

LOS PILARES DEL DERECHO, CONTRATO Y RESPONSABILIDAD, COMO INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN

THE PILLARS OF THE LAW, CONTRACT, AND RESPONSIBILITY, AS REGULATORY INSTRUMENTS

LUSITANIA VILLABLANCA CERDA*

RESUMEN

La regulación se caracteriza por recurrir a instrumentos particulares para poner en marcha el intervencionismo económico. En efecto, en una economía de libre mercado el intervencionismo debe llevarse a cabo conforme a la lógica del mercado. Estos instrumentos se conocen como *nuevas formas de regulación* y dentro de ellas encontramos el recurso al contrato y a la responsabilidad. El Derecho clásico pone así a disposición de la regulación, mecanismos que le son propios, pero que esta vez serán usados con el fin de regular los mercados. Estos nuevos objetivos no son muy conocidos de los juristas con formación clásica, he ahí el interés de este trabajo.

Palabras claves: *Regulación, reglamentación, contrato, responsabilidad.*

ABSTRACT

Regulation is characterized by use of special instruments to implement economic interventionism. In fact, in a free market economy the intervention must be carried out according to the logic of the market. These instruments are known as new forms of regulation and within we are able to find the resort to the contract and to responsibility. The classic law makes available to the regulation,

* Abogado, Universidad de Concepción, Magíster en derecho de los mercados, de los negocios y de la economía por la Université de Bourgogne, Francia, Doctorando en Derecho privado, Université Paris 2, Francia. Dirección postal: 8, rue Docteur Durande, Dijon 21000, Francia. Correo electrónico: lusitania.villablanca@gmail.com

** Abreviaciones: art.: artículo de una ley; Cf.: Consultar; *espec.*: especialmente; *ed.*: edición; *et al.*: y otros; n°.: número; *RTD com.*: Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique; *RTD civ.*: Revue Trimestrielle de droit civil; V.: ver.

mechanisms of its own, but that this time will be used to regulate markets. These new targets are not well known for classically trained lawyers, there is the interest of this work.

Key words: *Regulatory systems, regulation, law, contract, responsibility.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo constituye una somera síntesis de las maneras como el derecho comparado ha utilizado el contrato y la responsabilidad, como instrumentos para llevar a cabo políticas reguladoras. Para adentrarnos en ella, es necesario sentar previamente ciertas nociones, comenzando por el concepto de regulación¹.

La regulación es una noción esencialmente polisémica y objeto de variadas controversias. Para este estudio entenderemos por regulación, la combinación de instrumentos utilizados por el Estado, en materia de estatuto, libre competencia y reglamentación de una actividad y que alteran las reglas que pueden considerarse como naturales al funcionamiento de un sector. Por ejemplo, una norma que obliga al prestador de un servicio de energía eléctrica a justificar económicamente ante la autoridad el precio que va a cobrar a sus consumidores, es una norma que obedece a lógica de la regulación, teniendo en cuenta que en un sistema de libre mercado, la fijación de precios es normalmente libre. La finalidad de la regulación es lograr el equilibrio competitivo del sector económico, es decir, la libre competencia, con otros fines que el Estado ha considerado legítimo proteger² y especialmente, hoy en día, con el fin de prevenir riesgos. La energía, la banca, el sector financiero, las telecomunicaciones, son ejemplos de sectores regulados.

La regulación se caracteriza por recurrir a ciertos instrumentos muy particulares, destinados a poner en marcha las políticas públicas. Estos instrumentos se conocen como *nuevas formas de regulación* y pueden ser definidos como “la combinación de mecanismos que organizan los sectores regulados y que comienzan utilizarse a partir de los años 70 con el objetivo de afrontar los problemas derivados de la multiplicidad de actores que intervienen en un mismo sector económico, así como los problemas que surgen de la coexistencia de actividades en monopolio y actividades en libre competencia”. Ellas conciernen mecanismos e instituciones visando lo que en inglés se conoce como *Regulatory systems*.

Se considera como parte de las nuevas formas de regulación, el recurso a las categorías clásicas del derecho civil: el contrato y la responsabilidad, como instrumentos de regulación. Hemos llegado así al centro de nuestro estudio.

La regulación, como intervención estatal, se caracteriza por plantear cambios radicales a la forma como los juristas entendemos el Derecho clásico, en el sentido de aquel derecho que es tradicionalmente estudiado en las universidades. En otras ocasiones, el Derecho clásico “presta”, pone a disposición de la regulación, mecanismos que le son propios. De esta forma, el contrato y la responsabilidad se han puesto al servicio de la regulación económica. En este estudio veremos cómo ellos han sido utilizados por en el derecho comparado.

El uso de estos instrumentos es una consecuencia de los trabajos de la escuela americana de la *Law and Economics* relativos al análisis económico del derecho. Gracias a los estudios llevados a cabo por esta escuela, el contrato y la responsabilidad han sido concebidos como instrumentos

¹ V. Nuestro artículo “Derecho y Regulación en Francia. Derecho de la regulación!”, a publicarse.

² Como ejemplo de otros fines que los estados han estimado necesario proteger encontramos la finalidad de abastecer bienes esenciales como el agua potable, de proteger el medio ambiente, de asegurar el pluralismo político, etc.

naturales y suficientes para regular el funcionamiento de los mercados. Sin embargo, a diferencia de lo propuesto en ciertos trabajos del movimiento *Law and Economics*, ningún mercado regulado³ se limita a recurrir a estos dos instrumentos para organizarse, lo que equivaldría a una autorregulación. Todos los mercados regulados están sometidos a otros mecanismos más o menos coercitivos, para asegurar su equilibrio competitivo. Esto no impide valorar el lugar otorgado a los procedimientos contractuales (II) y la responsabilidad (III) como instrumentos de regulación.

II. EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE REGULACIÓN

Es a fines del siglo XX que el contrato comenzó a ser utilizado como instrumento de regulación: abandonando el unilateralismo en la fijación de las reglas jurídicas y dando a las autoridades administrativas independientes el poder de adoptar estas reglas luego de haber llegado a un acuerdo sobre su contenido, con los destinatarios de ellas. En otras ocasiones, se va más allá y se utiliza al contrato para *construir* los sectores económicos, los cuales en adelante serán articulados sobre la base de contratos y no solamente en torno a la libre competencia.

Esta última función se utilizó especialmente para abrir a la competencia ciertos mercados impregnados de barreras de entrada como lo son las industrias que operan en torno a redes⁴. En éstas, el contrato se transforma en un instrumento natural para articular la relación entre el gestor de la red y el operador que necesita dicha red para desarrollar su actividad.

Estas nuevas funciones dadas al contrato, fuente de normas, organización de mercados, van a plantear una serie de cambios radicales a la concepción clásica que los juristas tenemos del contrato. El rol y el ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad, de la libertad contractual, y de la fuerza obligatoria del contrato, son los principales aspectos afectados por la regulación. Como nuestra síntesis se restringe al estudio de las nuevas formas de regulación, nos vamos a limitar a analizar los usos que se han dado al contrato como instrumento de regulación, dejando para otra oportunidad el estudio de las alteraciones a la teoría general del contrato que son consecuencia de la regulación.

En adelante expondremos en qué consiste el uso del contrato como instrumento de regulación analizando, en primer término los contratos como fuente de normas (1) para exponer después, como ha sido usado para instalar la libre competencia en los mercados naturalmente monopólicos (2).

1. El contrato como fuente de normas

La autoridad y los operadores de los sectores regulados pueden llegar a acuerdos, que pueden ser la fuente de normas generales o particulares.

a) La contractualización en la elaboración de normas generales

Los privados se han visto beneficiados, en una época reciente, por el derecho a participar en las etapas previas a la adopción de las normas que van a regir su actividad⁵. Existe de esta manera, una coordinación entre el regulador y los administrados, estos casos son analizados por la doctrina

³ Es decir intervenido aún débilmente por el Estado.

⁴ Electricidad, distribución de gas, telefonía, Internet, etc.

⁵ Se podría legítimamente afirmar que el fenómeno no es nuevo, pero a lo menos debemos admitir que actualmente esta participación tiene lugar de forma más explícita, que solamente hoy ella es objeto de análisis jurídicos.

francesa como una forma de contractualización de la adopción de reglas generales⁶. Se trata de situaciones en que es necesario organizar la consideración de los distintos intereses que están en juego con la normatividad. En consecuencia, el modelo contractual, forma natural de la articulación de intereses, se presta bien a este objetivo.

Es legítimo preguntarse por qué esta “consideración de todos los intereses” es necesaria en ciertos casos, mientras que en el derecho común ella no se plantea. La eficacia, principio fundamental de la regulación económica, surge una vez más como explicación a los fenómenos propios de la regulación. En efecto, se ha planteado que la participación de los intereses privados en la adopción de la normatividad, no es sino la respuesta a las debilidades o fallas del regulador (ya sea el legislador o otra entidad con poderes reglamentarios), el cual en ciertos casos, se encuentra simplemente impedido de establecer una normatividad eficaz. Las asimetrías de información son la principal causa. En consecuencia, recurrir al contrato como modelo de obtención de acuerdos, se manifiesta como el único medio de dictar una norma eficaz, a falta de medios mejores que permitan la unilateralidad clásica de las normas.

b) La contractualización de las reglas individuales

La doctrina ha afirmado que la adopción de normas individuales se contractualiza a través de distintos procedimientos. Veamos algunos.

La contractualización *ex ante*: es aquella que tiene lugar en todos los casos en que la futura regla es sometida a un ajuste entre aquel que debe dictarla (el regulador) y el operador, destinatario o sujeto de la futura norma. Un ejemplo se encontraría en la solicitudes de autorización para el ejercicio de una determinada operación (como una oferta pública de adquisición, una solicitud de concesión), proceso que contendría una zona gris previa a la solicitud formal, en el curso de la cual el regulador y el operador pueden fijar el modelo que servirá de base a la solicitud posterior⁷.

La contractualización *ex post*: es aquella que tiene lugar después de acaecido el hecho objeto de la regulación, el cual está constituido generalmente por la vulneración de las reglas que rigen el sector. En este caso, el regulador ofrece al operador en falta, la perspectiva de una negociación o de una sanción. La transacción entre el regulador y el operador, con la cual puede terminarse un proceso de sanción, es también analizada como un procedimiento contractualizado. En efecto, en virtud de la transacción el operador asume ciertas obligaciones... ¿qué más propio al contrato que la asunción de obligaciones⁸?

2. El contrato como mecanismo para implantar la libre competencia

En los mercados regulados en general y en los mercados financieros en particular, tienen lugar millares de transacciones cotidianas. El contrato es el instrumento usado para poner en obra estas transacciones; el contrato es en efecto, el vector jurídico del intercambio económico. En este sentido el contrato no es una forma de regulación (no hay intervencionismo económico en él⁹) visto que en este caso el contrato entrega a las partes la tarea de definir la puesta en obra de sus relaciones contractuales.

