de enlaces llamados *estructuras*, que consisten en las entradas (*inputs*) o salidas (*outputs*) del sistema, y que configuran relaciones de *endo* y *exoestructura*<sup>6</sup>.

Por lo tanto, de acuerdo con las ideas expuestas, podemos formular algunos puntos de partida para la reflexión:

1) El concepto jurídico de capacidad está conectado con el de sujeto, mientras que la competencia está unida a la noción de órgano.

2) No hay diferencia de sustancia sino de grado o cuantitativa entre competencia y capacidad; esta última tiene mayor amplitud y usualmente se acepta que consiste en la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras que la competencia se perfila como un título habilitante para ejercer atribuciones y deberes.

Al decir de Kelsen: “Cuando una norma califica el acto de cierto individuo como supuesto jurídico o consecuencia de derecho, esto significa que sólo ese individuo es *capaz* de realizar dicho acto; o sea que sólo él es *competente* para realizarlo (usando el término en su sentido más amplio). Sólo si este individuo capaz y competente realiza o deja de realizar el acto, puede producirse la acción o la omisión que, de acuerdo con la norma, constituyen la condición o la consecuencia jurídica. [...] La relación que la norma jurídica establece entre el elemento personal y el material es lo que en la terminología francesa y alemana se llama *competencia*, tomado el término en su sentido más general”<sup>7</sup>.

3) La competencia es una asignación parcial de fines y medios, dentro del marco más amplio de la capacidad.

<sup>6</sup> “Consideremos un sistema *s* en un instante *t* dado. Llamemos *C* (*s*, *t*) la composición o colección de todas las partes de *s* en *t*. Llamemos *E* (*s*, *t*) al entorno de *s* en *t*, o sea la colección de todas las cosas que, sin estar en *C* (*s*, *t*), actúan sobre *s* o están sujetas a la acción de *s* al tiempo *t*. Dado que las componentes del sistema actúan entre sí, *s* tiene una endoestructura. Esta es la colección de todas las relaciones –en particular los enlaces o conexiones– entre dichos componentes (Un enlace o conexión entre dos cosas es una relación que modifica a ambas. Los enlaces químicos y las relaciones económicas son de este tipo, en tanto que las relaciones espaciales y temporales no lo son.). Dado que el sistema tiene un entorno, también tiene una exoestructura, o colección de enlaces o vínculos con cosas de su entorno (Obviamente, las entradas o *inputs*, y las salidas o *outputs* del sistema, están incluidos en su exoestructura.). La unión o suma lógica de la endoestructura y la exoestructura de *s* en *t* se llamará la estructura total *S* (*s*, *t*) de *s* en *t*. Ahora disponemos de todos los ingredientes necesarios para construir el más simple de todos los modelos realistas de un sistema concreto. Este, el modelo CES, es la terna ordenada de las tres colecciones que acabamos de definir, o sea,  $M(s, t) = \langle C(s, t), E(s, t), S(s, t) \rangle$ . Esta es una instantánea de *s* para un valor de *t*” (Bunge, Mario, *op. cit.*, pp. 14-15).

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universitaria, 1958, 2ª edición, p. 106.

4) La competencia administrativa es una asignación de atribuciones y deberes (medios) a un órgano administrativo para establecer, en forma mediata o inmediata, relaciones jurídicas destinadas a satisfacer los fines también asignados.

5) En las relaciones que se generan a partir de la competencia, el órgano que la tiene asignada ejerce atribuciones y deberes que son correlativos de los derechos y obligaciones de los administrados. Tales derechos y obligaciones pueden generar relaciones materiales (por ejemplo, un contrato) o procesales (v. gr., descargo en un sumario). En las de carácter procesal, el administrado es portador de derechos subjetivos públicos, sobre la base de los cuales puede exigir el cumplimiento de los deberes de la Administración, consistan éstos en un acto o en una abstención. En ese orden de ideas, por ejemplo, el administrado tiene derecho a tomar vista de las actuaciones relativas a sus derechos o intereses y, por su parte, la Administración tiene el deber de otorgarla de acuerdo con las reglas del procedimiento (Artículo 38, Reglamento de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo –RLPNA–). Si se solicita que la Administración no resuelva hasta que la vista se haga efectiva, el comportamiento impetrado consiste en una abstención.

En síntesis: el derecho subjetivo procesal tiene por sujeto pasivo a la Administración y por contenido el correcto desenvolvimiento del procedimiento administrativo. Resulta útil precisar también el concepto de *pretensión*, que consiste en la afirmación de un administrado parte para que un acto del procedimiento se subordine a su interés, con independencia de que el derecho lo asista o no. En la selección del contratista, por ejemplo, una típica pretensión es la del oferente que sostiene que su propuesta es la más conveniente.

