

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO  
CUIDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho

*Las superintendencias en Costa Rica ante el modelo regulatorio por  
Autoridades Administrativas Independientes: en busca de un modelo  
más independiente*

Alfredo Andrés Umaña Lazo

B57304

2021



UNIVERSIDAD DE  
COSTA RICA

**FD** Facultad de  
**Derecho**

27 de enero de 2021  
**FD-185-2021**

Dr. Alfredo Chirino Sánchez  
Decano  
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: *Alfredo Andrés Umaña Lazo*, carné B57304 denominado: "Las superintendencias en Costa Rica ante el modelo regulatorio por autoridades administrativas independientes: En busca de un modelo más independiente" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

**Tribunal Examinador**

<b>Informante</b>	Dr. Ricardo Salas Porras
<b>Presidente</b>	Dr. Oscar Miguel Rojas Herrera
<b>Secretario</b>	Lic. Esp. Frank Álvarez Hernández
<b>Miembro</b>	Dr. Manuel Amador Hernández
<b>Miembro</b>	Dr. Julio Jurado Fernández

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **11 de febrero del 2021**, a las 4:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras  
Director, Área Investigación



LCV  
Cc: arch.



-ANIVERSARIO-  
UNIVERSIDAD DE  
COSTA RICA

Nuestra  
salud mental  
importa

Recepción  
Tel.: 2511-4032  
[recepcion.fd@ucr.ac.cr](mailto:recepcion.fd@ucr.ac.cr)

Consultorios Jurídicos  
Tel.: 2511-1521  
[accionsocial.fd@ucr.ac.cr](mailto:accionsocial.fd@ucr.ac.cr)

Casa de Justicia  
Tel.: 2511-1558  
[administrativacasajustica.fd@ucr.ac.cr](mailto:administrativacasajustica.fd@ucr.ac.cr)

[www.derecho.ucr.ac.cr](http://www.derecho.ucr.ac.cr)

San José, 11 de enero de 2021

**Señores Área de Investigación**

**Facultad de Derecho**

Estimado señor director,

Reciba un cordial saludo. A través de la presente hago constar que, en mi condición de director y miembro del Comité Asesor, he revisado la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulada "**Las superintendencias en Costa Rica ante el modelo regulatorio por Autoridades Administrativas Independientes: En busca de un modelo más independiente**", elaborada por el estudiante Alfredo Andrés Umaña Lazo, portador de la cédula de identidad 6-0432-0058, carné universitario número B57304.

Además, expresamente indico que, el trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la facultad de Derecho, para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva.

Sin más por el momento, se despide.



---

Dr. Ricardo Salas Porras

Director

San José, 18 de enero de 2021.

Señor  
Prof. Dr. Ricardo Salas Porras  
Director  
Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado señor director:

Reciba un cordial saludo. Me es grato informarle que, en mi condición de lector y por reunir los requisitos exigidos por la Facultad, doy mi aprobación para la defensa del trabajo final de graduación del estudiante Alfredo Andrés Umaña Lazo, portador de la cédula de identidad 6-0432-0058, carné universitario número B57304, y titulada "Las superintendencias en Costa Rica ante el modelo regulatorio por Autoridades Administrativas Independientes: En busca de un modelo más independiente".

Atentamente,

JULIO ALBERTO  
JURADO  
FERNANDEZ  
(FIRMA)

Firmado digitalmente por  
JULIO ALBERTO JURADO  
FERNANDEZ (FIRMA)  
Fecha: 2021.01.18  
11:37:02 -06'00'

Prof. Dr. Julio Alberto Jurado Fernández

San José, 12 de enero de 2021

**Dr. Ricardo Salas Porras**  
**Director Área de Investigación**  
**Facultad de Derecho**

Estimado señor director,

Me permito informar que he leído el texto definitivo del proyecto de la tesis de graduación del estudiante egresado Alfredo Andrés Umaña Lazo, portador de la cédula de identidad 6-0432-0058, carné universitario número B57304, titulado "**Las superintendencias en Costa Rica ante el modelo regulatorio por Autoridades Administrativas Independientes: En busca de un modelo más independiente**".

Al respecto, estimo que el texto escrito -desde la introducción hasta su capítulo de conclusiones y recomendaciones- cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la facultad de Derecho, para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva.

Con toda consideración,

**MANUEL**  
**AMADOR**  
**HERNANDEZ**  
**(FIRMA)**

Firmado  
digitalmente por  
MANUEL AMADOR  
HERNANDEZ (FIRMA)  
Fecha: 2021.01.12  
18:05:33 -06'00'

---

Dr. Manuel Amador Hernández  
Lector.



*M. L. Vilma Isabel Sánchez Castro*  
*Bachiller y Licenciada en Filología Española. U. C. R.*

---



**A QUIEN INTERESE**

Yo, Vilma Isabel Sánchez Castro, Máster en Literatura Latinoamericana, Bachiller y Licenciada en Filología Española, de la Universidad de Costa Rica; con cédula de identidad 6-054-080; inscrita en el Colegio de Licenciados y Profesores, con el carné N° 003671, hago constar que he revisado el documento completo, aprobado por el tutor y los lectores. Y he corregido en él los errores encontrados en ortografía, redacción, gramática y sintaxis. El cual se intitula


**LAS SUPERINTENDENCIAS EN COSTA RICA ANTE EL MODELO  
REGULATORIO POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS  
INDEPENDIENTES: EN BUSCA DE UN MODELO MÁS INDEPENDIENTE**

**ALFREDO ANDRÉS UMAÑA LAZO**

**LICENCIATURA EN DERECHO**

**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Se extiende la presente certificación a solicitud del interesado en la ciudad de San José a los veintitrés días del mes de enero de dos mil veinte y uno. La filóloga no se hace responsable de los cambios que se le introduzcan al trabajo posterior a su revisión

  
M.L. Vilma Isabel Sánchez Castro  
Máster en Literatura Latinoamericana. UCR.  
Bachiller y Licenciada en Filología Esp. UCR.  
Cédula 600540080-Carné 003671

---

*Teléfonos 2227-8513. Cel 8994-76-93 Apartado 563-1011 Y griega*  
*Correo electrónico: vilma\_sanchez@hotmail.com-info@chavesysanchezfilologos*  
*Página Web: Chaves y Sanchez filólogos*  
*Waze Chaves y Sánchez filólogos*

*La libertad no puede ser conservada mediante el elogio inútil de unos axiomas abstractos, realizado, las más de las veces, por quienes ignoran completamente las técnicas sociales que pueden hacerlos efectivos para todos y los métodos políticos mediante los cuales puedan ser puestos en práctica.*

**MONTALEMBERT<sup>1</sup>**

*Es más, hoy en día queda muy claro -en medio de una crisis mayor- que los mercados no se autorregulan, como se venía pregonando en los últimos decenios. Cuando los sistemas bancarios y financieros colapsan en los centros neurálgicos del capitalismo, sólo pueden ser salvados por los gobiernos. Pero el rescate del sistema financiero y económico es de enorme complejidad, al igual que las nuevas propuestas e inevitables regulaciones para impedir un nuevo descalabro del sistema financiero mundial. Pues, en efecto, cada una de las crisis mayores suele marcar el fin de una época o el inicio de otra en lo que se refiere a los sistemas monetarios y financieros; es decir, una crisis mayor provoca un cambio fundamental en el diseño político de la arquitectura financiera internacional.*

**MARICHAL-SALINAS.<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> Charles de Montalembert (1810-1870) citado por Sebastián Martín-Retortillo. "Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa (España)" *Revista de Administración Pública*, N.º 117, (septiembre-diciembre, 1988): 116.

<sup>2</sup> Carlos Marichal-Salinas. *Nueva historia de las grandes crisis financieras: Una perspectiva global 1873-2008*. (Buenos Aires: Debate, 2010.): 16.

## **Dedicatoria**

Para mi sobrina Abigail

## **Agradecimientos**

A la institucionalidad de nuestro país en especial a la UCR que me permitió llevar a cabo este proyecto académico, a mis familiares, amigos y profesores por el apoyo brindado.



# Contenido

Dedicatoria .....	ii
Agradecimientos .....	ii
Resumen .....	vii
Ficha bibliográfica .....	xiv
Introducción general .....	1
<b>CAPÍTULO PRIMERO: FUNDAMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA Y LA REGULACIÓN .....</b>	<b>15</b>
<b>1. Perspectiva economicista para la intervención estatal en la economía .....</b>	<b>15</b>
<b>1.1. Las fallas del mercado .....</b>	<b>15</b>
1.1.1. Competencia imperfecta.....	18
1.1.2. Fallos originados en la provisión de bienes públicos.....	25
1.1.3. Externalidades.....	28
1.1.4. Mercados incompletos .....	32
1.1.5. Información inadecuada y asimétrica.....	35
1.1.6. Desempleo y otros desequilibrios económicos.....	41
<b>1.2. Fallas del Estado y de la regulación.....</b>	<b>50</b>
1.2.1. Las fallas del Estado.....	50
1.2.2. Las fallas de la regulación.....	55
<b>2. Perspectiva jurídico-constitucional para la intervención estatal en la economía .....</b>	<b>58</b>
<b>2.1. La constitución económica.....</b>	<b>60</b>
2.1.1. Regulación del status jurídico de los sujetos económicos .....	66
2.1.2. Regulación de factores macroeconómicos.....	69
<b>2.2. Modalidades tradicionales de actuación administrativa.....</b>	<b>71</b>
2.2.1. Actividad administrativa de policía y de limitación .....	73
2.2.2. Actividad administrativa de fomento.....	86
2.2.3. Actividad administrativa de servicio público .....	91
2.2.4. Actividad administrativa industrial o de gestión económica.....	103

2.2.5. Actividad administrativa de planificación .....	118
2.3. La actividad administrativa de «regulación económica».....	125
2.3.1. Incursión del término regulación en el derecho administrativo .....	126
2.3.2. Regulación en sentido amplio como obstáculo epistémico .....	132
2.3.3. Regulación económica <i>stricto sensu</i> .....	139
2.3.4. La tríade regulatoria (regulación, <i>compliance</i> y fiscalización) .....	146
3. Excursos: el Estado regulador y garante .....	150
3.1. El Estado regulador .....	150
3.2. El Estado garante .....	159
3.3. La regulación económica y la regulación social.....	162
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES .....</b>	<b>172</b>
4. Las Autoridades Administrativas Independientes (AAI) .....	172
4.1. Principal antecedente: las « <i>independent agencies</i> » de los Estados Unidos.....	174
4.1.1. Creación y justificación del modelo .....	177
4.1.3. Críticas desde la escuela de la elección pública .....	187
4.2. Conceptualización de las AAI .....	195
4.2.1. La idea de «Autoridad Administrativa» .....	196
4.2.2. Significado y alcance de su «Independencia» .....	205
5. Las garantías formales de independencia de las AAI .....	222
5.1. Independencia institucional u orgánica .....	223
5.1.1. Personalidad jurídica .....	225
5.1.3. Autoorganización.....	231
5.1.4. Presupuesto y financiamiento .....	233
5.2. Independencia personal o subjetiva.....	240
5.2.1. Requisitos, incompatibilidades e inhabilidades para el cargo .....	240
5.2.2. Postulación y nombramiento de los miembros directivos.....	245
5.2.3. Duración del mandato y posibilidad de reelección.....	250

5.2.4. Remoción por justa causa.....	253
5.3. Independencia funcional .....	256
5.3.1. Eficacia de las instrucciones gubernamentales .....	258
5.3.2. Competencias revisoras y revocatorias del Gobierno .....	264
5.3.3. Análisis del impacto regulatorio ex ante por agencias externas.....	266
<b>CAPÍTULO TERCERO: REGULACIÓN ECONÓMICA Y SUPERVISIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO COSTARRICENSE.....</b>	<b>276</b>
6. La regulación económica en el sector financiero costarricense .....	276
6.2 El Banco Central de Costa Rica (BCCR) .....	284
6.2.1. Competencias del BCCR .....	286
6.2.2. Autonomía (“independencia”) del BCCR .....	297
6.2.2.1. A nivel presupuestario o financiero .....	297
6.2.2.2. A nivel personal o subjetivo.....	299
6.2.2.3. A nivel funcional u operativo .....	304
6.3 El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) .....	308
6.3.1 Creación y estructura interna del CONASSIF .....	308
6.3.2. La potestad normativa del CONASSIF .....	312
7. Aspectos generales de la supervisión del sector financiero .....	324
7.1. Fallos específicos del mercado financiero.....	327
7.1.1. Los ciclos económicos.....	327
7.1.2. El riesgo sistémico .....	334
7.2. Tipología de los modelos de supervisión financiera.....	336
7.2.1. El modelo funcional o sectorial .....	336
7.2.2. El modelo centralizado o de supervisor único.....	339
7.2.3. Modelo Twin-Peaks o consolidado.....	340
8. Las superintendencias frente el modelo regulatorio por AAI .....	343

8.1. Competencias de las superintendencias financieras .....	343
8.1.1. Competencias normativas o reglamentarias.....	346
8.1.2. Competencias supervisoras y ejecutivas.....	360
8.1.2.1. Autorización administrativa .....	362
8.1.2.2. Supervisión (vigilancia, inspección o fiscalización) .....	366
8.1.2.3. Sanciones administrativas .....	369
8.1.3. Competencia de resolución de conflictos.....	374
8.2. La “independencia” de las superintendencias financieras .....	378
8.2.1. Independencia institucional u orgánica .....	378
8.2.1.1. Personalidad jurídica.....	379
8.2.1.2. Colegialidad del órgano directivo.....	381
8.2.1.3. Autoorganización.....	383
8.2.1.4. Presupuesto y financiamiento .....	385
8.2.2. Independencia personal o subjetiva.....	388
8.2.2.1. Requisitos, incompatibilidades e inhabilidades para el cargo .....	389
8.2.2.2. Postulación y nombramiento de los miembros directivos .....	394
8.2.2.3. Duración del mandato, posibilidad de reelección y remoción por justa causa.....	394
8.2.3. Independencia funcional .....	395
8.2.3.1. Eficacia de las instrucciones gubernamentales .....	395
8.2.3.2. Competencias revisoras y revocatorias del Gobierno .....	403
8.2.3.3. Análisis del impacto regulatorio ex ante por agencias externas.....	407
9.- Conclusiones y comprobación de hipótesis.....	432
9.1. Conclusiones .....	432
9.2. Comprobación de hipótesis.....	439
Bibliografía.....	440

## **Resumen**

### **Problema y delimitación**

Dado que el problema específico del presente trabajo de investigación versa sobre *“el deficitario nivel de independencia que gozan las superintendencias para llevar a cabo su actividad de regulación y supervisión del sector de referencia, en relación con el rol que asume el CONASSIF como contralor político para la toma de decisiones de carácter regulatorio”*, se deben hacer varias delimitaciones.

La primera delimitación es a nivel institucional, ya que, como administraciones reguladoras del sistema financiero, considerado como una actividad de interés general, tenemos a la SUGEF, SUGEVAL, SUGESE y SUPEN, las cuales comparten el mismo esquema organizativo, porque todas son entes de desconcentración máximo del BCCR y se encuentran bajo la coordinación del CONASSIF.

Por lo cual, se deja de lado el análisis de aquellas actividades de regulación y supervisión de servicios públicos que en Costa Rica, básicamente es llevada a cabo por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), la cual es una reguladora multisectorial y por otro lado, también se deja de lado la actividad de promoción de la competencia llevada a cabo por la COPROCOM, ya que si bien es cierto, se encuentra ligada con toda la actividad de prestación de servicios, nuestro análisis en más que todo de la regulación a nivel específico o sectorial.

Como delimitación temporal y espacial tenemos que se analizará la doctrina, jurisprudencia y normativa costarricense desde la creación de la SUGEF en 1995 por el artículo 115 de la Ley N.º 7558, como la primera administración de regulación y supervisión, así como la doctrina del Derecho comparado escogida al caso, a saber, la del Derecho anglosajón, de la Unión Europea y de España como ejemplos concretos.

### **Justificación**

El Gobierno de Costa Rica se encuentra realizando en la actualidad grandes esfuerzos por implementar una serie de cambios a distintos niveles con el objetivo de ajustar el régimen jurídico interno a los estándares internacionales promovidos por la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>3</sup> en materias consideradas de gran importancia para el desarrollo. Dichos esfuerzos se realizan en conjunto con el Poder Legislativo, ya que muchos de ellos requieren nuevas leyes o reformas legales, por ejemplo, tenemos la reciente aprobación de la Ley N.º 9768<sup>4</sup> que reforma en ciertos aspectos la regulación y supervisión de Grupos y Conglomerados Financieros<sup>5</sup> e instaura un sistema de “supervisión consolidada”<sup>6</sup> en Costa Rica.

A pesar de que dichos cambios son introducidos al ordenamiento jurídico costarricense, producto de la influencia de organismos internacionales especializados en la materia como lo es, por ejemplo, para el caso concreto de los bancos, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, los mismos no cumplen a cabalidad con los estándares señalados. Un ejemplo puntual es el que se extrae el artículo 2º de los Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Eficaz del año 2010 o Principios de Basilea III, que dice lo siguiente:

Principio 2 – Independencia, rendición de cuentas, recursos y protección legal de los supervisores: El supervisor cuenta con **independencia operativa**, procesos transparentes, una sólida gobernanza, procesos presupuestarios que no merman su autonomía y recursos adecuados, y rinde cuentas del desempeño de sus funciones y del uso de sus recursos. El marco jurídico para la supervisión bancaria ampara legalmente al supervisor.<sup>7</sup> (Negrita no es del original)

---

<sup>3</sup> Según la página oficial de la OCDE ella es “una organización internacional cuya misión es diseñar mejores políticas para una vida mejor. Nuestro objetivo es promover políticas que favorezcan la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todas las personas. Nos avalan casi 60 años de experiencia y conocimientos para preparar mejor el mundo de mañana. En colaboración con gobiernos, responsables de políticas públicas y ciudadanos, trabajamos para establecer estándares internacionales y proponer soluciones basadas en datos empíricos a diversos retos sociales, económicos y medioambientales. La OCDE es un foro único, un centro de conocimientos para la recopilación de datos y el análisis, el intercambio de experiencias y de buenas prácticas. Asesoramos en materia de políticas públicas y en el establecimiento de estándares y normas a nivel mundial en ámbitos que van desde la mejora del desempeño económico y la creación de empleo al fomento de una educación eficaz o la lucha contra la evasión fiscal internacional”. Disponible en, <https://www.oecd.org/acerca/> [15-01-2020]

<sup>4</sup> Ley denominada “Reformas del capítulo iv de la Ley N.º 7558, Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica; del artículo 151 de la Ley N.º 1644, Ley orgánica del sistema bancario nacional y del artículo 171 de la Ley N.º 7732, Ley reguladora del mercado de valores” del 4 de noviembre de 2019.

<sup>5</sup> Se adiciona por dicha ley el artículo 140 bis a la Ley N.º 7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, de 3 de noviembre de 1995.

<sup>6</sup> Se adiciona el artículo 140 ter a la Ley N.º 7558. El cual dispone que “Se entiende como supervisión consolidada un enfoque de supervisión complementario e integral que aplica el supervisor responsable sobre los grupos y conglomerados financieros, que tiene por objetivo evaluar los riesgos que enfrentan las entidades supervisadas, en sus interrelaciones por el hecho de formar parte de un grupo o conglomerado financiero”.

<sup>7</sup> Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Eficaz. (versión III)

Por independencia operativa el Comité entiende, por un lado, que *“No existen interferencias del Gobierno o del sector que comprometan la independencia operativa del supervisor”* y por otro lado, que *“El supervisor posee plena discrecionalidad para adoptar cualquier medida o decisión supervisora que afecte a los bancos o grupos bancarios bajo su supervisión”*.<sup>8</sup> Lo cual, tal y como se busca demostrar en la presente investigación, no se cumple a cabalidad.

El anterior ejemplo es con relación a la SUGEF, debido que es la encargada de supervisar el sistema bancario; sin embargo, la necesaria independencia del regulador es una constante para todos los sectores y en Costa Rica, el régimen legal de las superintendencias en cuanto a la independencia, esta es común para todas. La doctrina y los organismos internacionales son claros en señalar tal característica como fundamental para una buena regulación, de ahí la relevancia jurídica del presente trabajo de investigación dado el proceso de cambio que se está experimentando en busca de un verdadero Estado regulador.

Aunado a lo anterior, el objeto de estudio del presente trabajo de investigación, es indiscutiblemente de gran importancia social, ya que la búsqueda por la incorporación de los principios regulatorios y de buen gobierno (principalmente propulsados por la OCDE) no son un fin en sí mismo, sino que corresponde a un plausible deseo de los anteriores gobiernos por alcanzar el denominado desarrollo económico, lo cual entre otras cosas, engloba más y mejores empleos y con ello mayor renta *per cápita*, lo anterior para un mejoramiento general en el desarrollo del país y las libertades reales de los individuos<sup>9</sup>, se logra básicamente dada nuestra realidad económica mediante la inversión extranjera directa y para ello es fundamental la confianza de los inversionistas y la calificación país. En palabras del exministro de la presidencia Rodolfo PIZA:

El país necesita estar bien calificado, que se cumplan estándares, tener mejores accesos a mercados, no tener restricciones, no estar en listas grises o negras de países. Eso es esencial para nuestras exportaciones y nuestra relación con el mundo. Además de las posibilidades que tienen los costarricenses de exigir mejores condiciones de vida. Tener mejores estadísticas va ayudar que el país sea mejor. Nos coloca una vara más alta y

---

<sup>8</sup> Ibid. op. cit. pág. 23.

<sup>9</sup> Véase: Amartya Sen. Desarrollo y Libertad. (Argentina: Planeta, 2000), 44.

nos pone en una ruta que los países soñarían tener en América Latina.<sup>10</sup>

Es por ello que desde la academia se desea aportar un grano de arena en la búsqueda por mejorar el esquema regulatorio del país, para ello se apuesta por plantear una propuesta en cuanto a la independencia de las administraciones reguladoras y supervisores costarricenses, para así tener una garantía institucional basado en el esquema de Autoridad Administrativa Independiente, como modelo regulatorio, que la doctrina ha creado y se ha implementado en los países desarrollados y que en nuestro medio apenas se han hecho breves avances.

### **Hipótesis**

El modelo regulatorio costarricense para ser congruente con la doctrina y los estándares internacionales en cuanto al nivel idóneo de independencia de los entes reguladores y supervisores del sistema financiero, tiene que superar el esquema actual regido por el CONASSIF, dotando a cada superintendencia de su propia junta directiva.

### **Objetivos**

Objetivo general: determinar el nivel de independencia con la que cuentan las superintendencias para desempeñar las funciones técnico-jurídicas que les son propias, concretamente, la capacidad para regular y supervisar sus sectores de referencia.

Objetivos específicos:

- 1) Establecer la relación existente entre la actividad de regulación económica por parte del Estado Regulador y la figura de las Autoridades Administrativas Independientes como su necesario colofón.
- 2) Comparar cómo se ha implementado y desarrollado la figura de las Autoridades Administrativas Independientes en otros ordenamientos jurídicos como punto de partida para el análisis del caso costarricense.
- 3) Analizar el modelo de regulación y supervisión de los servicios financieros en Costa Rica, en especial, el rol que desempeña el CONASSIF como coordinador y superior jerárquico de las

---

<sup>10</sup> Extracto de entrevista realizada a Rodolfo Piza en Carlos Mora *“País debe aprobar aún 8 leyes para ingresa a la OCDE en 2020”* por CRhoy.com, disponible en: <https://www.crhoy.com/nacionales/pais-debe-aprobar-aun-8-leyes-para-ingresar-a-ocde-en-2020/> [10/01/2020]



superintendencias.

## **Metodología**

La presente investigación se enmarca en líneas generales al modelo de tesis jurídico dogmática, como es usual en las tesis en Derecho, se construye un marco teórico propio mediante el estudio de la doctrina especializada, como monografías y artículos académicos extranjeros, los cuales son abundantes en nuestro tema. Es también de tipo *jurídico-exploratoria*<sup>11</sup>, la cual se caracteriza por dar pasos preliminares frente a un problema jurídico poco tratado -como lo es el presente en Costa Rica- resaltando sus principales facetas y hallazgos, pero sin dar respuestas definitivas a la problemática, lo anterior sin detrimento de dar propuestas y posibles soluciones, las cuales generalmente sirven para abrir camino para otras investigaciones más específicas.

La investigación se realizará por medio de varios métodos que permiten comprender y ordenar la información que fue recolectada en el trayecto de este proyecto de investigación sin detrimento de otros, esencialmente se echa mano de los siguientes métodos de investigación: i) sistemático, ii) Derecho comparado y iii) de tipo extraído.

**Método sistemático:** el método sistemático nos es sumamente útil para poder ordenar la información recopilada mediante la lectura, especialmente, de gran cantidad de artículos académicos, encontrando puntos en común y clasificando la información en función de nuestro objeto de estudio, es decir, descomponiendo las partes y relacionándolas entre sí, para la creación de un marco teórico propio.

**Método de Derecho comparado:** el método de Derecho comparado, en este tema es inevitable, ya que nos encontramos ante un modelo creado y consolidado en otros sistemas jurídicos e importado al nuestro, el análisis de las experiencias vividas en aquellos países sirve para el establecimiento de un sistema más eficiente y además, para identificar problemas comunes y señalar posibles soluciones.

**Método de tipo extraído:** desde el inicio de la investigación se hará una argumentación jurídica sobre cómo y porqué existe un modelo determinado de ordenación institucional, la cual ha sido

---

<sup>11</sup> Véase: Jorge Witker-Velásquez. La Investigación Jurídica: Bases para las tesis de grado en derecho. 2° ed. (México: UNAM, 2011), 38.

denominada por la doctrina más acreditada como Autoridades Administrativas Independientes, es así como se trazan los rasgos fundamentales que según la teoría deben de gozar tales instituciones, es ahí donde se establece un *tipo ideal*<sup>12</sup> para luego contrastarlo con el modelo imperante en Costa Rica, es decir, lo que tenemos en el plano de la realidad según una interpretación literal de la normativa vigente y la experiencia. En palabras de CAMBRONERO-TORRES:

En las investigaciones en Derecho, entonces, se puede entender como tipo extraído: la resultante de comparar el tipo ideal del respectivo componente y lo que, en ese ámbito, opera en la realidad. Así, lo extraído es una construcción que se basa en el delineado conceptual (ideal) con referencias a las dinámicas reales (empírico) y elaborado a partir de una consciencia sobre las posibilidades efectivas de ocurrencia. Precisamente, el tipo extraído aspira a ser una propuesta de *realpolitik* para hacer eficiente la respectiva propuesta, pues condensa tanto el plano ideal como las posibilidades de implementación del modelo, según las dinámicas actuales del campo específico.<sup>13</sup>

### **Conclusiones más importantes**

En el presente trabajo de investigación se argumentó como la sociedad contemporánea ha cambiado algunos de sus ideales en relación al papel o rol que debe desempeñar el Estado en la economía, se ha apelado por el principio de subsidiaridad en determinados sectores económicos, no todos, por ello, tampoco es correcto afirmar que se ha superado por completo el modelo de Estado gestor y de economía social de mercado, ya que nuestra constitución económica responde a los ideales de un Estado Social de Derecho, no obstante, los ideales de un Estado regulador han ganado terreno. En dicho contexto el papel de la sociedad civil, grupos interesados y de los agentes económicos ha cobrado mayor importancia, lo cual se ha reflejado en el proceso regulatorio a través de distintos mecanismos participativos como el de consulta

---

<sup>12</sup> “al ser el tipo [ideal] una elaboración del investigador, este debe tener un punto de vista ampliamente informado sobre el tema en estudio, para así poder plantear significativamente los aspectos relevantes del constructo ideal. Esa fabricación, si bien unilateraliza un conjunto de valores –los del autor del análisis–, lo cierto es que lo hace en el estrato metodológico, mas no en el plano ontológico”. Cambronero-Torres, Andrei. “Una metodología de tipos para la investigación jurídica,” en Harbotte- Quirós, Frank. Cambronero-Torres, Andrei y Salas-Porras, Ricardo. Apuntes sobre el diseño de una investigación jurídica. (San José. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2018): 122.

<sup>13</sup> Ibid. op. cit. pág. 125.

pública, así la regulación económica ha ido desplazando diversos institutos como la tradicional reglamentación unilateral del Poder Ejecutivo.

La actividad administrativa de regulación económica *stricto sensu* se ha definido como aquella llevada a cabo por agencias reguladoras especializadas o Autoridades Administrativas Independientes (AAI), que comparten determinadas características, estas últimas administraciones son el único mecanismo institucional capaz de garantizar que las decisiones regulatorias sean tomadas de manera neutral y de forma independiente, principalmente del poder político y del propio sector regulado, además que aquellas sean tomadas con base en la técnica o “estado del arte” del sector de referencia. La regulación económica en el sentido expuesto se coloca a la par de las demás técnicas de intervención estatal o actividades administrativas tradicionales (bajo la influencia del Gobierno central) como el servicio público, el fomento y la actividad de policía. Dicho lo anterior, se analizó el nivel de independencia de las superintendencias financieras encargadas de la regulación y supervisión económica en Costa Rica, con base al modelo de AAI, lo cual arrojó varios resultados de los cuales se puede concluir que, en términos generales, carecen de una adecuada *arquitectura institucional* que garantice su independencia en los distintos niveles o categorías de análisis.

## **Ficha bibliográfica**

Umaña Lazo, Alfredo Andrés. “Las superintendencias en Costa Rica ante el modelo regulatorio por autoridades administrativas independientes: En busca de un modelo más independiente”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2021, xiv y 474.

Director: Dr. Ricardo Salas Porras.

Palabras clave: Autoridades Administrativas Independientes. Superintendencias. Regulación Económica. Derecho Regulatorio. Supervisión Financiera. Intervención Administrativa. Administración Económica. Derecho Administrativo Económico. Derecho Público de la Economía.

## Introducción general

Con la crisis económica de los años 30 se tomó conciencia sobre la importancia de la intervención estatal en la economía<sup>14</sup>, surgió la corriente económica llamada “keynesianismo”, y tras las guerras mundiales y sus devastadoras consecuencias sociales y económicas para la ciudadanía, especialmente la europea, dicha intervención no fue una opción, pero en los Estados Unidos de América y en la Europa continental seguida de Latinoamérica, se evidenció muy distinta, se tomaron en efecto, diferentes derroteros y hasta antagónicos en cuanto a los medios empleados para ayudar a mejorar las desfavorables condiciones de vida de su ciudadanía, esto es resultado de visiones sociales, ideológicas y culturas jurídicas diversas.

El modelo de Estado liberal en los Estados Unidos siguió un sistema de origen inglés llamado *common calling*<sup>15</sup> que apela a los mecanismos de mercado para la provisión de todo tipo de bienes y servicios básicos, siendo la prestación estatal subsidiaria, por otro lado, en la Europa continental desde una visión casi hegeliana del Estado, se consolidó del Estado Social de Derecho y con ello, el crecimiento exponencial del aparato y la actividad administrativa<sup>16</sup> de la mano de múltiples factores, en nuestro medio, por ejemplo: la recepción de la teoría del servicio público de origen francés<sup>17</sup> y el principio cristiano de justicia social<sup>18</sup>. Se puede resumir

---

<sup>14</sup> Véase: Gabriel Fernández-Rojas. “Las autoridades administrativas independientes en Francia (Colombia)” *Vniversitas*. N.º 107. (abril, 2004): 348-349.

<sup>15</sup> Juan Montero-Pascual. “La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa (México)” *Boletín mexicano de derecho comparado*, N.º 94. (enero, 1999): 105; En el mismo sentido dice el autor que “*La intervención pública en la actividad económica, y en especial en los nuevos sectores en red, se construyó a partir de las viejas instituciones del common law inglés, y en particular, a partir de la figura del common calling. En la Inglaterra de los siglos XII a XIV, con sus estructuras feudales, la prestación de servicios se realizaba bien mediante el trueque, bien integrada en relaciones personales de vasallaje. De forma excepcional, el common calling era un prestador de servicios profesional que prestaba sus servicios con ánimo de lucro, independientemente de la naturaleza del servicio (existían así herreros comunes, sastres comunes, cirujanos comunes, etc.) o de la prestación del mismo en monopolio o en competencia*”. Juan Montero-Pascual. *Regulación económica* 3º Ed. (España: Tirant lo Blanch, 2018): 26-27.

<sup>16</sup> “*La configuración del Estado en su concepción actual va aparejada a una creciente participación del mismo en las actividades que atañen la convivencia social, así como del constante aumento de sus potestades y obligaciones dirigidas a la procura del bienestar de los individuos que lo conforman, pero no solamente se debe esto a las exigencias derivadas de determinadas situaciones coyunturales que se presentan, sino también a expresas demandas de los gobernados que consideran al Estado como su “proveedor”*”. Carla Huerta-Ochoa. “*La intervención administrativa en el Estado contemporáneo*”. En *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. Tomo I: Derecho administrativo. (México: UNAM, 2005): 118.

<sup>17</sup> La anterior teoría influyó sobremanera en la doctrina iuspublicista española y está a la vez en nuestro derecho costarricense, el cual siempre se encuentra varias lustros rezagado de las grandes innovaciones jurídicas y tendencias internacionales, salvo el reconocido caso del Derecho ambiental. Sobre la actividad de Servicio Público y sus transformaciones véase *supra*.

<sup>18</sup> De especial relevancia en países de tradición católica como el nuestro que lo plasmó en el artículo 74 y 75 de la Constitución Política.

dichas visiones en principio contrapuestas, en palabras de Ramón HUAPAYA-TAPIA, de la siguiente manera:

Siendo aún más claros: mientras que en la experiencia norteamericana, los negocios o industrias (*utilities*) vinculados a la satisfacción de necesidades colectivas fueron declarados como «*affected with a public interest*» (afectos a un interés público) y como tal, regulados/controlados por el Estado (a través de Comisiones de Regulación Independientes, o agencias estatales destinadas a la regulación y control) para su correcto ejercicio sin abuso de poder monopólico (sobre todo en aspectos tales como las tarifas o el acceso al mismo servicio); en la experiencia europea, la respuesta del Estado fue la de «reservarse» (rectius: apropiarse) las actividades económicas a las que se dedicaban las empresas que gestionaban tales servicios (mediante las expropiaciones, confiscaciones y nacionalizaciones) y posteriormente sacrificar la libertad empresarial mediante la asunción de los principios del Estado de Bienestar, que determinó la idea de que el Estado era una gran entidad dedicada a la satisfacción del interés general y a la gestión de los servicios públicos.<sup>19</sup>

Ambos modelos siguieron compartiendo un mismo objetivo: el bienestar general de la población, solo que los medios empleados, repetimos, fueron exactamente los contrarios, en los últimos años principalmente en Europa se ha visto en el “modelo norteamericano” una posible solución a los problemas del Estado prestacional. Existe consenso doctrinal en que la asunción de una infinidad de nuevas tareas por parte del Estado, mejor dicho, de la Administración Pública, desembocaron en un crecimiento insostenible del gasto público y de la deuda pública para poder financiarlo<sup>20</sup>, tanto de la actividad prestacional en sí como de las astronómicas planillas de los funcionarios, esto produjo un déficit fiscal persistente.

Por otro lado, como forma de “externalización” administrativa, en el Estado gestor, para cubrir otras “necesidades” se crearon muchas empresas públicas que realizaban funciones comerciales o industriales y se caracterizaron, salvo pocas excepciones, por su ineficiencia,

---

<sup>19</sup> Ramón Huapaya-Tapia. “Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las *public utilities* y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano (Perú)” *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 5 (2008): 310-311.

<sup>20</sup> Para el caso costarricense la deuda externa se disparó durante la administración Carazo Odio (1978-1982), periodo que supuso una “profunda crisis y empobrecimiento”. Véase: Jorge Enrique Romero-Pérez. La crisis de la deuda externa: en Latinoamérica (Costa Rica: editorial de la UCR, 1993), 22-24.

incluso en régimen de derecho privado, en relación con el sector privado altamente dinámico e innovador, eso sí, cuando la competencia está garantizada, aquello de la mano a la reserva de algunas actividades estratégicas en monopolio fiscal, bajo el estandarte del servicio público, cuya ineficiencia era cubierta por el mismo Estado, mediante los impuestos, todo ello a la postre produjo un claro estancamiento en el desarrollo económico<sup>21</sup>.

Lo anterior fue un círculo vicioso por muchos años en nuestra región latinoamericana y en nuestro país, que no se ha superado por completo, con la liberalización de algunos sectores<sup>22</sup> y la privatización o liquidación (quiebra técnica) de algunas de las empresas públicas cuya venta no fue factible por razones meramente políticas<sup>23</sup>, algunos de los “elefantes blancos” del Estado han desaparecido o cuando menos, dejado de reproducirse. Tenemos claro entonces, como señala MUÑOZ MACHADO que el modelo de Estado prestacional o gestor no se ha sustituido por completo, sino que nos encontramos ante un cambio de paradigma en la relación entre el Estado y el mercado.<sup>24</sup>

En aquel proceso de conformación del Estado social, también se produjo un desbordamiento de la capacidad o función normativa del Estado<sup>25</sup> (ARBOS), el cual no se veía

---

<sup>21</sup> Nótese que seguimos un hilo argumental en términos económicos sin negar las bondades que ha tenido el Estado social para el desarrollo humano, muy significativo en nuestro país; sin embargo, esa actividad que es digna de proteger hoy y siempre, fue sobre sectores que se denominan en la doctrina y jurisprudencia nacional servicios públicos fundamentales a saber, la salubridad, la educación y la seguridad social, sectores que se denominan en la doctrina administrativa moderna como servicios de interés general, nuestra crítica está en denominar -bajo una visión ideológica determinada- a cualquier actividad de realice el Estado como servicio público -entiéndase servicio público fundamental- sin hacer reparo alguno en las nuevas clasificaciones de S.I.E.G. y Servicio Universal, que se dan para aquellos sectores de la economía donde está más que probado los beneficios de la liberación y regulación intensa en régimen de competencia.

<sup>22</sup> Fundamentalmente tras la liberalización de la banca comercial en 1995 y la aprobación en 2008 del TLC que abre a la competencia el sector seguros y telecomunicaciones, entre otros.

<sup>23</sup> Por ejemplo el caso más reciente de la quiebra en 2018 del Banco Crédito Agrícola de Cartago (Bancrédito).

<sup>24</sup> Véase: Santiago Muñoz-Machado. “Regulación y confianza legítima (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 200. (mayo-agosto, 2016): 141-172.

<sup>25</sup> Véase: Xavier Arbos. “La crisis de la regulación estatal (España)” *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, N.º 71. (enero-marzo, 1991): 259-280. Este autor maneja una visión amplia de “regulación” equivalente a la función normativa del Estado, en concreto dice que en el contexto del Estado asistencial: “«La crisis de las democracias» se presenta como resultado de la sobrecarga del sistema político, incapaz de responder a todas las demandas que se le formulan. Según un análisis bastante habitual, la libertad política permite la expresión de las demandas, y la participación democrática les da vías de acceso a las instituciones y de influencia sobre los encargados de tomar las decisiones. Pero el sistema corre el riesgo de bloquearse o de cerrarse, ya que los recursos no bastan nunca para satisfacer todas las demandas. Las cuales, además, son a menudo contradictorias entre sí. Por otra parte, lo que se pide a los poderes públicos conlleva casi siempre la intervención en el mercado limitando su libertad. Surge entonces la tentación de limitar toda restricción impuesta al mercado, e incluso las demandas que podrían conducir a esa restricción. Todo eso puede servir para enmarcar los rasgos específicos del Estado asistencial. Los problemas son los que acabo de señalar, pero agravados en la medida que los poderes

ya limitado a los fines del Estado gendarme, caracterizado por la actividad de policía tendiente a conservar la moral y el orden públicos, esto son, la salubridad, la tranquilidad y la seguridad nacional. Esa incapacidad del Estado Social y de Derecho de producir una serie de normas de carácter técnico en la propia Asamblea Legislativa produjo la consecuente delegación, en primer lugar, de manera directa en el Poder Ejecutivo, en lo que André HAURIUO llamó la “*hipertrofia del Ejecutivo en detrimento del Parlamento*”<sup>26</sup> dentro de las razones que apunta para el desarrollo de ese fenómeno está el crecimiento del Ejecutivo y la socialización tecnócrata, dice el autor que “*al faltar el impulso popular, son los técnicos quienes acaban adoptando las decisiones, y los técnicos se concentran en torno al Ejecutivo*”<sup>27</sup> lo que conforma una tecnoestructura administrativo-política<sup>28</sup> y señala que “*el problema más importante consiste, sin dudarlo, en el obstáculo que presenta la tecnoestructura a todo control parlamentario real*”.<sup>29</sup> con lo anterior se refería a los ministerios, pero más modernamente aquella delegación se da en otras instituciones, principalmente para la reglamentación de actividades, especialmente, de carácter sectorial.

En los Estados Unidos este fenómeno se relaciona con las agencias independientes<sup>30</sup>, y su capacidad normativa<sup>31</sup>, aquel fenómeno se ha denominado, inspirados en el modelo norteamericano, como la delegación legislativa<sup>32</sup> en el Estado regulador, así con base en la

---

*públicos tienen el deber (legal o incluso constitucional) de desarrollar políticas públicas que satisfagan necesidades consideradas esenciales, como la salud y la educación*”. *ibid.*, 261-262.

<sup>26</sup> André Hauriou. Derecho constitucional e instituciones políticas. (España: Demos - Ediciones Ariel, 1971): 677.

<sup>27</sup> *Ibid.* 678.

<sup>28</sup> Véase. *Ibid.* 679-682.

<sup>29</sup> *Ibid.* 691.

<sup>30</sup> Para Gerardo García-Álvarez: “*Este proceso fue presentado como un cambio de paradigma —en un sentido cercano al de Thomas Kuhn para las revoluciones científicas— desde un Estado positivo (positive state) a un Estado regulador (regulatory state). Esta concepción iba a tener una gran influencia en Europa, inicialmente a través de los trabajos de MAJONE, que la aplicó a los cambios experimentados por los Estados de la Europa occidental en los años ochenta, pero fundamentalmente a la Unión Europea. La concepción del Estado regulador, tal como la usan SEIDMAN o MAJONE, es la de un Estado limitado, caracterizado por la «delegación de poderes» —equivalente a descentralización o desconcentración en Derecho español—, en el que prima la eficiencia administrativa y económica sobre la redistribución de la riqueza...*” “La Unión Europea como «Estado Regulador» y las Administraciones Independientes (España)”. *Revista de Administración Pública*. N.º 194. (mayo-agosto, 2014): 86.

<sup>31</sup> Véase por ejemplo los amplios trabajos de: Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade. (2015) “La potestad normativa de las administraciones independientes”. Tesis de doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/54530/> [10-06-2020].; Édgar González López. La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2018.

<sup>32</sup> Véase: Santiago M. Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade. La delegación legislativa y el Estado regulador: una mirada crítica al agujero negro de la regulación. Editorial Ábaco, 2018. eLibro, <https://elibro->



división de poderes tradicional, donde el pueblo democráticamente elige a un Congreso y delega en este, la elaboración de las normas, este último a su vez “sub” delega esa tarea a un órgano especializado, serían normas de carácter infralegal, esto último ha sido fuertemente criticado, ya que esta lógica implica una pérdida de legitimidad democrática<sup>33</sup> y control político al perder el Poder Ejecutivo su derecho de veto, es por ello que algunos afirman que las comisiones o agencias de regulación son entes cuasi legislativos<sup>34</sup> y en referencia a la autocomposición de conflictos jurídicos de los sujetos regulados en el seno del ente regulador (mediante las técnicas de arbitraje o mediación) se habla también de un poder cuasi judicial<sup>35</sup>.

Por su lado, en el Derecho continental europeo, ante la incapacidad estatal antes dicha, se habla más que todo del concepto y alcance de la *regulación económica*, llevada a cabo por Autoridades Administrativas Independientes que se enmarcan en la administración institucional<sup>36</sup>, de la *autorregulación o regulación privada*, como efecto del poder organizador de la sociedad civil y los propios sujetos privados, y de la *autorregulación regulada*<sup>37</sup>; sin embargo, nos limitaremos a analizar la regulación como nueva función<sup>38</sup> o actividad administrativa<sup>39</sup>, especialmente en sectores económicos.

En doctrina, constantemente se habla de un profundo cambio o transformación en la

---

net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/119308.; Fabrizio Gilardi. *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

<sup>33</sup> Véase: Paul Tucker. *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*. Reino Unido: Princeton University Press, 2018.

<sup>34</sup> Un tema sin duda apasionante, pero que por razones de delimitación no podremos analizar a profundidad en esta investigación. Sobre el tema véase por todos: Enrique Gil Botero. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administración que les es propia y las funciones legislativa y judicial”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 3 (segundo semestre, 2009): 3-26.; Gerardo García-Álvarez. “Los Poderes Normativos de las Administraciones Independientes en el Ámbito Económico (España)”. *Revista de Administración Pública*. N.º 171. (septiembre - diciembre, 2016): 139-179.

<sup>35</sup> Véase: Juan Carlos Cassagne. “Funciones Jurisdiccionales de los Entes Reguladores o Agentes Independientes (Chile)”. *Revista de Derecho Administrativo*. N.º 16. (2006): 71-76.; Julián Andrés Pimiento-Echeverri. “La Regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 9. (Primer semestre, 2013): 15-40.

<sup>36</sup> véase en este sentido: David Blanquer-Criado. *Introducción al Derecho Administrativo: Teoría y 100 casos prácticos*. 3 Ed. (España: Tirant lo Blanch, 2015): 140 y ss.

<sup>37</sup> Sobre la autorregulación y la autorregulación regulada véase el trabajo referente en el tema: Mercè Darnaculleta i Gardella. (2003). *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Tesis doctorales Xarxa de la Universidad de Girona. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/7681#page=1> [10-06-2020]

<sup>38</sup> Véase: Luciano Parejo-Alfonso “*La nueva función pública de regulación*” En: Parejo-Alfonso, Luciano y Vida-Fernández, José (Dir.). *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*. (España: Tirant lo Blanch, 2017), 1379 y ss.

<sup>39</sup> Véase entre otros: Ricardo Rivera-Ortega. *Derecho Administrativo*. 3 Ed. (España: Tirant lo Blanch, 2019), 207.

relación del binomio Estado-Sociedad, esto es que la ciudadanía organizada -sociedad civil- toma un papel más activo en los asuntos públicos, principalmente aquellos de trascendencia económica para la generalidad<sup>40</sup>, es así como el proceso de liberalización y privatización va acompañado de otro de participación, bajo los ideales originales del Estado democrático<sup>41</sup>, que concibe al ciudadano, no como un ente pasivo que se limita a votar cada determinado tiempo, sino como un sujeto capaz de influir individual o colectivamente en los asuntos políticos de su interés sin caer en la utopía de la igualdad, es por ello precisamente que el Estado no puede desaparecer o dejar de intervenir en lo económico, esto es la reducción al mínimo del Estado como sostienen algunos otros, tendiente a proteger sólo los derechos de propiedad y hacer efectivo los contratos o “ley entre las partes”<sup>42</sup>.

Ante estos cambios nada desdeñables, se plantean grandes retos para el Derecho administrativo en su parte general y especial, como dice MOREIRA NETO, la pregunta es “¿qué contribución podrá aportar, en estas circunstancias, el Derecho administrativo, como rama de conocimiento científico y repositorio de experiencias sobre las relaciones entre poderes públicos y sociedad a lo largo de dos siglos?”<sup>43</sup> Una respuesta satisfactoria es la actividad de regulación económica sobre determinados servicios de interés general y no sobre todos ellos, algunos de los cuales, como bien lo establece nuestra Constitución Política, están garantizados por el Estado y no pueden ser sujetos de liberalización y privatización como la salud y la educación pública, entre otros, de vital importancia para la sociedad, por lo que el Estado social o prestacional sigue aún vigente, incluso hoy más que nunca y en el contexto de

---

<sup>40</sup> Véase: José Luis Carro Fernández-Valmayor. “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho Administrativo (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 193. (enero-abril, 2014): 14-15.; Gema Marcilla-Córdoba. “Desregulación, Estado Social y Proceso de Globalización (España)” *DOXA cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 28. (2005): especialmente 242-246.

<sup>41</sup> Para Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo este proceso de liberalización en el Estado Social y democrático de Derecho que: “(...) *no consiste sino en otra forma de conseguir los mismos fines sin prescindir del impulso de la competencia, pero sin renunciar tampoco a los fines de solidaridad y de estado social y democrático que antes se pensaba que sólo a través de los «servicios públicos» podían conseguirse. Sin renunciar asimismo a garantizar que exista efectiva competencia a través de la puesta en pie de un nuevo Estado regulador en muchos aspectos más intervencionista de lo que hasta ahora se había conocido*”. “Estado y mercado en un mundo global (España)” *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 25. (mayo-agosto, 2005): 70.

<sup>42</sup> Vemos como incluso la doctrina civilista y procesal civil más vetusta en los últimos años presenta importantes reformas, se habla de una publicación del derecho privado, con figuras como la cláusula contractual tácita “*Rebus sic stantibus*” y en el campo procesal civil -con antecedentes en lo contencioso administrativo- las innovaciones de: la cargas probatorias dinámicas y las mayores facultades del juez para ordenar prueba de oficio y dirigir el iter del litigio (¿declive del principio dispositivo?)

<sup>43</sup> Diogo De Figueiredo Moreira-Neto. “Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible? (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 180. (septiembre-diciembre, 2009): 10.

la crisis sanitaria y económica por la pandemia de la COVID-19, pero es la Ley formal la que ha tomado las decisiones cruciales, instituciones autónomas<sup>44</sup> y no la propia administración pública que es el ente ejecutivo<sup>45</sup>.

La regulación económica trata sobre los demás Servicios de Interés General (S.I.E.G. y Servicio Universal). Adelantemos un punto fundamental de la presente tesis y es que la regulación económica *stricto sensu*, sólo puede ser aquella que se lleva a cabo por una Autoridad Administrativa Independiente (AAI) dejando el sentido genérico de regulación abierto para la Ley formal, el reglamento ejecutivo y los modos tradicionales de intervención-actuación administrativa. Además, se parte de la premisa que los servicios financieros (mercado financiero en general) no son servicios públicos en sentido tradicional, pero sí, claro está, de interés público general, a estos se les suele llamar cuando son estudiados los ámbitos o sectores de referencia, que según Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, son *“aquellos sectores del Derecho administrativo especial que proporcionan todo un conjunto de materiales y de modelos, de casos singulares y de ejemplos, de particular utilidad para la inducción y la construcción de la teoría general. De ahí que salte a la vista la trascendencia que para el entero sistema del Derecho administrativo tiene una acertada elección de los sectores de referencia [...]”*<sup>46</sup> de tal forma que el objeto de estudio de la presente investigación permite recrear una teoría especial sobre las AAI de la mano de la teoría general administrativa, en cuanto a la mejor manera de instaurarlas en la práctica y para el caso costarricense, la Constitución económica, como se verá, así lo permite, ya que no establece medios estrictos ni formas predeterminadas para la regulación.

El estudio de las AAI se ha mostrado con mayor importancia, como ya se adelantó, al abordar el tema de la regulación económica, en el que se ha insistido, son requisito *sine qua non* para la regulación económica, por lo que se suelen denominar también estas formas

---

<sup>44</sup> Principalmente la CCSS que es un ente autónomo de rango constitucional se ha caracterizado por tener un rol crucial en la lucha contra la crisis sanitaria, dicho ente se caracteriza por su independencia a nivel político y financiero en relación al Poder Ejecutivo.

<sup>45</sup> Sobre el incremento de los poderes y papel del gobierno central véase Carla HUERTA-OCHOA, nos dice está autora que en el Estado social *“El equilibrio de poderes sufrió en el transcurso de este proceso de transformación un **desbalance en favor del poder Ejecutivo**, obviamente en detrimento del poder Legislativo cuyo papel se ha desgastado progresivamente a pesar de ser la cámara representativa y en la que reside un importante sistema de control”*. (negrita no es del original). *La intervención administrativa... op. cit.* pág: 121.

<sup>46</sup> Eberhard Schmidt-Assmann. La teoría general del Derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. (España: INAD/Marcial Pons, 2003): 12.

organizativas, como en Argentina “entes reguladores”<sup>47</sup> o en España que con la Ley Economía Sostenible de 2011, se denominaron “organismos reguladores”, comenta Luciano PAREJO ALFONSO en este sentido que “*de modo congruente con la creciente importancia de la “regulación económica”, ha establecido por primera vez una ordenación general de los llamados organismos reguladores (...)*”<sup>48</sup> o desde un punto de vista funcional como “administraciones de regulación y supervisión”<sup>49</sup>, más allá de su denominación todas comparten una característica común y es su pretendida independencia en relación con el poder político, por lo que se acepta hoy día dicha independencia del ente regulador para el reforzamiento de la autonomía funcional de su gestión<sup>50</sup> y para el desarrollo de sus competencias, para lo cual se entiende que deben estar fuera del alcance del poderes de dirección del Poder Ejecutivo, por ello, se diferencian del fenómeno de la desconcentración administrativa y de las instituciones autónomas, nos encontramos ante un tipo organización que rebaza también la idea de descentralización funcional.