⁶ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11^e Forum de la régulation”, *Petites affiches*, 87, (2005), pp. 3-10, *espec.* p. 3.

⁷ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse su 11^e Forum de la régulation”, citada, *espec.* p. 4.

⁸ *Idem.*

⁹ Salvo en ciertos contratos especialmente reglamentados, en los que se prevén normas especiales destinadas, por ejemplo a proteger a la parte más débil de la relación contractual.

Por el contrario, el uso del contrato que se suscribe entre los operadores a fin de permitir el acceso a una red en monopolio, constituye una nueva forma de regulación, ya que la finalidad de este contrato va más allá de la definición de las relaciones contractuales. Este contrato sirve además para abrir distintos sectores económicos a la libre competencia.

La libre competencia presupone la libertad de los operadores para determinar libremente los mercados en los cuales quieren desarrollar su actividad, con el fin de ofrecer bienes y servicios. La aplicación de este principio es difícil cuando se trata de monopolios naturales, ya que la duplicación de la infraestructura en monopolio es impedida por la racionalidad económica. De este modo los operadores no cuentan con un mercado para desarrollar su actividad.

Se plantean así, dos situaciones inconciliables, la libertad de los mercados versus los monopolios. La ciencia económica ha asumido la tarea de conciliarlos logrando implantar la libre competencia en las infraestructuras que no pueden ser duplicadas. Se ofrecen al Estado dos posibilidades: la desverticalización de las empresas junto con la consagración de un derecho de acceso a las redes en monopolio¹⁰ o bien la adopción de un régimen de concesión¹¹.

En ambos casos el contrato tiene un rol¹². En el sistema de concesiones el contrato es utilizado porque permite revelar informaciones necesarias para el regulador y para incitar a los operadores a proporcionar un servicio a un mejor precio y de mejor calidad (denominado competencia por el mercado), mientras que en la desverticalización de las empresas el contrato es utilizado para organizar los nuevos mercados creados (denominado competencia en el mercado).

a) El contrato y la competencia por el mercado

Para entender este tema es necesario plantear ciertos datos de naturaleza económica. En primer término es necesario saber que la regulación se basa en dos principios¹³, con el fin de permitir el funcionamiento de un mercado según la lógica de la libre competencia: el primero es el de la separación entre la infraestructura y los servicios y, cuando es posible, la separación entre la producción, el transporte y la distribución de un bien o servicio. El segundo es la introducción de incitaciones para obtener una gestión eficaz de las infraestructuras que siguen en monopolio.

Una de las herramientas existentes para abrir el mercado es “instalar entre el regulador y el operador una relación contractual que beneficie a éste cuando mejore la eficacia de su gestión”¹⁴. En este sistema el contrato es usado con dos finalidades: revelar información y comparar la eficacia de diferentes empresas.

¹⁰ Esto a través de la teoría de las tres capas (francesa, Nicolas Curien 1992-1993), que consiste en separar la gestión de las redes, que continúa en monopolio, normalmente bajo la forma de un servicio público, de la explotación de los servicios destinados a los clientes finales, la cual es abierta a la libre competencia. El sistema exige que el acceso a las redes esté permitido a todos aquellos que desean abastecer de los servicios que están en situación de libre competencia, a través del pago al gestor de las redes de una cierta suma y la regulación de la actividad en monopolio.

¹¹ La explotación es entregada por una duración indeterminada a la empresa que presente la mejor oferta en relación al precio y la calidad de servicio. Los economistas ven a menudo la contractualización en este sistema y lo denominan “contrato de regulación”. V. DUMEZ, Hervé y JEUNEMAÎTRE, Alain, “Montée en puissance passé et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau”, pp. 1-16, *espec.* p. 5. Disponible en: www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER_2/Dumez.pdf - (El artículo es parte de la colección Droit et économie de la régulation, vol. 2, “Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation”).

¹² En todo caso las funciones de contrato pueden ser combinadas, lo que el legislador francés no ha hecho.

¹³ V. Para una explicación exhaustiva V. *Les nouvelles régulations à l'essai*, extraído del rapport Stoffaës, “Services publics, question d'avenir”, pp. 176-216.

¹⁴ La otra posibilidad es hacer jugar la libre competencia bajo la amenaza de la llegada de nuevos competidores tal como es utilizada en el sistema de las concesiones. *Idem*.

i) El contrato y la revelación de información

La utilidad del contrato en el proceso de apertura a la libre competencia y la apertura al mercado proviene de su capacidad para revelar informaciones que el regulador no posee. Dos situaciones se plantean, las asimetrías y la ausencia de información¹⁵. Para resolverlas los economistas han ideado un sistema por el cual si el operador oculta información o si muestra costos sobrevalorados, perderá dinero. Así, el operador se ve obligado a revelar la verdadera situación económica de la empresa.

El sistema consiste en poner en marcha una competencia entre los contratos de regulación. Esta competencia se realiza a través de la proposición a los operadores de un menú de opciones con los contratos que puede escoger, los cuales se distinguen por ejemplo, en la forma en que la remuneración del servicio será realizada. Al momento de escoger un determinado contrato el operador revelará la información que le falta al regulador. Veamos un ejemplo: se puede ofrecer la posibilidad de escoger ya sea un contrato en que la remuneración consiste en una prima fija, por ejemplo el *price cap*¹⁶, ya sea un contrato en que la remuneración consiste en un margen de los costos, denominado *cost plus*¹⁷.