Asimismo, el administrado parte en un procedimiento es titular de *facultades*, las que se distinguen de los derechos subjetivos procesales y consisten en la libertad de hacer o no una actividad determinada (v. gr., la presentación de los alegatos sobre las pruebas producidas, “si lo creyere conveniente” –Artículo 60, RLNPA–).

Por último, sobre este aspecto, cabe señalar que un administrado como parte puede estar sujeto a *cargas procesales*, en la medida en que quiera obtener un beneficio en el desenvolvimiento del procedimiento y, con tal finalidad, sacrifica uno o más intereses como condición del beneficio; tal es el caso de la carga de asegurar la asistencia de los testigos, porque si éstos no comparecen, se pierde el derecho a su testimonio (Artículo 5º, RLNPA).

6) La doctrina suele destacar dos aspectos de la competencia, uno vinculado a las atribuciones –lo que se puede o no hacer– frente a los particulares y otro, que versa sobre el reparto del trabajo dentro de la Administración pública<sup>8</sup>.

También se señala que la competencia propiamente dicha funciona en lo externo, en el ámbito de la *exoestructura*, mientras que en la *endoestructura*, en rigor, no hay competencia, sino atribución de funciones a diversos subórganos (unidades comprendidas den-

<sup>8</sup> Boquera Oliver, José María, *Derecho Administrativo*, T. I, Madrid, Civitas, 1986, p. 228.

tro de una unidad mayor) o agentes. Desde esta visión, la competencia se refiere a la posibilidad de crear actos jurídicos que restrinjan las libertades de los particulares<sup>9</sup>.

7) No comparto esa visión restrictiva de la competencia consistente en la aptitud jurídica para crear relaciones con los particulares ni, en una concepción más amplia, para establecer vínculos de índole interadministrativa. Me atrevo a decir que ese modo de concebir la competencia responde a la dependencia que, en algunos temas, todavía mantiene nuestra disciplina con el derecho privado, más específicamente, con la teoría civil del acto jurídico. La creación de un acto administrativo presupone un proceso en el que intervienen distintos órganos, con diferentes atribuciones, a tal punto que, sin la intervención previa de alguno de ellos, el acto puede llegar a ser nulo (por ejemplo, el dictamen del servicio jurídico permanente cuando pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos –Artículo 7º, inciso d), Ley N° 19.549– o el dictamen de evaluación de ofertas en un procedimiento de selección –Artículos 77-83 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/2000–).

8) Puede sostenerse, en consecuencia, que los órganos de la Administración interna que intervienen en el proceso de gestación de un acto también tienen competencia, así como los *cargos* o *puestos* de trabajo que se insertan en cada órgano, con alguna libertad del superior jerárquico en la distribución de tareas, pero con límites de especialización (por ejemplo, no se le puede requerir a un ordenanza que confeccione un proyecto de decreto).

En otras palabras, tanto en las relaciones de *exo* como de *endoestructura* hay asignación de competencias, destinada a cumplir los fines de la organización, desarrollando las funciones encomendadas con calidad y eficiencia y preservando los derechos de los administrados. Cabe agregar que en las relaciones de *endoestructura* también es necesario garantizar los derechos de los agentes que ocupan cargos dentro del órgano, frente al ejercicio de las potestades jerárquicas.

9) En función de lo expuesto, podemos precisar que la competencia es un requisito del acto administrativo, que precede a su creación y que no lo integra como componente, a diferencia de lo que acontece con los elementos objeto o forma. En lo que toca al sujeto público y a su aptitud jurídica que llamamos capacidad, se trata de presupuestos del acto y le sirven de soporte lógico. No hay acto administrativo que no sea imputable en forma mediata a un sujeto público.

10) La capacidad privada puede ser convertida en competencia por el Estado a través del otorgamiento de un título habilitante para actividades reguladas, como en el caso de las profesiones liberales o de la prestación de servicios públicos.

11) En el ámbito de la Administración pública, la competencia no responde sólo a los principios de especialización y jerarquía<sup>10</sup>, sino también a otras relaciones como

<sup>9</sup> González Navarro, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, T. II, Navarra, EUNSA, 1994, p. 321.