Para ir cerrando con estas ideas introductorias, se puede traer a colación las ilustrativas palabras del preámbulo de la Ley que crea la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) de España que actualmente es la AAI de referencia del Derecho comparado hispanoamericano, dice el citado documento que “*los países europeos corrigieron los fallos de funcionamiento de los mercados mediante la nacionalización de las empresas prestadoras de servicios públicos o la creación de sociedades públicas con esta finalidad. Por otro lado, las corrientes europeas de los años setenta del siglo pasado cristalizaron en fórmulas organizativas independientes a la búsqueda de una neutralidad y criterios de especialización*

---

<sup>47</sup> Véase: “Capítulo XV Entes reguladores” pág. XV-1 a XV-46 En Agustín Gordillo. Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general. 1a ed. 1a reimp. v. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. Quien opina para el caso argentino y aplicable al nuestro que: “***Debemos abandonar, como ya se lo ha hecho en Europa, el antiguo modelo continental. Corresponde en consecuencia adoptar, también en nuestra Constitución, el éxito demostrado por el modelo estadounidense: La Unión Europea exige que los países que la integran tengan autoridades independientes para regular los servicios públicos. Es decir, debemos empezar a olvidar los entes administrativos descentralizados, sometidos al control de tutela de la administración central y comenzar a enfatizar que el Estado contemporáneo requiere de autoridades administrativas independientes del poder central***”. (negrita no es del original). *op. cit.* pág. XV-1.

<sup>48</sup> Luciano Parejo-Alfonso. Lecciones de derecho administrativo. 5 ed. (España: Tirant lo Blanch, 2012): 223.

<sup>49</sup> Por ejemplo: Abad-Licerias y Irurzun-Montoro, (Coords.). La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico-práctica. España: Dykinson, 2009.; Gabriel Fernández-Rojas. “Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España (España)” *Vniversitas*. N.º 109 (abril, 2005): 419-460.

<sup>50</sup> Véase: García de Enterría y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, 10ª ed., T. I, (España, Civitas, 2000), 429.

*técnica en sectores con presencia de intereses sociales muy relevantes, como el bursátil, el de la protección de datos informáticos o el audiovisual*".<sup>51</sup>

Mientras que en España se optó por fusionar la regulación *ex post* sobre competencia económica y la regulación sectorial *ex ante*, es decir, aglutinar el conjunto de AAI que se encargaban de la regulación y la supervisión de ciertos mercados de referencia, lo cual no está exento de severas críticas, en Costa Rica, por su lado, ni siquiera se ha dado el primer paso que es dotar a los entes reguladores de verdadera independencia con relación al poder político, afirmación que se hace con base en las razones que se expondrán en el tercer capítulo del presente trabajo.

Así el Derecho regulatorio en nuestro sistema jurídico es de reciente estudio, en la actualidad no se contempla dentro de los planes de estudio general de la carrera de Licenciatura en Derecho, solo se ve sucintamente como parte de los cursos de énfasis, esta disciplina surge de la necesidad de regular determinados sectores que se pueden clasificar de especialmente sensibles para mantener cierto orden público económico, en este sentido, estas instituciones se derivan en primer lugar de teorías económicas que sustentan la necesaria intervención del Estado en la economía y buscan básicamente dar respuesta a la pregunta ¿por qué regular?, ¿cómo regular? y de lo cual se deriva, y tiene especial importancia para nuestra investigación, la pregunta, ¿por quién se regula?

En el presente trabajo de investigación no se afirma que el "Derecho regulatorio" sea una nueva rama del Derecho público (como se sostiene para el Derecho tributario, por ejemplo) dotada de autonomía y que haya sustituido al Derecho administrativo tradicional<sup>52</sup>, aunque un amplio sector de la doctrina lo sugiere, lo que sí se hace es argumentar que la *regulación económica* es en sentido estricto no se corresponde con ninguna de las modalidades tradicionales de intervención pública en la economía, en ese aspecto, lo adecuado es hablar de una nueva *actividad administrativa de regulación económica* con características propias, en la que resalta el sujeto y la medios con que se lleva a cabo.

---

<sup>51</sup> Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-5940> [01-10-2020]

<sup>52</sup> Negando está posición Véase: Ramón Huapaya-Tapia. "Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de regulación (Perú)". *Ius et veritas*, N.º 40. (abril, 2010), 309-311.

Cabe hacer dos aclaraciones más, primero, la regulación económica nació en paralelo con la actividad de los entes reguladores independientes que al pasar los años y con el afinamiento de la teoría, se le han llamado Autoridades Administrativas Independientes (AAI), tampoco se postulan dichas administraciones como un modelo con vocación a la generalidad, como plantean otros autores; en la presente investigación únicamente se argumenta en favor de la implementación del modelo de ordenación por AAI para la regulación económica y no para la social. Segundo, los medios con que se materializa la regulación económica no se corresponden con ningún peldaño de la clasificación tradicional de las fuentes del Derecho administrativo, así se ha confundido la naturaleza jurídica de los actos que emanan las AAI como entes regulatorios con los clásicos reglamentos, producto de ese equívoco, se ha dicho que la regulación es la producción de normas, ignorando por completo que la regulación económica no se limita a la emisión de la norma, sino que es igualmente importante la supervisión; por otro lado, los principios del “acto regulatorio” difieren con los del reglamento, el cual fue concebido como un acto unilateral de la Administración en el que la consulta pública a los actores implicados es facultativa, entre otros aspectos que se precisarán.

Este trabajo de investigación, como es lo usual, está dividido en tres capítulos. El **primero** es el más general del mismo, en términos generales busca dejar plasmada las ideas más importantes que se han encontrado en la doctrina, siendo nuestro marco teórico, diseñado para argumentar jurídicamente a lo largo de la investigación la idoneidad del modelo de Autoridades Administrativas Independientes para la regulación y supervisión de los mercados financieros. Se trata ampliamente el tema de la incursión del término regulación (su conceptualización) en el Derecho público y la incidencia que el mismo ha tenido en el tradicional Derecho administrativo. Para ello, se estudia el contexto en el cual nació y evolucionó el término y el surgimiento de los entes reguladores, los cuales son los que llevan a cabo dicha actividad de regulación.

Para comprender el porqué es tan necesaria la regulación de ciertas actividades es necesario mencionar lo que la doctrina ha denominado los fallos del mercado, siendo la existencia de monopolios y la información asimétrica dos de los argumentos más importantes, por su lado, sus detractores en aras de disminuir la intervención estatal abogan por el libre mercado y que más bien, esa intervención resulta en los fallas del Estado (o fallas en la regulación) lo cual son efectos adversos en la economía real.

Por otro lado, dos corrientes más modernas estudian la intervención del Estado desde una perspectiva más rigurosa de la mano de la ciencia económica y son precisamente los economistas los que ven en el Derecho una herramienta necesaria, así se sigue un enfoque neoinstitucionalista que simplificando mucho, dice que el Derecho junto con los usos sociales ayuda a fijar las “*reglas del juego*”, es decir, el marco básico que permite a los agentes económicos conocer el posible resultado de sus acciones y por otro lado, siguen los postulados básicos del *law and economics*, así se entiende que el Derecho debe complementarse con la economía para realizar análisis costo-beneficio y con ello, conocer de antemano el impacto regulatorio de la actividad de intervención estatal.

Se aborda también lo que se conoce como la instauración del Estado regulador, en contraposición, al cada día más superado Estado gestor o actor, es así que “*sin tratarse de un productor más, el Estado-regulador sigue interviniendo en la economía, pero de una manera diferente, para ser supervisor del juego económico, estableciendo ciertas reglas, asegurando el equilibrio*”<sup>53</sup>, siendo la imparcialidad una característica esencial del nuevo modelo, la cual permite que los “jugadores” o agentes económicos se desenvuelven en mercados seguros, donde la libre competencia es *conditio sine qua non* del sistema y consecuentemente, mejorar las condiciones de oferta de servicios y productos para los consumidores.

Cabe mencionar que dicho Estado regulador se basa en una serie de instituciones que permiten llevar cabo la *regulación*, la cual se diferencia totalmente de todas las anteriores formas de actuación administrativa, siendo la principal razón de ello su despolitización o desvinculación a la política partidaria de turno en función de emitir normas generales, provistas de un alto grado de tecnicismo. Es por ello que la existencia de las Autoridades Administrativas Independientes es el necesario colofón del Estado regulador.

En el **segundo capítulo**, una vez que se ha comprendido la serie de elementos teóricos expuestos en el primero, se hará un recorrido práctico por los modelos elegidos de Autoridades Administrativas Independientes en el Derecho comparado. Se analizará con detalle los

---

<sup>53</sup> Magally Hernández-Rodríguez. Fisuras, Desafíos y Mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público. 1° ed. (Costa Rica: Editorial UCR, 2007), 321.

antecedentes norteamericanos, en concreto, lo relativo al modelo regulatorio estadounidense de *Independent regulatory commissions*.

El anterior estudio es de suma importancia, ya que es en los Estado Unidos donde nacen las primeras agencias independientes y donde más cambios ha sufrido el modelo, producto de severas reformas a la administración pública en aras de mayor eficiencia, pero que en el fondo, es un ejemplo de la reacción en contra de la pretendida independencia de aquellos entes, por parte del Poder Ejecutivo sin dejar de destacar, por otro lado, algunas virtudes de aquel sistema como lo es la coordinación interinstitucional y el análisis de impacto regulatorio, entre otros.

El capítulo segundo trata fundamentalmente de establecer una teoría general de las Autoridades Administrativas Independientes (AAI), su concepto y alcance, con base en la doctrina más acreditada, además, se traen a colación múltiples ejemplos de ordenamientos jurídicos extranjeros, por lo que constituye también un ejercicio de Derecho comparado, con todo ello se van analizando y ejemplificando, las denominadas garantías formales de independencia, las cuales son características o criterios que sirven para dotar a una determinada administración pública de un nivel idóneo de independencia, en los términos que se expondrán oportunamente, el resultado de lo anterior es el “tipo ideal” de nuestra investigación, es decir, todas las características deseables que deberían tener las AAI.

El **capítulo tercero** aterriza en el modelo regulatorio de las actividades financieras que tiene Costa Rica. Primeramente, se tratan las funciones, competencias y potestades que tiene el Banco Central de Costa Rica (BCCR) y el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF). Por un lado, se verá como el BCCR no presenta ninguna peculiaridad en relación con el modelo estándar de los bancos centrales que, en su mayoría, tienen como principal objetivo la estabilidad de precios (valor de la moneda en mercados internacionales).

Seguidamente, bajo un enfoque crítico, se analizará la figura del CONASSIF, siendo este Consejo, según nuestro Derecho administrativo, un típico órgano colegiado, con un alto factor político en su estructura. La actividad del CONASSIF se divide en dos grandes funciones, por un lado, se le encomienda la *regulación* del sector financiero, es decir, la aprobación de la normativa elaborada por las superintendencias y, por otro lado, la función *sui generis* de *supervisar a los supervisores*.



La potestad de aprobar normas de alcance general (donde medie generalmente una relación de sujeción especial) ha sido abordada por la doctrina especializada como “la potestad normativa de las administraciones independientes”; sin embargo, el CONASSIF no responde a dicha figura y es más bien un contralor político de la actividad de regulación que llevan a cabo las superintendencias, como administraciones especializadas, son estas las que elaboran las reglamentaciones y solo tienen la competencia para *recomendar* (mediante un oficio enviado por el superintendente) la aprobación ante el CONASSIF de determinada regulación, teniendo este último la facultad para rechazarla y sugerir los cambios que considere pertinentes al órgano técnico.

Por otro lado, el CONASSIF tiene la facultad para coordinar el funcionamiento de la actividad llevada a cabo por las superintendencias, según lo establece el artículo 169 de la LRMV N.º 7732. La SUGEF, la SUGEVAL y la SUPEN estarán “*bajo la dirección de un órgano denominado Consejo nacional de supervisión del sistema financiero, también llamado el Consejo nacional*” en cuanto a la SUGESE dicha dirección por parte del CONASSIF se establece en la Ley N.º 8653 en su artículo 28.<sup>54</sup> Para llevar a cabo esta segunda función realiza labores de fiscalización, supervisión, nombramientos, autorizaciones, aprobación de presupuestos, recepción de informes periódicos<sup>55</sup>, entre otros.

Seguidamente, se continúa estudiando la función de supervisión y regulación, para ello se expondrá sucintamente el ámbito de actuación (competencias) de las superintendencias, tomando como base la teoría de las AAI, esto es, el análisis de sus atribuciones normativas,

---

<sup>54</sup> “(...) *La Superintendencia funcionará bajo la dirección del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero y estará integrada al Sistema de Supervisión Financiera, establecido en los artículos del 169 al 177 de la Ley reguladora del mercado de valores, N.º 7732, de 17 de diciembre de 1997, a excepción de los artículos 174 y 175 de dicha Ley. A la Superintendencia, al superintendente y al intendente les serán aplicables las disposiciones establecidas, de manera genérica y de aplicación uniforme, para las demás superintendencias bajo la dirección del Consejo Nacional y sus respectivos superintendentes e intendentes (...)*”.

<sup>55</sup> Por ejemplo puede observarse el mandato expreso de rendir informes, contenida en el artículo 131 inciso i) de la LOBCCR, al superintendente de la SUGEF de la siguiente forma: “*i) Informar, con carácter obligatorio e inmediato, al Conassif sobre los problemas de gobierno corporativo, de gestión de riesgos, de liquidez, de solvencia o de transgresión de las leyes o normas dictadas por el Banco Central o el Conassif, detectados en las entidades y empresas supervisadas con alcance individual o consolidado. De forma trimestral, el superintendente someterá a dicho Consejo un informe completo sobre la situación económica y financiera de las entidades y empresas supervisadas, a nivel individual y consolidado, y sobre el gobierno corporativo, la gestión de riesgos e incumplimientos legales o normas, entre otros, con base en los lineamientos previamente definidos por él. En este informe, el superintendente deberá indicar, explícitamente, cuáles entidades, empresas y grupos o conglomerados financieros, en su criterio, requieren mayor control y seguimiento*”.

supervisoras y de solución de conflictos. Se culminará la investigación haciendo un estudio completo de la independencia de los supervisores financieros en Costa Rica, teniendo en la cúspide al BCCR, las superintendencias como órganos de desconcentración máxima del BCCR y como coordinador y superior jerárquico de estas últimas al CONASSIF. Para ello, se establece un “marco común”, ya que la normativa que las rige es la misma, por ejemplo, en la financiación o en el sistema de nombramientos y remociones por causa justificada.

Así se analizará la independencia de las superintendencias según el modelo de Autoridades Administrativas Independientes, anteriormente ideado, para determinar según los criterios de independencia institucional u orgánica, personal o subjetiva y funcional u operativa, su nivel o “escala” de independencia. Una vez hecho este diagnóstico, se procederá a señalar los principales hallazgos de la investigación, principales falencias y emitir una serie de recomendaciones, producto de los mejores ejemplos en doctrina y Derecho comparado estudiado, con el objeto de contribuir a la discusión y mejoramiento en torno al sistema financiero costarricense.

## **CAPÍTULO PRIMERO: FUNDAMENTOS PARA LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA Y LA REGULACIÓN**

El objetivo específico del presente capítulo es “***establecer la relación existente entre la actividad de regulación económica por parte del Estado Regulador y la figura de las Autoridades Administrativas Independientes como su necesario colofón***”, para ello, se tratan los fundamentos económicos para la intervención estatal en el mercado, en la que se analizan fundamentalmente las fallas del mercado, luego se abordan los fundamentos y las técnicas jurídicas para la intervención estatal en el mercado, en la que se parte de la legitimidad jurídica que da la constitución económica para la intervención estatal en la economía, mediante los modos tradicionales de actuación administrativa en el ámbito económico y finalmente, la regulación económica como nueva forma de actuación administrativa.

### **1. Perspectiva economicista para la intervención estatal en la economía**

Se estudiarán en la presente sección, las principales razones que se han esgrimido por destacados economistas interesados en la materia regulatoria, para incentivar o bien, para rechazar la intervención del Estado en la economía, más adelante se estudiará a grandes rasgos, el modelo económico costarricense desde el punto de vista constitucional y se verá como el argumento de los desequilibrios, inequidades o *fallos del mercado* es recurrente, en este sentido se ahondará en cada uno de ellos, haciendo referencia en lo posible, al sistema financiero costarricense y las formas en que tradicionalmente el Estado ha combatido sus efectos.

La primera sección se subdivide en dos, la primera de ellas se dedica a estudiar las principales las fallas del mercado según la doctrina más reconocida (no necesariamente jurídica), así como la respuesta estatal, es decir, los distintos mecanismos jurídicos se han desarrollado para tratar de resolver o disminuir los efectos de todas las fallas en cuestión. La segunda sección trata sobre las denominadas fallas del Estado y fallas de la regulación, por ejemplo, las denominadas asimetrías regulatorias extraídos del caso costarricense.

#### **1.1. Las fallas del mercado**

Al hablar de la legitimación que tiene el Estado para intervenir en el mercado y con ello limitar los derechos económicos, se ha desarrollado la «teoría de la regulación» que explica

cuándo y bajo qué supuestos, el Estado debe de intervenir en la economía, entre otros aspectos, desde el punto de vista del Derecho público, lo anterior gira en torno al concepto de *orden público económico*. Desde el punto de vista de la ciencia económica se parte desde la teoría que acepta cierto intervencionismo, lo plantean en términos excepcionales (que en Derecho público vendría a ser el equivalente de principio de subsidiariedad<sup>56</sup>), la doctrina económica más autorizada señala que los gobiernos (entiéndase Estado a través las administraciones públicas) tienen principalmente **tres funciones económicas** en este sentido, SAMUELSON y NORDHAUS, dicen que:

1. Los gobiernos aumentan la eficiencia cuando promueven la competencia, reducen externalidades como la contaminación y proveen bienes públicos.
2. El Estado fomenta la equidad cuando utiliza programas de impuestos y gasto para redistribuir el ingreso a favor de determinados grupos.
3. El Estado favorece la estabilidad y el crecimiento macroeconómicos -a través de la reducción del desempleo y la inflación, al mismo tiempo que alienta el crecimiento económico- por medio de la política fiscal y la regulación monetaria.<sup>57</sup>

El primer supuesto se da, por ejemplo, con la existencia del derecho de promoción de la competencia y a nivel institucional con la COPROCOM y las leyes que conforman el Derecho ambiental y la actividad administrativa de servicio público, el segundo con la política fiscal y el tercer supuesto es el más complejo, ya que confluyen la política económica con la política monetaria y cambiaria, y demás funciones del BCCR. Por su lado, Michael PARKIN sobre el papel estatal opina, de igual manera sobre las tres funciones económicas, que los gobiernos:

Establecen y mantienen los derechos de propiedad; proveen mecanismos distintos al mercado para asignar recursos escasos; y redistribuyen el ingreso y la riqueza. Los derechos de propiedad y el sistema legal que los hace respetar constituyen el fundamento de la economía de mercado, la cual, en muchas situaciones, funciona bien y asigna recursos escasos de manera eficiente. Pero algunas veces el mercado falla.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Sobre el principio de subsidiariedad, entre otros, véase: Baldo Kresalja R. *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Perú: Fondo editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

<sup>57</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica*. 19 Ed. (México: McGraw-Hill Interamericana Editores, S. A., 2010): 35.

<sup>58</sup> Michael Parkin. *Economía* 12 ed. (México: Pearson Educación, 2018): 370.

Es así como el fundamento recurrente, desde el punto de vista de los profesionales en economía, que legitiman cierta intervención del Estado en el mercado son los denominados **fallos del mercado**, para Michael PARKIN, es aquella situación ineficiente de mercado que “*ocurre porque se produce una cantidad muy baja (subproducción) o demasiado alta (sobreproducción) de un artículo*”.<sup>59</sup> siguiendo a PARKIN estas fallas se producen por ciertos obstáculos a la eficiencia, por ejemplo: regulaciones sobre precios y cantidades, impuestos y subsidios, externalidades, bienes públicos y recursos compartidos, existencia de monopolios y altos costos de transacción.<sup>60</sup> Por su lado N. Gregory MANKIWI, partiendo del principio de que los mercados generalmente son un buen mecanismo para organizar la actividad económica<sup>61</sup>, acepta que el Gobierno puede mejorar algunas veces los resultados del mercado<sup>62</sup> ya que “*(...) la mano invisible de la economía sólo funciona cuando aquel hace valer las reglas y mantiene las instituciones que son fundamentales en una economía de mercado*”<sup>63</sup>, dentro de esas instituciones, el derecho de propiedad se lleva los focos, por lo que es necesario que el Estado, entre otras cosas, administre un buen sistema de justicia que los garantice. Pero también se menciona de forma recurrente el argumento de la distribución de rentas<sup>64</sup>, en este sentido MANKIWI dice que:

Promover la eficiencia y la igualdad son las dos grandes razones por las cuales el gobierno debe intervenir en la economía para cambiar la manera en que las personas asignarían los recursos. Es decir, la mayoría de las políticas económicas aspiran a agrandar el pay económico o a cambiar la manera en que se reparte. (...) Aun cuando en general la mano invisible dirige a los mercados a asignar los recursos para maximizar el tamaño del pay o pastel económico, esto no siempre se logra. **Los economistas utilizan el término falla del mercado para referirse a una situación en la cual el mercado, por sí solo, no asigna eficientemente los recursos.**<sup>65</sup> (negrita no es del

---

<sup>59</sup> Michael Parkin. *Economía. op. cit.* pág.: 114.

<sup>60</sup> Véase: Michael Parkin. *Economía. op. cit.* pág.: 114.

<sup>61</sup> Véase: N. Gregory Mankiw. *Principios de economía. 7° Ed.* (México: Cengage Learning Editores, S. A., 2017): 10-11.

<sup>62</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía. op. cit.* pág.: 11.

<sup>63</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía. op. cit.* pág.: 11.

<sup>64</sup> Véase: N. Gregory Mankiw. *Principios de economía. op. cit.* pág.: 12. Quien dice que: “*La mano invisible no garantiza que todos tengan alimentos suficientes, ropa digna o atención médica adecuada. Estas desigualdades, dependiendo de la filosofía política de cada cual, exigen la intervención gubernamental. En la práctica, muchas de las políticas públicas, como el impuesto sobre la renta y la seguridad social, están encaminadas a lograr una distribución más equitativa del bienestar económico*”.

<sup>65</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía. op. cit.* pág.: 12.

original)

En la misma línea Joseph E. STIGLITZ, establece que el mercado solo es eficiente cuando se cumple con el punto óptimo de Pareto e identifica seis condiciones en las que el mercado deja de ser eficiente en dicho sentido, esta es su clasificación ya tradicional, de fallas del mercado y constituyen un argumento a favor de la intervención estatal<sup>66</sup> mediante la actividad de regulación económica. Estas fallas son: 1) competencia imperfecta, 2) bienes públicos, 3) externalidades, 4) mercados incompletos, 5) información imperfecta y 6) desempleo y otras perturbaciones económicas.

El segundo argumento en favor de la intervención del Estado en la economía está relacionado con el temor de que el individuo no pueda actuar en su propio interés. A menudo se dice que la percepción que tiene cada uno de su propio bienestar puede no ser un criterio fiable para juzgar el bienestar, ya que los consumidores pueden tomar decisiones “malas” aun cuando posean una información completa. Hay quienes creen que el Estado debe intervenir en aquellos casos, ya que parece que los consumidores no hacen lo más racional, es así que el tipo de intervención no debe limitarse únicamente a brindar información,<sup>67</sup> esta posición se denomina usualmente como paternalismo estatal<sup>68</sup>, “(...) *este papel paternalista ha sido indudablemente importante en algunos casos, como en relación con las drogas (la ilegalización de la marihuana) y el alcohol (la prohibición de los años treinta en Estados Unidos)*”.<sup>69</sup> está segunda posición<sup>70</sup>, a diferencia de la basada en fallos del mercado, tiene una visión más amplia, no se centra en aspectos económicos y más recientemente se habla de un paternalismo libertario<sup>71</sup>, como forma de “guiar” a las personas para la toma de mejores decisiones, mediante “pequeños empujones” o *nudges*.

### 1.1.1. Competencia imperfecta

Al tratar el tema de la competencia imperfecta es conveniente tener una noción

---

<sup>66</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. 3° Ed. (España: Antoni Bosch editor S. A., 2000): 92

<sup>67</sup> Véase: Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. *op. cit.* pág.: 103.

<sup>68</sup> Véase: *Ibid.*, 104.

<sup>69</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. *op. cit.* pág.: 104.

<sup>70</sup> Para un estudio completo del tema véase: Macario Alemany-García. El concepto y la justificación del paternalismo. Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-y-la-justificacion-del-paternalismo--0/> [27-06-2020]

<sup>71</sup> Véase: Cass R, Sunstein y Richard H. Thaler. Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad. España: Taurus, 2017.

precedente de lo que en la teórica economía se ha llamado competencia perfecta, en pocas palabras es “*un mercado idealizado de empresas atomizadas que son precio-aceptantes*”<sup>72</sup>, es decir, que según la teoría de precios las empresas toman los precios que se forman según la demanda del bien o servicio que ofrecen, algo que en realidad es muy difícil de encontrar. Para Michael PARKIN, añadiendo otro elemento, “*en la competencia perfecta cada empresa produce un bien que no tiene características únicas, de tal manera que a los consumidores no les preocupa a qué empresa le compren*”<sup>73</sup>, por lo que en este modelo ideal las empresas son tomadoras de precios y su producto o servicio es reemplazable por otro igual o sustituto, además de que no existen barreras de entrada.

Para SAMUELSON y NORDHAUS, hablando ya de competencia imperfecta, es la que “*prevalece en una industria siempre que los vendedores individuales tengan alguna medida de control sobre el precio de su producción. Los principales tipos de competencia imperfecta son el monopolio, el oligopolio y la competencia monopolística*”.<sup>74</sup> a estos agentes económicos, empresas generalmente, se les llama competidores imperfectos. En la misma línea Paul KRUGMAN et al, ponen énfasis en los precios, para estos autores, “*El monopolio es un tipo de estructura de mercado en la que las empresas pueden hacer subir los precios. El oligopolio y la competencia monopolística son otros dos tipos de estructuras de mercado en las que las empresas pueden llevar a cabo acciones que afectan en los precios*”.<sup>75</sup>

Dentro de la competencia imperfecta siempre se estudia con especial énfasis, la existencia de **monopolios**, esto es una falla de mercado de importancia capital, los mismos se pueden originar por varias razones<sup>76</sup>, desde el sencillo ejemplo de poder monopolístico que puede ejercer el único médico especialista en un pueblo o región (lo cual es cada vez menos habitual), como aquellos que se dan en virtud de una ley como lo es el caso de la protección temporal que se da a los inventores<sup>77</sup> de un producto, en recompensa, se dice, de los recursos invertidos en la elaboración del mismo o en aquellos casos más complejos en los que hay un

---

<sup>72</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág.: 173.

<sup>73</sup> Michael Parkin. *Economía*. 12 ed. (México: Pearson, 2018): 272.

<sup>74</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág.: 174.

<sup>75</sup> Paul Krugman, Robin Wells, Kathryn Graddy. *Fundamentos de economía*. 2° ed. (España: Reverté, 2013): 226.

<sup>76</sup> Estela Beatriz Sacristán, “Teoría de La Regulación: en especial, acerca de los fundamentos de la regulación (Perú)” *Derecho PUCP*, N.º 76 (enero, 2016): 89.

<sup>77</sup> En este sentido el artículo 47 de la Constitución Política. “*Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley*”.

monopolio público también llamado monopolio fiscal, donde el Estado es el único autorizado para realizar una actividad y cobrar por ella, el ejemplo más destacado a nivel nacional lo es sin dudas, el monopolio en la industria eléctrica, ya que es el Estado mediante sus empresas (el Instituto Costarricense de Electricidad, Empresa de Servicios Públicos de Heredia y JASEC, principalmente), el que detenta el monopolio en la comercialización de electricidad, más no de la producción<sup>78</sup>.

Los monopolios privados están prohibidos, como se establece en nuestra Constitución Política, ex artículo 46 que prohíbe la existencia de “monopolios de carácter particular” procurando la libertad de industria y comercio, establecimiento así que es de interés público que el Estado impida toda práctica monopolística<sup>79</sup>; sin embargo, dice la misma norma que “*las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial*” entendiéndose por monopolio de hecho aquel “*monopolio que surge sin la intervención de ninguna autoridad que concesione o sin acuerdo privado entre oferentes. El monopolio de hecho “a veces se origina (...) por tratarse del único productor o fabricante; por la reputación o calidad del artículo ofrecido; o por la desaparición casual o forzosa de la competencia”*.”<sup>80</sup>

Es así como la Constitución Política acepta la existencia de monopolios por condiciones naturales del mercado en la que se prevé una legislación especial, que será la regulación sectorial específica, también el fallo de competencia imperfecta comprende la existencia de las denominadas **barreras de entrada** como lo pueden ser los requisitos establecidos para que se dé la autorización de nuevas empresas en determinada actividad, por ejemplo, experiencia en el negocio o de la inversión de una cantidad mínima que puede ser muy alta, esto con la intención de “*convocar a inversores serios*”<sup>81</sup>, por ejemplo, el capital mínimo suscrito y pagado que debe de tener un inversor que desee establecer una entidad bancaria privada en Costa Rica es de ₡3.045.000<sup>82</sup>, esto según la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, en

---

<sup>78</sup> Sobre la posibilidad de producción privada de energía eléctrica en Costa Rica véase la Ley N.º 7200 “Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela” del 28 de septiembre de 1990 que en su artículo 1º dispone “(...) se define la generación autónoma o paralela como la energía producida por centrales eléctricas de capacidad limitada, pertenecientes a empresas privadas o cooperativas que puedan ser integradas al sistema eléctrico nacional..”.

<sup>79</sup> Para estos efectos se creó la COPROCOM.

<sup>80</sup> Voz monopolio de hecho, tomado del diccionario usual del Poder Judicial, disponible en: <https://digesto.poder-judicial.go.cr/index.php/dicc/43385:monopolio%20de%20hecho> [01-05-2020]

<sup>81</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación... op. cit.* pág: 89.

<sup>82</sup> En la Sesión 5178-2003, mediante Artículo 11, numeral 1) la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, convino en modificar el capital mínimo de la banca privada: incrementar el capital mínimo de los bancos privados,



uso de su competencia ex artículo 151 de la LOSBN.

También existen motivos económicos que fundamentan la existencia de monopolios en sectores específicos, los cuales eran en su mayoría antiguos monopolios públicos que desarrollaron grandes economías de escala y son los llamados **monopolios naturales** que utilizan intensas y costosas infraestructuras para producir mayor cantidad a menor costo por unidad adicional, es decir, que el costo marginal por unidad producida tiene una relación inversamente proporcional al costo por volumen de producción, es por ello que *“un solo proveedor produce todo el output de toda una industria”*<sup>83</sup> Señala al respecto David de LA TORRE VARGAS que *“cuando en determinada actividad los costes medios de producción disminuyen a medida que una empresa produce más, lo que se denomina coste marginal decreciente, situación que lleva a que las grandes empresas tengan una situación competitiva más ventajosa sobre las pequeñas. Situación que ocurre con frecuencia en la mayoría de servicios públicos donde inclusive se evidencia una clara tendencia al monopolio natural”*.<sup>84</sup>

Precisamente, el monopolio natural suele ser *“el justificativo más férreo para defender la necesidad de regulación económica. En ese ámbito, el monopolista, si no es regulado, recortará su producción a fin de que se eleven los precios”*,<sup>85</sup> este último aspecto es el que trae mayores inconvenientes a la existencia de los monopolios naturales, porque desde un punto de vista de optimización de los recursos es un sistema de producción necesario, pero hay otros factores que producen fallas estructurales asociados al mismo, uno es el fenómeno general de las empresas privadas de incrementar las ganancias (afán de lucro), para ello, las empresas limitarán artificialmente la producción para aumentar y mantener los precios y garantizarse los mejores réditos<sup>86</sup>. Por otro lado, cuando la empresa que tiene a cargo un monopolio natural es pública, rige generalmente el principio de servicio al costo o de tasa de retorno, pero en otros casos algunas veces las empresas funcionan generando pérdidas que terminan siendo

---

tomando como consideración el incremento interanual del capital (capital social más reserva legal), durante el periodo octubre 2002 a octubre 2003, de acuerdo con esos parámetros, el capital mínimo de los bancos privados se ubicará en ¢3.426.0 millones. Aquellos cuya licencia de operación estuviese siendo estudiada por la SUGEF, deberán elevarlo a ¢3.045.0 millones, en un plazo que no excederá del 1° de marzo de 2004 y a ¢3.426.0 millón es al 1° de setiembre de 2004. Publicado en La Gaceta 250, del 20 de diciembre de 2003.

<sup>83</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...* pág. 90.

<sup>84</sup> David de la Torre Vargas. “Fallos del mercado y regulación económica en los servicios público domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas (Colombia)”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 12. (segundo semestre, 2014): 50-51.

<sup>85</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...* op. cit. pág: 89.

<sup>86</sup> En similar sentido ver Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...* op. cit. pág.: 90.

subsidiadas por todos mediante los impuestos o una vez más mediante la subida de precios. En ambos supuestos, la gestión económica puede ser ineficiente y en ambos escenarios la regulación del monopolio se justifica.

Como se dijo, una vez establecido un monopolio privado tiende a generar enormes ganancias, ya que el monopolio público, en teoría, debería de brindar el servicio al costo, independientemente de si el precio está inflado irrazonablemente o si maneja una tasa de retorno, ya que se encuentra en un ámbito de no-competencia, por ello Estela SACRISTÁN dice que:

Otros fundamentos para regular sobre la base de la existencia de un monopolio, especialmente natural, tienen que ver con la realización de transferencias indeseables de ingresos de los usuarios a los dueños de la firma; **la necesidad de neutralizar la explotación del usuario en un medio en el cual la ausencia de competencia no permite acceder a las garantías contra la discriminación indebida; y evitar la concentración de poder en la firma monopolista, con sus previsibles consecuencias políticas y sociales.**<sup>87</sup> (negrita no es del original)

Se ve como es imperioso regular los monopolios, naturales o no, especialmente cuando están ligados a servicios públicos en sentido tradicional, para **controlar las ganancias excesivas de las empresas privadas**; sin embargo, *“cuando un servicio es provisto por el Estado o una entidad estatal, no parece haber grandes preocupaciones respecto de si el Estado o la entidad estatal obtienen ganancias o rentabilidad”*.<sup>88</sup> aunque definir que es una ganancia o rentabilidad razonable en economía es una tarea bastante difícil *“algunos autores hablan de ganancias inmerecidas, injustas, causantes de efectos sociales adversos, y así justifican la regulación de la propiedad, sea para prevenir y reprimir los abusos”*<sup>89</sup> En este aspecto se tiene que ser cauteloso, a pesar de la teoría del afán de lucro que se comentó, la doctrina económica es unánime en decir que *“desalentar la rentabilidad equivale a impedir la búsqueda de eficiencia en la producción”*<sup>90</sup> y por otro lado, tenemos el fuerte argumento en cuando que el sistema impositivo del país es el encargado de cobrar los impuestos en función de la renta de la empresa, lo cual es una decisión de carácter legislativo y aplicar un régimen

---

<sup>87</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...op. cit.* pág.: 90.

<sup>88</sup> Sacristán. *Teoría de la regulación...op. cit.* pág.: 90

<sup>89</sup> Sacristán. *Teoría de la regulación...op. cit.* pág.: 91.

<sup>90</sup> Sacristán. *Teoría de la regulación...op. cit.* pág.: 92.

diferenciado rozaría en inconstitucional por violar el principio de igualdad y obligatoriedad de las cargas públicas.<sup>91</sup>

Es así como el monopolio trae la consecuencia de concentración de gran poder económico en una sola empresa y su connatural influencia política y social, lo cual le permite a la empresa imponerse ante los usuarios, ya que no existen operadores alternativos, MUÑOZ MACHADO (citando a S. BREYER y R. STEWART) señala precisamente la necesidad de controlar el poder de los monopolios naturales:

Monopolios de este tipo son inevitables en la organización de algunos mercados, y se dan siempre que, debido a razones de economías de escala, o de economías de alcance, es menos costoso para una empresa producir un producto en un mercado definido, que para dos o más compañías. **En estas situaciones solo una puede sobrevivir.** La eficiencia económica obliga a que no se desperdicien recursos, que no se infrutilicen, y al mismo tiempo que se genere la máxima competencia posible. La existencia de un monopolio de conducción de gas o de agua o de electricidad o de vías férreas, supone permitir que una sola compañía gestione estas infraestructuras. Pero no debe impedir que exista una regulación que evite el abuso del monopolio y que permita que las infraestructuras sean utilizadas para prestar servicios en competencia por todos aquellos que estén interesados.<sup>92</sup> (negrita no es del original)

Las empresas con poder monopólico usualmente se centran en su público meta y los demás son manifiestamente discriminados, no deben competir por captar clientes, es por ello que las legislaciones imponen cargas o misiones de servicio público, a estos grandes sectores estratégicos, señalan ARIÑO ORTIZ y DE LA CUÉTARA en este sentido que la prestación del servicio o comercialización de los productos *“puede conllevar diversas cargas regulatorias, desde las más livianas de hacer la oferta en condiciones transparentes y no discriminatorias, hasta las más gravosas de incorporar a la misma determinadas prestaciones y facilitarlas (gratuitamente o a precio controlado) a todos los usuarios”*.<sup>93</sup> Dichas cargas son continuidad, eficiencia, adaptación al cambio e igualdad en el trato, más la obligatoriedad en la prestación

---

<sup>91</sup> Principio Constitucional derivado de la relación de los artículos 18 y 33 de la Constitución Política.

<sup>92</sup> Santiago Muñoz-Machado. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la administración. 4° ed. (España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 32.

<sup>93</sup> Gaspar Ariño-Ortiz, y Juan Miguel De la Cuétara. “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos (España)”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9 (enero-abril, 2000): 23.

del servicio sin denegación al usuario, también la doctrina llama a este último aspecto como el principio de universalidad, se indica que:

El servicio universal es la carga de servicio público más característica, y consiste en un conjunto mínimo de prestaciones que ha de hacerse llegar a todos los ciudadanos a precio asequible en todo el territorio nacional. Lógicamente, de este servicio se encargará al menos una de las empresas competidoras en cada circunscripción territorial; esta responsabilidad debe ser neutral a efectos competitivos, por lo que esta empresa no debe ganar ni perder con este servicio, lo que incorpora un complejo juego de trasvases financieros en aquellos casos en que el precio no cubra los costes, puesto que tales costes deben repartirse entre todos los competidores.<sup>94</sup>

El monopolio natural se da principalmente en dos grandes áreas de la economía, uno es los servicios públicos domiciliarios y el otro es en los servicios de red que pueden ser o no servicios domiciliarios. Los monopolios naturales se han considerado como una justificación clásica de la regulación económica, la teoría se ha aplicado especialmente a los **servicios de red**, lo cual hace referencia a *“infraestructuras que sería antieconómico o ineficiente duplicar. Ante la existencia de monopolios naturales, se puede decidir o la nacionalización de las empresas para asegurar la neutralidad y transparencia en la prestación de los servicios que necesitan esa infraestructura o el otorgamiento de derechos de exclusiva a compañías, públicas o privadas, pero regulando la utilización de las mismas y la prestación de servicios a efectos de introducir competencia”*.<sup>95</sup> Es así como se plantean dos soluciones, una es la nacionalización (o mantener en régimen de exclusividad estatal dicha actividad) y la otra es **la regulación de la actividad** que ante el proceso de liberalización de los mercados ha sido la mejor respuesta según la evidencia empírica.

El ejemplo más significativo de monopolio se da en los servicios de red son las telecomunicaciones (en Europa también están los casos de electricidad, agua y gas), este sector es en el que más se han desarrollado complejas técnicas que se utilizan las mismas infraestructuras propiedad de un operador, el antiguo monopolista, para que otros brinden el servicio (pagando de un canon), así se fomenta la competencia<sup>96</sup>. De tal forma, se utilizan las

---

<sup>94</sup> Ariño-Ortiz y de la Cuétara. *Algunas ideas básicas sobre regulación...* op. cit. pág.: 23.

<sup>95</sup> Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo (Tomo XIV)...* op. cit. pág.: 29.

<sup>96</sup> En Palabras de Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. *“(...) la competencia no es algo que los Estados tengan que limitarse a esperar o a hacer rogativas para que se dé. La competencia —leitmotiv de toda*

técnicas regulatorias de i) desagregación de actividad<sup>97</sup> ii) Obligación de dar acceso a terceros a las propias instalaciones o servicios.<sup>98</sup> iii) Obligación de interconexión de las redes e interoperabilidad de los servicios.<sup>99</sup> Lo anterior fue posible sólo gracias al avance de la ciencia y la tecnología<sup>100</sup>, ya que en el entendido de que cada empresa tuviera que disponer de una infraestructura totalmente independiente para brindar el servicio, sería económicamente ineficiente y traería enormes pérdidas sociales, porque *“las tecnologías generalmente requeridas por las empresas de servicios públicos son altamente específicas y las inversiones en infraestructura por regla general no son recuperables”*<sup>101</sup> Es así como, junto con las cargas de servicio público universal, dichas técnicas regulatorias han sido la base para abrir a la competencia los mercados en economías de escala o de red y con ello, disminuir los efectos de la falla del mercado competencia imperfecta

### 1.1.2. Fallos originados en la provisión de bienes públicos

Otro fallo del mercado recurrente en la literatura económica son los vinculados con la provisión de bienes públicos, *“un bien público es un bien o servicio por el que toda la gente se*

---

*la liberalización— tiene tanta importancia que su aparición efectiva y su mantenimiento no puede quedar confiado en exclusiva a la espontaneidad del mercado. Si al final de la historia la competencia no se da o está falseada, no habría valido la pena todo el proceso. (...) La cuestión consiste en que en casi todos los sectores liberalizados se observan fenómenos de concentración y de prácticas competitivas, que exigirán a los Estados estar muy vigilantes y muy activos para que la operación no sea un fracaso”.* “Constitución y modelo económico liberalizador (España)”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9. (enero-abril, 2000): 46.

<sup>97</sup> La desagregación *“tiene como finalidad aislar, dentro de cada sector, las distintas actividades que lo integran. (...) Al separarse las actividades, las empresas se ven obligadas a establecer contratos explícitos, contratos cuyos términos pueden hacerse transparentes e incluso regulatoriamente extensibles a terceros”.* Ariño-Ortiz y de la Cuétara. *Algunas ideas básicas sobre regulación... op. cit.* pág: 22.

<sup>98</sup> *“Esta obligación se corresponde con el derecho de acceso a las infraestructuras y redes existentes (red de alta tensión, de gasoductos, de oleoductos, red telefónica, etc.) que se reconoce a los nuevos entrantes en el sector para que puedan incorporarse a la oferta en condiciones equitativas. Este derecho/obligación incorpora la necesidad de ajustar muchos elementos (puntos de acceso, modalidades, cantidades, reservas, etc.) y, sobre todo, el precio. En ocasiones, el acceso exige llevar determinados equipos a las instalaciones de otro operador, que no puede negarse a su establecimiento siempre que sea razonablemente posible y se abone el uso de las instalaciones ajenas a su justo precio”.* Ariño-Ortiz y de la Cuétara. *Algunas ideas básicas sobre regulación... op. cit.* pág: 22.

<sup>99</sup> *“La interconexión regulada es necesaria para compensar los efectos de las economías de red, que hacen que la red grande no tenga incentivos para interconectarse con la pequeña, a la que puede expulsar fácilmente del mercado”.*, *“con la interoperabilidad de los servicios cuando discurren sobre redes(...), la regulación se encarga de decir cómo debe realizarse la interconexión, qué estándares se utilizan y, naturalmente, qué precio debe pagarse, cuando las partes no se ponen de acuerdo por sí mismas”.* Ariño-Ortiz y de la Cuétara. *Algunas ideas básicas sobre regulación... op. cit.* pág. 22.

<sup>100</sup> Véase: Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. *Constitución y modelo económico liberalizador. op. cit.* pág. 34-35.

<sup>101</sup> David de la Torre Vargas. *Fallos del mercado y regulación económica... op. cit.* pág. 51.

*beneficia, y nadie puede ser excluido de ello*".<sup>102</sup> como se indica, en sentido técnico, no hablamos sólo de bienes, sino también de servicios, *"también son bienes públicos que están fuera del comercio y que deben ser atribuidos a la titularidad y gestión de las Administraciones públicas"*.<sup>103</sup>

Recordemos que los bienes fuera del comercio de los seres humanos son aquellos, para el caso costarricense, contemplados en el Código Civil, a saber *"las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas"* (art: 262 CC), lo anterior en relación con las cosas públicas las cuales *"por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público"* (art: 261 CC), las cuales constituyen el dominio público<sup>104</sup>, por ejemplo, las carreteras nacionales, los diques, las aceras públicas, pasos peatonales, faros, muelles, alcantarillado, etcétera<sup>105</sup>, de esta forma, la doctrina indica de que aquellas infraestructuras y bienes *"que deben estar a disposición de todos los ciudadanos, o resultan necesarios como soporte para el ejercicio de poderes de autoridad, o constituyen infraestructuras que requieren inversiones que no serían normalmente atendidas por un empresario privado porque no cabe esperar retornos ni beneficios de las mismas a medio y largo plazo, sean asumidas necesariamente por el Estado"*.<sup>106</sup>

Los bienes públicos tienen las siguientes dos características *"(i) el consumo no es rival (el consumo por uno no deja a los demás privados de la oferta del bien); (ii) resulta imposible o demasiado costoso excluir, de sus beneficios, a los que no pagan por estos"*.<sup>107</sup>, Para Marcelo F. RESICO *"Los bienes públicos están definidos por la situación en la cual, dada una inversión para producirlos, no se puede identificar la utilidad y la valoración de cada individuo que hace usufructo. Por esta razón se pueden dar conductas en las cuales los agentes tratan de hacer*

---

<sup>102</sup> Michael Parkin. *Economía. op. cit.* pág. 115.

<sup>103</sup> Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo... (Tomo XIV.) op. cit.* pág. 349.

<sup>104</sup> Para las demás cosas excluidas del comercio privado que no conforman el dominio público ni la propiedad privada del Estado, véase los numerales 44, 631,830 del Código Civil de Costa Rica. Ley N.º 63.

<sup>105</sup> Sin embargo, lo anterior no implica que las mismas infraestructuras no se puedan dar a la gestión privada o de cogestión, mediante la concesión y otras figuras. por ejemplo. Estas mantendrán siempre sus características y la titularidad pública. Véase: Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo... (Tomo XIV.)... op. cit.* pág. 350.

<sup>106</sup> Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo... (Tomo XIV.)... op. cit.* Pág. 349.

<sup>107</sup> David de la Torre Vargas. *Fallos del mercado y regulación económica... op. cit.* Pág. 51.

*uso del bien o servicio sin estar dispuestos a pagar por ello (free riders)*".<sup>108</sup>

El fallo se da entonces en razón de que "el mercado es inhábil para determinar la oferta de los mismos y para medir la demanda, y redundante, en general, en la imposibilidad de que haya incentivos a la oferta, o incentivos al uso racional neutralizante de los free-riders"<sup>109</sup>, es decir, es un fallo del mercado en el sentido que no son objeto de apropiación privada y con ello, no sujetos a los derechos reales inherente a la propiedad, por ejemplo, la exclusión<sup>110</sup>. Son bienes de imposible limitación en la oferta, por ello es que las personas al no tener que dar una contraprestación directa se produce el denominado problema del polizón *-free-riders-* que es aquella situación en la que las personas que pagan por un bien, cancelan también las cuentas de los que no quieren o no puedan pagar por ellos, mediante el pago responsable de los tributos o del precio, ejemplos típicos se dan en el ámbito de la seguridad, educación y la salud, y es por ello que el Estado ha tomado un rol activo en la provisión de dichos bienes y especialmente en la provisión de los servicios públicos<sup>111</sup>. Se ve como la regulación de las cosas públicas es un argumento tradicional para la intervención del Estado en la doctrina especializada; sin embargo, opinamos junto con MUÑOZ MACHADO que:

Es difícil encajar sistemáticamente el estudio de estas cuestiones concernientes a las funciones y bienes públicos dentro de la doctrina de la regulación porque más bien su régimen jurídico se sitúa en los bordes de la misma. **Aquella se refiere a la disciplina pública que se impone a actividades privadas, para que su desarrollo en el mercado o con arreglo a criterios de libre empresa se compatibilice con los intereses generales.** Los bienes públicos que se mantienen bajo titularidad y gestión pública no plantean estos problemas porque deben ser administrados siempre desde la perspectiva del interés general.<sup>112</sup> (negrita no es del original)

Es así como la actividad de dación de bienes y servicios públicos se sitúa más que en la "frontera de la actividad administrativa de la regulación y garantía"<sup>113</sup> en un ámbito totalmente

---

<sup>108</sup> Marcelo F. Resico. Introducción a la Economía Social de Mercado. - 1a ed. (Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2010): 90.

<sup>109</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...* op. cit. pág. 97-98.

<sup>110</sup> Véase: artículos 264 y 295 del Código Civil de Costa Rica. Ley N.º 63.

<sup>111</sup> Véase: David de la Torre Vargas. *Fallos del mercado y regulación económica...* op. cit. pág. 52. Hace referencia a los efectos que negativos que trae consigo un mercado incompleto en los servicios públicos.

<sup>112</sup> Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo...* (Tomo XIV.). op. cit. pág. 349.

<sup>113</sup> Ibid. op. cit. pág. 350.

aparte que es la tradicional actividad administrativa de servicio público<sup>114</sup>, la cual trataremos con detalle más adelante, como una forma de intervención pública del Gobierno central.

### 1.1.3. Externalidades

Las externalidades son aquellos efectos que se producen para las personas que no forman parte de un determinado negocio jurídico, giro comercial, actividad industrial, etcétera, es decir, a las terceras personas, estos efectos les pueden ser negativos o positivos, se estará hablando entonces de externalidades negativas o positivas. En palabras de PARKIN “una externalidad es un costo o un beneficio que afecta a una persona que no es el vendedor ni el comprador”.<sup>115</sup> Por su lado, KRUGMAN et al. dicen que “se denomina externalidades a los costes y los beneficios externos. Se llama externalidades negativas a los costes externos, y externalidades positivas, a los beneficios externos”<sup>116</sup>. Un ejemplo, en el ámbito del derecho de obligaciones es cuando se rompe el principio de relatividad de la obligación y se genera un daño sin que haya responsabilidad contractual y/o aquiliana, ya que el nexo causal es prácticamente indescifrable, por ejemplo, cómo determinar que el humo emitido por “X” fábrica es el causante del asma de una persona “Y”, como vemos los casos típicos de externalidad negativa en la doctrina son los daños relacionados con el ambiente. Por otro lado, la externalidad positiva se da, por ejemplo, al beneficiarse una persona de los frutos de una investigación científica (una cura a una determinada enfermedad infectocontagiosa) a la que no ha aportado nada y gracias a ella, sus posibilidades de enfermar disminuyen drásticamente, por el efecto de la inmunización de terceros que sí han aportado<sup>117</sup>. En el anterior sentido MUÑOZ MACHADO agrega que:

---

<sup>114</sup> En el mismo sentido José Esteve Pardo. “El encuadre de la regulación de la economía en el derecho público,” en *Fundamentos e instituciones de la regulación I*. (España: Iustel, 2009), 403.

<sup>115</sup> Michael Parkin. *Economía. op. cit.* pág.115. Y añade “Un costo externo surge cuando una planta productora de energía usa carbón como combustible y emite dióxido de carbono a la atmósfera. La gerencia de la planta no toma en consideración el costo del cambio climático al decidir cuánta energía producir. El resultado es una sobreproducción. Un beneficio externo se presenta, por ejemplo, cuando el dueño de un apartamento instala un detector de humo y disminuye el riesgo de incendio de sus vecinos. El propietario no toma en consideración el beneficio que obtendrán sus vecinos cuando decide cuántos detectores de humo instalar. El resultado es una subproducción”.

<sup>116</sup> Paul Krugman, Robin Wells, Kathryn Graddy. *Fundamentos de economía. op. cit.* pág. 265.

<sup>117</sup> En sentido similar Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* que ponen el ejemplo de “los investigadores de AT&T inventaron el transistor y dieron inicio a la revolución electrónica, pero las utilidades de AT&T se incrementaron solamente una pequeña parte respecto a las ganancias sociales globales. En cada caso, una actividad ha ayudado o dañado a la gente que se encuentra fuera del mercado; es decir, se dio una transacción económica sin un pago económico”. pág. 36.