Si el operador escoge un contrato en que la remuneración consiste en un precio fijo, que no va a disminuir aun cuando los costos de sus servicio sean más bajos, revela que sus costos de producción son más bajos que el precio fijado o bien que cuenta con la posibilidad de disminuir los costos. Si el operador escoge un contrato en que la remuneración se fija en función de los costos del servicio que presta, revela su dificultad para disminuir los costos.

De esta forma la elección de un cierto tipo de contrato revela al regulador información importante con respecto al desempeño del operador y a los costos de los servicios regulados¹⁸.

ii) El contrato, factor de comparación

El contrato ha sido utilizado también como un factor de comparación de la eficacia entre empresas (competencia comparativa¹⁹); es el sistema usado en Inglaterra y Estados Unidos, países en los que se ha implantado un sistema de monopolios locales sometidos a condiciones de explotación similares, condiciones que se establecen en un contrato idéntico. De esto, el regulador puede sacar ciertas conclusiones con respecto a los resultados de las empresas, ya sea en lo que respecta al precio o a los niveles de calidad del servicio prestado. De esta forma las empresas buscarán ser más eficaces con el fin de no perder el monopolio en un futuro otorgamiento de la concesión.

¹⁵ Cf. BENZONI, Laurent, "Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs", en FRISON-ROCHE, Marie-Anne (coordinador), *Responsabilité et régulation économique*, Droit et économie de la régulation, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz – Sciences-Po., 2007, pp. 43- 53, *espec.* pp. 45 y ss.

¹⁶ También denominada "plafond de precios". Según este sistema, en la medida en que el operador disminuye sus costos, mayor será el margen de beneficios que él obtendrá, lo que incita a la búsqueda de un manejo más eficaz de la empresa (entonces él puede ser calificado como incitativo). Este sistema, en todo caso, obliga al regulador a abandonar los beneficios de esta incitación, ya que la disminución de costos no beneficiará a los consumidores, salvo al momento de comenzar una nueva negociación, la cual partirá de la base del nuevo costo del servicio, más bajo, como resultado del mejor manejo del operador. "Esta proposición expresa un dilema insalvable para regulador: para tomar decisiones eficaces debe obtener ciertas informaciones sobre el rendimiento o desempeño de la empresa regulada; sin embargo la obtención de esta información le obliga a abandonar de una renta. Toda regulación debe operar un arbitraje entre poder incitativo y abandono de una renta". *Les nouvelles régulations à l'essai, op. cit.*

¹⁷ También denominada "por el costo del servicio". Este método no ofrece incitaciones al operador para ser más eficaz, ya que el operador no está en condiciones de retener los beneficios de una disminución de los costos de producción, por el contrario, el regulador controla el beneficio obtenido por el operador.

¹⁸ Obviamente esta función del contrato no tiene que restringirse a la apertura del mercado, pudiendo ser usada cada vez que corresponda renegociarlo.

¹⁹ PERROT, Anne, "Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques", en FRISON-ROCHE, Marie-Anne, (coordinador), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, pp. 151-160, *espec.* p. 154.

De esta forma, según los autores, la contractualización se justifica para remediar las asimetrías de información a través de la puesta en obra de una política reguladora incitativa²⁰.

Cuando la vía escogida es la de la teoría de las tres capas, el contrato juega un rol permitiendo la organización del mercado que tendrá lugar luego de la desverticalización de las empresas, tema que será desarrollado en los párrafos siguientes.

b) El contrato y la competencia en el mercado

En las industrias de redes naturalmente monopólicas, tales como las industrias energéticas, Francia ha escogido poner en marcha una desverticalización de las empresas y la consagración de un derecho de acceso a las redes, otorgado a todos los operadores que deseen usarlas para llegar hasta los clientes finales. El contrato es el modelo usado para regir las relaciones entre las dos partes. Esta contractualización de la interconexión a la red significa que la organización del sector económico se realiza en base a contratos y por lo tanto, se basa en la libertad contractual.

De hecho, cuando se decide no integrar verticalmente una filial de producción, resulta imprescindible determinar la forma en que se regirán las relaciones entre los agentes, en otras palabras, es necesario encontrar una forma jurídica a esta relación. Según la doctrina, esta relación *debe* ser puesta en marcha a través de contratos²¹, ya que la apertura a la libre competencia de los servicios y la liberalización en general, nos conducen naturalmente a la suscripción de convenciones, sabiendo que el contrato es el instrumento natural del intercambio económico, y por lo mismo, de la libre competencia²².

Esta forma de proceder constituye una nueva forma de regulación ya que si se hubiese seguido el camino del derecho tradicional, y de la intervención económica estatal tradicional, el marco jurídico la relación entre el operador y el usuario se habría limitado a recurrir a las reglas coercitivas clásicas.

En materia de mercados financieros, la contractualización ha sido analizada especialmente a propósito de los contratos que se suscriben entre las empresas gestionarias de las bolsas y los operadores. Estos contratos están destinados a organizar el acceso al mercado financiero. Esta reglamentación es parte de lo que en Francia se denominan “reglas de mercado”²³, las cuales son fijadas por la misma Bolsa²⁴, existiendo también reglas de mercado establecidas por la autoridad de los mercados financieros²⁵.