<sup>10</sup> Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, T. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 88.

las de supremacía y primacía, de las cuales las primeras son generadas por el presidente en su carácter de jefe supremo de la Nación, regulando sus vínculos con los otros poderes, las naciones extranjeras y las autonomías provinciales. Las segundas, por su parte, que incluyen el control de tutela, son las que se generan entre la Administración centralizada y la descentralizada, el Presidente y el Jefe de Gabinete, el Presidente y los Ministros y el Jefe de Gabinete y los Ministros<sup>11</sup>.

## II. ANÁLISIS Y LÍMITES DE LA COMPETENCIA

### II.A. El uso del modelo sistémico CES

Las definiciones de competencia son innumerables y casi todos los autores ensayan alguna:

- conjunto de funciones asignadas a un órgano;
- potestad o aptitud de obrar;
- parte o porción funcional, entendida como límite, deslinde o determinación cuantitativa;
- centro de imputación normativa; etc.

En primer lugar, desde un punto de vista descriptivo, puede identificarse un centro o unidad jurídica a la cual se le asigna un cometido funcional. Es la respuesta al *quién* del modelo CES como parte de la *composición* o colección de todas las partes. Ya adelantamos que se trata del órgano como centro que genera una *exoestructura* o relaciones externas, pero que también sus partes componentes, subórganos u órganos internos –incluso cargos o puestos– tienen aptitud para generar relaciones que condicionan las externas.

En segundo término, se trata de identificar el *qué*, o sea, lo atribuido, encomendado o asignado, entendido como conjunto de actividades o funciones que no están atribuidas de cualquier modo, sino que consisten en atribuciones y deberes, de los cuales las primeras pueden ser de carácter potestativo (o heterónimo) o bien de índole autónoma.

En cuanto a los deberes, las fórmulas normativas señalan que la competencia es irrenunciable (ley española) o que su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano (Artículo 3º, LNPA).

En tercer lugar, en el análisis corresponde determinar cuáles son los fines de la competencia, es decir, dar respuesta al *para qué*, porque ella se relaciona con la especialidad y define el ámbito de libertad en su ejercicio.

En tal sentido, los fines pueden estar individualizados o no en la norma, pueden ser expresos o estar sujetos a una tarea de interpretación por su carácter implícito. Además, pueden tener distinta jerarquía o estar indicados sin rango entre ellos, con la consiguiente zona de libertad para ordenarlos por niveles jerárquicos.

<sup>11</sup> Mata, Ismael, “El Jefe de Gabinete en la Organización Administrativa”, *Derecho Administrativo* (obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 401-418.

Finalmente, el sistema jurídico puede indicar el *cómo*, de qué modo o con sujeción a qué patrones instrumentales deben ejercitarse las funciones asignadas. Creo que después de la reforma constitucional de 1994, el Artículo 42 ha establecido un patrón que se extiende a toda la actividad estatal porque apunta a que el bienestar general enumerado entre los objetivos del Preámbulo se torne en un bien tangible y concreto; en otras palabras, el patrón general consiste en que todos los servicios y prestaciones del Estado deben tener calidad y ser eficientes.

Por su parte, y en el sentido apuntado, la Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por la Ley N° 24.759) establece que el gasto y la inversión públicos deben ser eficientes.

De ahí que la política de estándares de calidad, que se está adoptando tanto en el orden nacional como en el provincial<sup>12</sup>, siguiendo el modelo británico de las cartas del ciudadano, tiende a configurar un proceso permanente de actualización de la competencia, por lo que los estándares pasan a ser obligatorios en su ejercicio, integran el cuadro de deberes del Estado y pueden llegar a comprometer su responsabilidad. Un dato interesante es que los propios agentes del órgano contribuyen con su iniciativa a generar los parámetros de calidad.

## **II.B. Límites de la competencia**

La teoría tradicional distinguía drásticamente entre la capacidad del hombre y la del Estado, y sostenía que el primero puede hacer todo lo no prohibido expresamente por el derecho, mientras que un órgano de la Administración pública –en definitiva, el Estado– sólo puede hacer lo que el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. Esta visión restringida, que respondía a una desconfianza hacia el Estado y sus modelos autoritarios, conducía naturalmente al postulado de la permisividad expresa para fijar los límites de la competencia, o sea, si la actividad no estaba permitida, resultaba prohibida. Cuando el Estado crece en tamaño e interviene con mayor intensidad en la vida social y económica, el estrecho marco de la permisividad expresa dificulta notablemente su gestión y, por lo tanto, se acude a la permisividad amplia –expresión de Linares en su brillante trabajo sobre el tema, en el que sigue la teoría egológica<sup>13</sup>–, cuya fórmula es: lo permitido al órgano no consiste únicamente en lo permitido en forma expresa, sino también en lo tácito incluido en la permisividad expresa.