Otra serie de argumentos esenciales para justificar la regulación los han proporcionado las doctrinas económicas que han puesto énfasis sobre la necesidad de racionalización y coordinación en algunos mercados que es imposible que se desarrollen sin una previa estandarización de los bienes o productos que son objeto de transacción. Asimismo, el estudio de las externalidades, que dan lugar a disminuciones e incrementos de la utilidad de los productos para los consumidores o a disminuciones e incrementos de los costes para las empresas. (...) Desde Pigou se ha justificado la regulación para corregir las externalidades negativas. Coase ha puesto en cuestión que el mercado no pueda solucionar por sí mismo estos efectos sin intervención pública. <sup>118</sup>

El Estado debe intervenir y regular ambos supuestos, una respuesta típica a las externalidades negativas es la normativa ambiental (establecimiento de estándares y análisis de impacto ambiental), por ejemplo, con los impuestos pigouvianos<sup>119</sup> y en el caso de las actividades que generan externalidades positivas, como en la ciencia y la tecnología, la actividad de fomento, las patentes de invención, pago por servicios ambientales, los derechos negociables<sup>120</sup> y los subsidios pigouvianos<sup>121</sup>, entre otros. Se ilustra así con SAMUELSON y NORDHAUS que:

De muchas maneras, el Estado es como un padre, que siempre dice “no”: no expondrás a tus trabajadores a condiciones peligrosas. No arrojarás humos nocivos por la chimenea de tu fábrica. No venderás drogas que dañen las facultades mentales. No conducirás sin cinturón de seguridad. Y así en cada caso. **Encontrar el equilibrio adecuado entre mercados libres y regulación gubernamental constituye una tarea difícil que requiere un análisis cuidadoso de los costos y beneficios de cada**

---

<sup>118</sup> Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo... (Tomo XIV.)... op. cit.* pág. 30.

<sup>119</sup> “La denominación de impuesto sobre las emisiones puede llevar al error de pensar que estos impuestos solo resuelven un tipo de coste externo, la contaminación. En realidad, es posible usar los impuestos para reducir cualquier actividad que produzca externalidades negativas, como conducir en las horas punta o abrir un bar ruidoso en una zona residencial. A estos impuestos diseñados para reducir las externalidades se les llama impuestos pigouvianos, en homenaje a C. Pigou, que puso de relieve su utilidad en un libro clásico publicado en 1920, *La economía del bienestar*”. Paul Krugman, Robin Wells, Kathryn Graddy. *Fundamentos de economía. op. cit.* pág: 271.

<sup>120</sup> “Los derechos negociables son licencias para emitir determinadas cantidades de contaminación que los contaminadores pueden comprar y vender, (...) Al igual que los Impuestos pigouvianos, los derechos negociables generan incentivos para que los contaminadores tengan en cuenta los costes marginales sociales de la contaminación”. Ibid.

<sup>121</sup> “Una subvención pigouviana es un pago diseñados para favorecer actividades que tienen beneficios externos”. Ibidem, pág: 275. Por ejemplo la subvención pigouviana que se da con la exoneración de impuestos y demás costes en la importación y compra de autos eléctricos.

**enfoque.** Sin embargo, pocas personas defenderían hoy el regreso a una economía sin regulaciones en la que se permita a las empresas arrojar contaminantes como el plutonio donde les plazca.<sup>122</sup> (negrita no es del original)

La tarea gubernamental de regular las externalidades es bastante difícil de llevar a cabo, ya que las fuentes de peligros y riesgos para las personas son innumerables, por lo que se recurre a fórmulas abiertas como se indicó en la cita anterior. Algunos autores dicen incluso que nos encontramos hoy ante una sociedad del riesgo o de producción de riesgos, Ulrich BECK afirma que *“mientras que en la sociedad industrial la «lógica» de la producción de riqueza domina a la «lógica» de la producción de riesgos, en la sociedad del riesgo se invierte esta relación (primera parte). Las fuerzas productivas han perdido su inocencia en la reflexividad de los procesos de modernización. La ganancia de poder del «progreso» técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos”*.<sup>123</sup> es así, como se argumenta que el riesgo forma hoy parte de la estructura productiva y de desarrollo de la sociedad. Agrega el citado autor en relación con su concepto de riesgo que:

En el centro figuran riesgos y consecuencias de la modernización que se plasman en amenazas irreversibles a la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. Al contrario que los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales que en este sentido son supranacionales y no específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva (...).<sup>124</sup>

Si bien es cierto, el anterior concepto de riesgo se relaciona más que todo con temas medioambientales y de diferencia de clase social, sirve para ilustrar la dimensión que pueden tomar los riesgos y las externalidades en la sociedad actual, altamente globalizada. Es por ello que para el caso de las externalidades negativas se afirma que *“(…) el derecho debe intervenir para internalizar las externalidades. La intervención del Estado en el caso de las externalidades se impone en vistas al bien común, en tanto se lo entienda como construcción que permite una*

---

<sup>122</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 36.

<sup>123</sup> Ulrich Beck. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad.* (España: Ediciones Paidós Ibérica, S. A., 1998): 19.

<sup>124</sup> *Ibid.*

*mínimamente ordenada vida en sociedad*".<sup>125</sup> Para ir entonces concretizando, se puede vincular la teoría de las externalidades con el concepto de **riesgo moral**, que es "aquel costo que nunca se incluirá en el precio: cuando alguien asume un riesgo porque el costo involucrado en este no será sufragado por quien asume el riesgo, el riesgo es moral".<sup>126</sup> tenemos así un ejemplo concreto en ámbito financiero.

El riesgo moral se puede materializar en un efecto adverso, ante la búsqueda de mayores restas, ya que ante operaciones que prometen ser altamente redituables en poco tiempo se incrementa el apetito al riesgo, el cual se asume, en efecto, ya que los consecuencias negativas serán asumidas por otras personas, por ejemplo, los ahorrantes, los cuales a su vez no pueden actuar oportunamente por la falta de información y por ello, se clasifica como una externalidad negativa al ser un costo social externalizado. Ante la eventual pérdida de una entidad financiera son los ahorrantes los que pagarán el precio, ante la subida de la tasa de interés simple (créditos) o en casos extremos con la pérdida de su dinero. También en el mercado de seguros "el riesgo moral se refiere a los supuestos en que personas aseguradas encuentran incentivos para provocar o dejar que se produzca el hecho cubierto por el seguro"<sup>127</sup>, en este caso, el riesgo es internalizado por la empresa aseguradora. Este tipo específico de externalidad, derivada del riesgo moral, se busca disminuir mediante una regulación y supervisión intensa, sobre las operaciones financieras que pongan en riesgo la liquidez o la solvencia y demás normativa sobre el comportamiento, de las entidades y grupos financieros fiscalizados por las superintendencias como se tendrá oportunidad de ver más adelante.

De la mano del concepto de riesgos también se habla en la actualidad de la regulación y gestión de riesgos, concepto que según ESTEVE PARDO ha desplazado al tradicional concepto de actividad de policía<sup>128</sup>, lo cual se ampliará más adelante, por ahora interesa comentar que se puede así hacer la diferencia entre la regulación de riesgos (actividad de policía que protege la seguridad y la salubridad principalmente) de la regulación económica.

---

<sup>125</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...op. cit.* pág. 93. Pero añade la autora que dado que toda intervención estatal tiene su costo, aquélla debe limitarse a los específicos supuestos en que la externalidad es cuantiosa, concreta y cuantificable.

<sup>126</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...op. cit.* pág. 96.

<sup>127</sup> Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo... (Tomo XIV).. op. cit.* pág. 31.

<sup>128</sup> Véase: José Esteve Pardo. "El encuadre de la regulación de la economía en el derecho público," en *Fundamentos e instituciones de la regulación I.* (España: lustel, 2009), 394.

La importancia de lo anterior es que las agencias reguladoras de la economía y la de riesgos son fundamentalmente distintas, las primeras se encardan de regular aspectos económicos, por ejemplo, como la generación, transporte y distribución de energías, así como como los costes, precios, tarifas, competencia entre operadores y no sobre los riesgos que genera la actividad.<sup>129</sup> Por ejemplo en España se tiene, por un lado, la Comisión Nacional de Energía (CNE) y por otro, el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), este último se encarga de regular los riesgos en la fuente<sup>130</sup>, bajo la lógica del principio preventivo, teniendo claro que no existe tal cosa como el riesgo cero, sino que se trata con dicho tipo de regulación de mantener el balance de circunstancias dentro del riesgo permitido, primero mediante la autorización<sup>131</sup> y luego con la gestión del riesgo. Todo lo anterior disminuye las probabilidades que se produzcan las externalidades negativas (riesgos) en lo económico, social y lo ambiental.

#### 1.1.4. Mercados incompletos

Para seguir con el análisis de la serie de fallas del mercado que legitiman la intervención estatal en la economía, se tiene la existencia de los mercados incompletos que se dan, para Joseph E. STIGLITZ, cuando *“los mercados privados no suministran un bien o un servicio, aun cuando el coste de suministrarlo sea inferior a lo que los consumidores están dispuestos a pagar (...)”*.<sup>132</sup> para este último caso, los ejemplos se encuentran fácilmente en el sector financiero, ya que los mercados de seguros y mercados de capitales<sup>133</sup> son clásicamente tratados para hacer referencia a los mercados incompletos. Son tres las principales razones

---

<sup>129</sup> Véase: Ibid.

<sup>130</sup> En Costa Rica el concepto de *prevención en la fuente* hace referencia a que la generación de residuos de cualquier actividad y otras actividades dañinas para el ambiente y seres vivos, debe ser prevenida prioritariamente en la fuente, así establecido en el artículo 5 de la Ley N.º 8839 “Ley de Gestión Integral de Residuos” (LGIR).

<sup>131</sup> *“Justamente la determinación del riesgo permitido constituye el objeto de todas las autorizaciones que se localizan en el espacio propio de la regulación de riesgos. (...) El procedimiento de la autorización -con todas sus valoraciones, estudios técnicos y participación de interesados- es así un procedimiento derechamente orientado a la valoración de riesgos para decidir en función de esta valoración si esos riesgos se admiten”*. Ibid. op. cit. pág. 397.

<sup>132</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. 3º Ed. (España: Antoni Bosch, editor, S. A., 200): 96. En sentido similar Muñoz-Machado dice que *“También se ha aducido, para justificar la regulación, la existencia de mercados incompletos, es decir, incapaces de suministrar un bien o servicio a pesar de que el coste del suministro sería inferior al que los individuos están dispuestos a pagar”*. *Tratado de Derecho Administrativo... (Tomo XIV.)... op. cit.* pág. 31.

<sup>133</sup> *“En las últimas décadas, el Estado ha intervenido activamente no sólo para resolver las deficiencias de los mercados de riesgos sino también para paliar las imperfecciones de los mercados de capitales. En Estados Unidos, el Gobierno aprobó en 1965 una ley por la que el Estado garantizaba los préstamos que se concedían a los estudiantes, reduciendo así las dificultades que tenían estos para conseguir un préstamo con el que financiar sus estudios universitarios. Pero este ejemplo no es más que uno de los muchos programas crediticios existentes que ofrece el Estado”*. Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. op. cit. pág. 97.

que se aducen por el que aquellos son incompletos, a saber: i- Innovación de productos y evolución de los mercados económicos. ii- Costos de transacción<sup>134</sup> de crear los nuevos productos. iii- Asimetrías de la información y los costos de velar por el cumplimiento de los contratos.<sup>135</sup>

Al intervenir en este fallo del mercado se deben contemplar variables económicas, por ejemplo, no se puede obligar simplemente a un banco privado a otorgar un crédito a cierto público meta o a una empresa aseguradora a cubrir el riesgo de determinadas actividades. Ante la posibilidad de pérdida económica en el otorgamiento de beneficios en el que no existen buenas garantías o ante el potencial impago de muchos de esos préstamos, se tendría que subir las tasas de interés o las primas para recuperar las pérdidas y cubrir el propio riesgo, entonces aquellos deudores que venían pagando sus obligaciones podrían caer en mora y aquellos que tienen capacidad de pago ante el incremento de la tasa de interés se abstendrán de solicitar el préstamo<sup>136</sup> y en todo caso, los que tenían planeado no pagar, no les importa esa alza en las tasas, produciéndose como se vio una externalidad negativa<sup>137</sup>, en términos generales este fallo implica varios efectos perjudiciales, en las palabras de ORTIZ, CABELLO y DE JESÚS:

Una falla de mercado importante en las finanzas se refiere a la presencia de mercados incompletos. La carencia de mecanismos para captar el ahorro de estratos sociales de ingresos medios y bajos y segmentaciones del mercado que excluyen del crédito a los pequeños empresarios y las pequeñas empresas, reprime la actividad económica. La captación del ahorro y la acumulación del capital es baja y la economía se desenvuelve por debajo de su verdadero potencial; el “equilibrio general” no incluye a todos los

---

<sup>134</sup> Son los costos que se derivan de realizar operaciones en el mercado, en un mercado ideal los costos de transacción son cero, pero dicho mercado no existe en la economía real por lo que es necesario su regulación. Esta teoría fue desarrollada en los Estados Unidos y su principal exponente es Ronald Coase, el Teorema de Coase es uno de los pilares del análisis económico del derecho, el cual señala que si los derechos de propiedad están bien definidos y los costos de transacción son equilibrados, entonces la negociación entre las partes de un contrato nos llevará a un punto eficiente de asignación de los recursos en el mercado, bajo la premisa del principio de escasez.

<sup>135</sup> Véase: Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. op. cit. pág. 97-98.

<sup>136</sup> Véase: Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público...* op. cit. pág. 98.

<sup>137</sup> En este sentido aplicado al mercado de riesgos Stiglitz pone el ejemplo que: “(...) la compañía de seguros podría muy bien hacer el siguiente razonamiento: quiero estimar el riesgo y cobrar una prima basada en esa estimación. Pero si sobreestimó el riesgo, la prima será demasiado alta, por lo que la empresa se negará a comprar mi póliza, mientras que si la subestimo, la prima será demasiado baja; la empresa comprará mi póliza, pero, en promedio, perderé dinero”. Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público...* op. cit. pág. 98.

sectores de la sociedad y los consumidores no maximizan su utilidad.<sup>138</sup>

Es por ello que el Estado en el mercado de capitales ha incentivado el otorgamiento de cierto tipo de préstamos, para ello “*suele disponer de bancos especializados en la concesión de préstamos hipotecarios; otorga créditos a las empresas de importación y exportación y a la pequeña y mediana empresa, etc. En todos estos casos, la justificación es el restringido acceso al mercado crediticio antes de la introducción del programa*”<sup>139</sup>, también se “*han creado fondos de garantía de depósitos para asegurar a los depositantes contra la posible pérdida de ahorros provocada por la insolvencia de los bancos*”<sup>140</sup>, entre otras regulaciones especiales.

Entramos entonces en lo que se conoce en la doctrina como banca de fomento, social o “banca para el desarrollo”<sup>141</sup> como se denomina en nuestro medio, el anterior modelo busca la inclusión financiera mediante el estímulo del ahorro y mejorar la distribución del crédito, creando mecanismos accesibles a los grupos generalmente excluidos del sistema<sup>142</sup>. En Costa Rica, el Programa de Banca para el Desarrollo tiene un buen financiamiento gracias a una contribución parafiscal de 5% sobre las utilidades netas de los bancos privados<sup>143</sup>, pese a ello, no está exento de críticas como los requisitos y las tasas de interés que pueden ser aún mayores que los de la banca comercial<sup>144</sup>; no obstante, se sostiene con razón por organismos internacionales como la CEPAL (desde la concepción estructuralista), que la banca para el desarrollo cumple un papel fundamental en el desarrollo social y económico de los países de la región<sup>145</sup> para lo cual es necesario mayor flexibilidad y la creación de más productos

---

<sup>138</sup> Edgar Ortiz, Alejandra Cabello y Raúl de Jesús. Banca de desarrollo -microfinanzas-, banca social y mercados incompletos. Revista Análisis Económico. N.º 56, vol. XXIV (México: Segundo cuatrimestre, 2009): 106.

<sup>139</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág. 97.

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Por todos véase: Esteban Pérez Caldentey y Daniel Titelman (editores), La inclusión financiera para la inserción productiva y el papel de la banca de desarrollo, Libros de la CEPAL, N.º 153. (Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018).

<sup>142</sup> Véase: Edgar Ortiz et al. *Banca de desarrollo... op. cit.* pág. 109.

<sup>143</sup> Véase supra más a fondo el tema cuando se hable de las asimetrías regulatorias.

<sup>144</sup> “*Aunque este tipo de experiencias es importante para fomentar el crédito y el espíritu emprendedor entre los sectores sociales de menores ingresos, no es necesariamente la respuesta óptima. Es una respuesta limitada a la presencia de mercados incompletos; el paso hacia una etapa de intermediación financiera madura y orientada a maximizar el bienestar social requiere de políticas públicas que regulen y promuevan un desarrollo integral de todo el sector financiero, así como que en la presente etapa se promueva el avance de las microfinanzas no sólo reconociendo sus beneficios, también sus limitaciones. En primer lugar, la evidencia empírica revela que las tasas de interés que cobran las microfinancieras son extremadamente altas comparadas con las cobradas por la banca comercial a sus grandes clientes*”. Edgar Ortiz et al. *Banca de desarrollo... op. cit.* pág.129.

<sup>145</sup> Véase: Georgina Cipoletta Tomassian y Adriana Matos. “Capítulo I. Hechos estilizados sobre la inclusión financiera en América Latina”. En Esteban Pérez Caldentey y Daniel Titelman (editores), *La inclusión financiera para la inserción productiva y el papel de la banca de desarrollo... op. cit.* pág. 37-38.

financieros<sup>146</sup>, Georgina CIPOLETTA y Adriana MATOS apuntan que la inclusión financiera tiene tres dimensiones: el acceso, el uso y la calidad<sup>147</sup> del servicio, “esto incluye una variedad de temas, como la adaptabilidad del producto a las necesidades del cliente, la variedad de los servicios financieros, la regulación y la supervisión de los productos, y la regulación y la protección del consumidor, entre otros”.<sup>148</sup>

### 1.1.5. Información inadecuada y asimétrica

El presente fallo del mercado conocido como información inadecuada o asimetrías de información es uno de los fallos más importantes en la economía y el consumo en general, ya que una parte de la relación siempre tendrá a su disposición más y mejor información, la cual en el sistema actual es un bien valioso por sí mismo<sup>149</sup> y puede ser usado en detrimento de la contraparte, comenta MUÑOZ MACHADO que “*existe información asimétrica cuando los agentes que intervienen en una transacción tienen más información que otros (los consumidores no identifican cuándo un precio bajo de un producto tiene alta calidad; las empresas con poder de mercado pueden confundir a los consumidores con información equivocada; el acceso a la información es costoso (...)*”.<sup>150</sup> Es por ello que la regulación económica “*puede imponer correcciones como las garantías y certificaciones de calidad, la*

---

<sup>146</sup> Georgina Cipoletta Tomassian y Adriana Matos: “*Conceptualizar la inclusión financiera como un bien público implica otorgar un papel a la banca de desarrollo como promotora del financiamiento productivo. La banca de desarrollo puede además complementar a la banca comercial, cuyas características actuales no le dan los incentivos adecuados para extender sus servicios al financiamiento de las pymes. De hecho, se ha demostrado que la banca de desarrollo ha sido capaz de expandir los instrumentos y mecanismos destinados al financiamiento, tomando en cuenta los requisitos, las características y los riesgos propios de las distintas actividades productivas. Con el fin de potenciar la inclusión financiera, la banca de desarrollo se ha movido hacia la innovación en forma de productos, procesos e instituciones*”. Ibid. pág. 38.

<sup>147</sup> “*El acceso significa la posibilidad de usar los servicios y los productos de las instituciones del sistema financiero formal o la facilidad con la cual los individuos pueden acceder a los servicios y productos financieros disponibles en las instituciones formales. El uso se refiere a la utilización efectiva de los productos financieros, en cuanto a regularidad y frecuencia, así como también al objetivo con el que se usa el sistema financiero. Finalmente, la calidad se especifica en términos de las características del acceso y el uso (calidad y efectividad)*”. Georgina Cipoletta Tomassian y Adriana Matos. *op. cit.* pág. 39.

<sup>148</sup> Georgina Cipoletta Tomassian y Adriana Matos. *op. cit.* pág. 39.

<sup>149</sup> En este sentido Joseph E. Stiglitz dice que: “*En realidad, una gran parte de la actividad económica va encaminada a obtener información: desde los empresarios que tratan de averiguar qué empleados son buenos hasta los prestamistas que tratan de averiguar qué prestatarios son buenos, los inversores que tratan de averiguar qué inversiones son buenas y las aseguradoras que tratan de averiguar qué personas son buenos riesgos*”. Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. *op. cit.* pág. 100

<sup>150</sup> Santiago Muñoz-Machado. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la administración. 4° ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015. pág. 30.

*publicidad, etc.*<sup>151</sup>

Es así como la asimetría de información es la diferencia en la cantidad y calidad de información a la que tienen acceso las partes de una relación jurídica, el público en general, los usuarios o los consumidores se consideran la parte débil de la relación frente al comerciante o la empresa (situación típica con el mercado financiero), por lo que la regulación busca equilibrar este desajuste con normas especiales de protección al consumidor o cliente, SACRISTÁN comenta que *“se afirma que un mercado guiado por la mano invisible presume que todos los consumidores, por ejemplo, saben exactamente qué consumen. Pero la realidad dista de esta situación, y es entonces cuando el Estado debe velar por que los consumidores tomen decisiones contando con la información previa adecuada.*<sup>152</sup> Es por todo lo anterior que el Estado se encuentra legitimado para intervenir en estas relaciones asimétricas o desiguales, sin caer en el paternalismo, veamos ahora un poco de la regulación patria.

En Costa Rica, la protección al consumidor se desarrolla en la Constitución Política, su artículo 46 *in fine* dispone *“Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias”.*<sup>153</sup> por su lado la Ley N.º 7472. “Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor” dispone de una serie de artículos que busca imponer a los oferentes de bienes y servicios, la obligación de dar de manera eficiente la información de relevancia sobre aquellos, además de establecer los “derechos del consumidor”, por ejemplo, el artículo 32 *ibid.* para lo que nos interesa dice que *“Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes: (...) c) El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio (...).”*<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...op. cit.* pág. 93.

<sup>153</sup> Artículo 46 de la Constitución Política así reformado por el artículo 1º de la Ley N.º 7607 de 29 de mayo de 1996

<sup>154</sup> Artículo 32. Ley. N.º 7472. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.



El artículo 34 de la misma ley dispone que “*Son obligaciones del comerciante y el productor, con el consumidor, las siguientes: (...) b) Informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo (...)*” para garantizar que esto se cumpla y no dejarlo solo a la buena iniciativa privada la Ley N.º 7472 contempla una serie de obligaciones estatales<sup>155</sup> (Poder Ejecutivo) y un régimen sancionatorio para el comerciante que incumpla. El artículo 33 *ibid.* manda que “*en los términos establecidos en la presente Ley, son funciones esenciales del Estado las siguientes: (...) b) Formular programas de educación e información para el consumidor, con el propósito de capacitarlo para que pueda discernir y tomar decisiones fundadas acerca del consumo de bienes y servicios, con conocimiento de sus derechos*” y sobre el último aspecto, el sancionatorio, se establece un régimen de responsabilidad objetiva, el artículo 35 *ibid.* dispone que “*El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de **informaciones inadecuadas o insuficientes** sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño (...)*”. Se ha visto cómo en el ordenamiento jurídico existe amplia normativa que busca remediar el fallo de mercado de información asimétrica. Sobre el tema particular la Sala Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

Es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello **implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos**. Van incluidos

---

<sup>155</sup> Sobre el papel del Estado “*Sus enemigos sostienen que son innecesarias (el mercado competitivo ofrece incentivos a las empresas para que revelen la información pertinente irrelevantes)* (los consumidores prestan escasa atención a la información que la ley obliga a las empresas a revelar) y costosas, tanto para el Estado, que debe velar por su cumplimiento, como para las empresas, que deben cumplirlas. Sus defensores alegan que, aunque es difícil aplicarlas eficazmente, son fundamentales para los mercados afectados”. Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág. 100.

por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cual está involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia (...).<sup>156</sup> (negrita no es del original)

Como se ve con la anterior cita, la jurisprudencia constitucional es conforme con la normativa y la doctrina, es común también encontrar en la misma, el concepto de **selección adversa** como una manifestación de la información asimétrica, siendo que la primera “*ocurre cuando los compradores de un servicio tienden a imponer al proveedor costes superiores a los normales, o cuando los vendedores pueden excluir a los clientes más costosos*”<sup>157</sup>, este fenómeno que se presenta mayormente en los mercados de riesgos y financieros, por ello que conviene la regulación, afirma en este sentido STIGLITZ que “*la intervención del Estado para remediar los fallos de la información va más allá de estas sencillas medidas de protección del consumidor y del inversor. La información es, en muchos aspectos, un bien público, ya que suministrar información a una persona más no supone reducir la cantidad que tienen otras. La eficiencia requiere que se difunda gratuitamente o, con más precisión, que solo se cobre el coste real de transmitirla (...)*”<sup>158</sup>, algunos autores sostienen incluso que vivimos en la era de la información y una sociedad red, en palabras de Manuel CASTELLS y Pekka HIMANEN:

Vivimos en una época que se caracteriza por el auge de la sociedad de la información en su realidad diversa. La base de esta sociedad es el informacionalismo, concepto cuyo significado es que las actividades decisivas de todos los ámbitos de la praxis humana se basan en la tecnología de la información organizada (globalmente) en redes informacionales cuyo centro es el procesamiento de la información (símbolos). Por tanto, el núcleo de la economía informacional es la red global de mercados financiero

---

<sup>156</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución. N.º 0857 de 2002.

<sup>157</sup> Santiago Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo XIV. *La actividad regulatoria de la administración*. op. cit. pág. 31.

<sup>158</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público...* op. cit. pág. 100.

basados en la tecnología de la información, red en la que los inversores mueven constantemente su capital entre valores bursátiles con la ayuda de modelos informáticos capaces de analizar la información a altas velocidades en tiempo real.<sup>159</sup>

Por ello se ha desarrollado una nueva rama de la “economía de la información” con aplicaciones muy diversas, en especial con el avance imparable de la tecnología en el sector financiero se ha abierto todo un campo para las “tecnologías de la información y la comunicación” o “TIC”, en palabras de Aurelio GURREA y Nydia REMOLINA *“en los últimos años han aparecido nuevas tecnologías o se ha potenciado el uso de las mismas para la prestación de servicios financieros, y ello, junto a la aparición de nuevos actores, ha motivado una revolución tecnológica en la industria financiera que está ocasionando numerosas oportunidades y desafíos regulatorios”*.<sup>160</sup> se habla con ello de complejos programas y sistemas informáticos para el almacenamiento y gestión de la información financiera, el término “fintech” hace referencia al uso de la tecnología en el sistema financiero<sup>161</sup> también se puede concebir como *“un lugar creado mediante tecnología digital en el que productores y consumidores interactúan y hacen intercambios que generan valor para las dos partes”*<sup>162</sup> sin detrimento de la posible interacción física, por ejemplo, al momento de suscribir un contrato; lo cual es cada día menos usual. El modelo fintech presenta, entre otras, las siguientes características: i) funcionan como medio para el intercambio de información entre participantes (productor-cliente), ayudando a la toma de decisiones basadas en datos. ii) permiten el intercambio de bienes y servicios, en este caso financieros, como el de crédito, utilizando para ello aquella información que se ha intercambiado y iii) permiten el intercambio de dinero entre sus participantes de manera fácil y rápida<sup>163</sup>, en relación con esta última característica, vale la pena mencionar, a modo de ejemplo, el “Sistema Interbancario de Negociación y Pagos

---

<sup>159</sup> Manuel Castells y Pekka Himanen. El Estado del bienestar y la sociedad de la información. El modelo finlandés. Traducción de Jesús Alborés. (España: Alianza editorial, 2002): 17.

<sup>160</sup> Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina “Una aproximación regulatoria y conceptual a la innovación financiera y la industria fintech” **En** Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina (Directores). Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios. (España: Tirant lo Blanch, 2020): 143.

<sup>161</sup> Véase: Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina. *Una aproximación regulatoria... op. cit.* pág. 141.

<sup>162</sup> Diego Herrera y Sonia Vadillo. Sandbox Regulatorio en América Latina y el Caribe para el ecosistema FinTech y el sistema financiero. (No indica: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018): 2. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Sandbox-regulatorio-en-Am%C3%A9rica-Latina--el-Caribe-para-el-ecosistema-Fintech-y-el-sistema-financiero.pdf> [09-05-2020]

<sup>163</sup> Véase: Diego Herrera y Sonia Vadillo. *Sandbox Regulatorio... op. cit.* pág. 4.

Electrónicos” conocido como “SINPE móvil”<sup>164</sup>, el cual es un sistema de pagos vanguardista implementado en nuestro país.

Es así como en Costa Rica durante los últimos años, acorde con la tendencia mundial, se ha experimentado un gran incremento en los emprendimientos Fintech<sup>165</sup>, aunque en comparación con otros países de la región como Brasil, México y Colombia nos encontramos muy rezagados<sup>166</sup>, el panorama; sin embargo, presenta gran potencial para mejorar el clima de negocios en el país a los ojos internacionales, es por ello que los servicios financieros se encuentran también en medio de una evolución<sup>167</sup>, lo cual es un factor fundamental para incrementar la competitividad y la calidad de los mismos, en especial para el consumidor financiero. Todo lo anterior representa nuevos desafíos en el campo regulatorio, ante la innovación constante y los nuevos productos financieros “fintech”, se habla de nuevas técnicas regulatorias, verbigracia, los denominados *sandboxes regulatorios* (o en español bancos de pruebas regulatorios), que son “*espacios de experimentación, que permiten a empresas innovadoras operar temporalmente, bajo ciertas reglas que limitan aspectos como el número de usuarios o el período de tiempo en que se puede ofrecer el producto. De esta forma las empresas pueden probar productos, servicios y soluciones originales, ante la atenta mirada del supervisor*”.<sup>168</sup> Además que no se incumplirían las normas regulatorias por parte de las

---

<sup>164</sup> Según el artículo 1° del “Reglamento del sistema de pagos del Banco Central de Costa Rica” N.º 5702 del 30-09-2015 emitido por la Junta Directiva del BCCR, el SINPE tiene como objetivos “*promover la eficiencia y el normal funcionamiento del sistema de pagos costarricense, conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (Ley 7558). También regula el funcionamiento de los registros y sistemas de identificación de los valores anotados en cuenta en el sistema administrado por el BCCR como miembro del Sistema Nacional de Anotación en Cuenta, además, establece las disposiciones para la liquidación de las colocaciones y vencimientos de las emisiones registradas, con el objetivo de fomentar la transparencia y exigibilidad de las operaciones del mercado de valores relativas a los valores anotados en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora del Mercado de Valores (Ley 7732) y los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero para los efectos*”. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=80449](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=80449) [10-01-2021].

<sup>165</sup> Véase: Fidel Jaramillo. “Costa Rica: ¿el próximo laboratorio Fintech de América Latina?” (julio 17, 2019) Disponible en: <https://blogs.iadb.org/innovacion/es/costa-rica-el-proximo-laboratorio-fintech-de-america-latina/> [09-05-2020].

<sup>166</sup> BID. Fintech: América Latina 2018: Crecimiento y consolidación. (No indica: Banco Interamericano de Desarrollo; BID Invest; Finnovista, 2018): 28. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Fintech-Am%C3%A9rica-Latina-2018-Crecimiento-y-consolidaci%C3%B3n.pdf> [09-05-2020]

<sup>167</sup> Véase por todos: William Ernest et al. FINTECH en Costa Rica: Hacia una evolución de los servicios financieros. (No indica: Banco Interamericano de Desarrollo, 2019). Disponible en: [https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/FINTECH\\_en\\_Costa\\_Rica\\_Hacia\\_una\\_evoluci%C3%B3n\\_de\\_los\\_servicios\\_financieros\\_es\\_es.pdf](https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/FINTECH_en_Costa_Rica_Hacia_una_evoluci%C3%B3n_de_los_servicios_financieros_es_es.pdf) [09-05-2020]

<sup>168</sup> Diego Herrera y Sonia Vadillo. *Sandbox Regulatorio... op. cit.* pág. 5.

empresas y con ello no serían acreedoras de las sanciones correspondientes, a su vez permiten al regulador adquirir experiencia en un nuevo campo.

Sobre el cumplimiento regulatorio (*compliance*) y el uso de la tecnología se habla de habla de “regtech” (es una subclasificación al igual que la fintech del concepto más amplio de legaltech), la cual se enfoca *“en desarrollar innovaciones y tecnologías de la información que apoyen de manera costo-efectiva el cumplimiento normativo y las obligaciones de reporte de las firmas reguladas”*<sup>169</sup>. Se habla así de una Cuarta Revolución Industrial en la que el Estado para poder procurar la protección óptima de los usuarios y consumidores, financieros en este caso, debe de contar leyes y administraciones eficientes, *“así las cosas, los reguladores están cambiando la forma de aproximarse a las cuestiones relacionadas con la innovación financiera y el uso de tecnologías emergentes en el sector, dando lugar a nuevas formas de regulación y supervisión”*.<sup>170</sup>

Sobre las características que deben de tener los entes reguladores volveremos más adelante, por ahora basta con decir que la falla de mercado de información imperfecta o inadecuada y las asimetrías en la información cada día son más profundas y en cuanto a la protección del consumidor (general o financiero) cada día es más compleja y el problema se ensancha si se tiene presente la interconexión en las fallas del mercado, ya que por ejemplo, *“la existencia de mercados incompletos se debe en parte a problemas de información. A su vez, en ocasiones se piensa que las externalidades se deben a la existencia de mercados incompletos”*<sup>171</sup>, sobre dicha interconexión en el sector que nos ocupa y sus riesgos se profundizará más adelante.

### **1.1.6. Desempleo y otros desequilibrios económicos**

Siguiendo la clasificación de STIGLITZ y para finalizar con la serie de fallos del mercado que clásicamente se estudian para justificar la intervención estatal en la economía, mencionaremos las fallas del mercado “desempleo y otras perturbaciones económicas”. Dentro de esas otras perturbaciones, la más estudiada es la “distribución desigual de rentas”.

---

<sup>169</sup> Enmanuel Cedeño Brea. “El uso de las nuevas tecnologías para el cumplimiento normativo” en Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina (Directores). Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios. (España: Tirant lo Blanch, 2020): 362.

<sup>170</sup> Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina. *Una aproximación regulatoria... op. cit.* pág. 145.

<sup>171</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág. 101-103.

Actualmente el desempleo es uno de los flagelos más importantes de las sociedades, que a su vez incrementa la desigualdad socioeconómica, analizaremos esta problemática desde el punto de vista económico y cómo es que el Estado interviene para tratar de solucionarlo, esto es, mediante los distintos instrumentos de la política económica, como la política monetaria, la política fiscal y la política de rentas<sup>172</sup>, entre otras.

Menciona STIGLITZ que *“La mayoría de los economistas utilizan estos elevados niveles de paro como prueba prima facie de que algo no funciona bien en el mercado. Para algunos, constituyen la prueba más espectacular y más convincente de que este tiene fallos”*<sup>173</sup>. El desempleo se define normalmente en los manuales de economía, no como fallo del mercado, sino como una situación más o menos aislada *“en que una persona se queda sin trabajo, aunque puede trabajar, está disponible para trabajar y además está buscando trabajo activamente”*<sup>174</sup>, valga la pena mencionar que los altos niveles de desempleo son persistentes en el sistema de económico moderno, es por ello que la oferta de trabajo cada día se vuelve más grande que la oferta de empleo, fenómenos como las cadenas de producción automatizadas y la tecnología digital ponen en jaque todo el sistema de trabajo clásico<sup>175</sup>, caracterizado por dos sujetos bien identificados patrono-empleado, producto también de aquella cuarta revolución industrial o “tecnológica”<sup>176</sup> que se comentó.

Los economistas incluso los más devotos a las “leyes del mercado” consideran que el

---

<sup>172</sup> Véase: Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.) Política Económica: Elaboración, objetivos e instrumentos. 4° Ed. (España: McGraw-Hill/ Interamericana de España, S. L., 2010): 287.

<sup>173</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág. 101. El término “paro” se utiliza en la literatura española como término equivalente al de desempleo; sin embargo, paró en realidad atañe al “paro de labores” de los patronos, acá se usa la nomenclatura correcta de desempleo.

<sup>174</sup> Vroman y Brusentsev (2005) citados por Gerla van Breugel. Sistemas de protección frente al desempleo. (Chile: Naciones Unidas, 2014): 7. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/36820-sistemas-proteccion-frente-al-desempleo> [04-05-2020]

<sup>175</sup> Véase: Graciela Bensusán. Ocupaciones emergentes en la economía digital y su regulación en México, en serie Macroeconomía del Desarrollo, N.º 203 (Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2020): 7. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45481-ocupaciones-emergentes-la-economia-digital-su-regulacion-mexico> [04-05-2020] G. Bensusán dice, citando a Scasserra (2019), que *“No hay duda de que la tecnología ha sido puesta al servicio del interés por eludir las responsabilidades del empleador y/o reducir los costos laborales. Ello ocurrió al destruir empleos tradicionales con base en la innovación y la robotización, como al negar la naturaleza laboral de las relaciones de trabajo en las plataformas, independientemente de la heterogeneidad que caracteriza a la economía digital. En cuanto a esta última, incluso se habla del “despotismo del algoritmo” y de un modelo de negocios en el que “el éxito del trabajador/emprendedor radica en su propia explotación...”*. ibid.

<sup>176</sup> Véase: Jürgen Weller. Las transformaciones tecnológicas y el empleo en América Latina: oportunidades y desafíos. en Revista CEPAL N.º 130 (no indica: CEPAL, 2020): 10. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/45422> [04-05-2020]

desempleo es un grave problema, se dice que “*el desempleo es un problema económico porque representa el desperdicio de un recurso valioso. Asimismo, es un gran problema social porque causa un sufrimiento enorme cuando los trabajadores desempleados luchan por sobrevivir con sus reducidos ingresos (...)*”.<sup>177</sup> Sobre el fenómeno del desempleo N. Gregory MANKIW señala que “*la pérdida del empleo puede ser el acontecimiento económico más perturbador en la vida de una persona. Numerosas personas dependen de los ingresos derivados de su trabajo para mantener su estándar o calidad de vida y muchas también obtienen de su trabajo un sentido de satisfacción personal. La pérdida del empleo significa en el presente una menor calidad de vida, incertidumbre acerca del futuro y menor autoestima*”<sup>178</sup> y por ello que es común que “*los políticos durante sus campañas para ser electos funcionarios públicos a menudo hablen de la forma en la cual sus propuestas ayudarán a crear empleos*”.<sup>179</sup>

Sobre este último aspecto no debemos olvidar que en términos generales, el trabajo y el despido se encuentra regulado por leyes formales como el Código de Trabajo y demás normas jurídicas, las cuales responden a coyunturas históricas particulares, distintas luchas y demás reivindicaciones sociales que no viene al caso estudiar en un trabajo de este tipo; sin embargo, desde el punto de vista de la intervención del Estado en la economía, principalmente mediante el Poder Ejecutivo, sí es pertinente mencionar que el Estado, ante esta falla del mercado, ha desarrollado por un lado, la actividad administrativa de fomento dirigida a la inversión extranjera directa y la subsecuente creación de empleo y, por otro lado, una serie de “sistemas” de protección frente al desempleo, por ejemplo, el seguro de desempleo y la asistencia de desempleo.<sup>180</sup> Además de contar con un Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se encarga de intermediar entre el sector privado productivo (empleadores) y los trabajadores, entre otras cosas<sup>181</sup>.

El empleo sin duda es uno de los objetivos políticos más importantes en la actualidad, los gobiernos pueden intervenir directamente en la generación de empleo mediante la creación de puestos públicos; sin embargo, esa medida en términos económicos no es nada

---

<sup>177</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 617.

<sup>178</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía. op. cit.* pág. 585.

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> Véase: Gerla van Breugel. *Sistemas de protección... op. cit.* pág. 9-20.

<sup>181</sup> El ámbito de competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es muy amplio ya que debe cubrir los campos laboral y social. Sobre su marco legal véase su página web: <http://www.mtss.go.cr/elministerio/marco-legal/marco-legal.html> [04-05-2020]

aconsejable ya que ensancha, las ya de por sí grandes filas de empleados públicos (con todos sus deberes y derechos inherentes como la estabilidad laboral), lo cual, si bien es cierto, puede ser una medida efectiva a corto plazo ante un desempleo cíclico, por ejemplo, a largo plazo trae serias consecuencias a la hora de pagar las planillas y hacer frente a una serie de derechos adquiridos como las anualidades o programas especiales de pensiones, entre otros, el caso más relevante en nuestro país fue el llamado “Plan Escudo” de la segunda administración ARIAS SÁNCHEZ, el cual es uno de los grandes responsables del actual déficit fiscal del Gobierno central.<sup>182</sup> La otra forma en que el Gobierno puede incentivar indirectamente la generación de empleo es mediante la política económica, lo cual es uno de sus objetivos básicos.<sup>183</sup> Para realizar un análisis más detallado hay que mencionar que existen distintos tipos de desempleo y la respuesta estatal debería de ser distinta para cada caso, tenemos el desempleo de largo plazo, que es el estructural y el cíclico que ocurren “*cuando el mercado laboral o la macroeconomía no funcionan en forma adecuada, y alguna gente calificada que está dispuesta a trabajar por los salarios actuales no puede encontrar empleo*”<sup>184</sup> y un desempleo de corto plazo que se llaman desempleo de equilibrio o friccional y el estacional, veamos cada uno de ellos.

El **desempleo estructural** es aquel que “*subsiste en el tiempo en ciertas regiones y/o ramas de actividad, como consecuencia de su inadecuada estructura económica*”<sup>185</sup>, para SAMUELSON y NORDHAUS este tipo de desempleo “*significa un desajuste entre la oferta y la demanda de trabajo. Los desajustes pueden ocurrir porque la demanda por una clase de trabajo está en ascenso, mientras que la demanda de otra clase está a la baja y los mercados no se ajustan con rapidez. A menudo se observan desequilibrios estructurales entre ocupaciones o regiones, cuando ciertos sectores crecen mientras otros declinan*”.<sup>186</sup> En este caso, el Gobierno debería poner en marcha una política económica “*que debe orientarse al fomento de los programas de formación y reconversión profesional, junto con políticas de*

---

<sup>182</sup> Véase: Juan Pablo Arias. “Creación de empleo “anticrisis” en gobierno de Oscar Arias generó un déficit fiscal imparable” (noticia del 28/07/2015) en CrHoy.com. Disponible en: <https://archivo.crhoy.com/creacion-de-empleo-anticrisis-en-gobierno-de-oscar-arias-genero-un-deficit-fiscal-imparable/economia/> [05-05-2020]

<sup>183</sup> Véase: Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.) *Política Económica: Elaboración, objetivos e instrumentos*. 4° Ed. (España: McGraw-Hill/ Interamericana de España, S. L., 2010): 142-146.

<sup>184</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 620.

<sup>185</sup> Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.) *Política Económica... op. cit.* pág. 149.

<sup>186</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 620.



*incentivos que estimulen el establecimiento de nuevas actividades productivas con futuro*".<sup>187</sup>

El Estado trabaja en este aspecto mediante distintos programas, por ejemplo, con las capacitaciones que imparte el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA), por otro lado, valga la ocasión para hacer una crítica constructiva a las universidades públicas, en cuanto que durante décadas han mantenido incólumes programas de estudio y carreras que en la actualidad no tienen ningún nicho de trabajo o están sobresaturadas, contribuyendo de esta forma al desempleo estructural y en otros casos, desde el CONESUP se han planteado serios atrasos burocráticos a las universidades privadas para la apertura de nuevas carreras, principalmente en las áreas de salud, ciencia y tecnología, con alta demanda laboral.<sup>188</sup>

El **desempleo cíclico** es una forma de desempleo coyuntural, debido a un paro masivo de labores, por ejemplo, ante desastres naturales o en los casos de grandes crisis económicas que como veremos, se relaciona con el ciclo económico que presentan las economías modernas y el riesgo sistémico. En palabras de N. Gregory MANKIWIW *"el desempleo cíclico se refiere a las fluctuaciones anuales en el desempleo alrededor de su tasa natural y está estrechamente asociado con las altas y bajas de la actividad económica a corto plazo"*.<sup>189</sup> Para CUADRADO ROURA el desempleo cíclico:

Es el que caracteriza el paro de las épocas de crisis económicas y se manifiesta en el corto plazo. En las fases expansivas del ciclo económico se potencia la demanda de bienes y servicios, se incrementan las inversiones privadas, la producción y el empleo. La creación de puestos de trabajo puede llegar a ser incluso superior a la oferta de mano de obra disponible, lo que puede provocar tensiones en los mercados de trabajo y atraer inmigraciones desde otras zonas, generalmente afectadas por el paro estructural. Por el contrario, las fases recesivas del ciclo económico coinciden con un retraimiento de la demanda de bienes y servicios, una caída en la inversión privada y la producción, y un aumento del paro como consecuencia de los despidos y de la falta de creación de nuevos puestos de trabajo que compense tanto la destrucción de empleo como el aumento de la población. En estos períodos, los trabajadores que pierden su

---

<sup>187</sup> Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.). *Política Económica... op. cit.* pág. 149.

<sup>188</sup> Véase: Karla Barquero. "43 carreras de alta demanda laboral en espera por burocracia" (noticia del 14/02/2020) de [larepublica.net](https://www.larepublica.net) Disponible en: <https://www.larepublica.net/noticia/43-carreras-de-alta-demanda-laboral-en-espera-por-burocracia> [05-05-2020]

<sup>189</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía... op. cit.* pág. 586.

puesto de trabajo tienen que acogerse a los subsidios de desempleo y esperar una fase más propicia del ciclo económico.<sup>190</sup>

Ante este supuesto, en trazos generales, la política económica que se utiliza generalmente es de corte keynesiana<sup>191</sup>, señalan SAMUELSON y NORDHAUS que el famoso economista John MAYNARD KEYNES (1883-1946) basó su tesis en dos argumentos principales “*primero, sostuvo que es posible que persistan un alto desempleo y una capacidad subutilizada en las economías de mercado. Además, afirmó que la política monetaria y fiscal del gobierno podían afectar la producción, y con ello reducir el desempleo y acortar las recesiones económicas*”<sup>192</sup> sobre este último aspecto, en otras palabras, el Estado debe impulsar la economía con fuertes paquetes de gasto público, por ejemplo, en infraestructuras, durante periodos estacionarios o de crisis; sin embargo, en la actualidad pocos economistas creen que la acción estatal puede eliminar los ciclos económicos del todo<sup>193</sup>, pero sin duda, esta idea fue un verdadero giro copernicano en el campo de la macroeconomía.

En el **desempleo de equilibrio o friccional** “*el mercado se vacía de manera adecuada en el sentido de que los trabajadores que desean encontrar empleo con el salario vigente, y en las condiciones laborales actuales, lo encuentran, y las empresas que quieren contratar personal pagándole las compensaciones de mercado, pueden hacerlo*”<sup>194</sup>, también se llama friccional porque “*porque la gente no puede moverse de inmediato entre empleos*”<sup>195</sup>, entonces es aquel que surge durante un periodo corto, por ejemplo, cuando una persona renuncia para ir en busca de un mejor empleo o un profesional capacitado es despedido por una reestructuración de la empresa, por lo que también se da gracias a la evolución tecnológica y los cambios en la demanda de empleo.<sup>196</sup> Este porcentaje de desempleo también se denomina como **tasa natural de desempleo** y “*se refiere a la cantidad de desempleo que experimenta normalmente la economía*”.<sup>197</sup> Para este caso la política económica “*debe ir encaminada a*

---

<sup>190</sup> Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.). *Política Económica... op. cit.* pág. 149.

<sup>191</sup> Véase: Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.). *Política Económica... op. cit.* pág. 150. Para este autor “*Las fases de crisis económicas se caracterizan por la puesta en marcha de programas gubernamentales de reactivación económica, basados en las clásicas políticas económicas coyunturales o de estabilización, donde las políticas monetarias y fiscales han ocupado un lugar privilegiado*”.

<sup>192</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 376.

<sup>193</sup> Véase: *Ibid.*

<sup>194</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 620.

<sup>195</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 620.

<sup>196</sup> Véase: Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.). *Política Económica... op. cit.* pág. 149.

<sup>197</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía... op. cit.* pág. 586.

*mejorar los sistemas de información, para adecuar de una forma más rápida la oferta y la demanda de empleo en el mercado de trabajo*".<sup>198</sup>

En cuanto al **desempleo estacional** es propio de aquellas "*actividades que por las características de su producción sólo requieren mano de obra en determinadas épocas del año*".<sup>199</sup> Este tipo de desempleo se da más en países poco desarrollados, que dependen del turismo o la agroexportación, ya que "*una vez cubiertas las fases de siembra y de recolección cesa el trabajo; y el caso del turismo de masas, en el que tras las fases de vacaciones y de buenas temperaturas, la actividad cae, algunos establecimientos cierran y la mayoría disminuye sustancialmente la demanda de empleo*"<sup>200</sup>, es por ello que en estas áreas "*la política económica deberá tratar de diversificar la estructura productiva existente para paliar el problema*".<sup>201</sup>

Otro de los mecanismos habituales mediante el cual, el Gobierno central trata de influir en los niveles de desempleo es la **política monetaria**, si bien es cierto, este mecanismo está relacionado con el "pleno empleo" es un objetivo secundario para la política monetaria o cambiaria. Para M. SCHETTINO "*la política monetaria es el conjunto de acciones gubernamentales que se realizan en el mercado de dinero. Normalmente, esta política recae en el banco central, que tiene como responsabilidad fundamental buscar estabilidad en los precios*"<sup>202</sup>, entonces vemos, por un lado, que el objetivo central de la política monetaria es la estabilidad de precios y por otro lado, que es un actividad que se lleva en conjunto al Banco Central, el cual, como veremos más adelante, está dotado de cierta autonomía que implica que el Poder Ejecutivo no tiene plenas potestades de dirección como ocurre con los distintos ministerios.

Resta analizar el tema del fallo del mercado relacionado con la *distribución desigual de rentas*<sup>203</sup> y cómo es que el Estado interviene mediante la política económica y, en especial,

---

<sup>198</sup> Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.). *Política Económica... op. cit.* pág. 149.

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> Ibid.

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> Macario Schettino Yáñez. *Introducción a la economía para no economistas.* (México: Pearson Educación, 2002): 214.

<sup>203</sup> Véase: Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág: 103. "*Las causas de los fallos del mercado analizadas hasta ahora impiden que la economía sea eficiente si no interviene el Estado; es decir, la economía de mercado, si se la deja sola, no es óptima en el sentido de Pareto. Pero incluso aunque lo fuera (...). El hecho de que la economía sea eficiente en el sentido de Pareto no nos dice nada sobre la distribución de la*

con política fiscal como uno de sus instrumentos, también cabe mencionar que, como alternativa a la intervención estatal directa, la política de rentas busca “*el logro de acuerdos entre las partes, con o sin la intervención directa de las autoridades públicas, con el fin de lograr que los aumentos de los ingresos monetarios de los distintos factores y grupos no superen el incremento de la renta nacional en términos reales*”.<sup>204</sup>, aunque en el plano de la realidad, dejar a la voluntad de las partes resolver el *conflicto social*<sup>205</sup> es igual al desinterés político<sup>206</sup>, ya que no se puede olvidar el desequilibrio estructural del modelo capitalista y la lucha histórica por la distribución de rentas, sobre todo ante los principios de justicia social imperantes en un Estado social de Derecho como el nuestro.

Podemos mencionar ahora que la desigualdad de los ingresos o rentas es un problema que va de la mano con la pobreza, aunque suene evidente, hay que decir que la pobreza económica (o incapacidad adquisitiva) es la que genera mayor desigualdad en la sociedad actual, afirman en este sentido Mario NEGRE y José CUESTA que “*esperar siempre el crecimiento indefinido del pastel para acabar con la pobreza no solo es un desafío a la paciencia, sino un absurdo moral, dado los medios económicos de los que disponemos en relación con lo que se necesita*”<sup>207</sup>, es por ello que los gobiernos de los distintos países del orbe, usando aquellas medios disponibles, han incorporado como uno de sus objetivos el fin de la pobreza y la reducción de las desigualdades.<sup>208</sup> Para buscar su consecución los gobiernos han implementado y reforzado distintos medios tradicionales como lo es la educación pública y obligatoria, entre otras ayudas públicas y programas sociales; no obstante,

---

*renta; los mercados competitivos pueden generar una distribución de la renta muy desigual y dejar a algunas personas unos recursos insuficientes para vivir. Una de las actividades más importantes del Estado es redistribuir la renta, y ese es el propósito expreso de los distintos programas sociales de transferencias*”. Ibid.

<sup>204</sup> Juan R. Cuadrado-Roura. (Dir.). *Política Económica... op. cit.* pág. 391.

<sup>205</sup> Véase: Manuel Carlos Palomeque-López. *Derecho del Trabajo e Ideología: Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*. 7° Ed. (España: Tecnos, 2011): 19-27.