De esta forma, conforme a las instrucciones de Euronext relativas al proceso de admisión al mercado²⁶, el dossier de candidatura debe contar con “(iii) el compromiso escrito del emisor de conformarse a las obligaciones enunciadas por el artículo 6501 (i) de las Reglas”. De forma más general, las Reglas del mercado de Euronext²⁷ afirman que “Al momento de la solicitud, la empresa de mercado de Euronext debe recibir “(i) Un compromiso escrito (...) de conformarse a las Reglas

²⁰ CAZENAVE, Thomas, MARIMOT, David et POUYET, Jérôme, “Crise de régulation” en *Les risques de la régulation*, collection Thèmes & Commentaires, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz 2005, pp. 1-10, *espec.* p. 4.

²¹ *Les nouvelles régulations à l'essai, op. cit.*

²² “El contrato es el procedimiento por excelencia en virtud del cual son realizados los intercambios económicos entre los miembros del cuerpo social”, LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, Tome 3, Les Obligations, Le Contrat, 5ª ed. Paris, Economica, 1996, pp. 1017, *espec.* p. 99.

²³ Es decir, las normas que rigen las condiciones de acceso al mercado, de admisión a la cotización, de organización de las transacciones, de suspensión de las negociaciones, etc., ellas se refieren también a las normas relativas a la compensación de las operaciones de mercado”, BONNEAU, Thierry, citado “De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché”, en *RTD com.* 52, (1999), pp. 257-271, *espec.* pp. 257 y 259.

²⁴ V. Artículo 421-10 del Código monetario y financiero.

²⁵ Artículo L. 621-7 del Código monetario y financiero.

²⁶ Artículo 3 et 4 de la *Instruction Euronext n° 6-01 relative à la procédure d'admission au marché*, de 11 de enero de 2008.

²⁷ Artículo 6501 b) y e) de las Reglas del mercado de Euronext (armonizadas).

y a sus modificaciones (...) (y) de conformarse a las obligaciones previstas en la reglamentación nacional en lo que se refiere a las obligaciones iniciales, periódicas y permanentes”.

Esta forma de proceder no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina que ha podido afirmar la inutilidad del recurso al derecho contractual para asegurar el respecto a las reglas de mercado²⁸, al menos cuando estas reglas han sido establecidas por la autoridad o por las empresas de bolsa, en virtud de una habilitación legislativa. Evidentemente, este recurso parece artificial e innecesario, teniendo en cuenta el alcance de estas reglas, que son reglas públicas coercitivas en el sentido clásico, imponiéndose de por sí, sin que sea necesario recurrir a una manifestación de voluntad del operador al que están destinadas.

Desde un punto de vista más general, los autores han admitido que esta referencia al contrato, especialmente cuando se utiliza para referirse a la elaboración de reglas, no es más que una forma de decir, una referencia explicativa para un fenómeno que pertenece más bien a la sociología del derecho o a la ciencia política.

De hecho, la posibilidad con la que cuenta siempre el regulador, de cambiar la regla acordada y el hecho de que el operador no negocia realmente, sino que escoge entre una alternativa otorgada por el regulador, conduce a cuestionar la calidad de *contractuales* de los procedimientos mencionados. “La regulación no es sino maleable *como* puede serlo un contrato, sin que por eso constituya realmente un contrato”²⁹.

El fenómeno sigue siendo importante a nuestros ojos, ya que él traduce la importancia creciente acordada a los procesos de negociación, lo que es propio a la metodología de la regulación, metodología que ve en los mecanismos normales del mercado (el contrato es uno de estos mecanismos), una fuente de eficacia económica³⁰.

Sin embargo, los mecanismos del mercado no pueden funcionar sin la existencia de un derecho de la responsabilidad que los reafirme, la responsabilidad se transforma asimismo en un mecanismo de regulación, en una nueva forma de regulación.

II. LA RESPONSABILIDAD COMO INSTRUMENTO DE REGULACIÓN

Conforme a un principio general del Derecho todo hecho del hombre que cause un daño a un tercero, obliga a aquel que por su culpa lo ocasionó, a repararlo. A través de la responsabilidad el Derecho designa aquel que debe *responder*³¹ de un daño causado a un tercero.

La responsabilidad comporta dos dimensiones, una retrospectiva en virtud de la cual el juez sanciona un hecho del pasado (1) y una prospectiva, a menudo olvidada que es la base del uso de la responsabilidad como instrumento de regulación (2).

1. La dimensión retrospectiva de la responsabilidad y su rol en la regulación

La responsabilidad es la consecuencia de la libertad de acción que poseen los seres humanos, operadores y regulador incluidos. Esta libertad se expresa entre otros ejemplos, en la libertad de

²⁸ BONNEAU, Thierry, *op. cit.*

²⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Régulation et contrat : présentation du thème...”, *op. cit.*

³⁰ Queremos destacar que la duda persiste a nuestros ojos, quién puede afirmar con certeza que la teoría general del contrato no evolucionará hasta el punto de aprehender estos ahora considerados pseudo-contratos? No hay que olvidar que en algún momento la doctrina negó el carácter de “contrato” de los denominados contratos de adhesión...

³¹ Cf. VINEY, Geneviève, “La responsabilité”, en *Archives de philosophie du droit*, Vocabulaire fondamental du droit, Sirey, 35, (1990), pp. 275-292, citado por FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique”, *op. cit.*, *espec.* p. 55.

comercio en el caso de los operadores y en la independencia de la autoridad (el regulador es en la mayoría de las economías liberales, más o menos independiente). Ambos conceptos ofrecen una libertad de acción en que la responsabilidad es la contrapartida necesaria.