Linares señala que existe un principio ontológico de libertad en el derecho por el cual todo lo no prohibido está permitido, sin que interese que el sujeto sea una persona física o ideal, privada o pública. Y lo afirmado vale también para los órganos de las personas jurídicas.

En definitiva, para la competencia rige el axioma ontológico de la libertad, dentro de la especialidad del objeto. Lo prohibido a un ente público es todo lo que no se le atribuye en competencia, de acuerdo con su especialidad.

<sup>12</sup> Decreto N° 3.062/1999 de Salta, Ley N° 8.835 de Córdoba y Decreto PEN N° 229/2000.

<sup>13</sup> Linares, Juan Francisco, “La competencia y los postulados de la permisividad”, *RADA*, N° 2, pp. 13-32.

### III. COMPETENCIA VIRTUAL

El comercio electrónico, con la posibilidad técnica de comunicación casi instantánea de los operadores entre sí y entre éstos y los consumidores, constituye un fundamental instrumento de carácter *virtual* que plantea nuevos problemas jurídicos; uno de los más importantes es la determinación de cuál es el juez competente para resolver los conflictos y a qué ley se sujetará para su sustanciación y decisión.

No se trata sólo de identificar el juez competente en caso de litigios, sino también de fijar cuál es la autoridad regulatoria de la actividad o la autoridad certificante –pública o privada– para el uso de firmas digitales.

La pregunta consiste en determinar si estamos asistiendo a una *competencia virtual* para afrontar las cuestiones que plantea un comercio sustentado en un medio del mismo carácter.

Adelanto mi respuesta negativa; los negocios celebrados *on line* pertenecen al mundo real, así como los órganos competentes llamados para regularlos o resolver los conflictos que se susciten.

A mi entender, se trata de la reformulación, con lenguaje actual, de la vieja cuestión del tiempo y el lugar en la celebración del contrato llamado entre ausentes, para lo cual me remito al lúcido análisis que hace López de Zavalía<sup>14</sup>, quien sostiene “que tratándose del espacio [...] poco interesa que la distancia sea mayor o menor mientras no se inserte entre los lugares un límite territorial jurídicamente relevante, así también tendremos que admitir con relación al tiempo que poco interesa que el intervalo entre los instantes inicial y final sea mayor o menor, mientras no se inserte entre ellos un límite temporal jurídicamente relevante”<sup>15</sup>.

Cuando se refiere a las contrataciones por teléfono, agrega que las declaraciones a través de éste pueden ser entre presentes en cuanto al lugar, si el ámbito jurisdiccional es el mismo (si no media una línea de frontera, en palabras del autor)<sup>16</sup>.

Habiéndose aclarado que la jurisdicción es real, se dan diferentes soluciones acerca de cuál es la autoridad competente en supuesto de conflicto; así, en el caso “Deskstop c/ Colourworks”, la actora, con sede en Pennsylvania y con la marca “Colourworks” registrada en el ámbito federal, demandó ante un juez de su propio Estado a una empresa canadiense que sólo operaba en Canadá. El juzgado interviniente se declaró incompetente porque consideró que el sitio en Internet de la demandada era equivalente a un aviso publicitario y por sí solo insuficiente para sujetarla a la jurisdicción de Pennsylvania<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los Contratos*, Parte General, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1975, 2ª edición, pp. 119-126.

<sup>15</sup> López de Zavalía, *op. cit.*, pp. 120-121.

<sup>16</sup> López de Zavalía, *op. cit.*, p. 122.

<sup>17</sup> El caso está citado por González, César Daniel, “Comercio Electrónico-Enfoque Legal Perspectiva Internacional”, *LL*, 2001 - B - 1262/70.

En cambio, los tribunales alemanes entendieron en la demanda que el Centro Simon Wiesenthal entabló contra Amazon.com, porque esta última ofreció y vendió *on line* libros prohibidos en Alemania, aunque su subsidiaria en dicho país no lo hacía<sup>18</sup>. Por último, con relación a este punto, se señala que, con motivo de la globalización y la llamada *convergencia tecnológica* en telecomunicaciones, se observa una tendencia de intervención creciente sobre el servicio por parte de las autoridades regionales e internacionales, como por ejemplo, la Comisión Europea a través de sus directivas en la materia. Asimismo, existe una propuesta para que en la agenda de la Organización Mundial del Comercio se incluya el análisis de la creación de un regulador mundial de las telecomunicaciones<sup>19</sup>.