<sup>206</sup> Sin embargo, Cuadrado Roura, menciona que “*En numerosos países de todo el mundo se han desarrollado negociaciones encaminadas a lograr pactos sociales, acuerdos marco de carácter socio-laboral y otras fórmulas o figuras que se encuadran en lo que —con carácter más general— se ha dado en llamar la concertación social. Mediante la «concertación» se persigue que los principales actores sociales (trabajadores y empresarios, a los que en diversas experiencias se suman otros agentes y el propio gobierno del país), en lugar de mantener actitudes de permanente confrontación, negocien acuerdos que permitan dar una respuesta adecuada a los requerimientos de la situación económica y al logro de objetivos de política económica y social a medio y largo plazo*”. Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.). *Política Económica... op. cit.* pág. 392.

<sup>207</sup> Mario Negre y José Cuesta. “La lucha contra la desigualdad en La Agenda 2030”. En José Antonio Alonso y Anna Ayuso (coords.) *Acercar los Objetivos de Desarrollo Sostenible a la Ciudadanía: El compromiso de Europa con la Agenda 2030*. (Barcelona: CIDOB, 2017): 24.

<sup>208</sup> Sobre el tema véase por todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la ONU, en específico el objetivo número 1 y el 10.

por cuestiones de espacio, en este trabajo haremos únicamente una referencia breve la política fiscal como medio de distribución de rentas.

La recaudación de los impuestos es una tarea fundamental del Estado, tal vez la primaria, ya que le permite realizar otras muchas funciones y garantizar la protección de derechos<sup>209</sup>, es por ello que se debe de gozar de sistema impositivo eficiente<sup>210</sup>, desde el punto de vista ciudadano y recaudar los impuestos y demás tributos de forma eficaz bajo determinados principios de justicia tributaria material<sup>211</sup> de rango constitucional relacionados con el concepto de “equidad”<sup>212</sup>. La forma en que el Estado diseña la recaudación de los impuestos (mediante acción coordinada entre el Poder Ejecutivo que por lo general propone las grandes leyes tributarias y el Poder Legislativo de las aprueba) se llama **política fiscal**, también este término hace referencia a la forma en que el Gobierno gasta el dinero<sup>213</sup>, ambos aspectos tienen considerables efectos sociales y en la actividad económica.

Para finalizar, mencionamos que mediante una política fiscal determinada los gobiernos pueden implementar los llamados **impuestos progresivos** donde “*los contribuyentes con altos ingresos pagan una fracción mayor de su ingreso que los contribuyentes con menores ingresos*”<sup>214</sup> de lo cual se reducen los efectos de la mala distribución de rentas, ya que materializa un principio de solidaridad, porque los que más ganan tributarán más en proporción con los que menos lo hacen, a esto se le conoce como principio de capacidad de pago y es la antítesis del principio, defendido por algunos, llamado principio de beneficios que es la “*idea que las personas deben pagar impuestos con base en los beneficios que reciben de los*

---

<sup>209</sup> Véase: Stephen Holmes y Cass R. Sunstein. El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos. (Argentina: Siglo XXI, 2011).

<sup>210</sup> Para N. Gregory Mankiw op. cit. pág. 242. Un sistema impositivo eficiente es aquel que genera menores pérdidas de eficiencia económica o “peso muerto”, que son el resultado de cuando los impuestos distorsionan las decisiones que toman las personas en situaciones normales, y además, las cargas administrativas que soportan los contribuyentes para cumplir las leyes fiscales son pequeñas o razonables.

<sup>211</sup> Sobre los principios tributarios véase por todos: Adrián Torrealba-Navas. Derecho Tributario Iberoamericano: A la luz de la versión 2015 del Modelo de Código Tributario del CIAT. (Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2017), 105-148.

<sup>212</sup> N. Gregory Mankiw op. cit. pág. 247. Distingue en materia de impuestos dos tipos equidad: la vertical y la horizontal. La equidad horizontal es la idea de que los contribuyentes con mayor capacidad de pago deben pagar más impuestos y la equidad horizontal hace referencia a la idea de que los contribuyentes con un ingreso similar deben pagar la misma cantidad de impuestos.

<sup>213</sup> Véase: Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 382.

<sup>214</sup> N. Gregory Mankiw. op. cit. pág. 247.

*servicios del gobierno*<sup>215</sup>, la cual responde a una visión meramente individualista.

## **1.2. Fallas del Estado y de la regulación**

Se explicará en esta sección el concepto de falla del Estado, cuyos principales exponentes están enmarcados dentro de la Escuela de la Elección Pública, siendo la principal idea de dicha escuela, para nuestros efectos, la tesis de la captura regulatoria, seguidamente se tratará brevemente el tema de las asimetrías regulatorias en Costa Rica como ejemplo de las denominadas fallas de la regulación.

### **1.2.1. Las fallas del Estado**

Un trabajo de investigación sobre regulación económica que pretenda tener cierta rigurosidad académica no puede dejar de lado el tema de las fallas del Estado o de gobierno, en nuestro campo de estudio también llamadas fallas de la regulación<sup>216</sup>, como contrapartida de las fallas del mercado, ya se mencionó que estas últimas dañan al propio sistema de mercado y es el Estado, el llamado a mantener cierto equilibrio o hasta recrear dicho mercado, pero el Estado mismo presenta al igual que el mercado múltiples fallas estructurales que pueden traer consecuencias sociales negativas de igual o mayor tamaño para la economía<sup>217</sup>. PARKIN explica que una falla de gobierno *“es una situación donde las acciones gubernamentales conducen a la ineficiencia, ya sea a un suministro excesivo o a un suministro deficiente”*.<sup>218</sup> dentro de las muchas posibilidades por la que se pueden dar, el citado autor apunta que, una falla del gobierno se da por la multiplicidad de personas que conforman el

---

<sup>215</sup> N. Gregory Mankiw. op. cit. pág. 246.

<sup>216</sup> En este sentido, por ejemplo, véase: Joseph Stiglitz. “Regulación y fallas (Colombia)” *Revista de Economía Institucional*, Vol. 12, N.º 23. (segundo semestre, 2010): 13-28. Disponible en: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/2495> [23-05-2020]

<sup>217</sup> Véase: Anne O. Krueger. “Fallas del gobierno en el desarrollo (Colombia)” *Criterio Jurídico*, V. 12, N.º 1. (2012): 217. Quien dice que *“(…) durante la década de 1970 y a comienzos de los años 80, los Gobiernos en muchos países en desarrollo se encontraban atascados con políticas económicas que eran evidentemente inviables. Sin que importe si las fallas del mercado hubiesen existido o no, la mayoría de los expertos concluyeron que se habían presentado colosales fallas del Gobierno. En muchos países existen muy pocas dudas de que las fallas del Gobierno superaron significativamente a las fallas del mercado”*.

<sup>218</sup> Parkin. op. cit. pág. 370. En el mismo sentido Anne O. Krueger. op. cit. pág. 224-225.

gobierno (políticos y grupos de presión) donde cada uno procura conseguir sus propios objetivos económicos<sup>219</sup>.

Para Joseph E. STIGLITZ hay cuatro grandes factores que influyen en que el Estado presente fallas para alcanzar sus objetivos, a saber: i) su reducida información, ii) su reducido conocimiento y análisis acerca de las respuestas privadas a sus intervenciones, iii) su reducido control de la burocracia y iv) las limitaciones que imponen los procesos políticos<sup>220</sup>.

Como se analizó, las asimetrías de la información es un problema dentro de las relaciones privadas, pero el Estado tampoco dispone de toda la información, la cual; no obstante, debería de tener presente y analizar detenidamente a la hora de tomar determinada decisión regulatoria (o de cualquier otro tipo), ese ejercicio modernamente se llama Análisis del Impacto Regulatorio (AIR), cuyos principales elementos ya tendremos la oportunidad de comentar<sup>221</sup>, en este punto vale tener presente que antes de argumentar a favor de los análisis racionales para la toma de decisiones públicas, los intereses privados de funcionarios pueden jugar un rol distorsionante en el sentido que no beneficien los intereses de la sociedad, sino los propios, eso que en la doctrina administrativista de llama desviación de poder y en términos económicos de forma general, usando por ejemplo las palabras Anne O. KRUEGER, se refieren maso menos en los siguientes términos:

Sin duda existen funcionarios públicos y políticos concernidos con el bien público. Aun así, no todos los individuos son desinteresados, y puede ser mucho más realista asumir que a los individuos y actores en el sector público les interesa su propio interés como a quienes se encuentran en el sector privado. El interés privado puede estar enfocado hacia actividades que busquen permitir sobrevivir, promocionar, reelegirse, u obtener otro tipo de recompensas. En algunas ocasiones, estos logros son consistentes con un buen análisis tecnocrático. Por ejemplo, realizar un buen análisis de costo-beneficio y determinando correctamente el tamaño y lugar de una represa. Pero en otras ocasiones,

---

<sup>219</sup> Véase: Parkin. op. cit. pág. 377. *“Si la competencia entre dos partidos políticos consiste en suministrar la cantidad eficiente de un bien público, los burócratas deben cooperar y ayudar a lograr este resultado. Pero los burócratas tienen un propósito distinto y terminan por frustrar, en vez de facilitar, un resultado eficiente”*. (pp. 377)

<sup>220</sup> Véase: Joseph E. Stiglitz. Economía del Sector Público. 3° Ed. (España: Antoni Bosch, editor, S. A., 2000): 16-17.

<sup>221</sup> Dicha disciplina forma parte de un área de estudio más amplia, de tradición norteamericana, conocida como *Law and Economics* o en español como Análisis Económico del Derecho (AED), se estudiará este tema en el segundo capítulo de esta tesis al hablar del desarrollo y los cambios que han tenido el derecho regulatorio y las agencias independientes de regulación y supervisión en los Estados Unidos y Europa.

quienes toman decisiones públicas puede que estén tentados a minimizar el costo social de una determinada actividad con el propósito de ser reelectos, o posiblemente mantener o al menos evitar una disminución en su promoción.<sup>222</sup>

Relacionado íntimamente con lo anterior y siguiendo el cuarto elemento de STIGLITZ, en cuanto al control de la burocracia, se puede abordar de dos formas, la primera, en el sentido que el Gobierno tiene encomendado la reglamentación de las leyes emitidas por el Congreso y su ejecución, tarea que puede ser difícil y lenta de cumplir debido a distintos factores, por ejemplo, cuando se trata de temas controvertidos como la FIV o técnicamente complejos, en segundo lugar, los reguladores (en sentido amplio la Asamblea Legislativa y las AAI) pueden tener determinados propósitos y el Gobierno central, otros; en este caso *“los problemas se deben a que los burócratas carecen de los incentivos necesarios para poner en práctica la voluntad del Parlamento”*<sup>223</sup>; siendo este último el legitimado democráticamente a regular en sentido general la economía, siendo la Administración Pública un instrumento de intervención estatal, bajo los parámetros establecidos en la Ley fundacional de la Administración de que se trate.

Dentro de los procesos políticos se dice también que *“incluso aunque los Gobiernos estuvieran perfectamente informados de las consecuencias de todas las distintas medidas posibles, el proceso político a través del cual se toman las decisiones plantearía otras dificultades”*<sup>224</sup> por ejemplo, es bien sabido que los partidos políticos se manejan por incentivos electoreros, ya sea de manera indirecta mediante el lobby para recaudar fondos para las campañas próximas<sup>225</sup> o de manera directa, mediante el discurso político y la imagen pública, aunado a que *“el electorado suele tender a buscar soluciones sencillas para resolver problemas complejos”*<sup>226</sup> se pueden cometer serios fallos de Gobierno en términos económicos, pero no de cálculo político. Por su lado, Fernando JEANNOT ha identificado concretamente tres fallas del Gobierno,<sup>227</sup> para este autor las presenta cuando i) hay

---

<sup>222</sup> Anne O. Krueger. *Fallas del gobierno en el desarrollo... op. cit.* pág. 225.

<sup>223</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág. 17.

<sup>224</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág. 17-18.

<sup>225</sup> Está es una realidad en otros países donde no existe la deuda política, es decir, que es el propio Estado el que financia las campañas políticas y también fiscaliza las donaciones privadas, el mejor ejemplo lo constituye los Estados Unidos de América y su sistema bipartidista que capta miles de millones de dólares en aportes privados provenientes de determinados sectores de interés.

<sup>226</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág. 18.

<sup>227</sup> Fernando Jeannot. *De las fallas del mercado a las fallas... op. cit.* pág. 5-33.



internalidades y los bienes privados de la administración son contradictorios a la naturaleza pública del ente<sup>228</sup>, ii) la gestión de determinadas actividades presenta costos crecientes<sup>229</sup> y iii) cuando se da inducción de efectos negativos externos.<sup>230</sup>

Por otro lado, en consecuencia de la función de reparto de la riqueza del Estado, se crean algunas normas regulativas como esfuerzo de distribuir recursos a ciertos grupos<sup>231</sup>, a pesar de ello, en ocasiones los resultados son contraproducentes y se obtienen los resultados contrarios a los esperados, en este sentido apunta Cass R. SUNSTEIN que *“una de las paradojas del estado regulador es que los esfuerzos por distribuir recursos suelen perjudicar a los menos favorecidos o, en cualquier caso, suelen tener distintos efectos no deseados o perversos. El mercado tiene mucha imaginación para superar los esfuerzos para transferir recursos mediante la regulación”*<sup>232</sup>, se puede decir que ese es uno de los motivos por el cual muchas de las regulaciones fallan, la imaginación y dinamismo del mercado, el ejemplo más recurrente en los manuales de economía sobre una regulación económica deficiente y dañina es el establecimiento de límites o topes máximos. Se puede decir que las personas suelen tener la creencia de que la regulación produce redistribución o equidad desde una clase hacia otra, pero *“a la luz de la flexibilidad del mercado para generar ajustes ex ante a los controles regulativos, los efectos redistributivos de la regulación son complejos y, en ocasiones, desafortunados”*.<sup>233</sup> Sabemos de la doctrina especializada que *“las primeras normas reguladoras (...) que determinaron la intervención pública sobre las actividades económicas se*

---

<sup>228</sup> *“De manera similar, pero opuesta, a lo que sucede con los fallos de los mercados privados, existen en el sector público internalidades y bienes privados que contradicen la naturaleza aparentemente pública del mismo. Esas internalidades se refieren a los beneficios privados que es posible realizar con el pretexto del interés general. Fruto de ello, la oferta pública puede estar tan distorsionada como lo está la oferta privada en el caso de que existan externalidades. Si por un lado esas internalidades dan lugar a la apropiación privada de los beneficios por parte de los funcionarios públicos, por otro lado pero al mismo tiempo, la oferta pública no tendrá niveles óptimos, sino que estará sobre o subdimensionada en función de la distorsión señalada anteriormente. Por ejemplo, registrará un crecimiento desmedido del gasto público o se pagarán los costos de bienes con cualidades excesivas para lo que debe representar el consumo social”*. Jeannot. op. cit. pág. 14.

<sup>229</sup> *“Así como en los mercados privados existen rendimientos crecientes, en el gobierno pueden existir costos crecientes o pura y simplemente derroche”*. Jeannot. op. cit. pág. 18.

<sup>230</sup> *“Contrariamente a la justificación teórica del sector público, muchas intervenciones gubernamentales pueden tener efectos secundarios de carácter negativo. Determinados monopolios públicos pueden frenar el desarrollo tecnológico cuando deberían de propulsarlo [...] Las empresas así protegidas no estaban motivadas para avanzar en el progreso tecnológico, sino para aferrarse a los premios de la protección, habitualmente con marcada sobrecapitalización (capacidad productiva ociosa)”*. Jeannot. op. cit. pág. 20.

<sup>231</sup> Cass R. Sunstein, “Las funciones de las normas regulativas (México)”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N.º 17. (octubre, 2002): 55.

<sup>232</sup> *Ibid.* op. cit. 55.

<sup>233</sup> Cass R. Sunstein. *Las funciones de las normas regulativas... op. cit.* pág. 55.

aplicaron al transporte en ferrocarril y a los almacenes de granos, principalmente con el objetivo de fijar precios y determinar otras condiciones de prestación de los servicios”<sup>234</sup>, de lo cual derivaron muchas lecciones.

Anne O. KRUEGER explica que el Gobierno puede presentar fallas por omisión<sup>235</sup> y por comisión. Las fallas del Estado realizadas por comisión incluyen “(...) *la participación en empresas públicas de muy alto costo, dedicadas a diversas actividades manufactureras y económicas, no asociadas tradicionalmente al sector público. (...) A las empresas estatales se les concedieron derechos de monopolio para importar una gran variedad de mercancías; banca nacional y operaciones de seguros; e incluso hoteles de lujo que se encuentran dentro de empresas públicas*”.<sup>236</sup> Está no es una realidad ajena a nuestro país, dentro de los muchos ejemplos de regulaciones que pueden generar un uso ineficiente de recursos de origen público. Podemos mencionar el que salió a la luz pública en el año 2016, producto de la intervención de la Contraloría General de República<sup>237</sup>, el caso del Centro de Estudios y Capacitación Cooperativa (CENECOOP R. L.), el cual es un ente privado que se financia en su mayoría por contribuciones parafiscales<sup>238</sup>, en total 2,5 de los excedentes<sup>239</sup> de las cooperativas del país

---

<sup>234</sup> Jorge Danós-Ordóñez. “*La Regulación Económica*”. En: Curso de derecho administrativo iberoamericano. (España: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015): 561.

<sup>235</sup> En opinión de la autora son “*tales como el deterioro de infraestructura en transporte y comunicaciones, ocasionando un aumento de los costos en actividades del sector público y privado; mantenimiento de una tasa de cambio fija nominal frente a una acelerada inflación doméstica, y reforzada por controles de cambio y licencias de importación; la existencia de tasas de interés nominal muy por debajo de la tasa de inflación, junto con el racionamiento de crédito para que los Gobiernos supervisasen la asignación de crédito entre demandantes; y fallas en el mantenimiento de la existente infraestructura*”. Anne O. Krueger. “Fallas del Gobierno en el desarrollo (Colombia)” *Criterio Jurídico*, Vol. 12, N.º 1. (2012): 219.

<sup>236</sup> Anne O. Krueger. “Fallas del Gobierno en el desarrollo (Colombia)” *Criterio Jurídico*, V. 12, N.º 1. (2012): 218.

<sup>237</sup> Véase: Gerardo Ruiz R. “Contraloría abre investigación por manejo del Cenecoop” Noticia del 9 mayo, del 2016, en La Nación.com. Disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/contraloria-abre-investigacion-por-manejo-del-cenecoop/5DSUHIVNYRQYBORCCPQUDDBAHQ/story/> [13-06-2020]

<sup>238</sup> En este Sentido véase: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 731-F-2007 del 8 de octubre de 2007.

<sup>239</sup> El artículo 80 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, N.º 4179 del 22 de agosto de 1968 y sus reformas, entre otras, las leyes N.º 6756, del 30 de abril de 1982; N.º 6839, del 22 de mayo de 1983; N.º 7053, del 9 de diciembre de 1986; N.º 7391, del 27 de abril de 1994; y N.º 7841, del 29 de octubre de 1998; impusieron a las cooperativas del país un tributo del 2,5% sobre los excedentes líquidos al cierre de cada ejercicio económico, en beneficio del Centro de Estudios y Capacitación Cooperativa, órgano del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo, para que llevara a cabo, como rector del movimiento cooperativo, actividades en los campos de la educación y la capacitación cooperativa.

través del CENECOOP<sup>240</sup>, sobre el mismo caso el periódico La Nación meses después publicó una investigación denominada “Negocios Cooperativos” donde evidenció como “(...) *un ente privado creado con el objetivo de educar y capacitar al sector, ha usado recursos públicos, aprobados por ley, para promover negocios y actividades distintas a su fin. (...) al menos 20 casos que evidencian el uso de dineros del Cenecoop R. L. para pagar deudas de otras cooperativas, invertir en publicidad, construir centros de recreo, capitalizar a otros consorcios, dar préstamos para centros de cuido y hasta para hacer campañas de información sobre el Tratado de Libre Comercio en el 2007.*”<sup>241</sup>

### 1.2.2. Las fallas de la regulación

Como bien señala LAGUNA DE PAZ, con frecuencia *las fallas del mercado son también fallas de la regulación* ya que las crisis económicas pueden tener su origen en una mala regulación estatal, es decir, que no ha sido capaz de prever los riesgos y tomar las medidas pertinentes para mitigar la probabilidad de que se concreten, como ocurrió en el año 2008 con la crisis financiera debido al mercado hipotecario.<sup>242</sup> Visto el concepto de falla del Estado, se puede mencionar ahora una serie de fallas en la regulación en el sector financiero que han sido sistematizadas a modo de distorsiones o asimetrías regulatorias<sup>243</sup> en nuestro país, esto es una inequidad en el tratamiento que hace la legislación sectorial en beneficio de los entes públicos sobre los privados, lo cual atenta contra los principios básicos de la competencia económica y ha sido denunciado en varias ocasiones por organismos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).<sup>244</sup> En concreto, son al menos cinco situaciones, a saber: 1. Garantía

---

<sup>240</sup> Después que la Sala Primera en la Resolución N.º 731-F-2007 *op. cit.* Dispusiera que “*No hay duda que CENECOOP R. L., como cooperativa que es, se constituye en destinataria o receptora de las actividades de capacitación que emprenda CENECOOP con los recursos cobrados con ocasión del impuesto, pero eso no quiere decir, porque en todo caso como ya se dijo nunca podría serlo por su condición de persona jurídica de carácter privado, que sea sujeto activo de la contribución parafiscal tributaria creada por el referido artículo 80.*”. Esto es la negatoria de la legitimación *ad causam* activa al Cenecoop R. L. para cobrar la contribución parafiscal.

<sup>241</sup> Véase: Mercedes Agüero y Camila Salazar. “Negocios Cooperativos” Nota periodística del 16 de agosto de 2016. Disponible en: <https://www.nacion.com/gnfactory/investigacion/2016/negocios-cooperativos/01.html> [13-06-2020]

<sup>242</sup> José Carlos Laguna de Paz. *Le regulación del mercado. Lecciones para alumnos díscolos.* En Derecho Administrativo y Regulación Económica. (España, La Ley, 2011), 1182.

<sup>243</sup> Tomamos dicho término fundamentalmente del trabajo de: Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias en el sistema financiero costarricense.* Costa Rica: Academia de Centroamérica - Serie Programa Visión PV-03-18, 2018. Disponible en: <https://www.academiaca.or.cr/programa-vision/asimetrías-regulatorias-en-el-sistema-financiero-costarricense/> [16-06-2020]

<sup>244</sup> véase: Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 8.

estatal de depósitos en los bancos comerciales del Estado, 2. El peaje bancario. 3. Acceso a los depósitos de las entidades públicas<sup>245</sup>. 4. Tratamiento Tributario<sup>246</sup> (retención en la fuente<sup>247</sup>) y 5. Encaje mínimo legal. Veamos a modo de ejemplos la garantía estatal sobre los bancos públicos y el peaje bancario sobre los bancos privados.

La **garantía estatal** de los bancos comerciales del Estado se encuentra en el artículo 4 de la LOSBN “*Los bancos comerciales del Estado contarán con la garantía y la más completa cooperación del Estado y de todas sus dependencias e instituciones*”, esta ha sido sin duda la principal causa para que en nuestro país durante mucho tiempo no se haya podido establecer un esquema de seguro de depósitos,<sup>248</sup> ya que los bancos estatales están asegurados plenamente, resulta palmario que lo anterior pone en desventaja a los clientes de los bancos privados, además de crear condiciones de competencia desleal; sin embargo, la Asociación Bancaria Nacional (ABC) ha implementado un esquema privado de seguro de depósitos, lo cual si bien es cierto, es una buena práctica de autorregulación, es insuficiente para paliar el problema y ante una corrida bancaria<sup>249</sup>, por varios motivos, el primero de ellos es que sin el

---

<sup>245</sup> “El Artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional establece que el Estado y las entidades públicas de carácter estatal, así como las empresas públicas cuyo patrimonio pertenezca, en forma mayoritaria, al Estado o a sus instituciones, solo podrán realizar sus depósitos en los bancos comerciales del Estado. Esta disposición otorga ventaja competitiva a los bancos estatales, al darle acceso en forma exclusiva a los depósitos de entidades públicas que manejan sumas importantes de recursos en colones como la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Educación Pública, la Refinadora Costarricense de Petróleo, el Instituto Costarricense de Electricidad, entre otras. El argumento detrás de esta disposición es que el Estado no puede arriesgar fondos públicos en entidades privadas de mayor riesgo al no contar con una garantía sobre los recursos captados. Por otra parte, esta regulación impide que las entidades públicas puedan buscar mayores rendimientos ofrecidos por otras instituciones ya que por ley constituyen una clientela cautiva de los bancos estatales”. Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 11-12.

<sup>246</sup> Los bancos públicos y los privados, por ejemplo, pagan el mismo porcentaje sobre el impuesto de la renta, “sin embargo, otros intermediarios financieros están exentos de ese tributo. El inciso c), artículo 23 de la Ley N.º 7092 y el artículo 39 de la Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal establecen que los intereses que se pagarán por los títulos valores emitidos por ese banco estarán exentos del pago del impuesto sobre la renta. El BANHVI y las mutuales de vivienda también están exoneradas de todo tipo de tributo al amparo de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, artículos 38 y 69, así como del inciso c) del artículo 23 de la Ley N.º 7092. La Ley de Asociaciones Cooperativas también exonera a las cooperativas de ahorro y crédito del pago del impuesto sobre la renta. Estos intermediarios gozan así de una ventaja competitiva frente a los bancos comerciales públicos y privados”. Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 12.

<sup>247</sup> “A diferencia de los bancos estatales y privados, el BPDC, las cooperativas y las mutuales pueden retener los pagos por cuotas de los préstamos concedidos a sus clientes y asociados. Esta facilidad representa una ventaja competitiva al reducir riesgos por morosidad. El ordenamiento jurídico vigente no permite tal retención de pagos en la banca estatal y privada. En consecuencia, estos intermediarios deben enfrentar los mayores costos que representan las provisiones exigidas por las autoridades regulatorias”. Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 14.

<sup>248</sup> Recientemente se promulgó la Ley N.º 9816 denominada “Ley de creación del fondo de garantía de depósitos y de mecanismos de resolución de los intermediarios financieros” que se comentará más adelante.

<sup>249</sup> Véase: Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 9.

aporte de los bancos públicos, el fondo de seguro de depósitos tardará mucho en madurar y en segundo lugar, la garantía del Estado genera riesgo moral en los bancos públicos, ya que ante una eventual pérdida serán todos los contribuyentes los que paguen los depósitos, lo cual contrario a su vez, la lógica del seguro de depósitos, ya que el mismo nunca debe cubrir la totalidad de los depósitos precisamente para evitar dicho riesgo. La garantía estatal también genera otras asimetrías como: i- Los bancos públicos pueden pagar menores tasas de interés a sus ahorrantes por representar un menor riesgo, iii- Al pagar menores tasas de interés en las captaciones los bancos públicos pueden cobrar menores tasas en los créditos, iii- Genera que haya mayor captación en los bancos públicos de los sectores adversos al riesgo.<sup>250</sup>

El **peaje bancario** se refiere a ciertas cargas que pesan sobre los bancos privados para poder funcionar, en un inicio en virtud del artículo 59 de la LOSBN, se exigía que un 17% de los depósitos en cuentas corrientes debía irse al BCCR a 0% tasa de interés, por otro lado, los bancos privados debían abrir cuatro sucursales en zonas rurales y destinar el 10% de sus captaciones a esas zonas. Hoy esos requisitos han cambiado, pero la banca privada ahora debe *“Mantener permanentemente un saldo de préstamos en el Fondo de Crédito para el Desarrollo equivalente a un 17% de sus captaciones totales a plazo de treinta días o menos, tanto en moneda nacional como extranjera (...)”*, ese porcentaje<sup>251</sup> es enviado al Fondo de Financiamiento para el Desarrollo (FOFIDE) para ser invertidos en programas del Sistema de Banca para el Desarrollo (SBD). Esta es una de las razones que utilizan los bancos privados para no bajar el margen de intermediación financiera<sup>252</sup>.

También se pueden señalar algunas desventajas competitivas que tienen los bancos comerciales del Estado, como las **cargas parafiscales**, a tal punto que aproximadamente *“solo el 60 por ciento de las utilidades de los bancos estatales son de libre disponibilidad, no ligadas a destinos específicos establecidos por leyes particulares”*<sup>253</sup>, las limitaciones que establece el

---

<sup>250</sup> Véase: Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 10-11.

<sup>251</sup> *“El peaje puede sustituirse por la condición de que los bancos privados instalen cuatro sucursales fuera del Área Metropolitana de San José, y que mantengan un 10 por ciento de las captaciones a la vista en créditos para programas especiales con tasas de interés preferenciales. Esta opción; sin embargo, puede no ser viable para intermediarios pequeños que no pueden generar economías de escala (reducción de costos por volumen) en zonas con baja densidad de población”*. Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 11.

<sup>252</sup> Es la diferencia entre la tasa de interés que el banco cobra por sus préstamos y la tasa de interés que el banco paga en sus captaciones.

<sup>253</sup> Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 13.

régimen de derecho público (principio de legalidad) como en la contratación administrativa, lo cual le resta dinamismo frente a la banca privada, mutuales y cooperativas. Por otro lado, es el Consejo de Gobierno<sup>254</sup> el que nombra la junta directiva de los bancos públicos, por ello “*la interferencia política en las juntas directivas vuelve a los bancos vulnerables ante presiones de grupos de interés*”<sup>255</sup>, lo cual no ha permitido el desarrollo un sistema adecuado de **gobierno corporativo** en los bancos públicos, diluyendo la responsabilidad directiva en responsabilidad de tipo político “*en las entidades públicas no hay esquemas claros de rendición de cuentas ni sistemas de evaluación que relacionen las remuneraciones y la escala de ascensos con el rendimiento y la productividad del personal. En otras palabras, el personal carece de un sistema de incentivos orientado a una gestión por resultados*”.<sup>256</sup>

## 2. Perspectiva jurídico-constitucional para la intervención estatal en la economía

El Estado actualmente ejerce una fuerte intervención en la economía a través de los mecanismos previstos y legitimados por la Constitución Política y especialmente por la Ley, que es la llamada a materializar muchos de los principios programáticos contenidos en aquella, en relativa armonía con las políticas económicas adoptadas por el Gobierno, dependiendo del momento histórico y de las circunstancias del ciclo económico<sup>257</sup>, en este sentido se analizará a grandes rasgos los alcances y la justificación constitucional para que el Estado como ente abstracto pueda intervenir y modificar las condiciones “naturales” del libre mercado, esto se puede lograr únicamente con ayuda de la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado al respecto.

En la primera sección de este capítulo se mencionaron las cuatro funciones económicas del Estado, desde el punto de vista de los economistas, ahora se mencionará lo mismo, pero desde el enfoque constitucional, según el autor William LEGUIZAMÓN ACOSTA, el Estado tiene, al menos, cinco funciones económicas, a saber: i- Función de regulación económica, ii- Función proveedora de bienes y servicios, iii- Función fiscalizadora o de Hacienda Pública, iii-

---

<sup>254</sup> “*El nombramiento y calificación de los cuerpos directores es un aspecto muy importante en el desempeño de los intermediarios financieros. No en pocos casos se registran fracasos y pérdidas financieras cuantiosas por una mala gestión de las juntas directivas*”. Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 13.

<sup>255</sup> Miguel Loría y Josué Martínez Castillo. *Asimetrías regulatorias... op. cit.* pág. 13.

<sup>256</sup> *Ibid.* op. cit. pág. 14.

<sup>257</sup> Véase: William Leguizamón-Acosta. *Derecho Constitucional Económico*. (Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000): 39.

Función de redistribución y iv- Función de estabilidad económica.<sup>258</sup> Dichas funciones se materializan mediante una forma de actuación administrativa o por medio de la confluencia de varias de ellas, por ejemplo, la función de proveer bienes y servicios se ha caracterizado por el servicio público en su forma tradicional, complementada, con la actuación industrial de la administración, un análisis de esas formas se hará en el siguiente apartado, siendo el núcleo del presente trabajo la “función de regulación económica” la cual “*busca garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, principios vitales sobre los cuales gira la actividad económica*”<sup>259</sup> a esto se le llama orden público económico y se afirma, según el citado autor que:

Actualmente no se discute la necesidad que tiene el Estado de intervenir en la economía, principalmente para corregir las fallas de mercado, teniendo en cuenta que por sus propias condiciones y características, por lo general está creando distorsiones e imperfecciones que afectan a la comunidad. Igualmente por la búsqueda de la distribución eficiente de los recursos y de las oportunidades y especialmente por la obligatoriedad de determinar las normas de comportamiento para el manejo del sistema económico; lo contrario sería mantener el país en la anarquía y el caos total.<sup>260</sup>

En la presente sección se hará un repaso de la teoría que aborda el tema de la intervención estatal en el mercado desde el derecho público, primero desde el Derecho constitucional y seguido del Derecho administrativo, ya que en la primera se dio un tratamiento economicista; no obstante, se tiene presente que “(...) *los conceptos económicos o la economía, no pueden tener la última palabra sobre situaciones propias de la política económica del Estado ni sobre los supuestos normativos de diverso rango que deben propender para su cumplimiento según los mandatos de la Constitución*”<sup>261</sup>, por ello, se parte del Derecho como único medio para poder comprender los alcances, el fundamento y la legitimidad de dicha intervención estatal, con el estudio sistemático de las formas tradicionales de actuación administrativa se verá la gran influencia que ejerce el Poder Ejecutivo en la actividad económica del país en casi todos los ámbitos, como requisito *sine qua non*, para

---

<sup>258</sup> Véase: William Leguizamón-Acosta. *Derecho Constitucional Económico. op. cit.* pág. 41.

<sup>259</sup> William Leguizamón-Acosta. *Derecho Constitucional Económico. op. cit.* pág. 41.

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> Edgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág. 358.

más adelante entender su diferencia con el concepto de regulación económica, llevada a cabo por administraciones independientes que proponemos para el sector financiero costarricense.

## 2.1. La constitución económica

Se suele llamar “constitución económica” al conjunto de principios y valores consagrados en la Constitución Política de carácter o con incidencia económica, en este sentido, Martín BASSOLS COMA dice que alberga un cierto dualismo porque junto a *“el estatuto jurídico fundamental del poder político o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos”*<sup>262</sup> encontramos la constitución económica que *“atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica”*.<sup>263</sup> En este último sentido, el grado y la intensidad de la intervención estatal en la economía define el sistema económico de un país determinado, por ejemplo, en España se afirma que existe un modelo de **economía dirigida de mercado**<sup>264</sup>, que es un *“modelo que parte, se fundamenta y descansa en la libre iniciativa de los particulares, pero prevé mecanismo de corrección de los defectos, insuficiencias y errores del mercado que la actuación de particulares y empresas suele provocar”*<sup>265</sup>, es decir, un modelo que respeta la libertad de empresa, pero actúa para corregir las fallas del mercado, por nuestro lado, adelantamos, Costa Rica tiene el modelo de **economía social de mercado** (ESM) que legitima la intervención en el mercado de manera activa; no obstante, no contiene de manera estricta las técnicas o modos para llevar a cabo dicha intervención y alcanzar con ellos la finalidad deseada, abriendo ese campo a la discusión jurídica e interpretación evolutiva.

La Constitución Económica, a su vez, al ser normas de jerarquía máxima, legitiman las distintas formas de actuación administrativa, vale la pena mencionar que el tema constitucional de trasfondo es complejo y de suma importancia, ya que ante el proceso de liberalización de la economía, no estaríamos ante una “nueva constitución” sino ante *“una transformación de la forma de entenderla bajo la presión de nuevas realidades como la regionalización (en sentido*

---

<sup>262</sup> Martín Bassols-Coma. Constitución y sistema económico. (España: Tecnos, 1985): 17.

<sup>263</sup> Ibid.

<sup>264</sup> Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Estado y mercado en un mundo global (España)” *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 25. (mayo-agosto, 2005): 62. Esta es la posición más difundida en España sobre su “constitución económica” por varios autores, entre ellos destaca García Pelayo.

<sup>265</sup> Ibid.



*internacional o de grandes regiones del planeta) y globalización de la economía y las nuevas tecnologías*<sup>266</sup>, de estos cambios Costa Rica no escapa (valga la pena mencionar los esfuerzos llevados a cabo por el Gobierno de Costa Rica para su incorporación a la OCDE<sup>267</sup>) y con ello se presentan grandes retos para el derecho administrativo y público general.

Las recientes transformaciones del derecho administrativo se han estudiado y tratado de sistematizar desde el “derecho regulatorio”, que es una disciplina transversal enmarcada en el derecho público, donde el aspecto institucional tiene gran relevancia, ya que las “(...) *funciones reguladoras implican unos poderes para las Administraciones públicas hasta ahora desconocidos en nuestra cultura: la liberalización se salda así con unas potestades públicas de intervención en la economía formidables, aunque, eso sí, de un signo bien distinto a las propias del Estado prestador*”<sup>268</sup>, esto lo veremos concretizado en las siguientes secciones, se habla así también de un Derecho administrativo constitucionalizado, por ello es que se debe partir desde “(...) *la llamada Parte General del Derecho administrativo, donde han de estudiarse, a partir del marco constitucional, las nuevas técnicas jurídicas que expliquen las nuevas realidades sociales. En esto ha de consistir, precisamente, esa función ordenadora del Derecho administrativo general a la que viene refiriéndose la doctrina, que permite transformar los contenidos constitucionales en praxis de actuación administrativa*”.<sup>269</sup>

Así la teoría de la Constitución económica es un método específico de interpretación del articulado de nuestra Carta Magna que lo sistematiza en un “*conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país*”<sup>270</sup> es de esta manera que producto del ejercicio intelectual se “*configura la índole de las relaciones que el Estado debe mantener con el mundo de la economía y el ámbito de libertad y metas que se plantea para los componentes de la estructura económica del país*”<sup>271</sup>, se dice que es

---

<sup>266</sup> Tomás de la Quadra. *Estado y mercado en un mundo global... op. cit.* pág. 58.

<sup>267</sup> Véase: “Los países de la OCDE invitan a Costa Rica a convertirse en el 38º miembro de la Organización” en: <https://www.oecd.org/newsroom/los-paises-de-la-ocde-invitan-a-costa-rica-a-convertirse-en-el-38-miembro-de-la-organizacion.htm> [20-12-2020]

<sup>268</sup> Tomás de la Quadra. *Estado y mercado en un mundo global... op. cit.* pág. 60.

<sup>269</sup> José Luis Carro Fernández-Valmayor. “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho Administrativo (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 193. (enero-abril, 2014): 23-24.

<sup>270</sup> Ariño Ortiz. *Principios de derecho público... op. cit.* pág. 175.

<sup>271</sup> Ubaldo Nieto-Carol. La constitución económica de 1978. (España: Tirant lo Blanch, 2019): 20. Existe una discusión doctrinal sobre si los preceptos que contiene la constitución en general y la “constitución económica” en particular son de acatamiento obligatorio o en otras palabras de aplicación directa o por si el contrario con meras guías de actuación que requieren posterior desarrollo, de decir, normas programáticas. Dentro de la última

interpretación, ya que no todas las Constituciones son explícitas en establecer determinado orden económico<sup>272</sup>.

En el anterior sentido las Constituciones Políticas modernas (las posteriores a la Segunda Guerra Mundial) son más explícitas en establecer las características económicas de su país<sup>273</sup>, como la Constitución española de 1978 o la Constitución Política de Colombia de 1991, no es el caso de Costa Rica y su Constitución Política del 8 de noviembre de 1948, por ello ha sido la Sala Constitucional la encargada de dimensionar sus alcances, trascendiendo de una simple interpretación lógico-gramatical o teleológica, sino que nos encontramos ante una suerte de interpretación evolutiva, “*sabido es que en no pocas ocasiones la obra de los Tribunales constitucionales ha conducido a rectificaciones de extraordinaria importancia*”.<sup>274</sup> esto responde a la constante evolución que se da en sociedad, en la que influyen múltiples factores económicos y extraeconómicos, así como las decisiones de carácter político que se tomen en dicho transcurso, en este proceso se define el papel que debe o debería desempeñar el Estado, por ejemplo, uno interventor o planificador de la economía a uno predominantemente subsidiario o regulador.

De la simple lectura de nuestra Constitución económica se puede observar “cierta neutralidad” lo que en realidad es propio de una constitución de ideología liberal<sup>275</sup>; sin embargo, se ha trazado jurisprudencialmente un derrotero muy distinto, nos encontramos en

---

posición se encuentra Garrido Falla y Ariño Ortiz mientras que de la primera, la que le da el mayor valor normativo a la Constitución como norma fundamental el principal exponente es Eduardo García de Enterría, siendo en la actualidad la posición de mayor acogida. véase: Nieto-Carol. *op. cit.* pág. 20-22.

<sup>272</sup> En este sentido Ariño Ortiz señala que: “*No siempre las Constituciones recogen esta consagración formal del modelo o sistema económico de un país. Más aún, la mayoría de las constituciones, especialmente las más antiguas, nunca se lo plantearon, lo que no quiere decir que el silencio de las mismas equivalga a una completa indeterminación: a partir de una interpretación integrada del conjunto de derechos y libertades individuales reconocidos en el texto constitucional se puede inducir el sistema económico que debe presidir la vida social*”. Ariño Ortiz. *Principios de derecho público...* *op. cit.* pág. 175.

<sup>273</sup> Véase: Martín-Retortillo, Sebastián. *Presupuestos políticos y fundamentación...* *op. cit.* pág. 132.

<sup>274</sup> Martín-Retortillo, Sebastián. “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 117, (septiembre-diciembre, 1988): 130. Y agrega el mismo autor que: “*El Derecho constitucional económico supera con mucho el simple análisis de una serie de textos positivos. En este caso, y de modo especial tratándose de supuestos de Constituciones flexibles y abiertas, es necesario tener muy en cuenta la integración que de los distintos textos resulta de la obra que llevan a cabo los Tribunales constitucionales: de ahí que pueda afirmarse que la jurisprudencia constitucional juega un papel esencial en este campo, de modo muy particular al determinar las funciones del Estado en relación con el sector económico. Es necesario, por tanto, completar la referencia a los textos normativos con la integración que de los mismos hacen los Tribunales constitucionales*”. *ibid.* 129-130

<sup>275</sup> Véase: Martín-Retortillo, Sebastián. *Presupuestos políticos y fundamentación...* pág. 131.

este punto ante un problema de calificación<sup>276</sup> ya que dependiendo de esa calificación, que trasciende cualquier orden jurídico positivo, se tendrá una u otra Constitución económica, en este sentido se puede traer a colación las acertadas palabras de MARTÍN-RETORTILLO:

Nadie puede profetizar, ciertamente, cuál haya de ser el sentido y amplitud, la transitoriedad o permanencia que en relación con el futuro puede ofrecer el fenómeno de la intervención del Estado en el sector económico. No obstante, creo puede afirmarse que, hoy por hoy, se trata de un fenómeno irreversible. Ahora bien, si reconocer la intervención del Estado en el sector económico supone reconocer un hecho obvio y necesario, la aplicación concreta acerca de cómo se lleva a cabo, requiere; sin embargo, extrema ponderación: el fortalecimiento auténtico de las estructuras del Estado, la afirmación de su propia función ordenadora, en modo alguno pueden resolverse acudiendo a una serie de esquemas reguladores, más o menos simplistas, teñidos en muchas ocasiones de un significado equívoco, ajeno, cuando no opuesto, al auténtico y verdadero sentido que debe recibir esa consolidación de las estructuras del Poder político. Más aún: creo que en este punto es necesario tener absoluta claridad respecto al hecho de que una formulación indiscriminada de simples procedimientos intervencionistas por muy numerosos y abundantes que sean, está muy lejos de conducirnos a esa auténtica *reformatio* de las estructuras sociales y económicas de que hablamos, cuando no conduce a situaciones de tan dudoso significado como puedan ser aquellas sobre las que precisamente se pretende incidir. Tales medidas, garantía tan sólo de determinados grupos, serán a veces remedio transitorio y aparente; en última instancia, agravan siempre el problema, acentúan la inestabilidad del sistema mismo. Tal es, por ejemplo, el sentido real que en muchos Estados han revestido y revisten las fórmulas de economía dirigida, a impulsos de grupos políticos, económicos o ideológicos, cuando no de la propia burocracia.<sup>277</sup>

La anterior cita a pesar de su extensión es una síntesis magnificada del sentido y

---

<sup>276</sup> Martín-Retortillo, Sebastián. *Presupuestos políticos y fundamentación...* pág. 131. “En esta tarea de calificación posible es; sin embargo, que establecido lo que podemos considerar como un mínimo constitucional, los textos positivos no reflejen de modo concreto ninguna concepción económica predeterminada, abriendo así la posibilidad para que, al menos, varias de ellas -evidentemente que no todas-, puedan tener cabida dentro del marco señalado constitucionalmente”.

<sup>277</sup> Martín-Retortillo, Sebastián. “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 117, (septiembre-diciembre, 1988): 112.

dimensión que debe tener la intervención estatal en lo social y en lo económico, no es cualquier intervención, sino una pensada en el mayor desarrollo y bienestar a todos los habitantes, especialmente en aquellos sectores más vulnerables, para crear las libertades reales que le permitan sobreponerse al actual sistema económico internacional y gozar un nivel de bienestar óptimo para tener una vida con motivos para valorar (Amartya SEN<sup>278</sup>), por otro lado, es determinante la contención del control político, ya que como vimos, no solo el mercado tiene fallas, sino también que el Estado está caracterizado por ellas.

El propósito de esta investigación va más allá de la actual fórmula simplista de dirección estatal burocrática y jerarquizada, basada en una división de poderes o funciones rígida e incuestionable, a una basada en el modelo constitucional de *checks and balances*<sup>279</sup> o de frenos y contrapesos, como forma de equilibrar la fuerza de los Poderes de la República<sup>280</sup>, acá se busca en concreto establecer algún límite a los poderes del Estado (en especial al Ejecutivo), en este sentido la Sala Constitucional ha dicho que:

La organización del poder en el Estado se ha fundado sobre diversos principios fundamentales. Uno de estos es el principio de división y distribución de poder en donde

---

<sup>278</sup> Véase: Amartya Sen. Bienestar, justicia y mercado. España: Paidós. 1998.; Desarrollo y libertad. España: Planeta, 2000.

<sup>279</sup> *“Frente a esta concepción formalista del principio de separación de poderes, el Derecho norteamericano ha ofrecido otra visión que, bajo la denominación de checks and balances, se adecua mejor al pensamiento jurídico anglosajón. Madison y Hamilton también defendieron como punto de partida la necesidad de separar los tres poderes clásicos en tres instituciones -“Departamentos” en sus términos-, pero rápidamente sostuvieron la imposibilidad práctica de una separación estricta entre ellos. (...) La separación de funciones quedaba relegada a un segundo plano y únicamente era importante para determinar un núcleo identificable de facultades de cada uno de los poderes. El elemento central de la versión norteamericana era evitar intromisiones de un poder a otro, es decir, que se afecte al normal desarrollo de las funciones nucleares de cada uno de los poderes. Más allá de este límite, la distribución concreta de funciones entre los poderes era flexible”.* Joan Solanes-Mullor. Administraciones Independientes y Estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español. (España: Congreso de los Diputados, 2016), 35-36.

<sup>280</sup> En este sentido la Sala Constitucional en la resolución N.º 6829-93 de las 8:33 hrs. del 24 de diciembre de 1993 sostuvo que *“La teoría de la separación de Poderes tradicionalmente se interpreta como la necesidad de que cada Órgano del Estado ejerza su función con independencia de los otros (artículo 9º de la Constitución Política). Si bien no pueden darse interferencias o invasiones a la función asignada, necesariamente deben producirse colaboraciones entre Poderes. En la actualidad, la doctrina y la práctica constitucionales afirman que no existe absoluta separación, aún más, nada impide que una misma función –no primaria- sea ejercida por dos Poderes o por todos, razón por la que no se puede hablar de una rígida distribución de competencias en razón de la función y de la materia. El Estado es una unidad de acción y de poder, pero esa unidad no existiría si cada Poder fuere un organismo independiente, aislado, con amplia libertad de decisión, por lo que en realidad no se puede hablar de una división de Poderes en sentido estricto; el Poder del Estado es único, aunque las funciones estatales sean varias. Lo conveniente es hablar de una separación de funciones, es decir, de la distribución de ellas entre los diferentes órganos estatales. Esta separación de funciones parte del problema técnico de la división del trabajo: el Estado debe cumplir ciertas funciones y éstas deben ser realizadas por el órgano estatal más competente (...)”.*

se organiza, jurídicamente, este último y al hacerlo no sólo se le somete al Derecho, sino también se le distribuye entre distintos órganos, a fin de limitar su ejercicio. En su concepción clásica, dicho principio entrañaba que cada poder era, absolutamente, independiente de los demás para el ejercicio de la función fundamental del Estado que le correspondía; sin embargo, actualmente, no puede abordarse desde esa perspectiva rígida y obstaculizadora, reducida a su condición de dogma, según la cual las funciones legislativa, ejecutiva y judicial corresponden a los tres poderes estatales distintos, en todo independientes y plenamente aislados, sino más bien desde una perspectiva dinámica, en la que realmente se articulen los Poderes del Estado. Bajo dicha tesis, la antigua concepción de la citada regla de la separación no se adecua a las nuevas y complejas realidades normativas e institucionales de la organización constitucional de finales del siglo XX, por lo que, actualmente, se concibe ese principio como el de colaboración y distinción de funciones.<sup>281</sup>

Superado el problema de constitucionalidad que el presente tema puede plantear, en lo sucesivo se hará un recorrido por las formas en que el Gobierno central tradicionalmente actúa e influye en el mercado, para poder comprender cómo la propuesta de Autoridades Administrativas Independientes (AAI) encuadra con el modelo planteado, de frenos y contrapesos, partiendo desde el Derecho constitucional económico costarricense. Para el análisis de la Constitución económica adoptamos la propuesta del autor Julio JURADO FERNÁNDEZ, enfocada en la potestades públicas que se confiere para la regulación de la economía, haciendo referencia, en la medida de lo posible, al sector financiero, para el citado autor la constitución económica es *“un enfoque a partir del cual se analiza la normativa (que incluye principios y normas jurídicas en sentido estricto) de naturaleza constitucional que regula la intervención pública en la economía, desde una doble perspectiva: aquella de las potestades públicas para controlar determinadas variables macroeconómicas, y aquella que se centra en la regulación del status jurídico de los sujetos económicos”*.<sup>282</sup> por lo que la divide en dos grandes ámbitos, a saber; i. Regulación del status jurídico de los sujetos económicos y ii. Regulación de factores macroeconómicos.

---

<sup>281</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 07965-2006 del 31 de mayo de 2006.

<sup>282</sup> Julio Jurado-Fernández. “La jurisprudencia constitucional y la regulación del mercado (Costa Rica)” *Revista de Ciencias Jurídicas*. No. 110. (mayo – agosto, 2006): 41- 42.

### 2.1.1. Regulación del status jurídico de los sujetos económicos

La perspectiva sobre la regulación del *status* jurídico de los sujetos económicos o privados, *“incluye limitar, lo que en términos jurídicos constitucionales se plantea como la potestad estatal para establecer limitaciones de los derechos fundamentales o constitucionales, según como se les conciba, particularmente aquellos que tienen que ver con el desarrollo de las actividades económicas de los sujetos de derecho privado”*<sup>283</sup>, en este sentido son los artículos 28 y el 46 constitucionales los que protegen la libertad individual y la libertad de empresa<sup>284</sup> pero al mismo tiempo, define sus fronteras, ya que no se puede dañar la moral o el orden públicos ni a derechos de terceros en el ejercicio de una actividad privada, y tampoco se puede hacer un uso dañino del derecho de propiedad. Por ello es legítimo que se puedan imponer medidas para limitar derechos y superponer otros derechos fundamentales de igual jerarquía bajo ciertos criterios o condiciones, a saber: *“1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional”*<sup>285</sup>, es decir, las limitaciones a los derechos fundamentales siempre son una medida excepcional y deben fundamentarse mediante un examen de ponderación de derechos y proporcionalidad de la medida menos gravosa.

La Sala Constitucional en la sentencia N.º 15170 del 4 de noviembre de 2011<sup>286</sup> se ha referido al tema de las limitaciones, en un caso de especial relevancia para nuestro investigación, ya trata la intervención estatal en el sector financiero, dice que *“siguiendo la línea argumentativa de que los derechos fundamentales están sometidos a una serie de limitaciones por razones superiores, en especial en aras de la garantía, protección y promoción de los intereses públicos, y a sus límites implícitos, es menester hacer referencia a las normas*

---

<sup>283</sup> Jurado-Fernández. *La jurisprudencia constitucional...* op. cit. pág: 41- 42.