Los operadores y la autoridad son libres (o independientes) porque ellos están sujetos a responsabilidad. La responsabilidad sirve, en cierto sentido, de fundamento a las nuevas formas de regulación.

a) Para regir la actividad de los operadores

Según los postulados de la autorregulación, en el sentido que le dan los economistas, para organizar una economía libre, basta contar con un derecho de los contratos, con un derecho de la responsabilidad y con la garantía del derecho de propiedad y el derecho a recurrir a tribunales³². Nada más sería necesario.

Sin embargo, el comercio contemporáneo plantea serias dificultades para ser controlado, principalmente como consecuencia de la globalización, de la desaparición de fronteras para desarrollar una actividad económica y del desarrollo tecnológico. De modo que contar con todos los elementos a los que hemos hecho mención no es siempre fácil. Para ejemplificar esta dificultad basta pensar en la crisis de *sub-primes* y en los problemas que enfrentan los estados para regular las operaciones financieras internacionales. Para superar las dificultades se ha recurrido a la autorregulación, en el sentido que le damos los juristas y a las nuevas formas de regulación en general.

Sin embargo, la consideración del modelo (o de la lógica) de la responsabilidad ha permitido mejorar los instrumentos que forman parte de las nuevas formas de regulación. Esto, a través del uso de la publicidad y de la institucionalización de la regulación privada.

La responsabilidad en su sentido jurídico, exige que la sanción no sea simplemente moral, en el sentido en que no debe quedar restringida al fuero interno de aquel que ha actuado en contravención a las reglas del sector. La valoración de la exteriorización de la sanción, cuestión que se deduce del modelo de la responsabilidad, tiene como consecuencia que en los sistemas de autorregulación se recurra cada vez más a la publicidad y a la externalización de la regulación³³.

Así, la responsabilidad explica que se recurra a la transparencia como modo de regulación. La transparencia permite que el cumplimiento o el incumplimiento de las obligaciones simplemente morales se haga público con la reprobación que le es consecuente y esto, sin perjuicio de las numerosas sanciones penales existentes por el incumplimiento de las obligaciones de información³⁴.

La responsabilidad permite también la "juridicación" de las normas técnicas, de los códigos de conducta, de los principios generales, de la *soft law* en general. Esta juridicación tiene lugar cuando el juez considera que el contenido de la *soft law* constituye una traducción concreta del principio general de la responsabilidad civil y sanciona así al operador en falta, en base a la responsabilidad extracontractual. En otros casos, el respeto de la *soft law* es considerado por el juez como una causa de exoneración de la responsabilidad contractual³⁵.

Los ejemplos citados se refieren más bien al marco jurídico que rige las conductas de los operadores, sin embargo, el modelo de la responsabilidad permite e incita al uso de las nuevas formas de regulación destinadas a regir la actividad del regulador.

³² *Idem.* p. 60.

³³ Lo que explica la deontología, la formación de asociaciones o de órdenes profesionales o disciplinarios.

³⁴ En materia contable y financiera encontramos un ejemplo en los delitos de difusión de información falsa o engañadora, de manipulaciones de mercado que inducen a error a un tercero, el uso de información privilegiada o su comunicación injustificada, etc.

³⁵ V. El ejemplo citado por OSMAN, Filali, "Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit", en *RTD civ.* 3, (1995), pp. 509-531, *espec.* p. 526.

b) Para regir la actividad del regulador

En el plan estrictamente teórico no es difícil conjugar la responsabilidad del regulador con su independencia. El regulador es independiente porque no recibe instrucciones de un superior jerárquico y es responsable porque puede ser obligado a “responder” del ejercicio de sus poderes³⁶.

El problema es que nada impide al regulador tomar en cuenta, en el proceso de adopción de una decisión cualquiera, la responsabilidad que pueda serle imputada en virtud de esta decisión. La responsabilidad ulterior orienta así la adopción de la decisión. Para evitar este tipo de presiones, se ha liberado al regulador de su responsabilidad en el sentido clásico, de manera que el Estado es el que se hace responsable del hecho de sus reguladores. Esto crea un problema de incoherencia, pues el Estado debe soportar las consecuencias de hechos respecto de los cuales no tiene ninguna influencia, bajo el supuesto en que el regulador es realmente independiente del ejecutivo, como ocurre en los mercados regulados más desarrollados.

Las soluciones, según la doctrina, son ya sea integrar al regulador en la jerarquía de poderes, haciéndolo parte del poder ejecutivo, ya sea devolverle la responsabilidad de la que se había visto liberado. La primera vía no corresponde a la lógica de la regulación por lo que no queda más que optar por la segunda solución. Para aplicarla es necesario calificar previamente la actividad del regulador para así calificar en consecuencia la responsabilidad que debe soportar y su régimen jurídico.

De esta calificación se desprende que el regulador ejerce una actividad que supone decisiones políticas por lo que su responsabilidad debe ser también de tipo político. Como el regulador ejerce una actividad en beneficio de terceros, tal como lo hace un mandatario, su responsabilidad no debe traducirse si no en la rendición de cuentas (*accountability*).

De esta forma la determinación de la responsabilidad del regulador no se lleva a cabo ante tribunales, ni se traduce en una sanción de tipo jurídico. Ella se pone en marcha a través de una rendición de cuentas más incierta, que se lleva a cabo a través de mecanismos que son parte de las nuevas formas de regulación, tales como los informes, comunicaciones, conferencias y respuestas a las interrogantes que formulan los destinatarios de la regulación³⁷. Principios propios a las nuevas formas de regulación tales como la transparencia y la eficacia, los cuales se imponen a los operadores y especialmente a las autoridades, permitirán esta rendición de cuentas.