#### IV. LA COMPETENCIA DESDE LA ECONOMÍA

En economía, la teoría neoinstitucional ha revalorado el contrato como instrumento facilitador del intercambio, ya que permite a través de su uso que quienes más aprecian un bien, servicio o derecho puedan adquirir su propiedad. Asimismo, es un medio para transferir riesgos desde los operadores menos inclinados o más expuestos a ellos, hacia quienes estén dispuestos o en condiciones de asumirlos. Finalmente, posibilita resolver problemas de eficiencia cuando hay externalidades negativas o asimetrías en la información, en la medida en que los contratos no sólo tienen efectos entre las partes, sino que también pueden beneficiar o perjudicar a terceros. El marco jurídico, por su parte, permite realizar el intercambio reduciendo los costos de transacción e introduciendo seguridad en los negocios. En todas las transacciones, hay riesgos ajenos a las conductas de las partes, como los fenómenos naturales (v. gr., granizo) o los humanos sobre los que las partes no pueden influir (por ejemplo, inflación o recesión). En cambio, si alguna de las partes puede ejercer cierto control sobre los riesgos, se configura la situación llamada de *riesgo moral*, consistente en que:

- a) ciertos actos de una de las partes no pueden ser controlados por la otra;
- b) tampoco pueden ser inferidos de la observación de otras variables; y
- c) pueden influir sobre los beneficios o utilidades de las partes.

En tal sentido, se pone como ejemplo la figura del mandante o principal que no puede controlar con precisión o eficacia las acciones del mandatario<sup>20</sup>.

Si el diseño del contrato es adecuado, permite introducir seguridad en los negocios y reducir los costos de transacción, entendiendo por estos últimos los incurridos para reunir información, negociar y hacer cumplir lo pactado.

<sup>18</sup> Ver González, César Daniel, *op. cit.*

<sup>19</sup> V. Convergencia, *Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*, Vol. I, Gretel, Madrid, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 2000, pp. 51-53.

<sup>20</sup> Coloma, Germán, *Análisis Económico de Derecho (Privado y Regulatorio)*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, pp. 125-140.

Desde la perspectiva de la aptitud de los contratos para reducir la incertidumbre y los riesgos –en otras palabras, su grado de previsibilidad–, el análisis institucional distingue entre contratos *completos* e *incompletos*, por supuesto, haciéndose cargo de que se trata de una distinción o una diferenciación relativa o de grado.

Los acuerdos incompletos pueden darse en la actividad privada tanto como en la pública, pero, en esta última, dicho carácter reviste mayor dramatismo porque la administración del Estado celebra contratos a muy largo plazo, sujetos a importantes vicisitudes desde el momento de su celebración (crisis económicas, cambios políticos, etc.). Asimismo, el Estado es una gran empresa, con un alto riesgo de incapacidad o negligencia de sus agentes, y, por último, los cambios tecnológicos, unidos a los dilatados plazos de los acuerdos, obligan a revisar sus condiciones, en particular, en sectores con intenso dinamismo, como, por ejemplo, el de las telecomunicaciones.

Los cambios de condiciones a que están sujetos los contratos a largo plazo que celebra el Estado no siempre conducen a su extinción o a la modificación de los términos pactados (renegociación), ya que las situaciones no previstas pueden encararse a través de la función reguladora, que está sustentada en la teoría económica de la agencia o de la relación principal-agente, caracterizada por la posición de superioridad de una de las partes (principal) y por mejor información de la contraparte (agente), situación calificada como de *asimetría informativa*. En otras palabras, el principal tiene un cierto poder de dirección sobre la acción del agente, pero no puede controlarlo en todos sus actos porque debería, en ese caso, afrontar un elevado costo de transacción.

En tales circunstancias, el regulador público ejercita una competencia integradora del contrato celebrado o del título habilitante conferido y toma decisiones de directiva (obligatorias) o de incentivo (voluntarias), destinadas a responder a las nuevas situaciones y cambios, respetando siempre los objetivos de la transacción.

En otras palabras, la teoría de la agencia permite completar los términos pactados, conservando la transacción.

Asimismo, facilita el cometido de los entes reguladores en su función de interpretación, integración y aplicación de los marcos regulatorios y los títulos habilitantes.

## V. COMENTARIO FINAL

Me parece advertir que en el mundo jurídico y, específicamente, en el ámbito del derecho público, sin perjuicio del avance en la protección de los derechos individuales y en la afirmación de la seguridad jurídica, se desenvuelve un proceso de expansión de las atribuciones componentes de la competencia, atendiendo a los fines de la organización y a su satisfacción, en función de criterios de calidad y eficiencia.