<sup>284</sup> Se define como *“el derecho que tiene todo ciudadano para escoger, sin restricciones, la actividad legalmente permitida que más convenga a sus intereses, de manera que, ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece”* Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia. Sentencia N.º 06675 del 11 de julio de 2001 citada por Jurado Fernández. op. cit. pág. 61.

<sup>285</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 4205-96 del 20 de agosto de 1996.

<sup>286</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 15170 - 2011 del 4 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-720219> [25-06-2020]

*de orden público, específicamente a las normas de orden público económico y su relación con el sistema financiero” es así como se pasa del concepto jurídico indeterminado de orden público contenido<sup>287</sup> del 28 constitucional, a un concepto un poco más específico de orden público económico, el cual lo define en función de ciertas normas de orden público de contenido económico “*tendientes a asegurar la organización económica de la sociedad*” y añade que “*entre las normas de orden público económico es primordial hacer referencia a la supervisión del sistema financiero interesado en su estabilidad*”, este trabajo trata fundamentalmente de definir una adecuada arquitectura financiera con base en aquellas normas y doctrina especializada para la mejora de la regulación y supervisión desde el punto de vista del Derecho administrativo institucional y del moderno Derecho regulatorio.*

Por su lado, el artículo 50 de la Constitución Política, pilar que fundamenta la intervención estatal en la economía en nuestro país, en cuanto a su trasfondo ideológico es diametralmente opuesto al del artículo 28 *ibid.*, ya que se basa en el faceta social del Estado (*Welfare State* o Estado de bienestar) que es mucho más amplia que la del Estado liberal y sirve para legitimar casi cualquier acción estatal en *procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país*, es así como coexisten dos modelos o sistemas económicos en nuestra constitución, a saber, el modelo económico de libre mercado y el modelo de economía social, es por ello que cabe hacer alguna referencia jurisprudencial para entender cómo se ha sido aplicado el precepto social siempre en el ámbito económico.

La Sala Constitucional en distintas ocasiones se ha manifestado sobre la potestad que tiene el poder público para intervenir en el mercado diciendo “*que el artículo 50 de la Constitución otorga fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, siempre que no resulte incompatible con el modelo de economía social de mercado establecido constitucionalmente; que al Estado se le permite organizar y estimular la producción, así como asegurar el adecuado reparto de la riqueza*”<sup>288</sup>, vemos como dentro de su argumentación pone énfasis a un determinado modelo económico, el cual según su

---

<sup>287</sup> “Al respecto, este Tribunal ha manifestado que el concepto incluido por el constituyente de 1949 “*leyes de interés público*” (artículo 129 de la Constitución Política), corresponde a lo que en doctrina se conoce como de “*orden público*”, es decir, *aquellas mediante las que interviene el Estado a fin de asegurar en la sociedad, su organización moral, política, social y económica (véase sentencia número 1441-92)*”. *Ibid.*

<sup>288</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 0550-95 del 31 de enero de 1995 reiterada en la sentencia N.º 01391-2001 del 14 de febrero de 2001.

interpretación vinculante *erga omnes*, es el que contiene nuestra Constitución económica, llamado **economía social de mercado**, siendo este último un concepto bastante difícil de entender por ser prácticamente un oxímoron, JURADO FERNÁNDEZ al comentar nuestra jurisprudencia constitucional nos aclara que:

En principio, habría que pensar que la referencia que hace la jurisprudencia constitucional a la economía social de mercado quiere decir, ni más ni menos, que el sistema económico sancionado por la constitución es, precisamente, el de una economía de mercado. Claro está, de una economía de mercado en la cual el papel del estado no limita a garantizar su funcionamiento (libre y concurrido) como corresponde en la concepción liberal del mismo. Se trata de una economía en la que el estado interviene para resolver los llamados fallos del mercado, expresión está que alude a todo aquello que se entienda no encuentra solución en el marco del funcionamiento de un mercado o de los distintos mercados, no regulado, y que requiere de la intervención pública en la actividad económica.<sup>289</sup>

Por lo que entendemos se trata de un modelo económico en el que se busca un orden<sup>290</sup> y un adecuado equilibrio entre la libertad de empresa (visión liberal) y el papel del estado de proteger los intereses de los ciudadanos y la promoción del bienestar de la población en general (visión social) contrario al capitalismo salvaje cimentado en el *laissez faire laissez passer*<sup>291</sup> y tiene toda su lógica, ya que la Economía Social de Mercado como movimiento intelectual, según Marcelo F. RESICO:

(...) surge del intento consciente de sintetizar todas las ventajas del sistema económico de mercado: fomento de la iniciativa individual, productividad, eficiencia, tendencia a la auto-regulación, con los aportes fundamentales de la tradición socialcristiana de solidaridad y cooperación, que se basan necesariamente en la equidad y la justicia en una sociedad dada. En este sentido propone un marco teórico y de política económico-

---

<sup>289</sup> Julio Jurado Fernández. *op. cit.* pág. 48.

<sup>290</sup> "Al grupo de intelectuales y políticos que dieron origen a la ESM se los considera asociados a una corriente de pensamiento denominada ordoliberalismo. Esta denominación, en principio, tiene su origen en la combinación del liberalismo con el concepto de orden (la palabra latina *ordo*, que significa orden)" Marcelo F. Resico. Introducción a la Economía Social de Mercado. - 1a ed. (Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2010): 125.

<sup>291</sup> Término acuñado por el fisiócrata francés Gournay (1712-1759): *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar), se convirtió años más tarde, al ser utilizado por Adam Smith "padre" del liberalismo económico, en el lema de dicho movimiento. véase: Walter Montenegro. Introducción a las doctrinas político-económicas. 3° ed. (México: Fondo de Cultura Económica, 2010): 30, 40 y ss.



institucional que busca combinar la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social. Los representantes de esta concepción trabajan en una síntesis de la tradición político-económica liberal (derechos individuales, republicanism, mercado) con el pensamiento social-cristiano (justicia social, solidaridad).<sup>292</sup>

Como vemos esa intervención económica no es cualquier intervención, no puede ser una intervención antojadiza o arbitraria, sino que tiene una justificación constitucional específica, deben ir de la mano de los artículos 74 y del 50 constitucionales, el primero al contemplar el principio cristiano de justicia social y el segundo, el principio de bienestar de los que se deriva el Estado social de Derecho y junto al artículo 28 y el 46 de la misma Carta Magna al contemplar los principios liberales, con ello obtenemos el delicado balance de economía social de mercado, la intervención será legítima siempre que sea razonable, proporcionada y no discriminatoria<sup>293</sup> de los sujetos en relación con el fin público perseguido, lo cual se manifiesta materialmente mediante actuaciones específicas de limitación desarrolladas por un poder público y afecta positivamente o negativamente a la economía real, lo cual veremos a continuación.

### **2.1.2. Regulación de factores macroeconómicos**

La función de regular ciertos factores macroeconómicos encuentra su legitimación en la Constitución económica, pero es una función compartida, ya que se divide entre el Poder

---

<sup>292</sup> Marcelo F. Resico. Introducción a la Economía Social de Mercado. - 1a ed. (Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2010): 123-124.

<sup>293</sup> A manera de conclusión se pueden traer a colación el siguiente razonamiento: *“debe tenerse presente, que la jurisprudencia de esta Sala ha señalado en reiteradas ocasiones sobre las limitaciones y restricciones que se le podían imponer a esta libertad fundamental; algunas de ellas antes de la concepción de la ley que se impugna y que introduce un modelo socio-económico diferente en nuestro país, como lo es la transición a la apertura comercial, donde como bien ya se estimó en el considerando III, se pretende la erradicación de las licencias y restricciones que no sean realmente necesarias, estableciéndose otros medios de protección al consumidor que no interpongan trabas al mercado. En razón de lo expuesto, debe concebirse que si esta Ley pretende un cambio radical en el mercado, estableciendo inclusive en su artículo 3 que los trámites y los requisitos de control y regulación de las actividades económicas no deben impedir, entorpecer, ni distorsionar las transacciones en el mercado interno ni en el internacional, que la administración pública debe revisar, analizar y eliminar, cuando corresponda, esos trámites y requisitos para proteger el ejercicio de la libertad de empresa y garantizar la defensa de la productividad, siempre y cuando se cumpla con las exigencias necesarias para proteger la salud humana, animal o vegetal, la seguridad, el ambiente y el cumplimiento de los estándares de calidad, pero que todo ello deberá concordar con lo establecido en leyes especiales y convenios internacionales, así como en las exigencias de la economía en general y una equitativa distribución de la riqueza, la norma impugnada no resulta contraria a esos principios y encuadra dentro del marco económico que viene examinándose y, lógicamente, no lesiona la libertad de empresa”*. Sala Constitucional. Resolución N.º 01391-2001 del 14 de febrero de 2001.

Ejecutivo encabezada por el presidente de la República y la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica (BCCR), entonces, por un lado, está la política económica y la actividad administrativa de planificación y por otro lado, la política monetaria y cambiaria, estas funciones se deberían de llevar a cabo de manera coordinada, pero independientes y en caso de discrepancia debe de prevalecer la autonomía del BCCR en su ámbito de competencia, cuyo alcance y significado se verá más adelante en el tercer capítulo.

Naturalmente, para comprender la regulación de “factores macroeconómicos” se tiene que saber a qué se hace referencia con **macroeconomía**, término no muy usual en los documentos jurídicos, para Gustavo VARGAS SÁNCHEZ “(...) es la parte de la ciencia económica que estudia el comportamiento y la evolución de una economía a nivel nacional e internacional, a través de los grandes agregados económicos (...) busca dar una explicación sistemática de los hechos económicos nacionales, tales como la inflación, las crisis, los periodos de crecimiento, etc. Esta comprensión permitirá brindar una justificación a las medidas de política económica adoptadas por el gobierno de cada país”.<sup>294</sup> Precisamente esas medidas son las que se fijan con la política económica, “(...) a partir de los desarrollos de la teoría económica y de otras áreas del conocimiento, los economistas o políticos asignan a la política económica metas que tienen sus fundamentos ya sea en la cultura, en la moral o en la ética”<sup>295</sup> y siguiendo al citado autor “Cualquiera que sea esta medida, (participación o no del gobierno en los procesos económicos), el objetivo general que se persigue es alcanzar un estado de bienestar y crecimiento para la población de un país”.<sup>296</sup> la política económica se puede acoplar con la política fiscal<sup>297</sup>, pero fundamentalmente se implementa a través de todas las forma de actuación administrativa, en primer lugar, se gesta en los términos expuestos, mediante la actividad administrativa de planificación, que será objeto de análisis más adelante, en este punto basta con hacer tener claro el concepto de política económica para más tarde poder hacer la diferencia con la política monetaria o cambiaria, que como ya se dijo, se

---

<sup>294</sup> Gustavo Vargas-Sánchez. Introducción a la teoría económica: un enfoque latinoamericano. 2° ed. (México: Pearson educación, 2006): 98.

<sup>295</sup> Gustavo Vargas-Sánchez. *Introducción a la teoría económica... op. cit. pág. 15.*

<sup>296</sup> Gustavo Vargas-Sánchez. *Introducción a la teoría económica... op. cit. pág. 98.* “La instrumentación de la economía corresponde a la aplicación de las recomendaciones que provienen de la economía normativa, y consiste en aquel conjunto de políticas que los economistas recomiendan que se deben realizar para alcanzar los objetivos deseados, por ejemplo, en términos de bienestar, estabilidad y saneamiento”. *ibid. op. cit. pág. 16.*

<sup>297</sup> La política fiscal según N. Gregory Mankiw es el “establecimiento del nivel del gasto gubernamental y los impuestos que deciden quienes diseñan políticas gubernamentales”. *Principios de economía. op. cit. pág. 822.*

relaciona con la actividad del BCCR.

## 2.2. Modalidades tradicionales de actuación administrativa

Se hará a continuación, un análisis de las distintas formas en las que tradicionalmente se ha estudiado la intervención administrativa mediante las formas de actuación administrativa, esto es, los distintos medios de los que se vale la Administración Pública para intervenir en determinados campos y con ello, lograr la consecución de sus fines, que como parte del Poder Ejecutivo no son otros que los denominados fines del Estado. Lo anterior se verá en relación con la economía o lo que es más preciso decir, con las formas de intervención en el mercado, por lo que se constituye como un preámbulo necesario, para abarcar la teoría de la *regulación económica* como una forma especial de intervención administrativa en determinados sectores mediante las AAI.

Cabe señalar que al hacer referencia a una clasificación de las formas o modalidades de actuación administrativa, Gaspar ARIÑO ORTIZ, nos dice que se trata con esto de *“articular unos conceptos que nos permiten reconducir a un orden sistemático la enorme cantidad de normas y actos en que se plasman la actividad de los entes públicos”*<sup>298</sup> sin que ello sea una mera elucubración teórica, sino que por el contrario, tiene efectos didácticos y prácticos muy valiosos, ya que permiten *“valorar el grado de intensidad de la intervención de la administración en cada sector de la vida social o el efecto que la actividad causa en la libertad de acción y derechos de los ciudadanos”*<sup>299</sup>. En el mismo sentido Ramón PARADA explica que *“el análisis de las diversas formas de actividad administrativa es fundamental para el estudio y la exposición de la parte especial del Derecho administrativo, por cuanto suministran los criterios de sistematización del gran número de normas que constituyen el ordenamiento jurídico administrativo”*<sup>300</sup> y añade que *“para ello se atiende al efectos que la actividad administrativa causa en la libertad y derechos de los particulares”*<sup>301</sup> y justamente este último es nuestro enfoque.

La primera clasificación de las formas de actuación administrativa, según Santiago

---

<sup>298</sup> Gaspar Ariño Ortiz. Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. (Colombia: Universidad Externado de Colombia y Fundación de Estudios de Regulación, 2003): 287.

<sup>299</sup> Ibid., 287.

<sup>300</sup> Ramón Parada. Derecho Administrativo I: Parte General. Marcial Pons. 15 ed. (España: Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2004): pág. 368.

<sup>301</sup> Ibid. op. cit. 369.

MUÑOZ MACHADO, fue dada por JORDANA DE POZAS, quien estableció tres categorías básicas: la actividad de policía, la de servicios públicos y la de fomento.<sup>302</sup> Esta clasificación gozó de gran aceptación en la doctrina española; sin embargo, al pasar los años otras manifestaciones de la actividad administrativa, producto de “nuevos” fines del Estado (en el contexto de Estado social de Derecho), se incluyeron en la tipología, como lo es la de dación de bienes y servicios, y la planificadora.<sup>303</sup>

Tenemos en el acervo doctrinal distintas formulaciones, entre ellas vale la pena mencionar la de Santi ROMANO quien clasificó las actuaciones administrativas únicamente en dos<sup>304</sup>, por un lado, la actividad administrativa de limitación y por otro lado, la actividad de prestación (bilateral) y la clasificación de M. S. GIANNINI que de la mano del concepto de “*ablatio*”<sup>305</sup> y de los procesos ablatorios reduce las clasificaciones en función de la injerencia que tengan en los derechos personales, los derechos reales y en cuanto a la creación de derechos de obligación para los ciudadanos.<sup>306</sup>

Por su lado E. GARCÍA DE ENTERRÍA divide la actuación administrativa, siguiendo las líneas de ROMANO, en dos grandes categorías, en función de los derecho subjetivos, en actuaciones de ampliación y limitación de derechos.<sup>307</sup> Se dice que “*Las posibilidades de integrar en cualquiera de estos órdenes clasificatorios, de un modo cabal y ordenado, las diferentes formas que reviste la actuación de las Administraciones públicas se ha hecho completamente inviable debido a las transformaciones experimentadas desde finales del siglo XX y primeros del siglo XXI en la concepción de la posición que ha de asumir el Estado en relación con la sociedad*”;<sup>308</sup> sin embargo, atendemos a la clasificación más generalizada en

---

<sup>302</sup> “*La policía englobaría todas las actuaciones o decisiones administrativas que implicaran limitaciones o restricciones de los derechos; el servicio público agruparía todas las prestaciones que la Administración organiza, directa o indirectamente, para ofrecerlas a los ciudadanos y mejorar, por tanto, sus condiciones de vida y derechos. Y la actividad de fomento, en fin, incluiría todos los instrumentos y técnicas de que se vale la Administración para estimular la de los propios ciudadanos o facilitar el cumplimiento de sus deberes*”. Santiago Muñoz Machado. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la administración. 4° ed. (España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015): 13.

<sup>303</sup> véase: Santiago Muñoz Machado. Tratado de Derecho Administrativo... *op. cit.* pág. 13.

<sup>304</sup> *Ibid.* véase pág. 13-14.

<sup>305</sup> “*Es este autor el que recupera la noción medieval de ablatio para construir alrededor de ella los procedimientos ablatorios, que implican sacrificio, privación o eliminación de intereses privados por razones de interés colectivo*”. Santiago Muñoz-Machado. Tratado de Derecho Administrativo... *op. cit.* pág. 14.

<sup>306</sup> *Ibid.* *op. cit.* 14-15.

<sup>307</sup> Santiago Muñoz-Machado. *Tratado de Derecho Administrativo...* *op. cit.* pág. 15.

<sup>308</sup> *Ibid.* *op. cit.* pág. 16.

doctrina, a saber: 1) Actividad de policía y de limitación, 2) actividad de fomento, 3) actividad de servicio público, 4) actividad de gestión económica y 5) actividad de planificación. Adelantamos que no se estudiarán la actividad sancionadora y la arbitral siendo la principal razón su poca repercusión en la actividad económica y que en su mayoría no se llevan a cabo por la Administración Pública<sup>309</sup>.

Por último, debemos mencionar que la nueva concepción del Estado regulador *“ha puesto en cuestión, por insuficientes, las clasificaciones tradicionales de la actividad administrativa (limitación-prestación o, si se prefiere, la tradicional clasificación española de policía-servicio público-fomento, a la que posteriormente se añadió la actividad industrial, la actividad planificadora y la actividad arbitral)”*<sup>310</sup> que han sido llevadas a cabo tradicionalmente por la Administración Pública central, ya que por ejemplo, en la actividad de policía y de limitación, ha sido sustituida por la *“por la moderna actividad de prevención y gestión de riesgos, con su exigencia de un conocimiento experto del que carecen normalmente las Administraciones públicas ordinarias, dando lugar, por ello, a la aparición de las llamadas Administraciones independientes especializadas y, en general, a un significativo aumento del protagonismo administrativo sobre el parlamentario”*.<sup>311</sup> Sobre este último aspecto es que trata el concepto regulación económica que veremos más adelante, que se perfila a su vez como una “nueva” forma de actuación administrativa “independiente”.

### **2.2.1. Actividad administrativa de policía y de limitación**

La actividad de policía se deriva del poder de policía del Estado<sup>312</sup> y es de las más antiguas de las funciones encomendadas al poder político organizado, pero es hasta la primera

---

<sup>309</sup> En relación con la actividad sancionadora algún sector de la doctrina niega que se trate de una actividad organizada de la administración, y por otro lado, las sanciones por lo general son impuestas por los Tribunales de Justicia. Para el caso del arbitraje no hay ninguna administración pública que se encargue en exclusiva de desarrollar dicha actividad en nuestro país, siendo las cámaras de arbitraje entes privados.

<sup>310</sup> José Luis Carro Fernández-Valmayor. “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho Administrativo (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 193. (enero-abril, 2014): 32.

<sup>311</sup> Fernández-Valmayor. *Reflexiones sobre las transformaciones... op. cit.* pág. 32.

<sup>312</sup> “En este sentido, es importante distinguir, tal y como lo hace la doctrina, la existencia de dos criterios sobre el contenido de esta potestad: el criterio “restringido” y el criterio “amplio”. Según el primero, el poder de policía se limita a medidas tendentes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas, mientras que según el criterio amplio, además de los objetivos planteados, el poder de policía se extiende a la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y al bienestar general de la misma”. Miguel S. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. 6º ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997): 537.

mitad del siglo XIX que el Estado, además de sus fines esenciales, asume nuevas funciones de policía, que son actuaciones limitativas de la forma de actuar de los particulares, según ARIÑO ORTIZ, el Estado de policía “*lo que fundamentalmente tiende a conseguir es la pacífica convivencia entre los ciudadanos, mantener el orden público en la medida en que esto es necesario para la convivencia limitando lo menos posible la libertad de los ciudadanos. (...) el Estado se limita a establecer un marco genérico y formal en la configuración del orden del orden económico y social*”<sup>313</sup>.

La actividad de policía ha sido llamada también actividad de “limitación” para evitar las odiosas confusiones terminológicas que se pueden dar en relación con el concepto coloquial de policía, reducido a la policía administrativa, algunos otros la denominan como actividad de “ordenación”<sup>314</sup> o de “control”<sup>315</sup> sin importar la nomenclatura, lo cierto es que es una forma tradicional de acción de la AP, que se manifiesta a través de normas o actos de imperio que son impuestos coactivamente a los ciudadanos, mediante limitaciones, condicionamientos o cargas para lograr determinado fin de interés público, es por ello que produce una repercusión negativa sobre la esfera de libertad y derechos de un sujeto físico o jurídico. Cabe también hacer la diferencia entre poder de policía y “policía” en sentido técnico la cual, según Miguel MARIENHOFF, radica en que la primera se refiere a “*una potestad atribuida por la Constitución al órgano legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes*”<sup>316</sup> y la segunda a “*la función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad públicas y de la economía pública en cuanto afecte directamente a la primera*”<sup>317</sup>.

El poder de policía es una manifestación de la soberanía estatal, en su acepción amplia le permite alcanzar sus fines, en aras de un bienestar social o económico, estos fines se

---

<sup>313</sup> Gaspar Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público... op. cit.* pág: 288. Como complemento señalamos, con Rivero Ortega, que “*Inicialmente la policía se asocia a toda la acción pública, pero más adelante las doctrinas liberales abogaron por una restricción de los límites del Estado (Humboldt), reconduciendo el concepto a la represión de las conductas ilícitas de los sujetos privados. El mantenimiento del orden y la protección de los derechos, mediante limitaciones y técnicas de control (autorizaciones, certificaciones, inspecciones) pasaría a ser su objeto*”. Ricardo Rivera-Ortega. Derecho administrativo. (España: Tirant lo Blanch, 2019): 199.

<sup>314</sup> Este utilizado por Santamaría-Pastor quien excluye de la misma la actividad sancionadora e incluye la actividad arbitral y dación de fe pública y registros sobre derechos privados. véase: Parada-Vázquez. *op. cit.* pág: 377-378.

<sup>315</sup> Ricardo-Rivero pone énfasis, dentro de la actividad de policía, en la potestad inspectora de la administración. véase: Ricardo Rivera-Ortega. *Derecho administrativo... op. cit.* pág. 199-200.

<sup>316</sup> Miguel S. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. 6° ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997): 531.

<sup>317</sup> Ibid.

asocian muchas veces al mantenimiento del orden público u orden público económico (este último más cercano a nuestro objeto de estudio), conceptos de vital importancia que sirven para justificar la actuación del Estado en determinado sentido. En Costa Rica el poder de policía se sustenta en los artículos 28 y 50 de la Constitución Política *“al legitimar al legislativo para regular aquellas acciones privadas que dañen la moral, el orden público o que perjudiquen a terceros, y por otro, al establecer el deber del Estado de procurar el mayor bienestar de la población”*<sup>318</sup> La Sala Constitucional en la sentencia N.º 2002-06515 del 3 de julio de 2002 se ha referido al poder de policía en de la siguiente manera:

En su sentido más amplio, el Poder de Policía comprende las medidas tendentes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas, así como la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y al bienestar general de la misma. Se manifiesta, en principio, como una potestad atribuida al poder legislativo y por ello es indelegable. Sin embargo, **sí se puede crear en la ley ordinaria, una imputación de funciones, asignándole al poder ejecutivo, por ejemplo, la atribución de estatuir sobre determinadas materias, dentro de ciertos límites preestablecidos en la ley.**<sup>319</sup> (negrita no es del original)

Lo anterior consecuentemente trae a colación el tema de hasta qué punto es legítimo que el Estado mediante las distintas actividades, intervenga en la actuación de los particulares, lo cual si se analiza desde el punto de vista constitucional, supone un choque de derechos fundamentales, que para nuestros efectos, tienen especial relevancia los derechos económicos<sup>320</sup> como lo es verbigracia el de libre empresa que se deriva del artículo 28 constitucional al establecer el “principio de libertad”, el cual ha sido el asidero jurídico para establecer en nuestro país el sistema de economía social de mercado. Es por ello que se debe tener ciertos conceptos claros para entender la dinámica de limitación de derechos

---

<sup>318</sup> Sala constitucional número 1273-95 del 7 de marzo de 1995 y 2002-06515 del 3 de julio de 2002.

<sup>319</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. N.º 1273-95 del 7 de marzo de 1995 y 2002-06515 del 3 de julio de 2002.

<sup>320</sup> En realidad no existe un concepto generalmente aceptado de derechos económicos pero cabe señalar que los *“especialistas hablan de “derechos económicos” para referirse al derecho de propiedad (sobre todo, pero no exclusivamente, como un derecho individual) y a otras libertades contractuales, de empresa y de comercio. La importancia económica de estos derechos y libertades es indudable, pues han sido la base del sistema capitalista desde sus orígenes; de ahí su estrecha relación con la expansión de ese modelo económico”*. J. A. Cruz Parceró, P. Larrañaga Monjaraz y P. Rodríguez, *Derechos económicos: una aproximación conceptual*. (México: CEPAL/CNDH, 2019): 13.

fundamentales en general y de derechos económicos en particular.

En primer lugar, la propia Sala Constitucional ha dicho que para ejercer el poder de policía y de limitación de cualquier naturaleza se debe tener presente que ningún derecho fundamental es irrestricto, sino que todo derecho “*está sometido al interés general, a la paz, tranquilidad y orden público y sobre todo, a los derechos de quienes no forman parte de ese grupo interesado*”<sup>321</sup> y todas aquellas medidas que el Estado adopte deben tener como finalidad “*proteger la seguridad, la salubridad y tranquilidad, son de interés público social, que se manifiestan por medio del poder de policía, entendida como la **facultad reguladora del goce de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales***”.<sup>322</sup> Vemos como se esgrimen el concepto de orden público y el concepto de poder de policía para fundamentar la actividad de policía y limitación. En un fallo muy ilustrativo para los efectos de esta investigación, la Sala Constitucional analizó la supuesta violación al “derecho fundamental de acceso a la información pública”, ante la negativa de la SUGEF de proporcionar los estados de suficiencia patrimonial de los entes supervisados, el Alto Tribunal dijo lo siguiente:

**Así, las prerrogativas que se reconocen a los órganos reguladores y supervisores son manifestación de un poder de policía dirigido a mantener el orden público económico. (...) Por ende, el fin último de la regulación financiera es el orden público financiero, fundado en la estabilidad, solidez y liquidez del sistema financiero.** Es por ello que se sujeta a las diversas entidades financieras, o incluso a quienes entran en relación con ellas, a una **regulación especial** dirigida a mantener el **orden público financiero**. Por consiguiente, el Estado, por medio de las normas de **orden público económico**, busca la estabilidad económica del país, por lo que se somete a las entidades financieras a una fuerte supervisión, pues **la estabilidad financiera es necesaria para el mantenimiento del sistema político y social**. Por lo tanto, es posible concluir que cualquier información que venga a poner en peligro dicha estabilidad puede ser regulada, tomando en cuenta lo señalado anteriormente de que los derechos no son absolutos, sino que están sometidos a una serie de limitaciones por razones superiores, en especial en aras de la garantía, protección y promoción de los intereses públicos, que en este caso sería la protección a la estabilidad financiera y

---

<sup>321</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias N.º 1273-95 del 7 de marzo de 1995 y 2002-06515 del 3 de julio de 2002.

<sup>322</sup> Ibid.



económica del país.<sup>323</sup> (negrita no es del original)

A pesar de las reservas en cuanto a clasificar la actividad de regulación económica (financiera) como una derivación o manifestación del poder de policía sin considerar la moderna doctrina sobre dicha actividad (de lo cual se hablará detalladamente más adelante) se debe mencionar, por un lado, que dicha sentencia tiene muchas bondades, ya que aclara varios conceptos básicos y da un ejemplo concreto sobre como un derecho fundamental como el libre acceso a los departamentos administrativos (consagrado en el artículo 30 de la Constitución Política) se puede ver limitado en aras de proteger cierto orden público económico que las normas jurídicas también pretenden proteger, a saber, la estabilidad económica que afecta a todas las personas como agentes y participantes económicos. Por otro lado, se deben de señalar los desaciertos de la sentencia en comentario, fundamentalmente que no contempla las diferencias entre la actividad de policía y la actividad de regulación económica, las cuales podemos resumir en el siguiente cuadro comparativo:

<b>Actividad de policía</b>	<b>Actividad de regulación económica</b>
Llevada a cabo por cualquier Administración Pública, prácticamente todas.	Llevada a cabo por administraciones especializadas, entes reguladores.
Se da una relación general de supremacía o poder en relación con la Administración.	Se da una relación de sujeción especial en relación con la Administración.
No hay aplicación inmediata, se necesita un acto administrativo concreto y específico.	Se puede derivar de la aplicación inmediata de una ley y otros actos de alcance general.
Se da sobre cualquier persona u actividad, no se da en un sector específico. Se habla de <i>actividad reglamentada</i> (sujeta a reglas).	Se da en los sectores económicos regulados o vinculados a ellos. Se habla de <i>actividad regulada</i> en sentido estricto.

Fuente: elaboración propia.

Bajo una concepción amplia de actividad de policía se abarcan todas las técnicas de

<sup>323</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 15170 - 2011 del 4 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-720219> [23-06-2020]

intervención administrativa, pero la doctrina ha hecho algunos matices que buscan delimitar su alcance, así Manuel REBOLLO PUIG afirma que la actividad de limitación “es el *prototipo de actividad en relación de supremacía general respecto a los particulares que pueden no tener ninguna relación administrativa específica sino que desarrollan su actividad privada*”<sup>324</sup>, por lo que **no aplica a personas con una relación directa con la administración**, por ello lo que define a esta actividad, según el citado autor es “*que persigue los fines de interés público imponiendo obligatoriamente la conducta que deben observar los particulares*”<sup>325</sup>, entonces, por ejemplo, no habría en sentido técnico actividad de limitación en una relación contractual con el Estado o en otra relación jurídico administrativa de sujeción especial<sup>326</sup>.

Se puede mencionar que en Costa Rica, la relación de sujeción especial se encuentra positivizada en el artículo 14 de la LGAP<sup>327</sup>, en opinión de Manuel E. VENTURA RODRÍGUEZ este concepto no ha sido bien estudiado en nuestro país y su importancia radica en que “(...) *la Administración Pública podrá fundamentar cualquier actuación de una naturaleza sumamente intensa en dicha norma legal; de no entenderse las aplicaciones y límites de dicho concepto, su aplicación podría tener serios perjuicios para el sujeto privado objeto de la*

---

<sup>324</sup> Manuel Rebollo-Puig. “Lección 12. La actividad de limitación” En Tomás Cano Campos, et al. Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo: Tomo III La actividad de las Administraciones Públicas. V, II. El contenido. (España: Iustel, 2009): 14.

<sup>325</sup> Ibid. pág. 15.

<sup>326</sup> Sobre la relación administrativa de sujeción general y sujeción especial la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la resolución N.º 08027-2004 del 23 de julio de 2004 ha dicho lo siguiente: “*Todos los administrados se encuentran sujetos a una relación de supremacía general –relación general de poder-, que ejerce la Administración y se encuentra conformada por el conjunto de potestades generales que el ordenamiento jurídico le otorga (potestad expropiatoria, sancionatoria, tributaria, etc.). Ahora bien, cuando al estatus genérico del administrado se le adiciona otro (usuario de un servicio público, funcionario público, contribuyente, **estudiante**, recluso de un centro penitenciario; munícipe o vecino del cantón respecto de la municipalidad), el administrado es entonces cualificado. En estos casos, se establece una relación más intensa y peculiar entre el administrado cualificado y la Administración que da pie a una serie de derechos y obligaciones específicos y marcados. En estos casos surge una relación especial de poder que desde la perspectiva de la Administración Pública se denomina relación de supremacía especial, o relación de sujeción especial, desde la óptica del administrado. **Es menester indicar que en tratándose de relaciones de sujeción especial el principio de reserva de ley se ve profundamente debilitado, dado que su contenido puede ser definido a través del ejercicio de la potestad reglamentaria y, en general, de los actos administrativos de alcance general.** (...)” Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-279432> [30-09-2020]*

<sup>327</sup> “1.- Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración. 2.- Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular. 3.- El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones”. Asamblea Legislativa. Artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública. N.º 6227 del 2 de mayo de 1978.

*misma*".<sup>328</sup> Esto último se da típicamente en el "derecho público económico" o como se vio con la jurisprudencia citada de aplicación en el Derecho regulatorio. Por otro lado, la finalidad de la actividad de limitación y policía en la actualidad se ha hecho muy amplia de la mano a la multitud de intereses públicos que busca proteger. Así, el autor Ramón PARADA, buscando delimitar el concepto dice que la actividad de limitación:

supone en todo caso que la incidencia negativa de ésta sobre la libertad y derechos de los particulares **sea consecuencia del ejercicio concreto de una potestad administrativa con un acto de por medio y no efecto directo de una norma.** Cuando, por el contrario, la limitación tiene lugar sin el intermedio de un acto administrativo, estamos en presencia de una limitación legal (...) o de la imposición de deberes, (...). Cosa distinta es que en unos y otros supuestos la Administración ejerza a posteriori del cumplimiento del deber una actividad de inspección o incluso represiva o sancionatoria, pero que ya no es, por lo tanto, dicho propiamente una actividad de limitación.<sup>329</sup> (negrita no es del original)

Por lo que la actividad de limitación sería aquella que se da con los ciudadanos y no cuando existe una relación directa con la administración (como la que tienen los funcionarios, estudiantes o un concesionario de servicio público, etc.) y que se manifiesta mediante un acto concreto de la administración sobre aquel y no como aplicación directa de la ley. Por otro lado, la actividad de policía en una acepción estricta es entendida únicamente como aquella tendiente al mantenimiento del orden público, en este sentido "(...) *dentro de la actividad administrativa de limitación puede hacerse un lugar especial para aquella cuya finalidad es precisamente la preservación del orden público. Es lo que aquí consideramos actividad administrativa de policía. En ocasiones, se habla de actividad de policía como sinónimo de actividad de limitación. No es lo que aquí hacemos. Llamamos actividad de policía sólo a aquella parte de la actividad administrativa de limitación que tienen por fin la preservación del orden público*".<sup>330</sup> Por lo anterior, se puede concluir que tanto la actividad de policía como la actividad de regulación económica derivan o son subclasificación de la actividad de limitación del Estado sin que la regulación busque fundamentalmente limitar

---

<sup>328</sup> Véase: Manuel Enrique Ventura-Rodríguez. "Las relaciones de sujeción especial en el derecho público económico," en Derecho Administrativo Económico. (Costa Rica: Editorial jurídica continental, 2008), 92.

<sup>329</sup> Ramón Parada. *Derecho Administrativo I... op. cit.* pág. 378.

<sup>330</sup> Manuel Rebollo-Puig. *Lección 12. La actividad de limitación... op. cit.* pág. 20. (negrita no es del original)

derechos (sino garantizar otros) como se verá más adelante, a su vez ambos conceptos se diferencian en razón del sujeto y del objeto.

La actividad de policía puede llevarse a cabo por cualquier administración pública, ya que se rigen por el derecho administrativo, que se sabe es un derecho exorbitante del Derecho privado, limitando e imponiendo requisitos, por su lado, la regulación económica *stricto sensu* sólo es aquella que se lleva a cabo a través de un ente regulador especializado o AAI, las cuales por ser AP también pueden realizar actividad de policía, verbigracia con la autorización administrativa<sup>331</sup>, entonces cabe hacer la diferenciación desde lo subjetivo entre lo general y lo particular y desde lo material se ve como la actividad de policía va desde aspectos tan dispares como la salud pública, la inspección laboral, la educación pública, la fiscalización tributaria, el urbanismo, todo el mundo del Derecho ambiental, entre otras. Por su lado, la regulación económica se ejerce sobre los denominados mercados o *sectores regulados* (empresas reguladas y supervisadas), esto se debe precisar, ya que en realidad todos los sectores, en sentido general o amplio, se encuentran regulados o sujetos a derecho, por lo que decir que cierto sector está bajo una “regulación especial” o sometido a una “fuerte supervisión” es poco preciso y técnicamente indeseable, error en que incurren hasta los Tribunales más elevados<sup>332</sup>, la doctrina no especializada y las leyes (en la parte expositiva), en este sentido señala Íñigo del GUAYO CASTIELLA que debe hacerse la diferencia entre actividades reglamentadas (el grueso de la actividad económica como gasolineras, farmacias, supermercados, educación, clínicas, laboratorios, sector agropecuario, transporte privado, parqueos privados, restaurantes y un largo etcétera) y actividades reguladas, argumenta el citado autor que:

Aquí falla la premisa, pues no existe ninguna actividad que no esté sujeta reglas, no

---

<sup>331</sup> “Así, la fórmula de la autorización administrativa, forjada en el entorno de referencias propio de la policía administrativa, bajo la marcada impronta de la idea de orden público y justificada en razones de seguridad, hace ya un tiempo extendió su utilización a la intervención administrativa sobre la actividad económica, con unos objetivos y unos trazos jurídicos que difieren ostensiblemente de los que son característicos de la policía administrativa. Mucho más recientemente, la técnica autorizatoria irrumpe con una significación muy destacada en los mercados regulados. La autorización de entrada de estos mercados regulados contempla y resuelve un momento decisivo para la propia operatividad de los mercados, la competencia efectiva que puede desarrollarse entre los operadores, y se erige así en una fórmula muy relevante del instrumentario jurídico de la regulación de la economía. Con ello, la fórmula de la autorización es objeto de otro profundo reajuste que la aleja aún más de los contornos originados de la policía administrativa”. José Esteve Pardo. “*El encuadre de la regulación de la economía en el derecho público,*” *en Fundamentos e instituciones de la regulación I.* (España: Iustel, 2009), 391.

<sup>332</sup> Véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 15170 - 2011 del 4 de noviembre de 2011. Op. cit.

existe sector alguno que no esté regulado. La libertad entendida como ausencia de reglas, no existe. Para entender la distinción entre actividades reguladas y actividades no reguladas no hay que examinar si la actividad está sujeta a reglas o no, sino el papel que la regla cumple en la actividad: si constituye la esencia de la actividad (regulada) o si se limita a establecer límites a una actividad libre (no regulada). En la situación actual no hay término medio entre estar regulado, o no estarlo. Tampoco hay grados: no hay actividades intensamente reguladas frente a actividades levemente reguladas; o una actividad está regulada, o no lo está.<sup>333</sup>

En sintonía con lo anterior, el autor Julián Andrés PIMIENTO ECHEVERRI señala atinadamente que “(...) *la regulación debe ser distinguida de las demás actividades del Estado como una modalidad distinta dentro de sus actuaciones, no se trata evidentemente de la prestación de un servicio público, ni de una estricta actividad de fomento, pero tampoco y esto es muy importante, puede identificarse con la actividad de policía*”.<sup>334</sup> En este último sentido hace la diferencia con la actividad de policía que “(...) *podría ser definida como la restricción de las libertades de los ciudadanos en aras de la protección del orden público. A pesar de las similitudes que puedan encontrarse, la actividad regulatoria es esencialmente distinta de la policía administrativa, no solo en cuanto a los mecanismos que utiliza sino, y esto es lo más importante, en cuanto a las finalidades que busca*”.<sup>335</sup> Así esta última busca el garantizar orden público económico y garantizar el adecuado desarrollo de las libertades y derechos de los sujetos privados.

Superado lo anterior, en la actualidad la doctrina señala elementos de una clara **transformación en la actividad de policía**, esta actividad se ha caracterizado por el otorgamiento de licencias, autorizaciones y otros permisos de la administración pública, estos son actos administrativos reglados, como forma derivada del ejercicio del poder de policía, aquellos han sido flexibilizados, aligerados y en bastantes casos trasladados al sector privado. Aquella titularidad pública (que cada día se va diluyendo) se basa según Luis

---

<sup>333</sup> Íñigo del Guayo-Castiella. Regulación. (España: Marcial Pons, 2017), 29.

<sup>334</sup> Julián Andrés Pimiento-Echeverri. “La Regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 9. (Primer semestre, 2013): 25.

<sup>335</sup> *Ibid.*

COSCULLUELA<sup>336</sup> en dos aspectos fundamentales, primero, el trabajo al que estaba habituada la AP era el de oficina y no el de campo, con ello “*la actividad de inspección estaba en nuestra Administración poco desarrollada, se prefería hacer descansar todo el control sobre el examen a priori de la documentación aportada por el propio particular interesado y no en una labor inspectora in situ*”.<sup>337</sup> En segundo lugar, existe un problema en cuanto a la determinación de la responsabilidad extracontractual de los operadores privados de servicios de titularidad estatal o sujetos colaboradores de la administración, por ello, los esfuerzos se concentran en asegurar la actividad emprendida *a priori*, problema que se mantiene hoy, ya que se hace recaer finalmente la responsabilidad patrimonial en los poderes públicos titulares de la actividad y no en los sujetos privados generadores del daño, un tercer elemento, complementario a los dos anteriores, se ubica en el cobro de tasas por los trámites administrativos (autorizaciones o licencias) que a nivel local pueden constituir una importante fuente de financiación de la administración.<sup>338</sup>

Así el Derecho administrativo ha ido sufriendo grandes transformaciones al darse los fenómenos de i- la externalización de actividades típicamente administrativas<sup>339</sup> llevadas a cabo por las llamadas entidades colaboradoras de la administración, ii- el reconocimiento de poderes normativos a entes de derecho privado (autorregulación) y la recepción jurídica de normas de origen privado (autorregulación regulada) y iii- las llamadas actividades informales de la administración (actividades comunicadas) en el marco de la simplificación de trámites y digitalización de la administración pública<sup>340</sup>, todo lo anterior no es un tema menor, ya que rompe algunos de los dogmas del Derecho administrativo tradicional.

Dentro de dichas transformaciones en el Derecho administrativo, relacionada

---

<sup>336</sup> Véase: Luis Cosculluela-Montaner. “El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica (España)”. *Revista de Administración Pública*. N.º 200. (mayo-agosto, 2016): 105-106.

<sup>337</sup> Luis Cosculluela-Montaner. *El impacto del derecho de la UE en la regulación española... op. cit.* pág. 105.

<sup>338</sup> Véase: *Ibid.* op. cit. pág. 106.

<sup>339</sup> Véase: José Luis Carro Fernández-Valmayor. “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho Administrativo (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 193. (enero-abril, 2014): 11-44.; y especialmente José Carlos Laguna de Paz. “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 185. (mayo-agosto, 2011): 89-112.

<sup>340</sup> Véase: Francisco Toscano-Gil. “Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo en España (Colombia)” *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 22. (segundo semestre, 2019): 340. Para este autor podría hablarse de una transformación significativa de una parte del Derecho administrativo denominada “actividad de ordenación o de intervención”.

directamente con la actividad de policía está “(...) *el destacado aumento del protagonismo de los particulares en la gestión de los asuntos públicos*”<sup>341</sup> una entidad privada que lleva ya varios años ejerciendo actividades tradicionalmente administrativas<sup>342</sup>, por poner un ejemplo de nuestro país, es RITEVE<sup>343</sup>, la cual emite certificaciones técnicas con efectos oficiales de aplicación directa, esta empresa también es un típico ejemplo de entidades colaboradoras de la administración<sup>344</sup>, esto ha supuesto que “*el propio concepto tradicional de acto administrativo ha debido ser revisado en los supuestos de ejercicio de funciones públicas de autoridad por parte de sujetos privados*”<sup>345</sup> es un tipo de externalización<sup>346</sup> que incide en la relación jurídico administrativa y no una simple tercerización de tareas (como en las relaciones laborales de servicios de limpieza o vigilancia donde se sustituye el sujeto particular por una empresa que garantiza la continuidad del servicio, por ejemplo) que no implican ninguna función administrativa<sup>347</sup>. En palabras de David Blanquer Criado sobre el tema en cuestión:

---

<sup>341</sup> José Luis Carro. *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público...* op. cit. pág.: 14.

<sup>342</sup> En este sentido apunta Toscano-Gil que suscita “(...) *cierta perplejidad y discusión, por cuanto supone una ruptura de una tradicional prohibición legal consolidada en nuestro ordenamiento, según la cual las entidades de derecho privado no podrían ejercer potestades administrativas. Lo cierto es que el ejercicio de potestades públicas por sujetos de derecho privado no constituye una novedad en nuestro sistema organizativo...*” *Análisis de las transformaciones actuales del Derecho administrativo...* op. cit. pág.: 354.

<sup>343</sup> Riteve SyC es una empresa de capital trasnacional que desde 2017 forma parte del grupo Applus+ que opera en más 70 países y es reconocida mundialmente en materias de inspección, ensayos y certificación.

<sup>344</sup> José Carlos Laguna de Paz. “*En algunos casos la externalización se instrumenta a través de convenios, mientras que en otros las entidades colaboradoras se someten a su previa acreditación y/o autorización administrativa. En cuanto entidades colaboradoras, se sujetan al control de la Administración, a la que deben remitir información periódica acerca de sus actividades. La normativa también prevé sanciones frente a eventuales incumplimientos, así como —en su caso— la revocación del título habilitante*”. *Regulación, externalización de actividades...* op. cit. pág.: 100.

<sup>345</sup> José Luis Carro. *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público...* op. cit. pág. 36.; Véase también: J. I. López González. “El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho privado de la Administración. (España)”. *FORO. Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época 19, N.º 1.* (2016): 65-76.

<sup>346</sup> “*La externalización consiste en la traslación a personas —privadas o públicas— del ejercicio de actividades que tienen un carácter auxiliar o instrumental para el ejercicio de las atribuciones administrativas. El objeto de la externalización no es, pues, la competencia administrativa ni su ejercicio. En esto se distingue de la descentralización, desconcentración y delegación. La externalización tampoco significa la liberalización de actividades, ya que su objeto son tareas que hasta ese momento realizaba la Administración, pero que —en cuanto tales— no necesariamente le están reservadas (...) En realidad, la externalización no es propiamente una técnica jurídico- administrativa, sino de gestión. Su trascendencia radica en que permite a la Administración concentrar sus recursos —materiales y humanos— en el ejercicio de sus competencias, sin asumir la realización de actividades instrumentales*”. José Carlos Laguna de Paz. *Regulación, externalización de actividades...* op. cit. pág. 99.

<sup>347</sup> “(...) *todos estos supuestos que acabamos de exponer, de sujetos de derecho privado que pueden ejercer potestades administrativas, se diferencian del que nos ocupa en que estos sujetos no forman parte del sector público. No está detrás de ellos el Estado en ningún caso. Son, digámoslo así, particulares. No es esto lo que ocurre con las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración, que sí que se integran en el sector público (...). Como ya he señalado, el principal escollo viene dado porque esta nueva regulación supone una ruptura de una prohibición legal ya clásica en nuestro ordenamiento, que teníamos más*

Estamos ante un nuevo enfoque de los controles administrativos que tiene un profundo calado político e ideológico, por su incidencia en la libertad de las empresas y los profesionales (en cuya buena fe y responsabilidad ahora ya se confía en las leyes parlamentarias). Hoy como ayer, la tradicional técnica de la autorización sigue estando vinculada a la desconfianza de los poderes públicos con los ciudadanos (las empresas y otras personas interesadas), pues no pueden iniciar su actividad hasta que la burocracia les dé su visto bueno. En cierto sentido, se les considera menores de edad no emancipados y sometidos a los permisos de «mamá-Administración». Se presupone que esos particulares son inmaduros y procederían de manera imprudente e irresponsable, si no estuvieran sometidos a esa previa tutela burocrática que se instrumenta mediante una autorización.<sup>348</sup>

Sobre el tema de la autorregulación se puede hacer mención brevemente a la Bolsa Nacional de Valores S. A.<sup>349</sup> (BNV), única bolsa de valores que funciona en nuestro país, la cual tiene atribuido legalmente competencias de autorización<sup>350</sup> y competencias normativas<sup>351</sup> pese a ser una entidad de Derecho privado y en su mayoría de titularidad privada, repartida entre acciones propiedad de los distintos puestos de bolsa que la componen, así el artículo 27 de la LRMV dispone que *“Las bolsas de valores tienen por único objeto facilitar las transacciones con valores, así como ejercer las funciones de autorización, fiscalización y regulación, conferidas por la ley, sobre los puestos y agentes de bolsa (...)”*<sup>352</sup>. Esta es la

---

*que interiorizada, la de que estas entidades de derecho privado no podían ejercer nunca potestades administrativas, o al menos aquellas que implicaran ejercicio de autoridad”*. Francisco Toscano-Gil. *Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo... op. cit.* pág. 356.

<sup>348</sup> David. Blanquer-Criado. La autorización y la comunicación (en el contexto de la UE). (España: Tirant lo Blanch, 2018), 20.

<sup>349</sup> Sobre la normativa de autorregulación de la BNV puede consultarse el compendio normativo y las “reglas de negocio” actualizadas en su página oficial: <https://www.bolsacr.com/bolsa-valores-cr/reglas-de-negocio-y-normativa-vigente> [24-06-2020]

<sup>350</sup> Artículo 29 inciso a) y h) de la Ley N.º 7732. “Ley Reguladora del Mercado de Valores” (LRMV) “**ARTÍCULO 29.- Funciones y atribuciones.** Las funciones y atribuciones de las bolsas serán las siguientes: a) Autorizar el funcionamiento de los puestos de bolsa y de los agentes de bolsa, regular y supervisar sus operaciones en bolsa y velar porque cumplan con esta ley, los reglamentos de la Superintendencia y las normas dictadas por la bolsa de la que sean miembros, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia. (...) h) Autorizar el ejercicio a los agentes de bolsa, cuando cumplan con los requisitos dispuestos por esta ley y los reglamentos de la respectiva bolsa. (...)”.

<sup>351</sup> Artículo 29 inciso c) de la LRMV. *op. cit.* “**ARTÍCULO 29.- Funciones y atribuciones.** Las funciones y atribuciones de las bolsas serán las siguientes: (...) c) Dictar los reglamentos sobre el funcionamiento de los mercados organizados por ellas, en los cuales deberá tutelarse la objetiva y transparente formación de los precios y la protección de los inversionistas. (...)”.

<sup>352</sup> Artículo 27 de la LRMV. *op. cit.*



delegación legislativa de la función de supervisión y regulación en un ente privado, eso sí, bajo la coordinación y subordinación de una administración pública llamada SUGEVAL. Según Francisco TOSCANO GIL la autorregulación “(...) *se ha explicado por la complejidad de la técnica, y la dificultad de gestionar la sociedad del riesgo tecnológico, en ciertos sectores que escapan a las capacidades de la Administración, de tal modo que elementales consideraciones de eficacia aconsejan delegar el ejercicio de estas funciones a sujetos más preparados*”.<sup>353</sup>

Estamos entonces ante la sustitución de técnicas administrativas clásicas (como son las autorizaciones o licencias) por otras menos formalistas, principalmente en los sectores económicos o empresariales (no aplica para aspectos relacionados con el medio ambiente), por ejemplo, en España desde hace varios años se han implementado las denominadas declaraciones responsables o comunicaciones, lo cual le permite al ciudadano comenzar una actividad reglamentada sin la necesidad de una autorización previa<sup>354</sup>, en Costa Rica sobre esta línea se promulgó el Decreto Ejecutivo N.º 41795 del 19 de junio de 2019 denominado “agilización de trámites en las entidades públicas, mediante el uso de la declaración jurada”, el cual considera que “*como parte de los esfuerzos en materia de mejora regulatoria las instituciones públicas deben realizar una transición gradual hacia un modelo de aprobación de trámites más expedito y ágil, privilegiando un sistema que revitalice el uso de la declaración jurada, aparejado a un fortalecimiento de las capacidades institucionales de verificación posterior, basado en mecanismos, novedosos de monitoreo, trazabilidad y atención de denuncias e inspecciones aleatorias*”.<sup>355</sup> El tema de la mejora regulatoria será tratado en secciones posteriores, pero no se puede dejar de mencionar que dicho decreto no tiene ninguna vinculatoriedad, sino que busca “impulsar” o “instar” el mecanismo de declaración jurada y deja al arbitrio de cada administración, el procedimiento para llevarlo a cabo y solo se podrá implementar cuando el nivel de riesgo, importancia o impacto del requisito (autorización) lo permita, con lo cual se deduce que su implementación no será ni podría ser generalizada.

Las actuaciones comunicadas (como se da con las declaraciones juradas) quedan supeditadas a una fiscalización *ex post*, lo cual “*conecta igualmente con los principios de buena*

---

<sup>353</sup> Francisco Toscano-Gil. *Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo... op. cit.* pág. 359.

<sup>354</sup> Véase: Francisco Toscano-Gil. *Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo... op. cit.* pág. 341-342.

<sup>355</sup> Considerando XI del Decreto Ejecutivo N.º 41795 del 19 de junio de 2019 “Agilización de trámites en las entidades públicas, mediante el uso de la declaración jurada”.