La responsabilidad como instrumento jurídico es, de esta forma, un factor de perfeccionamiento de las nuevas formas de regulación; sin embargo, ella misma puede constituir en sí una nueva forma de regulación a través de la consideración de su dimensión prospectiva.

2. La preeminencia de la dimensión prospectiva de la responsabilidad en la regulación

En virtud de la dimensión prospectiva de la regulación el juez sanciona la norma que fue vulnerada por el operador. Al mismo tiempo con la aplicación de la sanción, el juez pretende guiar a todos aquellos que pueden encontrarse en situaciones comparables³⁸.

En esta perspectiva, la responsabilidad da al juez (o al regulador cuando actúa como tribunal) una influencia sobre los hechos y las conductas futuras de los operadores. Ella permite a los agentes económicos saber qué es lo que el regulador espera de ellos.

La responsabilidad refuerza así el derecho de la regulación, ella se transforma en un instrumen-

³⁶ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique”, *op. cit.* p. 67.

³⁷ *Idem.* p. 69.

³⁸ ROUYÈRE, Aude, “Responsabilité civile et régulation, Éléments d’une rencontre”, en *Responsabilité et régulation économique*, *op. cit.* p. 23.

to usado para regular, para incitar a un determinado comportamiento, objetivo que va más allá de la búsqueda de aquel que debe responder. Gracias al poder de influencia de la responsabilidad, ella se transforma en un modo de gobierno de los mercados³⁹.

Para que la responsabilidad pueda cumplir una función incitativa (o disuasiva, según los casos) es necesario que en su pronunciamiento se respeten ciertas condiciones.

En primer lugar es necesario que la responsabilidad sea subjetiva. En efecto, cuando se consagra la responsabilidad sin culpa u objetiva, la dimensión prospectiva de la responsabilidad se ve menoscabada, pierde su eficacia. Esto porque el hecho de actuar con diligencia no sirve para evitar que la responsabilidad se vea comprometida, de forma tal que los operadores no cuentan con las incitaciones de la responsabilidad subjetiva⁴⁰.

Sin perjuicio de lo afirmado, es posible constatar que en muchos casos los reguladores internacionales (y nacionales!) no se preocupan de la intencionalidad de los agentes, siendo suficiente en muchos casos, la constatación de la contravención de la norma para comprometer la responsabilidad. Esta facultad se explica únicamente cuando la responsabilidad civil o penal, en el sentido clásico, no es suficiente para mantener el equilibrio del mercado; dicho de otra forma, cuando ellas no son suficientemente incitativas. La responsabilidad objetiva sería entonces el último recurso.

La segunda condición, es que la sanción no sea suplantada ni compensada por el beneficio que se saca de la acción ilegal. En este sentido, la disuasión moral parece débil a los ojos de la doctrina⁴¹. A este respecto, consideramos que una precisión se impone ya que una sanción moral puede tener consecuencias económicas graves. Pensemos en la situación de un operador que ve su imagen dañada como consecuencia de haberse hecho públicas sus faltas. Es posible que únicamente como consecuencia de la publicidad una empresa pierda su clientela, o que un director pierda su puesto de trabajo. Hay que considerar también, que en los sectores regulados en los que las nuevas formas de regulación son mas utilizadas, las “profesiones son mundialmente organizadas, ellas funcionan en redes, y aquellos que sancionan y los que son sancionados mantiene relaciones muy próximas, el oprobio inmediato difundido en la profesión es eficaz”⁴². Es por eso que consideramos que no hay que menoscabar en sí, el poder de las sanciones que aparentan ser simplemente morales, en la medida en que los mecanismos de publicidad y de transparencia puedan ejercer sus funciones.

Para reforzar el carácter incitativo de la responsabilidad, el monto de las sanciones se ha visto es substancialmente aumentado, de esta forma la sanción no se limita a mirar el pasado (caso en el cual su objetivo sería solamente reparar) ella se orienta también hacia el futuro con la finalidad de ejercer una influencia más fuerte sobre los comportamientos⁴³.

La puesta en marcha de procesos de composición administrativa ha permitido el agravamiento de las sanciones: contractualizando la represión se puede dejar de lado las garantías y principios que gobiernan (y hacen más engorrosos) los procedimientos de sanción clásicos. Con ello se permite aplicar sanciones rápidamente y con un quantum más elevado⁴⁴. Destacamos aquí el rol desempeñado por el contrato y la responsabilidad, sirviendo al mismo tiempo como instrumentos de regulación.

³⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique”, *op. cit.* p. 57.

⁴⁰ ROUYÈRE, Aude, *op. cit.* p. 23.

⁴¹ *Idem.*

⁴² FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique”, *op. cit.* p. 63.

⁴³ *Idem.* p. 64.

⁴⁴ CELLUPICA, Nicolas y OUDIN, Charles Joseph, “Le pouvoir de composition de l’Autorité des marchés financiers, Vers une contractualisation de la répression en matière boursière”, en *Responsabilité et régulation économique, op. cit.* p. 158.

La instauración de las indemnizaciones punitivas obedece a esta lógica, instauración que entraña “una verdadera transformación de la economía del sistema de la responsabilidad civil”⁴⁵. Esto, porque la función primera otorgada a la indemnización es reparativa, función que poniéndose en obra puede colateralmente tener un efecto incitador. Este efecto incitador se ve reforzado cuando el monto de las sanciones aumenta en función de las indemnizaciones punitivas.

El uso progresivo de las indemnizaciones punitivas encuentra su origen en las dificultades para evaluar ciertos perjuicios, especialmente cuando se trata de sancionar los daños causados la “economía”. El daño a la economía es un daño innegable, pero difícil de conjugar con la noción civilista de “perjuicio directo y cierto”⁴⁶.

Se puede afirmar entonces que las indemnizaciones punitivas presentan un interés a dos títulos: ellas sirven para indemnizar los daños infringidos al sistema económico y además sirven como incitación para prevenir los comportamientos nocivos a la economía.

Aún cuando el principio no sea aceptado expresamente en todos los sistemas jurídicos, ha podido ser aplicado cuando se reconoce a los jueces un poder soberano para evaluar los daños.

IV. PALABRAS FINALES

La regulación económica es un tema fascinante para el jurista, ella transforma la visión del Derecho que se enseña tradicionalmente en las universidades, no sólo de Chile, sino del mundo entero. Esta rama del Derecho, según algunos han sostenido, se construye caso a caso, deduciendo principios de prácticas concretas y otorgando funciones alternativas a instrumentos cuyo fin nos parecía dado por sentado. La influencia del sistema económico es flagrante, él nos señala que la autoridad no debe imponer las reglas del juego económico sino acordarlas con los agentes económicos, si lo que se quiere es que la norma sea efectivamente interiorizada y aceptada por ellos, dicho de otra manera, si lo que se quiere es que la norma sea eficaz. Pero el Derecho sigue siendo en el fondo quien sienta la reglas del juego, él acepta que los agentes se autorregulen, pero impone una condición, ellos deben “responder” del uso de esta libertad, ellos están sujetos a la responsabilidad. Hay en el contrato y la responsabilidad muchas cosas para descubrir.

[Recibido el 5 de mayo y aprobado el 10 de junio de 2010]

BIBLIOGRAFÍA

- BENZONI, Laurent, “Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des opérateurs”, en *Responsabilité et régulation économique* FRISON-ROCHE, Marie-Anne (coordinador), Droit et économie de la régulation, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz – Sciences-Po., 2007.
- BONNEAU, Thierry, “De l’inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché”, en *RTD com.* 52, (1999).
- CAZENAVE, Thomas y MARIMOT, David, POUYET, Jérôme, “Crise de régulation” en *Les*

⁴⁵ Aude Rouyère, *op. cit.* p. 23.

⁴⁶ R. Saint-Esteben, “Pour ou contres les dommages et intérêts punitifs”, en *Petites Affiches*, 14 (2005), pp. 53 y ss. citado por ROUYÈRE, Aude, *op. cit.* p. 30.

- risques de la régulation*, collection Thèmes & Commentaires, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz 2005.
- CELLUPICA, Nicolasy OUDIN, Charles Joseph, “Le pouvoir de composition de l’Autorité des marchés financiers, Vers une contractualisation de la répression en matière boursière”, en *Responsabilité et régulation économique*, FRISON-ROCHE, Marie-Anne (cordinador), Droit et économie de la régulation, collection Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz – Sciences-Po., 2007.
- DUMEZ, Hervé y JEUNEMAÎTRE, Alain, “Montée en puissance passé et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau”. Disponible en: www.regulation.sciences-po.fr/fr/documentation/DER_2/Dumez.pdf - (El artículo es parte de la colección Droit et économie de la régulation, vol. 2, “*Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*”).
- FERNÁNDEZ CASTRO, Pablo, *Descentralización y Desconcentración administrativas*, en <http://www.monografias.com/trabajos4/descent/descent.shtml> citando a Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 13ª ed., México, Porrúa.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse su 11^e Forum de la régulation”, en *Petites affiches*, 87, (2005).
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique”, en *Responsabilité et régulation économique* (bajo la dirección.), FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Droit et économie de la régulation, colección Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz – Sciences-Po., 2007.
- GARCÍA, Hernan, CORTEZ, K, y RODRÍGUEZ, M.,: *Las nuevas regulaciones en México en el mercado financiero: ¿La ética en transición a normatividad y ley?*, en *International Journal of Good Conscience*. 2(1): 17-25. Octubre 2006 – Marzo 2007. ISSN 1870-557X.
- KUSHMEIDER, Rose, M, Restructuring U.S. Federal Financial regulation, en *Contemporary Economic Policy*, 25-3, (2007).
- LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, Tome 3, Les Obligations, Le Contrat, 5ª éd. Paris, Economica, 1996.
- OSMAN, Filali, “Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit”, en *RTD civ.*, 3, (1995).
- PERROT, Anne, “Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques” en Marie-Anne Frison-Roche (bajo la dirección), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006.
- STOFFAËS, Christian, *Les nouvelles régulations à l’essai*, extraído del rapport Stoffaës, “Services publics, question d’avenir”.
- SOUYRIS, Jean-Jacques Alexandre “ Le pouvoir réglementaire des institutions en matière bancaire et financière ”, en RRJ, Droit prospectif, n° especial 2001, Pouvoir règlementaire et délégation de compétence normative.
- ROUYÈRE, Aude, “Responsabilité civile et régulation, Éléments d’une rencontre”, en *Responsabilité et régulation économique*, Marie-Anne, Frison-Roche (dirección), *Droit et économie de la régulation*, colección Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz – Sciences-Po, 2007.
- WOODWARD, Paul, Reforming the regulatory systems for America’s Financial markets, Regulation vs. Dérégulation. Disponible en: <http://warincontext.org/2008/09/19/campaign-08-reforming-the-regulatory-system-for-americas-financial-markets/>