*regulación y buena administración, así como con la implantación de la Administración electrónica (...)*.<sup>356</sup>, por ejemplo, el artículo 3 del decreto N.º 41795 dice que “*cada institución deberá definir las guías o manuales a utilizar para llevar a cabo las tareas de inspección y verificación posterior, de modo que el administrado tenga absoluta certeza de los aspectos que serán objeto de evaluación durante esa etapa*”. Cabe señalar finalmente que dichos cambios de “entrada al mercado” para el caso de las actividades reguladas, en especial las financieras, deben tratarse con mayor rigor o cautela, ya que son actividades que ponen en riesgo recursos de terceras personas (ahorrantes e inversionistas) y no los propios ingresos, como los del comerciante, así que cualquier flexibilización en requisitos y controles se traduce en *desregulación* y ello puede afectar al orden público económico.

Por lo tanto, se sostiene que no es posible sustituir en los mercados regulados, la típica autorización por un régimen de comunicación, ya que la primera es un requisito de entrada al mercado, el cual es un acto no reglado, porque se tiene que realizar un análisis del mercado donde se valora la idoneidad de los nuevos entrantes, así como la fijación concreta de obligaciones y límites.<sup>357</sup> También se debe recordar que modernamente existen mecanismos como la *sandbox* regulatoria para que nuevas empresas puedan operar por un tiempo determinado sin tener que cumplir con todos los requisitos de la autorización formal.

### **2.2.2. Actividad administrativa de fomento**

La actividad de fomento se materializa en aquellas medidas donde la Administración Pública gestiona gastos e ingresos públicos para orientar o incentivar la actividad de los particulares, mediante métodos persuasivos o disuasivos<sup>358</sup>, enrumbando a los distintos agentes económicos hacia la producción de bienes y servicios específicos y deseables para el conglomerado social, JORDANA DE POZAS definió la actividad de fomento como “*la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o que se estiman*

---

<sup>356</sup> Ibid. op. cit. 345.

<sup>357</sup> Véase: José Esteve Pardo. “*El encuadre de la regulación de la economía en el derecho público,*” en *Fundamentos e instituciones de la regulación I.* (España: Iustel, 2009), 404-405.

<sup>358</sup> Ramón Parada-Vázquez clasifica las medidas de fomento en: i) honoríficas, ii) económicas y iii) jurídicas. véase: *Derecho Administrativo I... op. cit.* pág. 392-393.

*de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos*<sup>359</sup> se ve como la misma definición permite hacer la diferencia con la actividad de policía y la de servicios públicos que se analizará más adelante.

Sobre el nacimiento de la actividad administrativa de fomento, también señalada por algunos autores como la propia del Estado subsidiario, SANTAMARÍA PASTOR dice que *“debe situarse en periodos históricos bastante próximos: es cierto que precedentes de dicha actividad pueden hallarse en las épocas más remotas; pero no tienen más interés que el puramente anecdótico. En los tiempos actuales, la actividad promocional se configura, ante todo, como uno de los principales instrumentos de la **política económica**; y, en cuanto tal, las raíces de la misma han de buscarse en los siglos XVII y XVIII”*.<sup>360</sup> Las actividades que usualmente son objeto de políticas de fomento son la educación privada, la vivienda social, el sector cultura, la sanidad y la conservación del medio ambiente<sup>361</sup> y más modernamente los mercados económicos, que para nuestros efectos son de vital interés, Fernández Farreres señala en este sentido que:

Uno de los instrumentos de los que el moderno intervencionismo público se viene sirviendo con mayor frecuencia e intensidad es el de las ayudas económico-financieras en sus muy diversas formas y variantes. Las ayudas e incentivos económicos se han erigido en uno de los medios más característicos y habituales de las políticas económicas y sociales de todos los Estados. Y es que, a través de los mismos, se puede lograr el encauzamiento y la orientación de las actividades privadas en la dirección deseada sin necesidad de utilizar formalmente técnicas coactivas o de policía.<sup>362</sup>

La actividad de fomento, a diferencia de la actividad de policía y de limitación no impone deberes, sino que se centra en establecer algunas ventajas como pueden ser las subvenciones o desgravaciones fiscales, entre otras. *“El fomento es, pues, la actuación administrativa dirigida a conseguir, mediante medios indirectos y no imperativos, la autoordenación de la actividad privada, de la acción de los ciudadanos o particulares, en función de fines y objetivos de interés*

---

<sup>359</sup> Germán Fernández-Farreres. *“Lección 16. La Actividad de Fomento”*. en Tomás Cano Campos, et al. Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo: Tomo III La actividad de las Administraciones Públicas. V, II. El contenido. (España: lustel, 2009): 147.

<sup>360</sup> Juan Alfonso Santamaría-Pastor. Principios de Derecho Administrativo General. 2ºed. (España: Editorial lustel, 2009): 351.

<sup>361</sup> Véase: Gaspar Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 295.

<sup>362</sup> Germán Fernández-Farreres. *Lección 16. La Actividad de Fomento. op. cit.* pág. 151.

*público fijados por la AP*<sup>363</sup>, así se presenta la AP más amigable con la esfera de libertad de los particulares<sup>364</sup>.

La actividad de fomento no solo se dirige a personas particulares, estos no son los únicos beneficiarios<sup>365</sup>, ya que puede estar dirigida también a empresas, ONGs e incluso, otras administraciones normalmente de grado inferior o el caso de las fundaciones adscritas a un ministerio<sup>366</sup>, entre otras. Una vez que los sujetos son acreedores de una de estas ventajas, su papel cambia y se encarga de que la actividad corresponda con el fin establecido, se constituye así *“un título habilitante que permite a la Administración intervenir, ordenar y controlar las actuaciones privadas apoyadas por ayudas públicas”*<sup>367</sup> sin que se pueda convertir en una actividad dirigida. Aunque la actividad de fomento no solo trata de los incentivos económicos, lo es cierto que en la actualidad es el medio más efectivo y generalizado, dichos incentivos no son otra cosa que ayudas públicas, definidas por Ignacio M. de la RIVA como *“(…) la actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados (…)*”.<sup>368</sup>

En Costa Rica, a diferencia de España, no se cuenta con una Ley de Subvenciones<sup>369</sup> con un concepto legal y que establezca ciertas garantías, en ese país europeo, la Ley obliga a las administraciones a concretar en un plan estratégico, los objetivos y efectos que se pretende con la aplicación del subsidio, el plazo necesario para su consecución, el costo y

---

<sup>363</sup> Luciano Parejo-Alfonso. Lecciones de derecho administrativo. 9º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2018): 523.

<sup>364</sup> En principio el Estado debería quedar fuera de esta actividad ya que lo que hace es influir en los privados mediante estímulos económicos, como beneficios fiscales, subvenciones, permisos de uso, créditos con privilegios entre otros; sin embargo, es notable el hecho que el Estado -al menos en Costa Rica- lleva a cabo actividad de fomento muchas veces mediante empresas públicas de derecho privado, por ejemplo, con los bancos estatales y sus programas especiales de actividad de crédito para pymes o Banca para el Desarrollo.

<sup>365</sup> Ramón Parada señala que *“la actividad incentivadora se ha extendido a todos los sectores económicos (agricultura, minería, vivienda, construcción, naval, etc.) y ha llegado a la cultura (cine, teatro) y a la acción social, donde el repliegue de Estado ha sido cubierto por las “Organizaciones no gubernamentales” (ONGs) que, prácticamente, viven de las subvenciones públicas”*. *Derecho Administrativo I... op. cit.* pág. 392.

<sup>366</sup> Véase: Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica. OJ-111-2017 del 11/09/2017. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=20069&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=20069&strTipM=T) [24-06-2020]

<sup>367</sup> Ramón Parada. *Derecho Administrativo I... op. cit.* pág. 395.

<sup>368</sup> Ignacio M, de la Riva. *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado.* (Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2004): 122-123.

<sup>369</sup> Ley General de Subvenciones 38/2003 (española), del 17 de noviembre de 2003. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/17/38/con> [24-06-2020]

fuentes de financiación, aplicable en todo caso, las leyes de control interno y presupuestales, esto último sin dudas es un control formal del que carecemos en nuestro país.

Por ejemplo, véase toda la controversia que se dio recientemente con el otorgamiento de la ayuda pública denominada “Bono Proteger” diseñado por el Gobierno central a raíz de la crisis sanitaria y económica de la COVID-19, se criticó desde distintos sectores supuesta “falta de transparencia”<sup>370</sup>, falta del derecho de respuesta o “información”<sup>371</sup> y falta de “reglamento”<sup>372</sup> en el otorgamiento de dicha ayuda, más allá de la capacidad económica real del Estado. Varios principios jurídicos deben tenerse presentes (más ante la falta de Ley) en el otorgamiento de ayudas públicas como lo son el de principio de legalidad y el de contenido presupuestario (se tiene que contemplar en la Ley de Presupuesto, salvo casos excepcionales y de urgencia<sup>373</sup>), el Principio de Igualdad y no discriminación, ya que el otorgamiento de ayudas es una actividad reglada en la que se debe garantizar la libre concurrencia y el principio de transparencia en el proceso de otorgamiento de dichas ayudas.

Por otro lado, nos encontramos en este punto ante el tema de las subvenciones públicas como medio por el que se concreta de la actividad de fomento, entendidas aquellas en una concepción amplia como “*cualquier tipo de ayuda pública económica, directa o indirecta*”<sup>374</sup>, dicho tema en el Derecho europeo ha sido objeto de debate de cara al Derecho de la competencia. MARTÍN RETORTILLO en este sentido dice que estas medidas “*son uno de los procedimientos más eficaces de promoción de la iniciativa económica privada, y no se olvide, auténtico cauce a través del que los poderes públicos orientan y corrigen el sistema de mercado en una determinada dirección*”<sup>375</sup> Dada la incidencia o posibles distorsiones en la economía por las ayudas públicas o subvenciones, es preciso contar con controles en su

---

<sup>370</sup> Noticia del 14 de mayo de 2020. “Observatorio Ciudadano reporta bajo nivel de transparencia en Bono Proteger” en Delfino.cr, disponible en: <https://delfino.cr/2020/05/observatorio-ciudadano-reporta-bajo-nivel-de-transparencia-en-bono-proteger> [24-06-2020]

<sup>371</sup> Noticia del 05 de junio de 2020. “Defensoría de los Habitantes reclama falta de información en 500 peticiones de bono proteger”. en La Nación.com, disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/defensoria-de-los-habitantes-reclama-falta-de/TR5R7H3MIFVFC7X3JDC2T6VKU/story/> [24-06-2020]

<sup>372</sup> Noticia del 14 de abril de 2020. “Contraloría advierte falta de reglamento para entrega de «Bono Proteger»” en El Observador, disponible en: <https://observador.cr/noticia/contraloria-advierte-falta-de-reglamento-para-entrega-de-bono-proteger/> [24-06-2020]

<sup>373</sup> Para Fernando Jeannot las transferencias públicas deben ser el reflejo fiel de un proceso sancionado democráticamente por la mayoría óptima. *De las fallas del mercado a las fallas de las organizaciones... op. cit.* pág. 15.

<sup>374</sup> Ramón Parada. *Derecho Administrativo I... op. cit.* pág. 397.

<sup>375</sup> Martín Retortillo citado por Ramón Parada. *Derecho Administrativo I... op. cit.* pág. 394-395.

otorgamiento, esto es de vital importancia, ya que la influencia que puede ejercer el Poder Ejecutivo en determinada actividad no es poca, así entra en juego el Derecho de la competencia que como es propia de dicha disciplina, realizará un control *ex post* sobre la repercusión real de las subvenciones en el mercado de referencia, es por ello que PARADA señala que *“la orientación de las subvenciones debe dirigirse a claramente a **corregir los fallos claramente identificados en el mercado** y a evitar que sus efectos sean distorsionadores y, en fin, a la pretensión del legislador de que el otorgamiento se ajuste a los principios de eficacia y eficiencia”*.<sup>376</sup>

En el anterior sentido advierte FERNÁNDEZ FARRERES que *“dada su incidencia en la libre competencia y en el propio funcionamiento del mercado (...), el intervencionismo estatal a través del otorgamiento de ayudas económicas a favor de sus producciones y empresas puede erigirse en un obstáculo insuperable para la conservación del mercado (...)”*<sup>377</sup> y es que en el Derecho comunitario europeo han salido a la luz los efectos perniciosos que puede tener la actividad de fomento sobre sectores económicos (no estamos hablando acá de las subvenciones sociales de necesidad o urgencia), en tanto y cuanto pueden interferir en el uso eficiente de los recursos públicos y los normales intercambios comerciales, razón por la cual deben ser, al menos, restringidas a casos excepcionales.

Es por lo anterior que las ayudas públicas deben ser limitadas a aquellas actividades económicas que no sean rentables y que su existencia suponga una necesidad para la economía general; sin embargo, no es cualquier ayuda pública la que debe cuestionarse, sino aquellas en que *“el auxilio estatal otorgado a una o varias empresas se genere un perjuicio o menoscabo, tangible, de suficiente visibilidad, que conlleve una consecuencia relevante para las normas antitrust, al generar desequilibrios competitivos, de carácter estructural, de acceso a nuevos competidores, etcétera”*.<sup>378</sup> En conclusión el fomento, mediante diversas ayudas públicas, es un actividad tradicional y legítima de la administración, en la que se puede ejercer gran influencia en la dinámica normal de mercado, puede ser un instrumento loable de ayuda al sector social menos favorecido, siempre y cuando se busque ese equilibrio óptimo al

---

<sup>376</sup> Véase: Ramón Parada. *Derecho Administrativo I... op. cit.* pág. 399-400.

<sup>377</sup> Germán Fernández-Farreres. *Lección 16. La Actividad de Fomento. op. cit.* pág. 151.

<sup>378</sup> Jesús Alfonso Soto-Pineda, “La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio (Colombia)”, *Vniversitas*, N.º 128: 315-355, (enero-junio, 2014): 325.

establecer la política pública subsidiaria.

### 2.2.3. Actividad administrativa de servicio público

Se debe que tener claro el concepto de “Servicio Público”<sup>379</sup> y su evolución, para poder hablar de la actividad administrativa de dación de servicios públicos o prestacional, así como algunas clasificaciones de importancia, esto en la presente investigación ayuda, entre otras cosas, a establecer qué tipo de servicio público es el que se desarrolla mediante la actividad ordinaria del Gobierno central, estudiada acá como actuación administrativa de servicio público (gestión directa o indirecta) y por otro lado, cuáles son los servicios públicos encomendados al sector privado que por su importancia social o económica son de interés general y no son suministrados por la Administración en ninguna de sus modalidades, pero que por su importancia, tienen “cargas de servicio público” y un régimen jurídico especial. También es de importancia para nuestros efectos el “nuevo” concepto de *servicios de interés general* de origen europeo, concretamente aplicado al sistema financiero, para más adelante evidenciar cómo se regulan con pretensiones de independencia del poder político y cómo, en todo caso, se sobrepasa el régimen de regulación del servicio público tradicional (incluso a la concesión), en cuanto a la “intensa” intervención en el sector de referencia, dicho régimen especial lo denominamos *regulación económica* en sentido estricto.

Los primeros teóricos del servicio público afirmaron que toda la actividad que desplegaba el Estado lo era, a este movimiento se le denominó Escuela de Burdeos, siendo su fundador y principal exponente, su decano León DUGUIT, quien lo definió como *“toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”*<sup>380</sup> ve entonces en el servicio público la legitimidad para que el Estado

---

<sup>379</sup> Se puede aclarar junto con Ramón Parada que *“no hay actividades públicas o privadas por naturaleza y que la determinación de aquellas prestaciones que han de satisfacer desde la propia Administración depende de la ideología política, del pulso social de cada país en cada época, de la evolución tecnológica y organizativa de las empresas y, consecuentemente, de lo que a la vista de esos datos decida el poder político, mediante la asunción directa de los servicios o de su remisión a la actividad privada o de una combinación entre ambas fórmulas”*. *Derecho Administrativo I... op. cit.* pág. 424.

<sup>380</sup> DUGUIT. Les transformations du Droit Public, 1913. citado por del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Sentencia N.º 0093 del 27 de septiembre de 2013. Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-589853> [01/04/2020]

pueda intervenir, dicha concepción fue criticada por la Escuela de Toulouse (HAURIOU), ya que está *“hallaba en la soberanía una explicación suficiente de la legitimidad pública”*<sup>381</sup>, por otro lado, *“la escuela de Duguit se consideró inicialmente un criterio subjetivo, lo que hacía que todas las actividades públicas fueran servicio; mientras que la escuela de Burdeus (sic) se orientó a señalar un criterio más de finalidad y utilidad que uno subjetivo”*.<sup>382</sup>

Se cuenta al menos con dos grandes criterios para definir cuando nos encontramos ante un servicio público, uno es un criterio **orgánico o subjetivo**, ya que clasifica la actividad de servicio público en razón del ente o persona que los presta (Administración Pública en gestión directa o indirecta mediante concesionario)<sup>383</sup>, el otro criterio que trata de definir cuando nos encontramos ante un servicio público es el denominado **funcional o material** que *“define o considera al servicio público no precisamente sobre la base de quien los preste o realice, sino en mérito a la índole de la necesidad que por ese medio o con esa actividad se satisfaga”* sin importar el sujeto que preste el servicio.

En la actualidad, países como Argentina o Italia siguen mayoritariamente el criterio funcional, MARIENHOFF comenta como *“el elemento “público” de la locución “servicio público”, no se refiere al ente o persona que lo realiza o presta: refiérese al destinatario del mismo, es decir, a quien dicho servicio va dirigido. “Servicio público” no es otro que “servicio al público”*<sup>384</sup>, por su lado, Francia sigue el criterio orgánico, aunque se acepta que los particulares o administrados presten servicios públicos, eso sí, hablan en este caso de *“colaboración”*<sup>385</sup> de aquellos. Podemos decir que en Costa Rica como en Francia es un *“sistema mixto”* que atiende ambos criterios, ya que el artículo 4 de la LGAP dispone que *“La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público”*, esto es el criterio subjetivo, por otro lado, de la mano de esos principios, los servicios públicos se deben adaptar a todo cambio en la *“la necesidad social que satisfacen”*<sup>386</sup>, es decir, el criterio funcional. Para Santiago MUÑOZ MACHADO los

---

<sup>381</sup> Ibid.

<sup>382</sup> Ibid.

<sup>383</sup> Véase: Miguel S. Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. 4 Ed. Tomo II. (Argentina: Abeledo Perrot, 2010): 20.

<sup>384</sup> Miguel S. Marienhoff. citando a de Valles. *Tratado de Derecho Administrativo... op. cit.* pág. 21.

<sup>385</sup> Véase: Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo... op. cit.* pág. 22.

<sup>386</sup> Artículo 4 de la LGAP. Dice al respecto Marienhoff que *“El servicio público no es simplemente un “concepto” jurídico: es, ante todo, un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no*



servicios públicos son “*actividades dirigidas a ofrecer a los ciudadanos prestaciones de carácter económico o social, cuya titularidad asume una Administración pública, que bien se responsabiliza directamente de la gestión de las mismas, o bien se responsabiliza directamente de la gestión de las mismas, o bien las encomienda a entidades de base privada bajo su supervisión y control, utilizando para ello diversos expedientes de tipo contractual, entre los que predomina la concesión de servicio público.*”<sup>387</sup>

Ahora cabe preguntarse cómo se establece un servicio público como tal o en palabras de PARADA “*¿cómo se delimitan formalmente en nuestro derecho los servicios que la Administración ha de prestar y cómo se precisan en su caso, los límites y los títulos de la actuación privada?*”<sup>388</sup> En Costa Rica, la declaración de una determinada actividad como de servicio público, se da solo por disposición legal, es decir, es competencia exclusiva del Poder Legislativo mediante la emisión de una ley formal<sup>389</sup> o “*publicatio*”, posición dominante en doctrina, nuestra jurisprudencia y legislación, lo indican en ese sentido:

Es una actividad erigida por el legislador, tomando en cuenta la satisfacción del interés general; es decir, requiere de una declaratoria legal que así lo determine, que doctrinalmente se conoce como “*publicatio*”, y que produce consecuencias, dentro de las cuales, la más importantes es que un tercero, público o privado, no podría pretender explotar ese servicio si no cuenta con un acto habilitante de la Administración titular del servicio. Para efectos la Ley siete mil quinientos noventa y tres y sus reformas, que es Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en su artículo 3: “*Servicio Público. El que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley.*”<sup>390</sup>

Por el contrario, opina MARIENHOFF que el Gobierno puede materialmente establecer

---

*exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general”. Tratado de Derecho Administrativo... op. cit. pág. 26.*

<sup>387</sup> Santiago Muñoz-Machado. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. tomo XIV: La actividad regulatoria de la administración. (España: Boletín Oficial del Estado, 2015): 93.

<sup>388</sup> Ramón Parada. Derecho Administrativo I: Parte General. Marcial Pons. 15 ed. (España: Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2004): 424.

<sup>389</sup> Véase: Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo... op. cit.* pág. 27. (nota al pie de página número 24)

<sup>390</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Resolución. N.º 0093 del 27 de septiembre de 2013. Agrega en este sentido que “*En el fondo estamos cayendo en una definición formal, de manera tal que el legislador podría declarar servicio público cualquier actividad por insulsa que resulte en tal categoría. Aleja la definición de un criterio sustantivo*”.

un servicio público, dice este autor que *“el reconocimiento o tratamiento de una actividad como “servicio público” no requiere ley formal cuando la actividad correspondiente se ejercite en libre concurrencia, vale decir, sin monopolio, como ocurre en los supuestos de servicios públicos “impropios”*<sup>391</sup>, la cual como se indicó, sería una posición minoritaria.

En la actualidad se habla de un “nuevo” servicio público en términos de una “regulación para la competencia”<sup>392</sup> (ARIÑO) en la que el Estado regulador tiene que contemplar las condiciones del mercado así como sus fallas, teniendo en la cúspide el principio de subsidiariedad<sup>393</sup>, se argumenta que si el mercado, *“asigna los recursos de manera eficiente, la intervención pública en la economía, especialmente bajo la forma de reserva de titularidad, es una disfunción a eliminar o, cuando menos, a limitar a su mínima expresión, de ahí que se hable de la defunción del servicio público tradicional”*.<sup>394</sup> Es evidente que la anterior posición tiene trasfondo ideológico muy fuerte, que debe leerse con cautela, teniendo presente siempre el propio contexto socioeconómico de cada país, incluso se opina que *“el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima, y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos”*.<sup>395</sup> es por ello que actualmente se hable de nuevos conceptos, tales como los servicios de interés económico general, que vendrían a sustituir la noción tradicional de servicio público, esto tras un proceso liberalizador de la economía.

Tomás de la QUADRA-SALCEDO desde un punto de vista menos radical opina que en realidad no existe la pretendida *“contradicción entre la idea de Estado social y democrático de Derecho y la liberalización de los servicios”*<sup>396</sup>, que muchos han apuntado, sino que se trata de

---

<sup>391</sup> Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo... op. cit.* pág. 27. Y añade *“La exigencia de ley formal, en los casos de monopolio, sólo se justifica y explica a título de garantía del derecho constitucional de trabajar y de ejercer toda industria lícita, prerrogativas éstas que no resultan suprimidas por el hecho de reconocerles carácter de servicio “virtual” a los mencionados supuestos de servicios públicos “impropios”*”. Ibid.

<sup>392</sup> *“hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo concepto de regulación económica...”* Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 586.

<sup>393</sup> Principio que, como se indicará al tratar el tema de la empresa pública, no es imperativo para el caso costarricense al igual que el español.

<sup>394</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. Resolución N.º 0093 del 27 de septiembre de 2013.

<sup>395</sup> Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 585.

<sup>396</sup> Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Estado y mercado en un mundo global (España)” *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 25. (mayo-agosto, 2005): 70

una evolución en cuanto a los medios por el que se lleva cabo la prestación, así la liberalización “(...) *no consiste sino en otra forma de conseguir los mismos fines sin prescindir del impulso de la competencia, pero sin renunciar tampoco a los fines de solidaridad y de estado social y democrático que antes se pensaba que sólo a través de los «servicios públicos» podían conseguirse. Sin renunciar asimismo a garantizar que exista efectiva competencia a través de la puesta en pie de un nuevo Estado regulador en muchos aspectos más intervencionista de lo que hasta ahora se había conocido*”.<sup>397</sup>

Dado que se habla de un nuevo servicio público, naturalmente se tendrá nuevos principios que rijan la materia, que están estrechamente vinculados con el Derecho de la competencia, lo cual encierra en sí mismo una paradoja, ya que “(...) *para mantener la competencia en un contexto de liberalización y para asegurar la satisfacción de determinadas necesidades indeclinables que antes podían ser las propias de un servicio público y que ahora se llaman de «servicio universal», es preciso poner en pie un aparato normativo y de ejecución que no puede ser menor que el anterior y que puede acabar actuando con mayores poderes discrecionales de los que eran normales en los demás modelos*”<sup>398</sup>. La doctrina especializada distingue dos grandes principios, para abrir a la competencia los antiguos servicios públicos dados en régimen de monopolio<sup>399</sup>, a saber: la desintegración del sector y la separación de actividades.<sup>400</sup>

La separación de una actividad económica es más fácil de conseguir en ciertos sectores proclives a la competencia, como por ejemplo, la extracción de petróleo y la venta de sus derivados, por otro lado, otras son más difíciles de abrir a la competencia<sup>401</sup> como las actividades en economías de red<sup>402</sup>, por ejemplo, la generación y distribución eléctrica y como se mencionó, las telecomunicaciones<sup>403</sup>; no obstante, su desintegración vertical no es

---

<sup>397</sup> Tomás de la Quadra. *Estado y mercado en un mundo global... op. cit.* pág. 70.

<sup>398</sup> Tomás de la Quadra. *Estado y mercado en un mundo global... op. cit.* pág. 75

<sup>399</sup> Véase supra.

<sup>400</sup> Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 595.

<sup>401</sup> Véase ibid. pág. 596-597.

<sup>402</sup> Véase supra.

<sup>403</sup> Para profundizar sobre el tema de telecomunicaciones y la desintegración del sector véase: Roberto Gamboa-Madrigal y Victoria Rodríguez Durán. El régimen de acceso e interconexión en la legislación costarricense: su naturaleza, alcances e implicaciones en el marco regulatorio costarricense. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013.; sobre telecomunicaciones y la competencia puede consultarse: Juan Pablo, Lara-Ruiz. Evaluación del modelo costarricense de concentración de las funciones de regulación sectorial, tutela y promoción de la competencia en la Superintendencia de Telecomunicaciones. Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San

imposible y en todo caso deseable. A modo de ejemplo José BERMEJO VERA apunta que “*el subsector energético puede ser individualizado en tres fases distintas, pero que por, su carácter de monopolio natural, se encuentran claramente interrelacionadas. Son las fases de producción, transporte y distribución. Y esta distribución de fases no es abadí, pues supone la aplicación de un régimen jurídico distinto*”.<sup>404</sup> Precisamente la separación de actividades, el segundo principio, trata sobre la *separabilidad conceptual de regímenes jurídicos*, entre actividades que se pueden prestar en régimen de competencia versus aquellas que no así, se establecen dos grandes mercados uno competitivo y otro regulado<sup>405</sup>, teniendo presente la realidad de cada país, se trata entonces de pasar de una “*regulación omnipresente, sustitutiva del mercado, a una regulación complementaria y subordinada al mercado: si la actividad es potencialmente competitiva, la regulación “re-crea” el mercado y lo defiende, y si la actividad no es competitiva, la regulación sustituye al mercado con mecanismos que no distorsionen las reglas del mercado que rigen en otras fases de la actividad*”<sup>406</sup> la nueva clasificación de los servicios públicos responde a esta lógica.

Con respecto a los **servicios de interés económico general**<sup>407</sup> (en lo sucesivo SIEG) se trata de una formulación, acuñada por vez primera en el marco del Derecho de la Unión Europea, para hacer referencia a servicios con características determinadas y junto con otras clasificaciones, buscan sustituir el término servicio público tradicional. El SIEG se encuentra en el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>408</sup> (en lo sucesivo TFUE) se creó con la intención de excluir este tipo de servicios de las reglas del tratado sobre libre competencia sin que se diera hasta hoy una definición precisa, por lo que existe amplio margen de interpretación para que la Estados miembros consideren su aplicación, la tarea de

---

José, Costa Rica. 2017; Carlos Alberto, Mata-Coto. “*La prestación de los servicios en régimen de competencia (Costa Rica)*” *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 128 (117-150) mayo-agosto, 2012.

<sup>404</sup> José Bermejo-Vera. *Derecho Administrativo: Parte especial*. (España: Thomson Civitas, 2005): 1081.

<sup>405</sup> Gaspar Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 598.

<sup>406</sup> *Ibid.*

<sup>407</sup> “**Los servicios de interés económico general** son servicios básicos que se prestan a cambio de una remuneración (por ejemplo, los servicios postales). Aunque están sujetos a las normas europeas de competencia y mercado interior, cuando sea necesario pueden hacerse excepciones para garantizar el acceso de los ciudadanos a los servicios básicos”. (negrita no es del original). Definición tomada de: [https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest\\_es](https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_es) [03/04/2020]

<sup>408</sup> El artículo 106.2 del TFUE dispone que “*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión*”.

delimitación ha sido llevada a cabo por la jurisprudencia<sup>409</sup> y las comunicaciones de la Comisión Europea. Lo anterior ante las críticas, principalmente provenientes de los franceses contra el nuevo modelo (en defensa de su tradicional concepto de servicio público), la Comisión en su comunicación del 11 de septiembre de 1996 COM(95) 433 final, definió el ámbito de aplicación de los SIEG y lo consignó como elemento esencial para la sociedad europea.<sup>410</sup>

La Comunicación de la Comisión tuvo el mérito de aclarar que su concepto de los servicios de interés general no era incompatible con la posibilidad de que los mismos pudieran prestarse bajo la forma de derechos especiales o exclusivos (los servicios públicos en monopolio) si se daban circunstancias que lo aconsejasen; de aclarar también que, incluso en el supuesto de que hubiesen de prestarse en régimen de libre competencia, se podían imponer obligaciones de servicio público para preservar los objetivos de solidaridad que los viejos servicios públicos querían satisfacer.<sup>411</sup>

Por otro lado, el concepto de **servicio universal** fue originalmente diseñado para la liberalización en materia de telecomunicaciones, estos servicios universales tienen vocación de prestarse en régimen de competencia, cuya justificación es de carácter técnico, para Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO *“junto a la apelación al mercado hecha por la Comunidad, ésta se ha preocupado de definir lo que se ha llamado servicio universal que no es sino el trasplante a un escenario de competencia de los objetivos que perseguía el servicio público y que ahora de una forma u otra —de forma espontánea o con intervenciones— se trata de que satisfaga el mercado”*.<sup>412</sup>; sin embargo, como vimos el mercado tiene la tendencia a presentar fallas entre ellas la competencia imperfecta, por ello mismo *“(…) la Comunidad trata también de preservar que haya auténtica competencia, trata, por tanto, de evitar que al monopolio de los Estados le sustituya sin más el monopolio de los particulares. La filosofía de la liberalización descansa fundamentalmente sobre dos pivotes”*<sup>413</sup>; para MUÑOZ MACHADO, el servicio

---

<sup>409</sup> Véase: Santiago Muñoz-Machado. *Tratado de derecho administrativo (tomo XIV)*... op. cit. pág. 93.

<sup>410</sup> Tomás de la Quadra. *Estado y mercado en un mundo global*... op. cit. pág. 88.

<sup>411</sup> Tomás de la Quadra. *Estado y mercado en un mundo global*... op. cit. pág. 89.

<sup>412</sup> Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Constitución y modelo económico liberalizador (España)”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 09. (enero-abril, 2000): 42.

<sup>413</sup> Tomás de la Quadra. *Constitución y modelo económico liberalizador*... op. cit. pág. 42. Y añade el autor *“Éstos, en definitiva, respondían a los viejos principios de igualdad y continuidad, así como a la adaptación a las nuevas exigencias de la técnica. Pues bien, en la definición del servicio universal la igualdad viene garantizada por la exigencia del mínimo de prestaciones a las que han de tener acceso, a precios asequibles, todos los ciudadanos sea cual sea el lugar en que se encuentren y con especial referencia a determinados colectivos sociales. También en la exigencia de calidad podemos entender recogido el principio de continuidad de los servicios públicos que hacía que en estos servicios no se pensase que quedaban entregados a la pura dinámica del mercado y al deseo*

universal “es esta una noción vinculada a los servicios de carácter económico, que alude a la obligación de los responsables de los servicios de telecomunicaciones, o de los servicios postales, de ofrecer unas prestaciones mínimas y de calidad en todo el ámbito territorial al que extiende su jurisdicción”<sup>414</sup> En nuestro país, por mencionar dos ejemplos, la regulación de las telecomunicaciones sí es acorde al servicio universal; sin embargo, el servicio postal se clasifica legalmente como “servicio social”<sup>415</sup> siendo un monopolio gestionado por una empresa pública y regulado por la ARESEP.

Aquella clasificación de SIEG y servicios universales dejaban por fuera muchos servicios públicos habituales, es por ello que se habló entonces de **servicios de interés general**<sup>416</sup> (SIG) que comprende las dos clasificaciones anteriores más las que no se acoplaban a aquellas, por ello el Tratado de Lisboa de 2007 hizo la distinción entre SIEG y servicios no económicos de interés general (SNEIG) estos últimos lo son que cuando no representan “de ningún modo un perjuicio a la competencia de los Estados miembros para proveer, hacer ejecutar y organizar”<sup>417</sup>. Para concluir con la exposición de la “nueva” clasificación de los servicios públicos, en palabras de MUÑOZ MACHADO se puede decir que:

La construcción de los conceptos, para los que faltan todavía definiciones bien establecidas, ha llevado por tanto a un cuadro que comprende: los «servicios de interés general» (SIG), que es la noción más amplia y comprensiva; los «servicios de interés económico general» (SIEG) que es el único concepto que originariamente utilizó el Derecho comunitario; los «servicios sociales de interés general» (SSIG), que son una de las manifestaciones de los «servicios no económicos de interés general» (SNEIG), caracterizados porque ordinariamente no están sometidos a la disciplina de la competencia. Además, hay que tener en cuenta la categoría de «servicio universal» y

---

de los empresarios de continuar o no continuar una actividad. La actividad estaba en todo caso garantizada. Pues bien, también en el modelo de liberalización hay obligaciones de calidad y de continuidad en el servicio que tratan y atienden los mismos objetivos”. Ibid.

<sup>414</sup> Santiago Muñoz-Machado. *Tratado de derecho administrativo (tomo XIV)*... op. cit. pág. 94.

<sup>415</sup> Según el artículo 6 de la “Ley de Correos” de Costa Rica. N.º 7768. Sobre el tema de los correos y su exclusión del régimen de libre competencia véase: COPROCOM. Regulación y Competencia en el Sector Postal. Costa Rica: Dirección de Competencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio, 2017.

<sup>416</sup> “Servicio de interés general es, por su amplitud, una noción parecida a la de servicio público, ya que abarca servicios económicos, sometidos o no a libre competencia (es decir, comprende los servicios de interés económico general y otros servicios de interés general de naturaleza económica que se prestan en los mercados en régimen de competencia) y, además, servicios de carácter no económico”. Santiago Muñoz-Machado. *Tratado de derecho administrativo*... op. cit. pág. 94.

<sup>417</sup> Santiago Muñoz-Machado. op. cit. pág. 95, citando el artículo 2 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

el concepto «misiones de servicio público».<sup>418</sup>

En Costa Rica no se tienen conceptos equivalentes, son términos extraños a nuestro ordenamiento jurídico, aventurándonos a hacer analogías, los servicios públicos fundamentales comprenden los servicios sociales de interés general (SSIG) y los servicios no económicos de interés general (SNEIG), por otro lado, los servicios públicos de interés social sería el *servicio de interés general (SIG)* que se divide en servicios públicos económicos, que son aquellas actividades que por sus características, objetivamente hablando, no son proclives a la competencia, aunque en la realidad es una decisión legislativa, como vimos por ejemplo, en el caso del servicio postal, esta clasificación tiene correspondencia al *servicio de interés económico general (SIEG)*, en cuanto al servicio público universal son equivalentes en ambos sistemas, no solo en el nombre, sino que se prestan en régimen de libre competencia, queda por fuera la clasificación de servicio público de actividad privada, teniendo sólo cierta similitud al concepto de “misiones” de servicio público, en otras palabras, actividades sujetas a cargas de servicio público, aunque todas las anteriores las pueden presentar por el hecho de ser servicios públicos en sentido general.

Como se mencionó en los servicios públicos económicos o SIEG, la titularidad de la actividad es siempre estatal y se puede delegar a concesionarios, tenemos un mercado de no competencia, todo lo contrario ocurre con los servicios públicos universales, en los que lo único que se persigue es el fin (ofrecer el bien, el servicio de interés general la ciudadanía) y lo que se exige es una autorización, lo ideal es la libre competencia. Visto lo anterior, podemos comentar que el tratamiento jurídico-administrativo de los servicios de interés general, los S.I.E.G. y los Servicios Universales tienen una lógica interna distinta desde el punto de vista estrictamente “social”, los servicios universales están llamados a que sean actividades privadas (en cuanto a su titularidad y control) y sean brindados en régimen de competencia sin excepción, es así que serán las reglas del mercado (como la innovación, la tecnología y la búsqueda de la optimización de los recursos escasos) las que a la postre, mejoran las condiciones del servicio, en cuanto a su calidad y cantidad, siempre bajo una intensa intervención pública para evitar los posibles abusos y paliar las fallas del mercado. Debemos tener en cuenta siempre que la clasificación de un servicio en las distintas categorías es y será

---

<sup>418</sup> Santiago Muñoz-Machado. *Tratado de derecho administrativo... op. cit.* pág. 95.

siempre una decisión política, el ejercicio de la soberanía de un país. De las decisiones políticas que se adopten en el seno de la asamblea legislativa (bajo los principios y la lógica democrática) en cuanto a determinar la clasificación de un servicio como servicio de interés general, S.I.E.G. y servicios universales trae la consecuencia jurídica de aplicar un régimen jurídico específico y con ello, una *regulación* diferenciada.

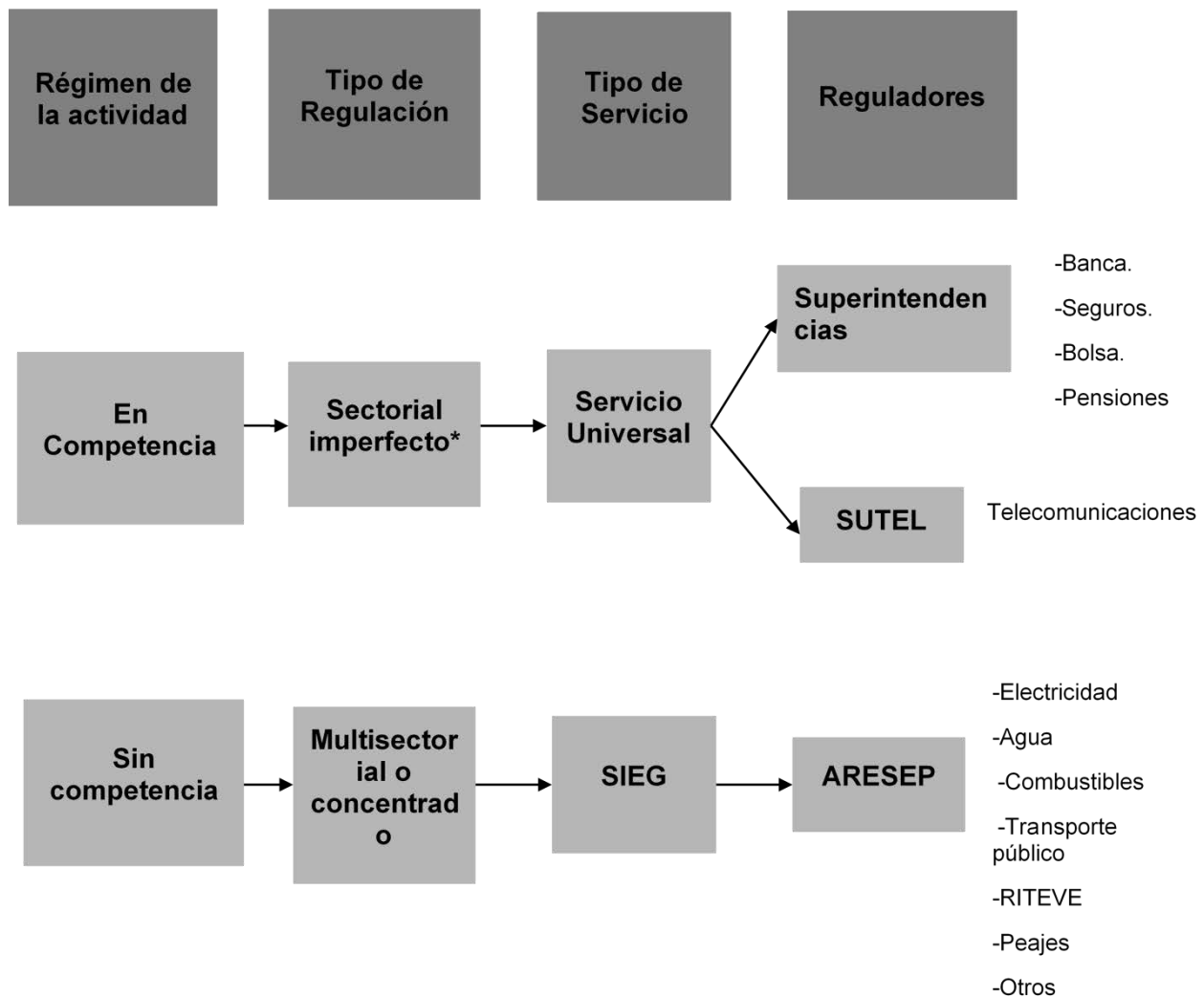
Utilizando el anterior criterio podemos decir que los **servicios universales** en Costa Rica, entre algunos otros, son *los servicios financieros*, en los que se garantiza el fin, esta conclusión es importante, ya que dotamos de coherencia la presente investigación en relación con la doctrina internacional (principalmente europea) y a partir de este momento cuando hablemos de SIEG y de servicio universal, con el que uno se da en libre competencia y el otro no, estaremos haciendo referencia a lo que el concepto comprendería para el caso costarricense, en especial, el “sistema financiero”<sup>419</sup>. Para un resumen gráfico de lo anterior véase el siguiente esquema.

---

<sup>419</sup> “Al hablar del sistema financiero nos estamos refiriendo a aquel en el que se desarrolla la actividad financiera, esto es, el que permite en su conjunto el encuentro entre los que ahorran y los que demandan financiación. Este complejo sistema incluye la actividad de las entidades bancarias y crediticias, la actividad del sector asegurador en sus diversos ramos y la actividad de los mercados bursátiles en todas sus variantes —mercados de valores, derivados, fondos de inversión incluso de ciertos bienes tangibles—, así como a sus reguladores. Una actividad financiera que en ocasiones se acompaña de otros servicios de carácter instrumental: auditoría, consultoría y asesoramiento, rating, tasación” Darnacullea I-Gardella, Mercé. y Salvador-Armendáriz, Amparo. *Nuevas Fórmulas de Génesis... op. cit.* pág. 146.



## Esquema de Regulación de los Servicios de Interés General (SIG) en C.R.



Elaboración propia

Otra implicación de importancia es que para asegurar los servicios públicos fundamentales (los servicios no económicos de interés general y servicios sociales de interés general en la nomenclatura europea), el Poder Ejecutivo tiene amplias facultades de intervención en la sociedad y la economía (a través de lo que se ha denominado actividades administrativas “tradicionales”) y mandato directo sobre las administraciones públicas en que se encarga su gestión, llámese Ministerio de Agricultura y Ganadería -actividad de Fomento, entre otros-, Ministerio de Educación Pública -actividad de servicio público- y Ministerio de

Trabajo y Seguridad Social -actividad de policía, entre otros-, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica y Ministerio de Economía Industria y Comercio -actividad de planificación, entre otros- y en menor medida, las empresas públicas.

En los SIEG y el servicio universal, el poder de intervención del Gobierno central es marcadamente menor o debería de serlo, ya que las empresas (privadas y con matizaciones las públicas) tradicionalmente están sometidas a las administraciones de regulación y supervisión especializadas en dicho sector, como es el caso de la ARESEP y las superintendencias en Costa Rica, queremos decir con esto que dada determinada clasificación, su regulación responde a distintos presupuestos y estructuras<sup>420</sup>, y el Poder Ejecutivo tendrá distintos medios para intervenir en el mercado y se verá limitado en otros sin que su poder sea anulado totalmente, como vimos, el Poder Ejecutivo tiene todo un abanico de posibilidades para actuar mediante otras técnicas como la política monetaria, la actividad administrativa y la concesión, entre otros, más adelante retomaremos esta idea.

Una vez liberalizado un mercado y consolidadas las administraciones de regulación especializadas, algunos autores han puesto el énfasis en el papel que debería de tomar la ciudadanía, sobre este último aspecto RIVERO ORTEGA opina que lo importante es dotar de mayores capacidades a los usuarios:

En el momento de la liberalización y de la privatización sigue siendo necesario contemplar garantías de protección de los intereses de los usuarios, que tienen derecho a participar orgánica o procedimentalmente en la adopción de las decisiones de regulación de los servicios. Así, puede dárseles una cuota en la designación de miembros de los entes de supervisión, o concederse trámites de audiencia a las organizaciones representativas de sus intereses en la elaboración de reglamentos o de actos administrativos de intervención. Esta participación implica sin duda algunos riesgos, pero también asegura la defensa de los usuarios, caso de no ser correctamente representados y defendidos por la Administración.<sup>421</sup>

---

<sup>420</sup> Siguiendo el modelo regulatorio sectorial Abad Licerias indica que “*La función de las agencias de regulación y supervisión específica consiste fundamentalmente en corregir los fallos del mercado, mientras que la agencia de regulación multisectorial es la encargada de evitar los comportamientos o situaciones anticompetitivas*” José M. Abad-Licerias, y Fernando, Irurzun-Montoro, (Coord.). *La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico Práctica.* (Madrid, España: Dykinson S.L, 2009), 76.

<sup>421</sup> Ricardo Rivera-Ortega. *Derecho administrativo.* (España: Tirant lo Blanch, 2019), 206-207.

Esta participación ciudadana se ve concretada mediante la técnica de **consulta pública**, entre otras, en el marco del Gobierno Abierto<sup>422</sup>, pero no solo se toma en cuenta la opinión de los usuarios del servicio, sino que se escucha a los propios regulados, esto está ligado íntimamente al tema de las formas alternativas de regulación<sup>423</sup>, en procura de disminuir ciertos riesgos inherentes al modelo regulatorio sectorial como la toma del regulador por el sector regulado, en este sentido, la ciudadanía también tiene voz en los procesos participativos de formación de actos de alcance general, aunado al tema de la independencia técnica y política del ente regulador y supervisor, es por ello, que contrario a lo que sugiere RIVERO sobre dotar a los usuarios de *una cuota en la designación de miembros* de dichos entes, podría ser esto, afirma la doctrina, contraproducente teniendo en cuenta la naturaleza de su independencia, de igual forma, como lo sería dotar de cuotas a los regulados en la designación de los regulares, de esto se hablará a profundidad más adelante.

Para concluir, podemos decir que la transformación en el concepto de servicio público, ligada a la idea de disminución en el tamaño del Estado ha estado acompañada de *“de un acrecentamiento de la función reguladora del Estado y de las Administraciones públicas, se denominen como Agencias independientes, Autoridades Nacionales de reglamentación o mantengan la apariencia de la antigua Administración pública. Ello suscita la cuestión del nuevo papel del Estado en un Estado liberalizado. La reducción en extensión de la intervención en la prestación de servicios públicos se compensa, si cabe, con el aumento en intensidad de las tareas que ahora desarrolla en un doble papel”*.<sup>424</sup>

#### **2.2.4. Actividad administrativa industrial o de gestión económica**

La actividad de gestión económica, de dación al mercado<sup>425</sup> o industrial es una actividad administrativa que asumió el Estado en una coyuntura social muy específica que data de los años 40, cuando producto una profunda crisis económica y social, el Estado no tuvo más alternativa que asumir la producción de determinados bienes y servicios que eran cubiertos de

---

<sup>422</sup> Según el Decreto Ejecutivo N.º 38994-MP-PLAN-MICITT “Fomento del Gobierno Abierto en la Administración Pública y Creación de la Comisión Nacional por un Gobierno Abierto” los principios del Gobierno abierto son a) Acceso a la información, b) Transparencia, c) Participación ciudadana, d) Colaboración y cocreación y e) Rendición de cuenta.

<sup>423</sup> Como lo son la *corregulación* también llamada “administración concertada” y la *autorregulación*.

<sup>424</sup> Tomás de la Quadra. *Estado y mercado en un mundo global... op. cit.* pág. 78.

<sup>425</sup> Término tradicional acuñado por J. L. Villar Palasí.

manera ineficiente por el mercado, ya que eran incompletos, en esta actividad administrativa el propio Estado funciona como *“un agente más del mercado, sin reserva alguna de titularidad, en la producción o comercialización de bienes, mediante fórmulas organizativas y de actuación generalmente jurídico-privadas (empresas públicas mixtas). La diferencia fundamental con las actividades de prestación, además de la cuestión de la titularidad exclusiva, es que en estas actividades no hay en rigor prestación de un servicio público, sino “dación de bienes al mercado”*”<sup>426</sup>. Lo anterior es la principal diferencia con la actividad administrativa de servicio público, por ejemplo, la actividad que realizan los bancos comerciales del Estado (antes en régimen de monopolio fiscal) no ha sido clasificada como servicio público, sino que realizan gestión económica.

En los Estados Unidos se denominó a este movimiento interventor y productor en el ámbito económico *“New Deal”*, por su lado, en el Derecho continental el tema se trató de una manera bastante distinta, ya que no solo se puso énfasis en la producción industrial, sino que se abordó de manera directa el factor social, es así que *“mediante la empresa pública, la Administración Pública, central o descentralizada, interviene, de forma directa o indirecta, en un sector del mercado o de la economía desarrollando una actividad industrial, mercantil o agropecuaria con el propósito de satisfacer fines públicos”*<sup>427</sup>, de tal forma que con la actividad industrial de la administración se emparejaron ambos objetivos, esta fue la visión original que se resume en palabras de José Luis VILLAR PALASÍ:

En lo que afecta a la actividad de la Administración—reflejo fiel en la gestión de las concepciones finalistas del Estado—, la ingerencia (sic) en la vida económica como sistema está reemplazando a los actos de intromisión aislados, esporádicos u ocasionales a que se reducía clásicamente la actividad de la Administración a este respecto, dejando ésta de ser una mera regulación límite para adoptar francamente un sentido constitutivo y creador. Junto a la concepción liberal del Estado como *productor de seguridad* se está destacando la idea adjunta del Estado como *productor de bienes económicos*. Todo ello no es sino corolario de una crisis de la concepción tradicional del Estado liberal de Derecho, no en cuanto al esquema lógico-formal que supone, que debe perdurar y de hecho perdura, sino en cuanto a los resortes de seguridad que

---

<sup>426</sup> Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 296.

<sup>427</sup> Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II. Resolución N.º 30-2011 del 31 de marzo de 2011. Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-512859> [25-06-2020]

debían, tradicionalmente pensando, asegurar sus fundamentos; y consecuencia pareja del paso hacia un Estado social, que ante supuestos generales de hecho radicalmente distintos de aquéllos en que se basó la aparición histórica del Estado burgués de Derecho pierde su ponderación de indiferencia, matizando su actividad con una preocupación radical por el bienestar del súbdito y del cuerpo económico de la Nación.<sup>428</sup>

En la actualidad esta posición está siendo fuertemente criticada por un sector de la doctrina que señalan las ineficiencias económicas que presenta en muchos casos la empresa pública o cualquier tipo de ente público<sup>429</sup>, que realice actividad industrial, en contraste con la “eficiente” empresa privada, se utilizan términos como “casa sin amo” o “empresa... sin empresario” (ARIÑO) para hacer referencia al supuesto desorden e irresponsabilidad en el seno de dichos entes<sup>430</sup> los recientes acontecimientos como la quiebra de bancos estatales sugieren algo de razón en dicha posición; sin embargo, VILLAR PALASÍ, referente en el tema desde el año 1950 señaló con tino que:

Ideas como la de J. B. Say, «el gobierno ideal es el gobierno barato y que actúa poco», podrían justificarse ante situaciones económicas de prosperidad; pero ello mismo indica que la determinación de qué fines debe necesariamente asumir el Estado, al actuar sobre el cuerpo político, viene dada lógicamente por las necesidades que en cada momento y en cada país se susciten con valoración y relevancia sociales. La tensión inmanente entre el poder ordenador de la comunidad y la esfera privativa del

---

<sup>428</sup> José Luis Villar-Palasi. “La actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo (España)” Revista de Administración Pública. N.º 3. (septiembre-diciembre, 1950): 54.

<sup>429</sup> Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II. Sentencia N.º 30-2011 del 31 de marzo de 2011.

<sup>430</sup> “La empresa pública en una economía de mercado es una “*contradictio in terminis*”, un círculo cuadrado, una aporía. ¿Dónde está la raíz de esta aporía desconcertante que es la empresa pública? Muy sencillo: en que es una empresa... sin empresario. Frente al modelo privado cuyo secreto es la existencia, detrás de cada organización, de un hombre (o de un equipo de hombres), que es la fuerza creadora, el espíritu dinamizador que da vida y mueve lo que ve como “su empresa” (sea o no el propietario directo), de la que él responde claramente (ante el consejo, la junta general o la familia propietaria de ella), la empresa pública aparece casi siempre como una organización en la que las decisiones se generan a través de un complicado proceso (proceso administrativo, regulado por las leyes, o proceso político, fáctico, que todavía es peor: los “empresarios” públicos siempre esperan a lo que diga el ministro), en el que hay múltiples interferencias y en el que la responsabilidad se diluye. El empresario privado, además, pagará caros sus errores, los pagará en último término con el hundimiento y la desaparición de la empresa en la lucha por la supervivencia que el mercado impone. El empresario público, esto es, los directivos, burócratas o técnicos a quienes se confían las empresas del Estado, saben que allí nunca pasa nada: gane o pierda, triunfe o fracase como tal empresa, no tiene problemas de supervivencia...” Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 461.

administrado se resuelve, por ende, en función de un *hic et nunc*.<sup>431</sup>

Es decir, sobre los fines del Estado y el nivel de injerencia en la economía que debe desarrollar el mismo, mediante empresas u otros medios, es siempre una discusión abierta, de “aquí y ahora”, inacabada, que se nutre constantemente mediante los distintos acontecimientos y vicisitudes que pueden poner en jaque a un conglomerado social, la intervención o regulación que antes se despreciaba en determinado momento puede ser necesaria o deseada, una determinada ideología no debe ser determinante para adoptar una decisión, en todo caso, de carácter político. Dicho análisis debería basarse en criterios materiales y análisis económicos que favorezcan a la ciudadanía<sup>432</sup> y no necesariamente a los intereses partidarios, en dicho intento se han establecidos principios “jurídicos” que buscan “objetivamente” poner coto al intervencionismo estatal, como lo es el principio de subsidiariedad que en su acepción económica<sup>433</sup>, en palabras sencillas, supone que el Estado no debe de intervenir cuando el mercado puede hacerse cargo de solucionar determinado problema o proveer un bien o servicio, esta última es la que nos interesa. El autor argentino Juan Carlos Cassagne expone aquella posición con desenvoltura, relacionada con la gestión industrial de servicios, de la siguiente forma:

En el plano político, se operó una verdadera revolución al quebrarse, primero, la tendencia creciente de absorción de la economía privada por el Estado que se concretó definitivamente con el abandono de la concepción del Estado del Bienestar y que fue reemplazado por un nuevo modelo de Estado basado en la gestión privada de todas

---

<sup>431</sup> José Luis Villar-Palasi. *La actividad Industrial del Estado... op. cit.* pág. 55.

<sup>432</sup> “*El Estado en la gestión de servicios y empresas públicas no alcanza frecuentemente resultados económicos parciales, no porque ello sea imposible, sino más bien porque su actuación se liga a otras finalidades, prevalentes sobre las estrictamente mercantiles*”. José Luis Villar-Palasi. *La actividad Industrial del Estado... op. cit.* pág. 55.

<sup>433</sup> Existen distintas acepciones, por ejemplo, la más generalizada es en ámbito del derecho comunitario europeo donde “*el principio de subsidiariedad persigue proteger la capacidad de decisión y actuación de los Estados miembros y legitima la intervención de la Unión cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de manera suficiente los objetivos de una acción, sino que estos pueden alcanzarse mejor a escala de la Unión, «debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida»*”. Así, la finalidad de la inclusión de este principio en los *Tratados europeos es aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida posible...*” “El principio de subsidiariedad” En fichas temáticas sobre la Unión Europea, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/7/el-principio-de-subsidiariedad>; por otro lado, Gaspar Ariño-Ortiz, distingue dos tipos de subsidiariedad uno en plano organizativo, que es la **subsidiariedad institucional** que indica que “*no deben centralizarse al más alto nivel aquellas decisiones que pueden ser adoptadas con igual o mayor eficiencia a un nivel político y administrativo inferior y, por consiguiente, más próximo a los ciudadanos*”. y la **subsidiariedad estatal** “*el principio contempla no una cuestión organizativa, sino sustancial: cuál ha de ser el grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país, y cuál debe ser el ámbito de libre actuación de los ciudadanos y los grupos sociales intermedios*”. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 161.

aquellas actividades que son susceptibles de ser llevadas a cabo por empresarios particulares, esto es, actividades estatales delegables en el sector privado. Ese proceso de cambio desplazó, entonces, no solamente la gestión estatal en típicas empresas de carácter comercial o industrial sino también, en los servicios públicos y actividades de interés público, los cuales pasaron a la gestión privada, con fundamento en el principio de subsidiariedad. De modo, el servicio público será prestado por entidades privadas y sólo subsidiariamente, en caso de inexistencia de iniciativa privada, será asumida por el Estado. Consecuentemente, el papel político del Estado en este nuevo modelo no es ya el de productor de bienes ni el de gestor de servicios públicos.<sup>434</sup>

La misma justificación de subsidiariedad en los servicios públicos se ha querido dar para la privatización de empresas públicas y para la liberalización (más bien re-liberalización) del mercado, el anterior criterio, en realidad no responde a un principio “positivo” o jurídico, sino a uno marcadamente ideológico, como se señaló en su momento, las corrientes neoliberales (producto del Consenso de Washington, entre otros) promovidas por el FMI y sus PAEs que han influido grandemente en las políticas públicas y las leyes de los países en vías de desarrollo, imponiendo un determinado modelo de desarrollo económico (el enfoque desarrollista). La subsidiariedad no es legal, sino ideológica, así lo demuestra Ramón PARADA al comentar el artículo 128 de la Constitución española, equiparable en nuestro caso al numeral 50 constitucional<sup>435</sup>, en los siguientes términos:

La iniciativa pública no está limitada a los servicios esenciales o de interés general, sino que puede proyectarse, aunque en las mismas condiciones que la iniciativa privada, sobre cualquier sector de la actividad económica, sin sujetarse a la regla de subsidiariedad, antes vigente. Según esta regla, mientras una actividad pudiera ser asumida por el sector privado tal actividad estaba vetada al público. En el régimen

---

<sup>434</sup> Juan Carlos Cassagne. Derecho Administrativo. 8 Ed. Tomo II. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006): 485.

<sup>435</sup> “El fundamento de la iniciativa o intervención pública en la economía o el mercado, encuentra asidero en el artículo 50 de la Constitución Política al establecer que “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza” y en los principios de solidaridad y justicia social. La empresa pública, además de compartir los elementos de toda empresa, como lo son el desarrollo de un giro de forma profesional, habitual y continua, se caracteriza porque el empresario (titular o dueño de una empresa) es una Administración Pública –central o descentralizada-, la cual mantiene el control de mando, y persigue un fin de lucro como un instrumento para satisfacer determinados intereses o fines públicos. Consecuentemente, la empresa pública tiene un elemento subjetivo que es la participación de un ente público y otro objetivo que es el desarrollo de una actividad empresarial para el logro de fines públicos”. Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II. Sentencia N.º 30-2011 del 31 de marzo de 2011.

preconstitucional esta regla condiciona la creación de empresas públicas a la demostración en expediente *ad hoc* de la insuficiencia de la iniciativa privada (...), regla no vigente en la actualidad, por lo que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden crear empresas públicas.<sup>436</sup>

Superado el anterior dilema, vemos como la tesis de VILLAR PALASÍ continúa aún vigente, tal cual el momento de su formulación, dejando de lado la gestión de servicios públicos y hablando en términos generales, la actividad industrial del Estado se puede llevar a cabo bajo distintos esquemas jurídicos<sup>437</sup>, por ejemplo, en Costa Rica se da mediante instituciones autónomas como en caso del INS, pero por lo general, se lleva a cabo mediante esquemas jurídicos ajenos al Derecho administrativo, siendo el caso típico las sociedades anónimas (S. A.), a estas organizaciones se les llama en la doctrina empresas públicas o empresas de capital mixto, dependiendo de si la empresa es en su totalidad propiedad estatal o si permite la participación privada en el capital social.

Dada esta realidad, la doctrina habitualmente tiende a denominar el fenómeno como huida del Derecho administrativo<sup>438</sup> al Derecho privado, término atribuido al jurista español M.

---

<sup>436</sup> Ramón Parada. Derecho Administrativo I. Parte General. 15 Ed. (España: Marcial Pons, 2004): 425.

<sup>437</sup> “Existen empresas públicas que se encuentran dentro de la organización administrativa y otras, que al asumir determinadas formas de organización colectiva propias del Derecho privado, se encuentran fuera de ésta. La doctrina nacional ha elaborado una tipología tripartita de las empresas públicas, tenemos así la empresa pública-ente público, empresa pública-órgano público y la empresa pública-ente de Derecho privado. La categoría de la empresa pública-ente público, cubre a aquellos entes que desarrollan una actividad industrial o comercial bajo la veste de una organización colectiva de Derecho público y constituyen lo que la doctrina denomina como ente público-económico. En nuestro ordenamiento jurídico, el modelo de organización empleado ha sido el de la institución autónoma, pese a que éste tiene sus defectos, puesto que, es general y está sujeto a un régimen jurídico de carácter público –sujeción al principio de legalidad-. Este tipo de empresas se rigen, en cuanto a la organización y el ejercicio de ciertas potestades o competencias eminentemente administrativas, por el Derecho administrativo y en lo relativo a la actividad empresarial por el Derecho privado”. Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II. Sentencia N.º 30-2011 del 31 de marzo de 2011.

<sup>438</sup> “Como no existe un mandato unívoco e imperativo de que el legislador organice las empresas públicas de Derecho Público bajo una organización determinada, tenemos que existe una discrecionalidad legislativa en el punto. Empero, pareciera que la categoría de ente institucional es la que se presenta como la forma de organización más adecuada para la empresa pública-persona pública (ejemplo, el INS, los bancos comerciales del Estado). Sin embargo, como consecuencia del proceso que se ha dado en llamar “huida del Derecho Administrativo”, es notoria la práctica de la Administración de recurrir a formas de organización privada. En efecto, la Administración recurre instrumentalmente a formas organizativas propias del Derecho Privado, por lo que no es de extrañar que diversas empresas sean organizadas como sociedad anónima. Se trata de una técnica instrumental para los entes públicos, que no hace desaparecer el “núcleo público”, al menos en lo que se refiere al acto de decisión de crearlas bajo esa forma y las normas en orden a la gestión y control de los fondos que les corresponden” PGR dictamen C-139-2001 de 21 de mayo de 2001 en el mismo sentido el C-441-2005.



F. CLAVERO ARÉVALO<sup>439</sup>; sin embargo, apuntan los estudios más recientes que en la actualidad nos encontramos ante una vuelta o “retorno al derecho administrativo”<sup>440</sup>, ya que en algunos casos las empresas privadas se han *publicado*<sup>441</sup>, esto es, la aplicación de regímenes y procedimientos de derecho administrativo a entes privados, por ejemplo, a los concesionarios de servicios públicos, tema que por su amplitud no podemos cubrir en un trabajo de este tipo.

Por otro lado, la cantidad de gestión económica pública que se realiza en un país, está directamente relacionada con el modelo jurídico de Estado imperante en ese determinado contexto político y económico, pasando del Estado gestor, de un extremo, al Estado regulador, en el otro extremo; sin embargo, hay que adelantar, por un lado, que no existe ningún modelo de Estado “químicamente” puro.

En este momento es conveniente, entonces, hacer un esbozo histórico sobre la evolución de la intervención estatal en la economía y su relación con la actividad administrativa de gestión económica. Juan Carlos Cassagne distingue, para el caso argentino, cuatro etapas o períodos<sup>442</sup> del régimen de gestión (relacionado con los servicios públicos) el **primero** lo sitúa desde fines del siglo XIX hasta la década de 1940. Dice este autor que “*La nota común que caracteriza a esta etapa radica en el hecho de que la casi totalidad de los servicios públicos eran prestados por empresas privadas de capital primordialmente extranjero a través de las clásicas concesiones regidas por el Derecho Administrativo. Así ocurrió con servicios de gas, teléfonos, electricidad, ferrocarriles y subterráneos*”<sup>443</sup>, el **segundo** periodo, “*puede situarse hacia mediados de la década del 40 y se caracteriza por la nacionalización, salvo alguna excepción, de todos los servicios públicos cuya titularidad y gestión asumió el Estado*”<sup>444</sup>, el **tercer** periodo, situado a finales de los 80, producto de la “mala gestión” de muchas de las

---

<sup>439</sup> Véase: Manuel Francisco Clavero-Arévalo. “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las Administraciones Autónomas (España)” *Documentación administrativa*, N.º 58. (1962): 13-36.

<sup>440</sup> Véase: Miguel Sánchez-Morón, “El retorno del derecho administrativo (España)”, *Revista de Administración Pública*, N.º 206. (mayo-agosto, 2018): 48 y ss.

<sup>441</sup> En el ámbito del derecho de la contratación administrativa y concesión pública, se habla que “(...) pese a ser contratos privados, se les aplicarán en fase de ejecución y extinción, además del derecho privado, ciertas normas jurídico-públicas previstas en la ley para los contratos administrativos: sobre condiciones especiales de ejecución, sobre supuestos de modificación del contrato, sobre cesión y subcontratación, sobre racionalización técnica de la contratación, sobre las condiciones de pago, etc”. Francisco Toscano-Gil. “Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo en España (Colombia)” *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 22. (segundo semestre, 2019): 354.

<sup>442</sup> Véase: Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo. op. cit.* pág. 487-491.

<sup>443</sup> *Ibid.* pág. 487.

<sup>444</sup> *Ibid.*

empresas públicas produjo su privatización<sup>445</sup> y un **cuarto** periodo, a partir de 2000, cuando se advierte de manera limitada “*un regreso a las tendencias favorables a la prestación estatal del servicio público en la concreta creación de una empresa estatal para prestar los servicios públicos (...)*”<sup>446</sup>. Repetimos, lo anterior aplicable al caso argentino, pero que es en términos generales la pauta que se dio en Latinoamérica.

Por nuestro lado proponemos una clasificación que a grandes rasgos identifica seis periodos individualizables<sup>447</sup>, que no responden a la evolución histórica costarricense, sino a categorías conceptuales recurrentes en la doctrina al tratar el tema de la intervención estatal, de la siguiente forma:

- (1) Un primer periodo, anterior a los años 40s, donde la actividad económica estuvo únicamente a cargo de particulares producto de la creatividad e iniciativa privada, movidos por el afán de lucro. El mercado proveía la mayoría de bienes y servicios a excepción algunos pocos como la seguridad, salubridad y la educación (esta última administrada por la Iglesia). En este lejano periodo es donde germina y florece la teoría económica clásica y el Estado liberal o gendarme.
- (2) Un segundo periodo, vigente desde los años 40s, donde el Estado ante la incapacidad de un sector de la población de adquirir un bien o servicio catalogado de primera necesidad o ante la incompetencia del mercado de proveerlo asume directamente su gestión, mediante el servicio público, o indirectamente mediante el subsidio y la ayuda pública (fomento). Se da la expropiación de las antiguas empresas privadas o el Estado crea nuevos entes públicos, en todo caso, se queda con la titularidad del servicio (*publicatio*) y permite mediante la concesión que particulares lo brinden. Este periodo se caracteriza por la doctrina del *Welfare State* o Estado del bienestar
- (3) Luego, a partir de los años 70s, la teoría del Estado benefactor se complementa con la actividad industrial de la administración, donde no posee la titularidad en exclusiva de desarrollar la actividad, salvo disposición legal en contrario. Se crean empresas públicas

---

<sup>445</sup> Véase: Ibid. pág. 489.

<sup>446</sup> Ibid. pág. 491.

<sup>447</sup> Esta clasificación por etapas es una elaboración propia, las tres primeras coinciden con la clasificación de Cassagne.

de derecho privado, siendo una forma de *despublicatio* de antiguos servicios públicos<sup>448</sup>. Este breve periodo se conoce como el del Estado gestor o empresario.

- (4) Un tercer periodo, vigente desde los años 80s, donde organizaciones internacionales con gran poder económico y político promulgaron la liberalización de la economía<sup>449</sup> y la privatización<sup>450</sup> de la mayoría de bienes y servicios que el Estado venía dando, incluso la salud pública, buscando así el menor tamaño posible de aquel, en este contexto muchas empresas públicas fueron vendidas, otras abrieron su capital accionario para convertirse en empresas mixtas y, la mayoría, fueron cerradas y sus activos liquidados. Este periodo se conoce como la “crisis del estado benefactor” ya que se relaciona con la pretendida desaparición de algunos servicios públicos ante el “desbordamiento” del Estado social.
- (5) Dado el anterior acontecimiento (a partir de los 90s), tras un proceso de liberación del mercado viene la regulación del mismo<sup>451</sup>, esta es una técnica jurídica bien conocida y consolidada desde el año 1887 en los Estados Unidos, paradójicamente, se vio rápidamente acompañada de la “desregulación”<sup>452</sup> que también ha sido un importante movimiento en los Estados Unidos (que está bien acostumbrada a una fuerte regulación)

---

<sup>448</sup> Magally Hernández-Rodríguez. Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y del Derecho público. (Costa Rica: Editorial UCR, 2007), 108-121.

<sup>449</sup> “La liberalización en Europa ha consistido básicamente en un doble proceso, de desmonopolización y de privatización. Por una parte, las autoridades públicas han derogado los derechos exclusivos o especiales disfrutados bien por empresas públicas, bien por concesionarios privados. Por otra parte, se privatizan las empresas públicas, esto es, las autoridades públicas ceden la propiedad de las empresas a personas privadas a través de compraventas”. Montero Pascual, Juan José. “La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público En Europa.” Boletín Mexicano de Derecho Comparado [Online], Volumen 1 Número 94 (enero, 1999) Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3577/4301> [10-04-2020]

<sup>450</sup> Los fenómenos de liberalización y privatización son distintos, el primero hace referencia a abrir a la competencia económica sectores que se encontraban en monopolio y según Tomás De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo: “Privatizar significa, pues, otra cosa que liberalizar; significa entregar o vender a los particulares las empresas o los títulos representativos de capital que detentaba el Estado en dichas empresas cuando la actividad se desarrollaba en régimen de servicio público y las mismas eran las encargadas de prestarlo”. “Estado y mercado en un mundo global (España)” Cuadernos de Derecho Público, N.º 25. (mayo-agosto, 2005): 78.

<sup>451</sup> Por ejemplo, la SUGEF primera autoridad reguladora del país se creó en 1995 por el artículo 115 de la Ley N.º 7558.

<sup>452</sup> “Así como la desregulación estadounidense no exigía una reforma institucional o de los mecanismos de intervención, sino una mera reforma de las obligaciones impuestas a los operadores privados, la liberalización europea ha privado a las autoridades públicas de los mecanismos de intervención directa, sin que existan regímenes jurídicos maduros que permitan la intervención indirecta de las administraciones públicas. Estos mecanismos están siendo implantados progresivamente, y sin duda alguna el modelo estadounidense y su tradición de intervención indirecta aparece como una de las principales fuentes de inspiración. En esta línea se enmarca la creación de órganos desconcentrados en numerosos estados europeos”. Montero Pascual, Juan José. *La desregulación estadounidense... op. cit.*

que critica la intervención estatal (escuela de Chicago) y se ha querido implementar en los mercados latinoamericanos, que aún ni siquiera se acostumbran a los efectos del reciente proceso liberalizador, prueba de ello son nuestros incipientes sistemas regulatorios fuertemente politizados. En este periodo se concibe al Estado promotor del “libre mercado” y garante de la economía de mercado, por lo que se dan los primeros intentos de establecer tratados de libre comercio y la eliminación de barreras comerciales y arancelarias.

- (6) En la actualidad nos encontramos en un periodo de “ensayo de modelos regulatorios”. Se habla de “regulación para la competencia”, o de “regulación consolidada de grupos financieros”, esto, aplicado a los servicios de interés general en sus distintos niveles. Bajo el modelo de Estado regulador, se pone énfasis en la “arquitectura” regulatoria y no en quien gestione el servicio, que podrá ser un agente económico privado o público, que actúa en régimen de libre competencia o de monopolio, y dependiendo de aquella clasificación formal se le aplicará un régimen regulatorio específico.

En Costa Rica el devenir histórico fue un tanto diferente, a los cuatro periodos desarrollados por CASSAGNE, si bien, se comparten las dos primeras etapas, en nuestro país el movimiento privatizador no fue tan fuerte, al menos en cuanto a la gestión económica de los servicios públicos y la privatización se dio, sobre todo en empresas que no producían servicios públicos, sino meramente comerciales, por ejemplo, CODESA<sup>453</sup>, por lo que no compartimos completamente el tercer periodo y no tenemos de todo el cuarto periodo, sino que lo experimentamos fue la reconversión de antiguos entes de gestión económica, por ejemplo, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) que se convirtió en S. A. en 1998<sup>454</sup>. Por otro lado, la clasificación propuesta es más general al añadir nuevos elementos como la concepción de Estado en cada uno de ellos, en función del papel que desempeña en cada periodo histórico y el nivel de gestión económica que realice.

Pasemos entonces a cómo ha sido la línea argumental, a analizar el modo en que el Gobierno interviene en el mercado mediante este tipo concreto de actividad administrativa.

---

<sup>453</sup> Véase: Magally Hernández-Rodríguez. Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y del Derecho público. (Costa Rica: Editorial UCR, 2007): 118.

<sup>454</sup> Mediante la Ley “Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia ESPH” N.º 7789 del 30/04/1998. La ESPH es una empresa pública no estatal, ya que es propiedad mayoritariamente de la municipalidad del cantón Central de Heredia.

Como se ha dicho, la injerencia o intervención del Estado se justificaba por finalidades de interés público o utilidad general, como podrían ser la promoción del desarrollo y la estabilidad económica y contrarrestar diferentes fallas del mercado, entre otros. En el anterior sentido, nuestra jurisprudencia ha señalado que:

Mediante la empresa pública, la Administración Pública, central o descentralizada, interviene, de forma directa o indirecta, en un sector del mercado o de la economía desarrollando una actividad industrial, mercantil o agropecuaria con el propósito de satisfacer fines públicos. El fundamento de la iniciativa o intervención pública en la economía o el mercado, encuentra asidero en el artículo 50 de la Constitución Política al establecer que *“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”* y en los principios de solidaridad y justicia social. La empresa pública, además de compartir los elementos de toda empresa, como lo son el desarrollo de un giro de forma profesional, habitual y continua, se caracteriza porque el empresario (titular o dueño de una empresa) es una Administración Pública –central o descentralizada-, la cual mantiene el control de mando, y persigue un fin de lucro como un instrumento para satisfacer determinados intereses o fines públicos. Consecuentemente, la empresa pública tiene un elemento subjetivo que es la participación de un ente público y otro objetivo que es el desarrollo de una actividad empresarial para el logro de fines públicos. En cuanto a las razones que justifican la empresa pública, la doctrina ha ofrecido varias, tales como los fallos del mercado o imperfecciones del sistema competitivo, la carencia de empresas industriales o comerciales de cierta magnitud y estabilidad, la existencia de monopolios naturales, la producción de bienes y servicios públicos, la necesidad de redistribuir los ingresos, la existencia de sectores estratégicos, etc.<sup>455</sup>

No obstante, es importante recalcar que en la actividad de gestión económica no hay una finalidad de servicio público, sino se trata de la promoción económico-social de la nación considerada en su conjunto, aunque esa necesidad pueda ser satisfecha por el sector privado, entonces, ¿por qué es tan difícil desligar la actividad industrial de la administración con la de servicio público?, tal vez la respuesta es que muchas de las grandes empresas públicas se

---

<sup>455</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N.º 2007-1556 de las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007.

crearon para dar “servicios públicos” coloquialmente considerados (cosas como el agua, el gas, la electricidad o el alcohol); sin embargo, si se tiene presente que “*en su sentido originario el concepto del servicio público sólo puede comprender la prestación de bienes inmateriales, de servicios propiamente dichos, excluyendo así la satisfacción de necesidades materiales de bienes*”<sup>456</sup> sea más fácil superar esta idea fuertemente arraigada.

Con el estudio de la figura empresa pública se van quebrando así algunas de las características del servicio público (gratuidad, continuidad, obligatoriedad, entre otros) y por lo tanto, tales actividades productivas o industriales quedan excluidas del concepto y del régimen jurídico propio de servicio público, por ejemplo, se ha establecido la no obligatoriedad en la prestación del servicio eléctrico (por parte del ICE), ya sea ante un uso ilícito<sup>457</sup> o por una imposibilidad técnica temporal<sup>458</sup>, entre otros, sin que se viole derecho alguno o el principio de universalidad. En palabras de ARIÑO ORTIZ:

El régimen jurídico de las actividades es puramente de Derecho Privado, aunque a veces tales actividades, si están asumidas o gestionadas directamente por entes públicos, reciban, por la condición del sujeto, una serie de privilegios o prerrogativas especiales (garantías del Estado, beneficio de la expropiación, exenciones arancelarias o fiscales) que no se concederían a un particular. **Pero esto nada tiene que ver con el servicio público.** El error está en confundir un régimen jurídico de Derecho Público por razón del sujeto con una pretendida equiparación entre actividad productiva y actividad del servicio público. Esta última se desarrolla en régimen de Derecho Público, cualquiera que sea el sujeto que la preste.<sup>459</sup> (negrita no es del original)

La empresa pública remite al concepto de gestión económica, así lo ha señalado PGR en distintos los dictámenes, precisando el hecho de que algunas empresas públicas, como el caso de la ESPH, no forman parte de la Administración Pública central ni de la descentralizada,

---

<sup>456</sup> José Luis Villar-Palasi. *La actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo... op. cit.* pág. 63.

<sup>457</sup> Véase: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V. Resolución N.º 00076 del 24 de julio de 2015.

<sup>458</sup> Véase: Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 5025 del 15 de abril de 2011. Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-509706> [15-06-2020]

<sup>459</sup> Ariño Ortiz. *Principios de derecho público... Op. cit.* Pág. 532. Por ejemplo, el ICE utiliza una Ley especial (en relación a la Ley de Expropiaciones) denominada “Ley de Adquisiciones, Expropiaciones y Servidumbres del ICE” N.º 6313 del 04 de enero de 1979, y su Ley de creación N.º 449 en el artículo 20 dispone “*El Instituto Costarricense de Electricidad está exento del pago de impuestos nacionales y municipales y goza de franquicia postal y telegráfica*”. Sobre el tema pueden verse los dictámenes de la PGR: C-109-2006, C-081-2007, C-151-2007 y C-171-2009. Por otro lado, la garantía estatal para los bancos comerciales del estado se establece en el artículo 4º de la LOSBN. N.º 1644, pero, sí pagan los impuestos de renta y territorial, según el artículo 15 de la misma ley.

ya que “no tiene personalidad jurídica de derecho público”<sup>460</sup>. Apunta la misma PGR que “el poder público asume la gestión de una actividad susceptible de explotación económica, asumiendo los riesgos inherentes a esa explotación”.<sup>461</sup> lo cual es acorde con la personalidad jurídica instrumental que gozan y añade como venimos argumentando “la empresa es un mecanismo, entonces, de intervención económica y en el cual el capital social es mayoritariamente de titularidad pública”<sup>462</sup>, por último, en referencia a su administración dice que “el ente económico está sometido a control de un ente público no estatal, de forma que éste puede determinar las decisiones empresariales”.<sup>463</sup> Sobre este último aspecto, para el caso de las empresas públicas **entes autónomos**<sup>464</sup> son las juntas directivas los órganos de control, en cabeza de las presidencias ejecutivas, que sustituyen al ministro de Gobierno,<sup>465</sup> esta figura constituye un medio de enlace entre el Poder Ejecutivo y el ente autónomo, ya que es nombrado o removido por el Consejo de Gobierno. El presidente ejecutivo será el encargado de llevar a cabo las políticas públicas y las directrices emitidas por el Ejecutivo, siendo prácticamente un funcionario de Gobierno (político) con funciones administrativas<sup>466</sup>.

Para el caso de las empresas públicas estatales (que son todas S. A.<sup>467</sup>) el control e influencia que puede ejercer el Poder Ejecutivo, a diferencia de las empresas públicas entes autónomos, no es directa. Sobre este aspecto, MARTÍN MATEO y SOSA WAGNER ponen especial importancia al punto del control que ejerza el Estado sobre la empresa, para darle a la misma el carácter público, señalan los citados autores que:

Cuestión aparte de la instrumentación es el **fundamento del control**, el título o

---

<sup>460</sup> Véase: Dictámenes C-125-2003 y C-227-2010 de la PGR.

<sup>461</sup> PGR dictamen C-139-2001, en el mismo sentido ver el C-441-2005.

<sup>462</sup> Ibid.

<sup>463</sup> Ibid.

<sup>464</sup> La mayoría de los entes de gestión económica más grandes de nuestro país están constituidas bajo la figura de institución autónoma, por ejemplo: Banco Nacional de Costa Rica (BCR), Banco de Costa Rica (BN), Instituto Nacional de Seguros (INS), Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), Junta de Protección Social (JPS), Instituto Costarricense de Ferrocarril (INCOFER), Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AYA), Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), entre otros.

<sup>465</sup> Mediante el artículo 3 de la Ley N.º 5507 de 19 de abril de 1974, se reforma la Ley N.º 4646 de 20 de octubre de 1970 en orden a la integración de las juntas directivas de los entes autónomos.

<sup>466</sup> A modo de ejemplo el artículo 2º de la LOSBN dispone que los bancos estatales “(...) Están sujetos a la ley en materia de gobierno y deben actuar en estrecha colaboración con el Poder Ejecutivo, coordinando sus esfuerzos y actividades...” no obstante establece el mismo numeral que “(...) Las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia sólo podrán emanar de sus respectivas juntas directivas. De acuerdo con lo anterior, cada banco tendrá responsabilidad propia en la ejecución de sus funciones, lo cual impone a los miembros de la Junta directiva la obligación de actuar conforme con su criterio en la dirección y administración del banco...”.

<sup>467</sup> Véase: MIDEPLAN. Organigrama del sector público costarricense. Costa Rica: MIDEPLAN, 2016.

basamento jurídico en que el control se apoya. Para su esclarecimiento debe distinguirse entre aquellas empresas con forma jurídica societaria y aquellas que no revisten esa forma. Para las primeras el fundamento puede encontrarse en la idea de propiedad de las acciones que detenta el ente público, mientras que en las segundas el fundamento habrá que buscarlo en el encuadramiento en la organización estatal. Podría objetarse que también sobre las empresas privadas y, sobre todo, en las condiciones de la actual vida económica, el Estado ejerce un control -piénsese en todo el régimen de intervención administrativa en la industria, que luego se analiza- **pero este tipo de control es distinto si a aquél se le caracteriza como una forma de “manejabilidad” que el Estado utiliza sobre sus empresas para adecuar su actuación a los objetivos de la política económica**<sup>468</sup> (negrita no es del original)

Sobre esa “manejabilidad”, como se adelantó, se puede dar fácilmente el seno de las instituciones autónomas mediante la presidencia ejecutiva, ya que a se encarga de que la gestión económica esté acorde con los objetivos del Gobierno. Lo mismo se puede decir de las S. A., que debido a sus esquemas organizativos están bajo el mando de a una institución autónoma, como es el caso de Compañía Nacional de Fuerza y Luz S. A. y Radiográfica de Costa Rica S. A., que “pertenecen” al Grupo ICE. Por otro lado, en cuanto a la relación de las empresas públicas con el Poder Ejecutivo, el análisis no puede ser general y corresponde al marco normativo que rige cada sociedad anónima del Estado, principalmente su ley constitutiva, por ejemplo, en relación con la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A., se ha establecido que si bien, se encuentra principalmente regulada por el Derecho privado, en temas como de empleo, encuentra ciertos límites, sobre este punto se ha establecido que:

dichos organismos deben respetar disposiciones de Derecho Público que hayan sido establecidas y, en caso de que esté sujeto a la competencia de la Autoridad Presupuestaria, a las directrices que dicho órgano colegiado haya formulado en el ámbito salarial y de empleo. Lo anterior ha permitido a la Sala Constitucional afirmar que el régimen de empleo de una empresa pública organizada como sociedad anónima, como es RECOPE, es un régimen mixto, integrando tanto por disposiciones de Derecho Público, incluida la sujeción a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, y de

---

<sup>468</sup> Ramón Martín Mateo y Francisco Sosa Wagner, Derecho Administrativo Económico. (Madrid: Ediciones Pirámide, 1974): 115-116. citado por Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II. Resolución N.º 30-2011. Op. cit.



Otro caso concreto es el de la empresa Correos de Costa Rica S. A. que *“no se rige por las disposiciones del artículo 178 del Código de Trabajo referidas al salario mínimo y, por el contrario, el salario de sus funcionarios debe ser fijado conforme a los lineamientos que establezca la Autoridad Presupuestaria, lineamientos que deben satisfacer “El imperativo constitucional de procurar bienestar y existencia digna al trabajador”<sup>470</sup>. Sobre el sometimiento de las empresas comerciales del Estado a la Autoridad Presupuestaria<sup>471</sup>, órgano colegiado creado en 2001 por la Ley N.º 8131, se tiene que hacer un análisis casuístico, ya que esta ley tiene como uno de sus objetivos precisamente “que las instituciones descentralizadas y empresas públicas en su conjunto (salvo los supuestos expresamente contemplados) queden de nuevo en el ámbito de la Autoridad Presupuestaria, a fin de que la política financiera del Estado como ordenamiento responda a los mismos fines, objetivos y metas y sea congruente con la programación macroeconómica del Poder Ejecutivo”<sup>472</sup>. Para que de dicha aplicación, sobre empleo público y salarios, se pueda excluir una empresa pública, podemos decir, tiene que existir una norma legal especial que excluya esa aplicación y que sea posterior a la Ley N.º 8131<sup>473</sup>, como ocurre, por ejemplo, en los casos de ESPH S. A.<sup>474</sup> y de SINART S.A.<sup>475</sup>. Evidentemente, las empresas públicas entes autónomos se encuentran sometidas a las directrices que emita el Poder Ejecutivo, el resultado es, a modo de conclusión, que la mayoría de empresas públicas que realicen gestión pública son susceptibles de intervención política*

---

<sup>469</sup> PGR Dictamen C-441-2005 citando la sentencia de la Sala Constitucional N.º 7730-2000 de 30 de agosto de 2000.

<sup>470</sup> Dictamen C-441-2005 en el mismo sentido el C-441-2005.

<sup>471</sup> La Autoridad Presupuestaria se creó mediante Ley N.º 6821 de 19/10/1982 hoy derogada por la “Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos” N.º 8131 del 18/09/2001 que la contempla en su artículo 21.

<sup>472</sup> PGR. Dictamen N.º C-224-2003 en el mismo sentido el C-441-2005.

<sup>473</sup> Véase: PGR dictamen C-441-2005.

<sup>474</sup> “En el dictamen N.º C-120-2002 de 14 de mayo de 2002 se indicó que estaba sujeta a la competencia de la Autoridad Presupuestaria, por ser la Ley 8131 norma posterior a la 7789. Criterio que deja de tener eficacia cuando por medio de la Ley N.º 8345 de 26 de febrero del 2003 (norma posterior a la 8131) se le exceptiona de la sujeción de las directrices formuladas por la Autoridad Presupuestaria. Ese cambio normativo se manifiesta en el Dictamen N.º 188-2003 de 23 de junio de 2003”. PGR dictamen C-441-2005.

<sup>475</sup> “El régimen salarial de SINART es especial en virtud de existir una norma específica cuya aplicación es, además, incompatible con la sujeción a las directrices de la Autoridad Presupuestaria y en particular, a las referidas al modo de revalorización por costo de vida. Dicha norma es posterior a la vigencia de la Ley N.º 8131 y, por ello, la aplicación de los criterios hermenéuticos implica considerar que debe dársele prevalencia a sus disposiciones por sobre lo dispuesto en la Ley N. 8131. Por ende, sobre la competencia de la Autoridad Presupuestaria en los ámbitos indicados”. PGR dictamen C-441-2005.

del Poder Ejecutivo o se encuentran bajo su dirección.

### 2.2.5. Actividad administrativa de planificación

La planificación<sup>476</sup> administrativa es una actividad que se encuentra estrechamente vinculada al modelo económico y social que profesa un Estado en un momento histórico determinado, que tal y como se analizó, se materializa en su constitución económica, que no es otra cosa que el estudio sistematizado de la Carta Magna sobre la legitimidad que tiene el Estado para intervenir en el orden socioeconómico y que en razón de la intensidad con que actúa, puede configurar la vida de las personas y sus actividades económicas (convirtiéndose en programación más que planificación) o dejarles un amplio margen de actuación según sus propios intereses y con base en los principios de un modelo liberal de Estado.

Para Luciano PAREJO ALFONSO: *“La figura de los planes o programas supone una forma de actuación todavía en decantación (...), lo que explica la heterogeneidad del fenómeno y de sus manifestaciones (en la práctica existen tantos planes y programas como ámbitos o sectores de actuación de los poderes públicos: económicos, financieros, tráfico y movilidad, transporte, urbanismo, obras y un muy largo etcétera) (...)”*<sup>477</sup>, esta actuación va de planes de acción informales hasta planes aprobados por Ley, de instrumentos que contienen aspectos normativos como directrices (de eficacia interna) a medidas combinadas y hasta normas de alcance general, de eficacia vinculante, principalmente en materia urbanística.<sup>478</sup>

La idea de “plan” se originó e implementó por vez primera en el contexto de la Unión Soviética que se caracterizó por ser una economía de dirección estatal<sup>479</sup> o centralizada, luego este modelo fue seguido por otros países, pero de manera indicativa, como fue el caso

---

<sup>476</sup> La planificación se define como la actividad de realizar un *“Plan general, metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado, tal como el desarrollo armónico de una ciudad, el desarrollo económico, la investigación científica, el funcionamiento de una industria, etc.”*. Voz “planificación” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [13/04/2020].

<sup>477</sup> Luciano Parejo-Alfonso. *Lecciones de derecho administrativo*. 9<sup>o</sup> ed. (España: Tirant lo Blanch, 2018): 512-513.

<sup>478</sup> Véase: Luciano Parejo-Alfonso. *Lecciones de derecho administrativo*. *op. cit.* pág. 513.

<sup>479</sup> Véase: Gaspar Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág: 367-368; En igual sentido véase: Lorenzo Rodríguez-Durántez. “La planificación francesa (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 38 (mayo-agosto, 1962): 397. Para Luis Sánchez Agesta “*Las primeras experiencias, a partir del ensayo realizado en la postguerra alemana de 1918, tuvieron paralelo y paradójico exponente en Rusia, que inicia hacia 1928 la etapa de los planes quinquenales, y en Estados Unidos, con la experiencia Roosevelt, que suponía parcialmente un ensayo de planificación*”. Luis Sánchez-Agesta. “Planificación económica y régimen político (España)”, *Revista de Administración Pública*. N.º 3. (septiembre - diciembre, 1950): 32.

enigmático de Francia, reconociendo su influencia sobre el Derecho administrativo, a esta forma se le puede llamar “planificación a la francesa”<sup>480</sup>; sin embargo, contrario a lo que se podría pensar, se afirma que carece de una motivación ideológica específica, sino que es el fruto del empirismo francés y de la búsqueda cotidiana<sup>481</sup> o que responde a diversos presupuestos y causas que no viene al caso tratar en este momento<sup>482</sup>.

En una democracia de inspiración liberal como lo es la de Costa Rica, la planificación no puede ser vinculante para los sujetos privados, por lo que es necesario decir junto con Rodríguez Duránte que *“en el seno de una planificación indicativa, donde el Plan, no se ejecuta a golpe de ucases, la ejecución del Plan radica en su poder de seducción”*<sup>483</sup>, esto es, animar e incentivar en determinada dirección; sin embargo, dicha afirmación no quita que se genere gran influencia en el sector privado, mediante distintos mecanismos más o menos prácticos, como lo es en general, la actividad administrativa de fomento<sup>484</sup>, la orientación económica a través del presupuesto nacional<sup>485</sup>, la política fiscal, verbigracia, con el otorgamiento de exoneraciones sobre determinados bienes o servicios (en estos dos últimos supuestos será necesaria una actuación concertada entre el poder ejecutivo y legislativo<sup>486</sup>),

---

<sup>480</sup> Véase: En este sentido Sebastián Martín-Retortillo. “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 117, (septiembre-diciembre, 1988): 136 *“el carácter indicativo que, como es sabido, caracteriza a la planificación francesa en relación con el sector privado. Carácter indicativo, que determina un tipo peculiar de planificación: «planificación a la francesa»“*; Por su lado Rodríguez-Duránte indica que es *“Una planificación que se quería únicamente indicativa para realizarse debía ser el resultado de una obra colectiva a la determinación de la cual debían ser asociados directa o indirectamente todos aquellos que habrían de ejecutarla. El Plan daba así origen a lo que se llamaría «la economía concertada», expresión que se ha convertido en una de las ideas del nuevo sistema económico-francés. El Plan francés, cuya única fuerza para el sector privado es el consentimiento y la persuasión, solamente podía tener éxito si éste lo consideraba una obra suya o al menos aceptada; el Plan debía ser una afirmación de voluntad colectiva, un concierto de millares de ejecutantes”* Rodríguez-Duránte, Lorenzo. *La planificación francesa...* op. cit. pág. 406.

<sup>481</sup> Rodríguez-Duránte. *La planificación francesa...* op. cit. pág. 393.

<sup>482</sup> El primer Plan francés denominado “Plan MONNET” (en honor a Jean Monnet), rigió de 1946 a 1953, teniendo algunos antecedentes sectoriales como el “Plan TARDIEU” de 1925 y el “Plan MARQUET” de 1934, entre otros. véase: Rodríguez-Duránte. *La planificación francesa...* op. cit. pág: 400-401. Pero no es sino hasta el 3º Plan que rige de 1958 a 1961 donde se habla *“ya un verdadero Plan de desarrollo, buscando a realizar, en la estabilidad monetaria y en el equilibrio de los pagos al exterior, una fuerte expansión económica”*. Ibid. pág. 402.

<sup>483</sup> Rodríguez-Duránte. *La planificación francesa...* op. cit. pág. 416.

<sup>484</sup> véase supra.

<sup>485</sup> *“El Presupuesto, dada la extensión del sector público, es el instrumento principal de ejecución del Plan. 1.º) En primer lugar juega su importancia cuantitativa que hace decisiva una estrategia de los gastos públicos, entendidos en su sentido más amplio. Verbigracia, suprimiendo determinadas compras. 2.º) En segundo lugar, los gastos públicos tienen un efecto en cadena dada la interdependencia de los sectores económicos. 3.º) El equilibrio del presupuesto y la manera en la que es obtenido, o no influyen grandemente en la vida económica de un país”*. Rodríguez-Duránte. *La planificación francesa...* op. cit. pág. 418-419.

<sup>486</sup> La Constitución Política dispone en su *“ARTÍCULO 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 11) Dictar los presupuestos ordinarios y*

otorgamiento de permisos de construcción o para realizar ciertas actividades según la zona territorial<sup>487</sup>, modernamente mediante las “alianzas público-privadas”<sup>488</sup>, por ejemplo, para el desarrollo de infraestructura pública, además del señalamiento de preferencias para colocar el crédito oficial<sup>489</sup>, por ejemplo, la política de Banca para el Desarrollo.

Por otro lado, la planificación administrativa siempre ha sido vinculante para el sector público, siendo el mecanismo de ejecución tradicional el control financiero presupuestal y también mediante las directrices administrativas. Esta última característica se justifica hoy día en nuestro ordenamiento jurídico como una de las atribuciones constitucionales, dirección y coordinación, del presidente, además de la interpretación oficial del artículo 50 de la Constitución Política, en este sentido, la idea original de planificación general, según ARIÑO ORTIZ:

(...) conecta con la aparición del Estado del Bienestar. Para cumplir los fines que el Estado asume en todas las parcelas de la vida económica y social se consideraba necesario impulsar de forma centralizada una cierta organización social, económica e industrial. Se trataba de configurar la sociedad según unas pautas de equilibrio, de mayor justicia, impulsando el reequilibrio regional y sectorial, promoviendo industrias que hasta entonces no eran competitivas (...), promoviendo viviendas e infraestructuras para dar respuesta a los movimientos migratorios, propios de una sociedad rural que se transforma en urbana.<sup>490</sup>

La planificación se puede dividir en dos grandes categorías, por un lado, la económica o de variables macroeconómicas que se relacionan con la función coordinada, pero autónoma del BCCR (fijación de la política monetaria y cambiaria) y por otro lado, la planificación en sentido general, llevada a cabo por el Poder Ejecutivo, por ejemplo, el Reglamento Orgánico

---

*extraordinarios de la República; (...) 13) Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales.”.*

<sup>487</sup> Véase por todos: Julio Jurado-Fernández, “La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional (Costa Rica)”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 123 (septiembre-diciembre, 2010).; Andrés Montejo-Morales. Sobre el ordenamiento territorial. En *Derechos Reales*. San José, Editorial ISOLMA, 2013.

<sup>488</sup> Sobre el tema véase por todos: Alborta, Guillermo. Stevenson, Claudia y Triana, Sergio. *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: Una visión hacia el futuro*. (No indica: Banco Interamericano de Desarrollo, 2011). Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/16075/asociaciones-publico-privadas-para-la-prestacion-de-servicios-una-vision-hacia-el> [19-04-2020]

<sup>489</sup> Véase: Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 370. En el mismo sentido Rodríguez-Durántez, Lorenzo. *La planificación francesa... op. cit.* pág. 417-418.

<sup>490</sup> Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 369.

del Poder Ejecutivo N.º 41187-MP-MIDEPLAN establece cuatro Consejos Presidenciales, a saber: i. Consejo Nacional Ambiental, ii. Consejo de Seguridad Nacional, iii. Consejo de Cooperación Internacional, Política Exterior y Negocios Internacionales, y iv. Consejo de Economía Social Solidaria.<sup>491</sup> También estableció siete grandes áreas estratégicas de articulación presidencial: i. Innovación, Competitividad y Productividad. ii. Infraestructura, Movilidad y Ordenamiento Territorial, iii. Salud y Seguridad Social, iv. Educación para el Desarrollo Sostenible y la Convivencia, v. Económica para la Estabilidad y el Crecimiento y vi. Desarrollo Territorial.<sup>492</sup> Esta planificación general puede tener orientación económica o extraeconómica, pero acá también se encuentra el campo de la planificación administrativa ordinaria que hace el Estado internamente, por ejemplo, se establecen periódicamente aspectos de control interno y presupuestales (política salarial y de gasto público, elaboración de las distintas partidas del proyecto de Ley de Presupuesto Público, etc.).

La forma de planificación general se puede observar desde los “programas de gobierno” que los partidos políticos presentan con su candidatura para asumir las “riendas” del Estado, a nivel ejecutivo y legislativo, por ejemplo, los objetivos que se plantean en relación con determinadas políticas públicas en vivienda, educación, trabajo, salud, ciencia y tecnología, derechos humanos y “costo de la vida”, entre muchos otros, se trata de concretarlos, una vez asumido el poder político, mediante las actividades administrativas, de forma paralela o conjunta, políticas públicas y la creación de leyes. Aquellos objetivos de importancia para el gobierno de turno se plasman en el “Plan nacional de desarrollo y de inversión pública”<sup>493</sup> que buscan ser una guía política para el desarrollo económico y social del país. En este sentido desde un punto de vista crítico Luis SÁNCHEZ AGESTA dice:

Los términos planeamiento y planificación son hoy día un término genérico que se aplica a los más diversos ámbitos. Tienen a su favor la promesa implícita en la misma significación del término de introducir un orden, de aplicar la inteligencia a nuestros

---

<sup>491</sup> Véase: artículo 5 del Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo. N.º 41187-MP-MIDEPLAN. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=86724](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=86724) [03-10-2020]

<sup>492</sup> Véase: artículo 2 del Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo. N.º 41187-MP-MIDEPLAN. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=86724](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=86724) [03-10-2020]

<sup>493</sup> Sí fue llamado en Costa Rica. La última versión “Plan Nacional de Desarrollo y de Inversión Pública del Bicentenario 2019 - 2022 de Costa Rica” se encuentra disponible en: <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/planes/plan-nacional-de-desarrollo-y-de-inversion-publica-del-bicentenario-2019-2022-de-costa-rica> [19-04-2020]

problemas para resolverlos con un método adecuado. Pero si entendemos por planificación simplemente la sujeción de la vida económica a un orden, también podríamos comprender con ese término el equilibrio que la economía liberal realizaba a través del principio de libre competencia. A favor de esta indefinición y simpatía intelectual, el término ha venido a enriquecer el acervo (*sic*) de las palabras mágicas de que se sirven los políticos. Los políticos tienen ese don maravilloso de escoger una palabra que suene bien, vaciarla de su contenido, dar su concepto por sobreentendido y aplicarla sobre los hombres y las cosas como un talismán.<sup>494</sup>

La planificación a nivel interno del Estado dejará, en principio, incólume la libertad de empresa y el *status* jurídico de los sujetos privados; sin embargo, debe tenerse presente su gran influencia en el sector productivo, al materializarse en las actividades administrativas tradicionales antes expuestas. En este punto nos abocaremos a la planificación con orientación económica, dejando de lado las demás connotaciones<sup>495</sup> y como ha sido el hilo argumental, la repercusión de esta actividad administrativa en el mercado, bajo la batuta del Poder Ejecutivo.

Teniendo lo anterior presente se puede decir que *“la planificación, con el sentido con que actualmente se nos presenta, se desarrolla de modo fundamental en relación con el sector económico”*.<sup>496</sup>, por ejemplo, la elaboración del proyecto de Ley del Presupuesto Ordinario de la República<sup>497</sup> que es una actividad típica de planificación administrativa, este debe considerar qué partidas serán destinadas a programas sociales, infraestructura, gasto público etc. y de ahí la vital importancia de esta actividad que se proyecta en las demás esferas del entramado

---

<sup>494</sup> Sánchez-Agosta. *Planificación económica y régimen... op. cit.* pág. 33.

<sup>495</sup> En este sentido señala Sebastián Martín-Retortillo que: *“(...) debe tenerse en cuenta que con los términos plan y planificación se comprenden además otras realidades muy distintas. Porque el término plan se refiere tanto a un Plan de Desarrollo o de Estabilización como a un plan de riego o de urbanización de una zona determinada: estamos frente a realidades totalmente distintas, no homologables, que refieren figuras jurídicas, instituciones, también totalmente diferentes y que nada tienen que ver entre sí, excepción hecha, acaso, de la estructura interna a la que responden”*. “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 117, (Septiembre-Diciembre, 1988): 125.

<sup>496</sup> Martín-Retortillo. *Presupuestos políticos y fundamentación... op. cit.*: pág. 122. *“(...) aun insistiendo en la representación que en el campo económico ofrece la técnica planificadora desde el punto de vista jurídico, en ningún momento debe olvidarse su actualización por parte de la Administración pública en relación con otros sectores distintos; en concreto, en relación con todos aquellos con los que la Administración puede y debe actuar: desde el orden estrictamente económico al cultural, desde el sanitario al urbanístico”*. *ibid.*

<sup>497</sup> El artículo 177 de la Constitución Política establece que la preparación del proyecto de Presupuesto Ordinario de la República corresponde al Poder Ejecutivo y en el artículo 178 la Constitución estipula que el proyecto de Presupuesto Ordinario será sometido a conocimiento de la Asamblea Legislativa el 1º de setiembre de cada año y que la Ley de Presupuesto deberá estar definitivamente aprobada antes del 30 de noviembre del mismo año.

institucional y lo condiciona en muchos sentidos, es así como podemos ver “*desde una perspectiva institucional estamos, por una parte, frente a las leyes de planes: instrumentación legal del fenómeno planificador. Por otra, frente a esos actos administrativos (...)*”<sup>498</sup>, con los que se concretan los primeros.

Se puede afirmar, por un lado, que esta actividad tiene un complejo marco normativo bien identificado, a diferencia de la regulación legal de las formas de actuación administrativa anteriormente estudiadas, que se encuentran distribuidas en multitud de leyes, reglamentos, jurisprudencia judicial y administrativa. La potestad de planificación general y económica se deriva, según la interpretación oficial, del artículo 50 de la Constitución y se regula principalmente en la “Ley de Planificación Nacional” N.º 5525. (en adelante LPN N.º 5525) y sus reglamentos; en la “Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos” N.º 8131 (en adelante LAFRPP N.º 8131) y sus reglamentos<sup>499</sup>, y por otro lado, tenemos los planes administrativos, en los que afirma la doctrina que “*la naturaleza jurídica de los últimos es, (...) problema en extremo debatido, en cuanto se les tratará de asignar un puesto, en cierto modo intermedio entre la norma reglamentaria y el acto administrativo, o se les configurará como un auténtico acto-procedimiento*”.<sup>500</sup> En nuestro ordenamiento jurídico, esa discusión pierde sentido al no existir diferencia entre el acto administrativo y el reglamento; sin embargo, cabe hacer mención a su regulación básica para luego poner un ejemplo concreto, el de los bancos públicos en relación con la dirección que puede realizar el Poder Ejecutivo en concordancia con los Planes de Desarrollo. La PGR en Opinión Jurídica N.º OJ-046-2015 se pronunció sobre la planificación, dispuesta en la LPN N.º 5525, de la siguiente forma:

un proceso de planificación que implica el diagnóstico continuo de la economía y de las condiciones sociales, de modo que se elaboren políticas y planes de desarrollo económico y social y, en general de desarrollo sostenible. Para lo cual se considera indispensable la coordinación de los planes y programas de los distintos organismos

---

<sup>498</sup> Martín-Retortillo. *Presupuestos políticos y fundamentación... op. cit.:* pág. 125.

<sup>499</sup> Reglamento al artículo 73 de la Ley N.º 8131, Decreto Ejecutivo: 30655 del 21/08/2002; Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Decreto Ejecutivo: 32988 del 31/01/2006; Reglamento para el registro y control de bienes de la administración central y reforma Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Decreto Ejecutivo: 40797 del 28/11/2017.

<sup>500</sup> Martín-Retortillo. *Presupuestos políticos y fundamentación... op. cit.:* pág. 126.

públicos parte del sistema nacional de planificación. Se ordena la elaboración de un Plan Nacional de Desarrollo, que se constituye en el marco de referencia de los planes de inversión de los distintos organismos del sistema (artículo 9). Dicho Plan contiene los fines, objetivos que se pretende alcanzar en un período determinado por la Administración Pública y las empresas públicas. Refleja las políticas públicas consideradas indispensables para alcanzar el desarrollo social y económico y, por ende, hacer realidad el Estado Social de Derecho. En efecto, el Plan se elabora conforme los lineamientos de política general del Estado establecidos por el Poder Ejecutivo (artículos 4 y 14). En ese sentido, la planificación y el Plan Nacional son consecuencia de la potestad directiva del Estado sobre el resto de entidades públicas, potestad que es constitucional (...).<sup>501</sup>

Por su lado, el artículo 4 de la LAFRPP dispone la sujeción de los presupuestos institucionales al plan, *“El Plan Nacional de Desarrollo constituirá el marco global que orientará los planes operativos institucionales, según el nivel de autonomía que corresponda de conformidad con las disposiciones legales y constitucionales pertinentes”*.<sup>502</sup> De esta forma vemos como el plan tiene, al menos, una función coordinadora bajo el mando del Ejecutivo y por otro lado, una controladora<sup>503</sup> en relación con los presupuestos públicos. Ahora cabe preguntarse qué vinculatoriedad tienen estos planes para las instituciones públicas de gran relevancia para la economía.

En definitiva, la actuación administrativa de planificación (de la mano con la actividad de fomento) es una de las que le confieren mayores facultades al Poder Ejecutivo para intervenir en el mercado, se ha visto que no existen aún criterios bien definidos para delimitar hasta dónde puede llegar dicha intervención, lo cual es un tema que presenta en la actualidad gran preocupación académica y preocupa el hecho de que esta *“forma de actuación que, con carácter general, no ha alcanzado el estadio de una forma jurídica precisa, salvo en algún*

---

<sup>501</sup> Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica número OJ-046-2015 de 13 de mayo de 2015, citado en el Dictamen OJ-084-2017 del 17 de julio de 2017.

<sup>502</sup> Artículo 4 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos N.º 8131.

<sup>503</sup> En este sentido dice el artículo 9 de la LNP. N.º 5525 *“Corresponde al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica vigilar que los programas de inversión pública, incluidos los de las instituciones descentralizadas y demás organismos de derecho público, sean compatibles con las previsiones y el orden de prioridad establecido en el Plan Nacional de Desarrollo (...)”*.



sector, como el de la ordenación territorial y urbanística (...)”<sup>504</sup>. En la siguiente sección veremos como la regulación económica *stricto sensu* puede ayudar a delimitar el ámbito de injerencia del poder político en los sectores regulados por razones meramente económicas.

### 2.3. La actividad administrativa de «regulación económica»

Se entiende por regulación económica, a aquella actividad que se realiza de manera focalizada por un organismo regulador cuya competencia es dada por una ley formal de carácter finalista<sup>505</sup>, por ello tiene amplio margen de apreciación y de discrecionalidad, su diseño institucional se caracteriza por su marcada independencia, a diferentes niveles, en relación, por un lado, con el poder político (principalmente del Poder Ejecutivo) y por otro, del propio sector regulado que basa su quehacer en criterios técnicos y parámetros objetivos, y sus decisiones tienen repercusiones para toda la sociedad y por eso es una actividad de interés público.

Así, la regulación económica *stricto sensu* es la que se lleva a cabo por las denominadas Autoridades Administrativas Independientes (criterio subjetivo)<sup>506</sup>, debemos aclarar que existen AAI para prácticamente todos los sectores de referencia<sup>507</sup>, pero el presente trabajo se limita al estudio del sector económico-financiero (criterio material), dadas sus particulares características que asientan la necesidad<sup>508</sup> de mayor independencia en los términos que

---

<sup>504</sup> Luciano Parejo-Alfonso. *Lecciones de derecho administrativo... op. cit.* pág. 513.

<sup>505</sup> Al respecto véase: Francisco de Borja López-Jurado Escribano. “Finalidad y Realidad en el Derecho: caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica (España)”. *Revista empresa y humanismo*. Vol. VII. N.º 1 (2004): 61-81. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/empresa-y-humanismo/article/view/33346> [10-07-2020] Para este autor las leyes que tratan sobre la regulación económica y la regulación ambiental comparten dos características cruciales una de ellas es su carácter finalista (fijando objetivos claros) y su referencia a los datos fácticos dotando a estos de fuerza normativa.

<sup>506</sup> En contra de utilizar un criterio subjetivo para la definición de la regulación (sin el apelativo económico) José Esteve Pardo, quien basado en la doctrina alemana dice que “*no resulta admisible una concepción estatutaria de la regulación como actividad propia y característica de un grupo de sujetos encuadrados en una tipología subjetiva determinada, como la que pudiera advertirse en las llamadas agencias reguladoras*”. José Esteve Pardo. “*El encuadre de la regulación de la economía en el derecho público,*” en *Fundamentos e instituciones de la regulación I.* (España: lustel, 2009), 395. Para el mismo autor el concepto estricto de regulación económica “*vendría a circunscribir la regulación a la actividad administrativa -fundamentalmente, aunque no exclusivamente, la de las Agencias reguladoras- en esos sectores en los que el mercado presenta limitaciones o disfunciones congénitas. Son los que por ello tienen a ser denominados mercados regulados...*” *Ibid.* op. cit. pág. 403-404.

<sup>507</sup> Por ejemplo, existen AAI en el sector audiovisual, energético o de recursos naturales (electricidad, agua, gas, petróleo), seguridad industrial, transporte, para la promoción de la competencia, defensa de los consumidores, protección de datos personales, etc.

<sup>508</sup> Utilizamos el término *necesidad* en el sentido de usado por Magally Hernández-Rodríguez que habla para el caso costarricense de la necesidad de independencia de los Entes Reguladores apuntando que en el contexto de las “(...) *políticas de apertura y liberalización de mercados nace la necesidad de entes reguladores estatales*

serán expuestos más adelante. En las siguientes líneas se expondrá el concepto de regulación económica, el cual actualmente se considera pacíficamente como parte de la actividad administrativa<sup>509</sup> como forma de materialización de la función estatal de intervención en la economía.

### 2.3.1. Incursión del término regulación en el derecho administrativo

El connotado administrativista español, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, explica cómo los acontecimientos lingüísticos cumplen un papel crucial en la consolidación de institutos (que serían aquellos grandes conceptos orientadores generalmente aceptados por una comunidad epistémica) dentro de un sistema normativo<sup>510</sup>, aquellos se producen mediante cambios históricos sustanciales dentro de una cultura determinada, que se impregnan naturalmente a la cultura jurídica, como parte esencial de la sociedad, es así como usualmente en Derecho administrativo se parte del estudio de los cambios producidos a partir de la Revolución Francesa, hecho por antonomasia configurador del sistema iuspublicista dentro de la tradición jurídica continental o *civil law* (en contraposición al sistema anglosajón o del *common law* que responde a coyunturas distintas y particulares), así, dice el mencionado autor:

La lengua de los derechos debe explicarse, pues, no como una simple aparición de nuevos términos, en un plano estrictamente técnico de análisis léxico o sintáctico, sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres. Las palabras deben insertarse en el sistema que intentan expresar ese “aura de sistema” que es consustancial al Derecho como un todo, sin lo cual su simple comprensión sería imposible.<sup>511</sup>

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, los aportes más importantes de la Revolución Francesa

---

*que sean lo suficientemente independientes como para cumplir a cabalidad la misión de regulación. Necesidad que se comprende mejor si recordamos que en países como Costa Rica persiste una sociedad de derechos”.* Fisuras, Desafíos y Mutaciones: del Estado de Derecho y del Derecho Público. (Costa Rica: Editorial UCR): 330.

<sup>509</sup> “*Si la regulación económica es, pues, actividad administrativa, su lugar en la sistemática del Derecho público habrá de ser justamente éste, el de la actividad administrativa*”. José Esteve Pardo. *El encuadre de la regulación de la economía en el derecho público... op. cit.* pág. 389.

<sup>510</sup> Véase: Eduardo García de Enterría. La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa. (España: Real Academia Española, 1994). Disponible en: [https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso\\_Ingreso\\_Eduardo\\_Garcia\\_de\\_Enterria.pdf](https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf) [accesado el 12-08-2019]

<sup>511</sup> Eduardo García de Enterría. La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa. (España: Civitas, 2001), 45.

para el Derecho público son dos instrumentos básicos y fundamentales, los cuales podemos observar en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a saber; el concepto institucional de Derecho Subjetivo y el Principio de Legalidad<sup>512</sup> o “*reino de la Ley como cauce necesario de ejercicio del poder político y, la vez, de garantía de la libertad y de los derechos a ella inherentes*”<sup>513</sup> conceptos, sin duda, de vital trascendencia para nuestro sistema jurídico y sistema de convivencia social. En este sentido el surgimiento del término *regulación*, que usualmente viene acompañado por el adjetivo “económica”, no es en lo absoluto baladí; sin embargo, para algún sector de la doctrina no es más que una nueva denominación y equivalente al tradicional objeto de estudio del Derecho Administrativo Económico o lo visualizan como equivalente a la tradicional intervención pública en la economía. En este sentido ARIÑO ORTIZ y DE LA CUÉTARA señalan que:

Los observadores sociales no han dado demasiada importancia al auge de este término, que han tomado como una moda pasajera, directamente achacable al actual predominio de las técnicas de gestión económica norteamericanas en todo el globo. La regulación -piensan- es un invento anglo-norteamericano que se extiende con la economía de mercado proyectada desde los Estados Unidos a todo el planeta. Frente a esta apreciación de muchos analistas, hay que decir que no es sólo una cuestión de palabras y mucho menos de modas. Detrás del cambio terminológico hay un cambio estructural que no podemos desconocer.<sup>514</sup>

Como bien señalan los citados autores ante la implementación del término regulación se vio que, en un inicio, no fue objeto de muchos análisis ya que consideraron que se trataba de un cambio pasajero o una “moda” dada por la influencia ejercida por el sistema de mercado norteamericano y sus institutos, pero lo cierto es que este cambio terminológico no fue una bagatela y al estilo señalado este nuevo término (cambio lingüístico) entraña en sí mismo un

---

<sup>512</sup> Concepto desconocido hasta entonces, ya que nos expone el citado autor como la figura del *rule of law* del derecho revolucionario norteamericano nació básicamente para consolidar la independencia del juez de influencias externas, esto derivado del contexto sociopolítico imperante en la época de la lucha por la independencia respecto del Reino Británico, la configuración del Principio de Legalidad francés se basaba en que la ley es la única que puede dar potestades y delimitar competencias de la mano con una estricta división de poderes, lo anterior por su lado, derivado contra el orden del antiguo régimen que justificaba el ejercicio del poder como derecho divino otorgado al rey que era el “representante de Dios en la tierra”, y este a su vez lo delega a los administradores públicos y en los jueces, sin perder nunca su competencia.

<sup>513</sup> Eduardo García de Enterría. La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa. (España: Civitas, 2001), 50.

<sup>514</sup> Gaspar Ariño-Ortiz y Juan Miguel De la Cuétara. “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos (España)”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9 (enero-abril, 2000): 9.

*cambio estructural* interno del Derecho administrativo que no se puede pasar por alto y en efecto no se ha hecho, siendo el mismo objeto del último gran debate en el campo del Derecho público.

Dentro de los autores especialmente críticos de la incursión del término regulación, destaca Andrés BETANCOR, para este autor no es más que una forma disidente de denominar el tradicional Derecho público de la economía y lo compara con un mito<sup>515</sup>, por eso el Derecho regulatorio sería una *rara avis* impregnada de aspectos metafísicos, pero acaso el Derecho, en general, entendido como el conjunto de normas abstractas y generales o un sistema dotado de plenitud hermenéutica ¿no es una ficción jurídica, un mito a fin de cuentas? creemos que en gran parte sí lo es<sup>516</sup>, es decir, el Derecho comparte muchas de sus características, pero, son los aportes de otras ramas del conocimiento las que dan en algunos casos al Derecho un aspecto más tangible y pragmático, como las ciencias exactas, sociales y la economía con su análisis positivo (lo descriptivo en contraposición a lo prescriptivo) y es precisamente en el seno de un sistema jurídico que se ha denominado *realista*<sup>517</sup> donde nace la regulación económica, por ello, las sanas recepciones sirven para enriquecer la cultura jurídica, por lo que no podemos permitir que tradicionalismos doctrinales “dogmas” detengan o entorpezcan la evolución jurídica, su carácter dinámico<sup>518</sup>. Para efectos de este trabajo de investigación son muy ilustrativas las palabras de Nuria RUIZ PALAZUELOS en el sentido que:

La expresión «regulación económica», tal y como hoy se entiende en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos, es importada, sí, del sistema norteamericano, pero adopta un sentido específico que no coincide del todo con el que tiene en su país de origen, como suele ocurrir cuando se incorporan automáticamente concepto se instituciones de ordenamientos foráneos, obedeciendo a una distinta tradición jurídica, quizá de un modo un tanto acrítico. Ello es fuente de confusiones e imprecisiones, y más aún cuando en nuestro ordenamiento jurídico ya se contaba en la época con una

---

<sup>515</sup> Véase: Andrés Betancor. Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos. España. Civitas-Thomson Reuters. 2010.

<sup>516</sup> Sobre el Derecho y su relación con el mito véase por todos: Peter Fitzpatrick. La mitología del derecho moderno. México: Siglo XXI editores, 1998.; Paolo Grossi. Mitología jurídica de la modernidad. España: Editorial Trotta, 2003.; y términos más generales Leszek Kołakowski. La presencia del mito. España: Cátedra, 1990.

<sup>517</sup> Para un estudio del realismo jurídico de los Estados Unidos véase por todos: Giovanni Tarello. El realismo jurídico americano. Perú: Palestra editores, 2017.

<sup>518</sup> Por ejemplo, veamos los recientes grandes avances que se han dado en materia de derechos humanos, como lo es el matrimonio entre personas del mismo sexo, y en materia ambiental el otorgamiento de derechos a animales y recursos naturales como ríos, aspectos impensables unas cuantas décadas atrás.

expresión equivalente para aludir a la actividad de producción normativa del Estado, que nada tiene que ver con el sentido que después adquiere la expresión en el contexto que ahora nos ocupa. Con independencia de esta maraña terminológica, sin duda criticable, lo cierto es que el término regulación está ahí, ha hecho fortuna y se emplea, con mayor o menor rigor, de manera generalizada en buena parte de los sistemas de nuestro entorno con un sentido específico, para referirse a la concreta actividad de supervisión que ejerce la Administración en el ámbito que estamos tratando. Negarle este sentido y equipararla sin más a la tradicional intervención pública en la economía supone vaciar a la noción de ese contenido particular e impide singularizarla en el plano conceptual respecto de otros tipos de intervención estatal en las actividades económicas<sup>519</sup>

Se comparten plenamente las palabras de RUIZ PALAZUELOS, es por ello que ahora se debe que comentar ese proceso al que hace mención, la recepción jurídica, el cual no es un proceso omnímodo, carente de raciocinio<sup>520</sup> ni acrítico. Para José ESTEVE PARDO, el proceso de recepción de un instituto jurídico o “importación” jurídica se da de manera voluntaria, para solventar un problema jurídico de forma práctica al que el propio sistema no tiene una solución novedosa y en principio, es producto del estudio doctrinal de los juristas<sup>521</sup>. Dentro de esa labor doctrinal distingue dos fases o momentos, a saber:

El primero es el de la atención al modelo jurídico exterior y la valoración de sus bondades. El juicio aquí puede ser más o menos certero. Puede estar motivado en un análisis objetivo, crítico, o influenciado por el brillo de un sistema, por las modas o por el más elemental papanatismo, que no está ausente en absoluto en los ambientes académicos. El segundo momento es, propiamente, el de la recepción. Puede ser ésta en su estado bruto, injertando sin más las piezas externas en el entramado del sistema propio; pero también, como resulta del todo exigible a la doctrina, puede que se desarrolle una labor de adaptación y hasta de recreación, depurando los componentes

---

<sup>519</sup> Nuria Ruiz-Palazuelos. *Regulación económica y Estado de Derecho*. (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018), 99.

<sup>520</sup> Para Andrés Betancor el término regulación ha suscitado un estado de obnubilación entre los iuspublicistas. *Regulación: Mito y Derecho... op. cit.* pág. 23.

<sup>521</sup> Véase: José Esteve-Pardo. “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 183. (septiembre-diciembre, 2010): 296-297.

incompatibles con el sistema receptor.<sup>522</sup>

Precisamente nos encontramos en el segundo momento, mejor dicho, en un periodo de perfeccionamiento, de esa fase de recepción en nuestro país, de ahí la importancia de que se realicen estudios para poder comprender mejor el fenómeno que estamos experimentando y seguiremos viviendo más intensamente, como se puede fácilmente predecir con la reciente invitación de Costa Rica a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y los compromisos internacionales que eso implica en diversos campos, estando la mejora de la regulación económica y en particular, la financiera dentro de ellos (“*better and smart regulation*”). Por otro lado, cabe adelantar a modo de crítica que si bien es cierto, en los procesos de “recepción jurídica” se debe hacer una labor de adaptación y depuración algo muy distinto es crear toda una “nueva” teoría diversa al modelo que se pretenda recrear (como la del Estado garante antes comentada), al punto de mantener los mismos dogmas que han sido, en parte, origen del problema por solventar (por ejemplo, la teoría de la Escuela de Burdeos y tamaño del Estado), lo cual da al traste con todo el esfuerzo intelectual realizado previamente.

El concepto regulación se caracteriza para bien o para mal, por su ambigüedad, lo cual no es una novedad en Derecho con su variopinto arsenal de conceptos jurídicos indeterminados, aquel presenta diversas connotaciones desde distintas disciplinas académicas<sup>523</sup>, además de los problemas ocasionados por la barreras idiomáticas<sup>524</sup>, pero en la actualidad dentro de la doctrina jurídico continental, la concepción más difundida es la deriva de la sociología del Derecho, así en dicho ámbito Philip SELZNICK define regulación como “*un control prolongado y focalizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social (...)*”.<sup>525</sup> Pero ante cualquier intento definitorio

---

<sup>522</sup> José Esteve-Pardo. *La recepción en la Europa continental... op. cit.* pág.: 297.

<sup>523</sup> Carlos Alza-Barco. ¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y equivocidad. (Perú) *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 10. (2011): 317. Este autor no propone una definición unitaria pero sí aporta distintas nociones desde la ciencia política, la economía, el derecho administrativo y la sociología jurídica, lo cual resulta ciertamente esclarecedor.

<sup>524</sup> En esta área como en muchas otras la falta de conceptos unitarios y las traducciones imprecisas contribuyen al desconcierto, por ejemplo, en el idioma inglés, el término *regulation* tiene dos significados, primero, se refiere a “reglamentar” entendiéndose esto como toda la actividad de producción de normas -reglas- jurídicas, y segundo, que se refiere a “regular económicamente”, esto es, intervenir en la vida económica de los sujetos privados. Véase: Carlos Alza-Barco. *¿Qué se entiende por Regulación?... op. cit.* pág. 317. En español al igual que en inglés se usa la palabra regulación indistintamente los dos supuestos de reglamentación y regulación económica, pero veremos que en realidad es una actividad distinta y se lleva a cabo en muchos por sujetos diferentes.

<sup>525</sup> Citado por Santiago Muñoz Machado. *Tratado de Derecho administrativo... (Tomo XIV). op. cit.* pág. 28. Philip Selznick fue profesor de sociología y derecho en la Universidad de California, Berkeley. Sobre el predominio de

(el cual siempre es un ejercicio académico o con intenciones didácticas, las cuales no son válidas ni inválidas, sino útiles o inútiles), debemos traer a colación las incisivas ideas de José Luis CARRO, el cual dice que en la actualidad no existe un concepto de regulación plenamente aceptado<sup>526</sup> y su pretendida capacidad de dar una explicación unitaria a todo el Derecho administrativo estaría condenada al fracaso, al depender de una visión amplia del mismo<sup>527</sup> y en este sentido dice el citado autor que:

La experiencia; sin embargo, enseña, en mi opinión, que, dada la historicidad, por no decir la provisionalidad, de los conceptos globales explicativos, son los enfoques teóricos plurales o complementarios los más adecuados para dar una explicación más ajustada de la actuación de las Administraciones públicas. Es, precisamente, desde este punto de vista desde el que creo que ha de entenderse la actividad o función de regulación, cuyo significado literal no puede extenderse, sin forzarlo, a la explicación de todas las posibles manifestaciones del actuar administrativo, **como sería el ejercicio de potestades puramente ejecutivas o el de competencias de resolución de conflictos, ni entender que ha desplazado totalmente a las clasificaciones tradicionales**, que, aunque incompletas, siguen teniendo una indudable capacidad clarificadora y orientadora.<sup>528</sup> (negrita no es el original)

Por lo anterior es importante tener claro el concepto y alcance de las distintas formas “tradicionales” de actuación administrativa, antes expuestas. En relación con el proceso de recepción antes comentado, se dice que *“La adaptación de tales modalidades en la Europa continental se corresponde con un concepto que, partiendo del carácter transnacional y transdisciplinar de la regulación, busca su anclaje en el análisis de la organización y las formas de actuación administrativa. En este proceso de depuración conceptual puede distinguirse, a su vez, a los partidarios de un concepto estricto de regulación y a los que se decantan por un*

---

la visión sociojurídica véase también: María Mercé-Darnaculleta y María Amparo-Salvador. “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera (España). *Revista de Administración Pública*, N.º 183. (septiembre-diciembre, 2010): 147; Carlos Alza-Barco. *¿Qué se entiende por Regulación?... op. cit.* pág. 317.

<sup>526</sup> Véase: José Luis Carro Fernández-Valmayor. “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho Administrativo (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 193. (enero-abril, 2014): 33.

<sup>527</sup> “*En todo caso, convendría no olvidar que la historia dogmática de la ciencia jurídico-administrativa ha sido siempre la historia de la constante búsqueda de un único concepto general explicativo sobre el que esta se pudiese sustentar (potestad administrativa, servicio público, acto administrativo, relación jurídico-administrativa, fines de la Administración, etc.) y la diferenciase (sic) de ámbitos jurídicos vecinos*”.

<sup>528</sup> José Luis Carro Fernández-Valmayor. *Reflexiones sobre las transformaciones actuales... op. cit.* pág. 33.

*concepto amplio*".<sup>529</sup> Sobre esta "nueva" forma de actividad de regulación económica, Julián Andrés PIMIENTO ECHEVERRI dice que "*La posición tradicional ha sido la de considerar que la regulación constituye una tipología nueva que se enmarca dentro de las modalidades de actuación del Estado. Así como hay una actividad de policía, una actividad de fomento o un servicio público, así habría una actividad regulatoria*"<sup>530</sup> y acerca de esta última actividad trata el presente trabajo.

### **2.3.2. Regulación en sentido amplio como obstáculo epistémico**

La actividad de regulación económica se suele equiparar de forma errónea y tal vez inconscientemente con otros términos, existen expresiones como "Derecho Económico" (término usado normalmente en México<sup>531</sup>, Chile<sup>532</sup> y España<sup>533</sup>), "Derecho Público Económico" o "Derecho Administrativo Económico"<sup>534</sup> o es la mayor de las veces, sencillamente confundido con la "reglamentación" (en los trabajos de Derecho administrativo "tradicionales") entendida esta última como "reglar" una actividad económica o social o "producción normativa" por lo que se asocia al Reglamento como fuente de Derecho, incluso se dice que el legislador "reguló" tal o cual materia, otros dicen que puede ser una actividad

---

<sup>529</sup> María Mercé-Darnaculleta y María Amparo-Salvador "Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera (España). *Revista de Administración Pública*, N.º 183. (septiembre-diciembre, 2010): 147-148.

<sup>530</sup> Julián Andrés Pimiento-Echeverri. "La Regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)". *Revista Digital de Derecho Administrativo* N.º 9. (Primer semestre, 2013): 16.

<sup>531</sup> Para Rafael Muñoz-Fraga "*El Derecho Económico es la disciplina jurídica que estudia el orden normativo que se crea y aplica para regular la relación del Estado frente a otros agentes económicos*". Derecho Económico. (México: Porrúa-UNAM, 2011), 10.

<sup>532</sup> En Chile bajo la denominación de "derecho económico" se suele suelen estudiar varios temas como el orden público económico, la constitución económica, el Banco Central, la administración financiera del Estado, el régimen de precios, la libre competencia, protección al consumidor, mercado bancario, mercado de valores, mercado de seguros, inversión extranjera, comercio exterior, regulación bancaria y financiera, entre otros. Véase: Enrique Aimone-Gibson y Adolfo Silva-Walbaum. "La noción de derecho económico (Chile)" *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N.º 44 (julio, 2015): 387-420. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512015000100012&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100012&lng=es&nrm=iso) [30-09-2020]

<sup>533</sup> Para Ricardo Rivero Ortega. "*El Derecho económico es una materia interdisciplinaria, dedicada al análisis de cuestiones como la regulación de mercados, el régimen de la competencia o de los derechos de los consumidores. Abarca sectores del ordenamiento jurídico no integrados exclusivamente ni en el Derecho público ni en el derecho privado (el Derecho del mercado de valores, por ejemplo), y que por tanto han de ser estudiados desde ambos puntos de vista, necesariamente complementarios*". Derecho administrativo económico. 8º ed. (España: Marcial Pons, 2018), 15.

<sup>534</sup> Véase: Santiago González-Varas-Ibáñez. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. 4º ed. España: Civitas, 2020.; José Carlos Laguna de Paz. Derecho Administrativo Económico. 2º ed. España: Civitas, 2019.; Ricardo Rivero-Ortega. Derecho administrativo económico. 8º ed. España: Marcial Pons, 2018.



privada, pero lo todo anterior no se trata técnicamente de regulación económica, que pertenece al Derecho público únicamente, esto no implica que esta actividad no se pueda valer de otros medios como la actividad de policía o utilice la potestad reglamentaria. La regulación ha sido entendida así en multitud de formas, su polisemia la caracteriza, lo cual hasta nuestros días constituye un verdadero obstáculo epistémico<sup>535</sup>, para poder definir el objeto de la función o actividad de regulación económica, las siguientes líneas pretenden ayudar a superar dicho obstáculo, señalando las características de la actividad de regulación económica *stricto sensu*.

En los Estados Unidos, el concepto de *economic regulation* abarca prácticamente toda la actividad administrativa del Estado<sup>536</sup> (bajo el paradigma del Estado regulador al estilo norteamericano), esto es un concepto amplio de regulación, lo cual generó problemas a la hora de implantarlo en el Derecho continental<sup>537</sup>, ya que es difícil de diferenciar respecto a la actividad administrativa de limitación en general, se asegura que fue el concepto *regulation* el que le dio sistematicidad al Derecho administrativo norteamericano, esa primera concepción traslapada “(...) se ha enriquecido en la actualidad por la utilización de nuevas modalidades de dirección de los sujetos económicos”.<sup>538</sup> Esta última variante es la que centra la atención del presente trabajo, ahora bien, la regulación económica, en nuestra cultura jurídica no está bien consolidada, a diferencia de actividades como de policía, ordenación o de reglamentación ejecutiva (como una competencia constitucional del Poder Ejecutivo). Es así que, en un sentido amplio de regulación, seguido en Alemania<sup>539</sup> y en cierto sector de la doctrina española, se entiende como un:

concepto comprensivo de las diversas formas de intervención estatal para el cumplimiento de fines públicos. En esta concepción amplia, se entiende por regulación

---

<sup>535</sup> Epistémico se deriva de la voz “episteme” que en una acepción filosófica, según la RAE, es el “saber construido metodológica y racionalmente, en oposición a opiniones que carecen de fundamento”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [30-09-2020].

<sup>536</sup> Véase: María Mercé-Darnaculleta y María Amparo-Salvador. “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera (España). *Revista de Administración Pública*, N.º 183. (septiembre-diciembre, 2010): 147.; Juan José Montero-Pascual. *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*. 4.º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2020): 41.

<sup>537</sup> “Para ello resulta imprescindible restringir el uso del término regulación para identificar un fenómeno más concreto, un fenómeno novedoso que nace a partir del trasplante de ciertas técnicas de intervención propias de la tradición norteamericana a menudo a través de directivas comunitarias de liberalización de la actividad económica en sectores de interés general”. Juan José Montero-Pascual. *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*. 4.º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2020): 42.

<sup>538</sup> Darnaculleta I-Gardella y Salvador-Armendáriz. *Nuevas Fórmulas de Génesis...* pág. 147.

<sup>539</sup> Véase: Darnaculleta I-Gardella y Salvador-Armendáriz. *Nuevas Fórmulas de Génesis...* pág. 148.

la influencia estatal en los procesos sociales, mediante instrumentos jurídicos, programada para la consecución de una finalidad específica de ordenación. Este concepto permite sistematizar las diversas formas de actuación administrativa en una paleta que va desde la actividad administrativa de ordenación —que se identifica normalmente con la actuación administrativa de carácter imperativo basada en la imposición de reglas de conducta y de sanciones, a través de actos administrativos y reglamentos— hasta las más novedosas técnicas de autorregulación regulada.<sup>540</sup>

Sobre la diferencia entre regulación social y regulación económica se hará una breve mención, ahora bien, la regulación desde un sentido amplio vendría a ser casi equivalente a la actividad de limitación del Estado (entre ellas la actividad de policía y la sancionatoria) o de planificación económica incluso, anteriormente analizadas, también se ha confundido con la reglamentación. En cuanto a la relación reglamento-regulación se puede decir que “(...) *el primero es un instrumento con el que se reglamenta la ley, la segunda es una modalidad de actuación administrativa, lo cual permite afirmar que la regulación puede expresarse mediante un reglamento, o bien la forma de un acto administrativo de carácter particular, todos ellos con contenidos muy variados*”.<sup>541</sup> Incluso ha señalado que la actividad de regulación ha ido en detrimento del prestigio que llegó a tener la técnica de reglamentación en el Derecho continental,<sup>542</sup> así Javier SANCLEMENTE ARCINIEGAS expone partiendo de la nueva noción de regulación que:

Por el contrario, la noción de reglamentación no goza de la misma popularidad. Esto debido a que la reglamentación se ha asociado a una manera arcaica e ineficaz de intervención del Estado en la economía. La intervención económica de tipo reglamentario es una actividad desprestigiada debido a que esa era propia de un modelo de intervención económica que fracasó: ella evoca la bancarrota de la economía administrada (AFTALION, 1990). La reglamentación sería la representación de una intervención quisquillosa del Estado en la economía que toma forma a través de una

---

<sup>540</sup> Darnaculleta I-Gardella y Salvador-Armendáriz. *Nuevas Fórmulas de Génesis...* pág. 148-149.

<sup>541</sup> Julián Andrés Pimiento-Echeverri. “La Regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 9. (Primer semestre, 2013): 28.

<sup>542</sup> “*Así, las dos nociones han tenido una trayectoria divergente. El prestigio de la institución de regulación se acompaña de la crisis de la noción de reglamentación*” Javier Sanclemente-Arciniegas. “Las nociones de regulación y reglamentación en derecho económico ¿identidad o antagonismos? (Colombia)” *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N.º 13. (julio-diciembre, 2017): 239.

plétora de textos legales, minuciosos, exigentes, ilegibles y a veces, contradictorios (FRISON-ROCHE, 1996). Por medio del reglamento, el gobierno pretendería imponer a los mercados una lógica orientada por los valores virtuosos fijados por los burócratas, en detrimento de los resultados inciertos y peligrosos que podrían desprenderse del libre juego de las fuerzas del mercado. De manera que, la actividad reglamentaria del Estado es una función que carece de la legitimidad que se desprende de una acción estatal cuando ella es eficaz.<sup>543</sup>

Por otro lado, para algunos autores, la regulación significa simplemente aprobación de normas (que es una competencia fundamentalmente del Poder Legislativo), así algún autor hace la siguiente aseveración *“La regulación no contribuye, pues, a individualizar una modalidad de actuación administrativa, sino que es la base de todas ellas”*<sup>544</sup>. En contra del anterior sentido, es clara la necesidad de hacer la diferencia en relación con la actividad de producción de normas y la regulación económica en el contexto del Estado regulador, así la *“regulación en este contexto abarca a reglamentación, pero excede esta actividad, incluyendo, de hecho, algunos tipos de actividad pública de intervención que algunos autores consideran presentan características singulares en función del nuevo escenario descrito”*<sup>545</sup>, en definitiva, la doctrina mayoritaria ve en la regulación económica una “nueva forma de actuación administrativa”, así por ejemplo David GUINARD HERNÁNDEZ dice que:

La regulación económica es uno de los múltiples instrumentos de dirección estatal en la economía (de intervención –en sentido amplio– como lo acostumbra a llamar la doctrina), en un grado de afectación a la libertad económica limitado a mercados precisos, bajo condiciones y propósitos diferentes a los exigidos para las leyes de intervención y encargado a agencias determinadas, que no tienen carácter de corporaciones públicas de naturaleza política –condición esta propia del Parlamento–, siendo entidades administrativas de carácter técnico. Su legitimidad deviene de la participación directa de los agentes regulados en su producción representada en el acto

---

<sup>543</sup> Javier Sanclemente-Arciniegas. “Las nociones de regulación y reglamentación en derecho económico ¿identidad o antagonismos? (Colombia)” *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N.º 13. (julio-diciembre, 2017): 240.

<sup>544</sup> José Carlos Laguna de Paz. “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 185 (mayo-agosto, 2011): 93.

<sup>545</sup> Juli Ponce-Solé. “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 162. (septiembre-diciembre, 2003): 96-97.

administrativo de la agencia reguladora. En la regulación económica hay espacio para la participación directa de los sujetos regulados.<sup>546</sup>

En primer lugar, se puede adelantar que la regulación debe ser entendida como el paso necesario para la liberalización, así se puede afirmar que los sectores regulados son sectores liberalizados<sup>547</sup>, pero no sólo en términos económicos (eliminación de monopolios y de privilegios anticompetitivos a las empresas públicas), sino liberalización (“mayor libertad”) de la sociedad civil, mayor participación ciudadana en la toma de sus decisiones<sup>548</sup>, cosa que solo es posible en un sector liberalizado y altamente competitivo, es decir; *regulado*. Así Íñigo del GUAYO CASTIELLA señala en referencia a la doctrina española que:

Cuando se identifica *regular* con *reglamentar*, es lógica la tendencia a oponer liberalización regulación, de manera que regular es, todavía, reglamentar al modo que lo hacía la Administración Pública intervencionista libre aún de las ataduras que impondría el Estado de Derecho constitucional, con la finalidad de obstaculizar la entrada y mantenimiento de un sector. Cuando los juristas españoles identifican regular con reglamentar, se percibe que no está íntegramente recibido el concepto angloamericano de regulación, como función. Los economistas lo tienen más claro que los juristas, porque saben que liberalización y regulación no son conceptos contrarios, sino complementarios, que se necesitan mutuamente.<sup>549</sup>

Se entiende así que la regulación económica es algo más que reglamentar. Así se continúa diciendo por algún autor que en la regulación, en realidad “*no hay nuevas modalidades de intervención administrativa ni nuevos principios o criterios*”<sup>550</sup>, ya que las

---

<sup>546</sup> David Guinard-Hernández. “La “regulación económica” como instrumento de dirección estatal de la economía (Colombia)”. Revista digital de Derecho Económico, N.º 18. (segundo semestre, 2017): 189.

<sup>547</sup> Véase: Nuria Ruiz-Palazuelos. Regulación económica y Estado de Derecho. (España: Tirant lo Blanch, 2018), 100.

<sup>548</sup> “*En cuanto a los efectos, el poder normativo en el derecho económico sufre de los que algunos autores han denominado como una tendencia a una orientación jurídica no autoritaria de las conductas. Así, la eficacia de las normas se ha desprendido del carácter obligatorio, la concepción de las normas como órdenes respaldadas por unas amenazas da paso a una concepción en la que la eficacia de la norma reside en la aceptación voluntaria de los destinatarios. La fuerza vinculante de las normas no vendría ya del miedo que inspira su incumplimiento sino de la adhesión voluntaria del destinatario que encuentra en ella una manera pertinente de organizar los asuntos públicos*”. Javier Sanclemente-Arciniegas. “Las nociones de regulación y reglamentación en derecho económico ¿identidad o antagonismos? (Colombia)” *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N.º 13. (julio-diciembre, 2017): 240.

<sup>549</sup> Íñigo del Guayo-Castiella. Regulación. (España: Marcial Pons, 2017), 63.

<sup>550</sup> J. C. Laguna de Paz. *Regulación, externalización... op. cit.* pág.: 96.

novedades pueden encajar, dice el autor, en los modelos tradicionales de actuación administrativa, esta opinión, como se dijo, es tributaria a una visión amplia del término regulación, identificable en otros autores del Derecho administrativo más tradicional, impensable al tener un concepto estricto de la “nueva” actividad de regulación económica. Por otro lado, la regulación en el plano de actividad administrativa, se dice que es una actividad que “(...) *aglutina al conjunto de la intervención pública, especialmente en materia económica. Es decir, también significa supervisión, resolución y sanción. En este sentido, no refleja bien la naturaleza de los poderes de los llamados «reguladores sectoriales», cuya función - paradójicamente- no es regular (...)*”.<sup>551</sup>; no obstante, la actividad de regulación económica no es sinónimo de supervisión administrativa, como se verá más adelante, las funciones de supervisión (autorización, inspección y sanción) son competencias ejecutivas atribuidas a las AAI, dentro de otras, como la cuasi judicial o de resolución de conflictos y claro, la potestad normativa (reglamentaria). Pueden existir AAI con unas y otras competencias, en todo caso hay que dejar dicho que la regulación permite la supervisión, no existe supervisión sin regulación previa y no hay regulación efectiva sin supervisión. La regulación y la supervisión económicas son actividades complementarias, dos caras de una misma moneda, que pueden ser llevadas a cabo por una misma administración (idealmente bajo un esquema sectorial) o por dos o más administraciones.

Es oportuno en este punto retomar la diferencia entre la regulación económica y la actividad de policía, mientras está última básicamente impone requisitos, diferentes límites y sanciones y según ARIÑO ORTIZ: “*condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos. El Estado, en esta modalidad, “queda fuera de la actividad”, pero impone las condiciones de ésta*”.<sup>552</sup> Por otro lado, los sujetos privados ven desbordados los alcances de la actividad de policía cuando se enfrenta a la regulación económica, además, el Estado puede actuar como un agente económico más, “no queda fuera de la actividad”, pero está sujeto a las mismas reglas del juego. Según el citado autor la regulación económica:

[...] ésta afecta a sectores intervenidos, incide sobre el acceso y salida de la actividad y afecta a las condiciones económicas en que la actividad de desarrolla: al *quantum* de

---

<sup>551</sup> J. C. Laguna de Paz. *Regulación, externalización... op. cit.* pág.: 90.

<sup>552</sup> Gaspar Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica.* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2008), 294.

producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, a los precios o retribuciones que se perciben por ella, en suma, al negocio mismo en que la actividad consiste. Esta regulación económica incide, pues, sobre actividades especialmente disciplinadas y sometidas al Poder público, **hasta el punto de que la regulación no sólo limita o condiciona el ejercicio de la actividad, sino que la configura internamente.**<sup>553</sup> (negrita no es del orinal)

Dicho lo anterior, no se caerá en el error de negar que la regulación se corresponde en varios aspectos con actividad de limitación, de hecho, se dijo que deriva de aquella y una gran e importante parte de la actividad de regulación económica es limitativa, verbigracia, la fiscalización y sanción administrativa, lo cual es un atributo legal de muchas administraciones públicas y no solo de los entes reguladores; sin embargo, podemos asegurar que dichos entes realizan mucho más que una actividad de limitación, al punto que “configura internamente” la actividad misma. A su vez, la actividad de limitación del Estado es un macroconcepto que rebasa lo estrictamente económico, objeto de la regulación que nos atañe.

Estela SACRISTÁN expone en relación con el concepto de regulación económica, que este no se puede desligar al presupuesto inicial del Derecho, el cual es servir como medio de motivación de conductas o de parámetro de interpretación y de valoración de conductas<sup>554</sup> y no puede ser visto sencillamente como un conjunto de normas jurídicas, sino que aquellas funciones facilitan o permiten la convivencia en sociedad en un contexto de libertad constitucional en la que el mercado “*aparece como consustancial con la idea de libertad y está brinda a aquel un marco adecuado para existir*”<sup>555</sup>; sin embargo, dentro de la apuntada libertad, son necesarias las limitaciones, ya que no se trata de una libertad individual exacerbada y es la regulación económica la que tiende a la coordinación ante la inexistencia de mercados autorregulados (teoría de la mano invisible), “(...) *aquí solo interesa destacar la identificación de la insuficiencia o inhabilidad del mercado y la detección de una herramienta -entre otras- para encarar esa inhabilidad: tal herramienta es denominada regulación económica*”.<sup>556</sup>

---

<sup>553</sup> Gaspar Ariño-Ortiz. *Principios de derecho público económico... op. cit.* pág. 294-295.

<sup>554</sup> Estela Beatriz Sacristán. “Teoría de la regulación: en especial, acerca de los fundamentos de la regulación (Perú)” *Derecho PUCP*, N.º 75. (mayo 25, 2016): 82.

<sup>555</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...* Ibid. 88.

<sup>556</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación...* Ibid. 89.

### 2.3.3. Regulación económica *stricto sensu*

El Derecho regulatorio y la actividad de regulación económica pertenecen al Derecho público, se puede ubicar en la parte especial del Derecho administrativo, en aplicación del criterio subjetivo, ya que una de las partes siempre será una Administración Pública, la otra de las partes pueden ser las empresas privadas regidas bajo el Derecho privado o mixto (por ejemplo, los entes colaboradores de la Administración y concesionarios), empresas de titularidad pública regidas por el Derecho privado (empresas comerciales del Estado) o por el Derecho público (entes autónomos). Dicha Administración tendrá la función principal de regulador y/o supervisar un sector específico, con gran discrecionalidad, pero en todo caso, sometido al Derecho público, no estamos hablando de autorregulación (también llamada regulación privada) que es la creación de normas y su aplicación voluntaria por los mismos entes privados, ámbito muy interesante, pero que no es objeto de estudio en el presente trabajo.

El Derecho regulatorio no sólo es Derecho público, sino que lo es en su máxima expresión, al decir Tomás de la Quadra SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO que *“Estas funciones reguladoras implican unos poderes para las Administraciones públicas hasta ahora desconocidas en nuestra cultura: la liberalización se salda así con unas potestades públicas de intervención en la economía formidables, aunque, eso sí, de un signo bien distinto a las propias del Estado prestador”*<sup>557</sup>, por ello supera las formas de actuación administrativa más tradicionales, además, supera la Administración Pública tradicional misma, así el Derecho regulatorio *“(…) se ha construido también con la presencia de autoridades de regulación que vigilan el cumplimiento de dichas obligaciones y que, ellas mismas, las imponen, ya sea normativamente, ya sea cuando resuelven los conflictos entre operadores (regulation through adjudication). Esas obligaciones ex ante en garantía de la competencia y la intervención de autoridades independientes (puntual o normativa de la propia autoridad) son el núcleo de lo que denominamos regulación”*.<sup>558</sup>

---

<sup>557</sup> Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Estado y mercado en un mundo global (España)” *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 25. (mayo-agosto, 2005): 60.

<sup>558</sup> Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Nuevas perspectivas de la regulación como forma de actividad administrativa. (A propósito del libro de Gómez-Ferrer Rincón La desvinculación como técnica de regulación). (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 211. (enero-abril, 2020): 260.

Aquellas administraciones o “autoridades de regulación” están dotadas de un régimen legal de independencia que las caracteriza, que las aparta de la Administración Central del Estado o del modelo clásico jerárquico de corte napoleónico. También la aplicación del Derecho público se ha justificado en el hecho de las empresas gestoras de los Servicios de Interés Económico General (S.I.E.G.) o Servicio Universal se encuentran en una posición de poder o dominio desigual<sup>559</sup> en relación con el ente regulador y aquellas en relación con los usuarios o clientes, justificación acentuada cuando el servicio se presta en régimen de no competencia, pero que persiste aún en “libre” competencia. En este sentido, el autor Óscar R. AGUILAR VALDEZ señala que la “intervención regulatoria” difiere con la intervención administrativa tradicional, aquella es de “naturaleza perpendicular” al no estar limitada a *“delinear un marco general de actuación, sino a obligar a los agentes a actuar de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera”*<sup>560</sup>, el citado autor continúa diciendo que:

De esta peculiar circunstancia se deriva que no se trata de una mera conformación unilateral de relaciones bilaterales anudadas entre un particular y el Estado -tal como las que el Derecho Administrativo tradicional tomó como base para la formulación de sus instituciones fundamentales-, sino que ésta aparece configurando una relación que se establece entre dos extremos particulares entre oferta y demanda, entre proveedores y consumidores, prestadores y usuarios, competidores entre sí. Por tal motivo, esa intervención perpendicular es generadora de relaciones jurídicas triangulares o plurilaterales o, como también se ha dicho, de una trilogía de relaciones recíprocas en la que se dan tres vértices o actores: i) consumo, ii) prestación y iii) regulación, siendo las dos que se generan a partir del vértice regulación (relación regulación-consumo y regulación-prestación) las que reflejan la capacidad institucional del Estado para cumplir con su rol de regulador. Así, el regulador se transforma en un actor esencial de la relación regulatoria, puesto que su decisión, necesariamente, surtirá efectos sobre los

---

<sup>559</sup> Véase: “Ello es lo que justifica precisamente la aplicación del Derecho público, del Derecho administrativo, por ser el más adecuado para la regulación de las relaciones de poder y con el poder, pues es en esa tensión en donde se ha forjado y desarrollado. En otros casos, aunque se advierta una igualdad en las posiciones, será el objeto de la relación el que por su relevancia para los intereses generales justificará la aplicación del Derecho público”. José Esteve-Pardo. “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 189. (septiembre-diciembre, 2012): 22.

<sup>560</sup> Óscar R. Aguilar-Valdez. “El acto administrativo regulatorio (Estaña)”. *Documentación administrativa*, N.º 267-268. (septiembre 2003-abril 2004): 292. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5622> [10-10-2020]



restantes dos extremos de la relación; rasgo jurídico tipificante de esta nueva especie de intervención.<sup>561</sup>

Se debe en este punto señalar las características de la regulación, primer lugar, atendiendo al contexto donde surgió la disciplina; siguiendo a David GUINARD HERNÁNDEZ, se afirma que en los Estados Unidos la regulación económica “i) *Constituyó la conceptualización jurídica de una función del Estado bajo una noción proveniente de disciplinas externas; ii) Definió –especialmente desde su consolidación con el New Deal– el molde de la regulación como función de dirección de los mercados con fines de protección del interés general; iii) Definió igualmente el modelo burocrático de agencia regulatoria independiente como entidad estatal encargada de la función de regulación, atribuyéndole una inusitada reunión de funciones de índole ejecutiva, legislativa y judicial*”.<sup>562</sup> Ahora bien, en esta misma línea señala Andrés BENTANCOR que:

La regulación es i) el poder de intervención o control en manos de una Administración y, singularmente, en manos de una agencia administrativa independiente denominada precisamente como agencia reguladora o regulador, que ii) tiene por objetivos los de interés general establecidos en la correspondiente Ley, para lo que iii) controla el ejercicio de actividades económicas amparadas en las libertades correspondientes por lo que, para racionalizar su ejercicio y, en particular, controlar su ámbito de discreción, iv) es un poder sometido a ciertos principios jurídicos como los de razonabilidad, proporcionalidad e intervención mínima o favor libertatis; v) una proyección específica de estos principios y, singularmente del último expuesto, es la conexión que se proclama entre la regulación y la teoría de los fallos del mercado. Al establecerse que la regulación debe ser regulación para la competencia sólo se quiere racionalizar el poder mediante la exigencia de que sólo debe haber regulación cuando hay un fallo del mercado (principio de subsidiariedad) y sólo en la medida necesaria para corregirlo (principio de proporcionalidad).<sup>563</sup>

---

<sup>561</sup> Óscar R. Aguilar-Valdez. “El acto administrativo regulatorio (Estaña)”. *Documentación administrativa*, N.º 267-268. (septiembre 2003-abril 2004): 292. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5622> [10-10-2020]

<sup>562</sup> David Guinard-Hernández. “La “regulación económica” como instrumento de dirección estatal de la economía (Colombia)”. *Revista digital de Derecho Económico*, No.18. (segundo semestre, 2017): 198.

<sup>563</sup> Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho... op. cit.* pág.: 188-198.

Se coincide con GUINARD HERNÁNDEZ en señalar que a la anterior caracterización que posee muchas bondades, como introducir elementos de la actividad regulatoria, pero le hace falta la adjetivación de “económica”<sup>564</sup>, línea que sigue el presente trabajo. Para Julián Andrés PIMIENTO ECHEVERRI: *“es posible identificar tres elementos esenciales de la actividad regulatoria del Estado: 1. Se trata de una expresión del poder del Estado de intervención en la economía, 2. Hay un alto grado de tecnicidad de la actividad regulatoria y 3. Esta tecnicidad da sustento a las decisiones adoptadas por las Comisiones de Regulación, como ente instrumental creado para realizar dicha actividad”*.<sup>565</sup>

La regulación económica, según Estela SACRISTÁN, presenta seis características que son de común acuerdo en la doctrina consultada, a saber: i) las regulaciones están precedidas de un proceso cognoscitivo y participativo en el que los futuros regulados lo conocen y pueden expresar su opinión; ii) el regulador competente es un especialista; iii) las regulaciones buscan un fin de interés público y no la del regulador; iv) el proceso está reglado conforme a la ley; v) el proceso que lleve a cabo la entidad reguladora presenta una relativa formalidad e independencia en relación con la empresa, mercado o público involucrado y vi) las nuevas regulaciones toman como modelo las actuales las cuales son constantemente reformadas.<sup>566</sup>

Por su lado Gaspar ARIÑO ORTIZ y Juan Miguel DE LA CUÉTARA señalan otras de las características de la regulación económica, a saber: *“a) La regulación se asienta sobre el Derecho, pero no es sólo Derecho. b) La regulación tiene una base técnica, adecuada al «estado del arte» c) La «toma de decisiones» regulatorias tiene una importancia capital en el conjunto de esta disciplina. d) La finalidad esencial de la regulación es mantener la actividad*

---

<sup>564</sup> “A la conceptualización precitada sólo agregaríamos una adjetivación del término ‘regulación’ con la inclusión de su carácter técnico, construyendo así el concepto de ‘regulación económica’ como materia del derecho público económico y de la ciencia económica; la construcción adecuada del concepto permite que inspire el verdadero sentido material de su contenido: la integración multidisciplinaria de la labor jurídica junto con la técnica económica. La ‘regulación económica’ es un instrumento de dirección estatal de la economía por medio del cual el Estado, representado en una agencia administrativa, estructura y desarrolla una serie de disposiciones mediante las cuales disciplina las dinámicas económicas con el fin de abogar por el funcionamiento adecuado de mercados específicos, dentro de los marcos fijados para ello por el ordenamiento jurídico, y persiguiendo siempre la materialización del interés general”. David Guinard-Hernández. “La “regulación económica” como instrumento de dirección estatal de la economía (Colombia)”. Revista digital de Derecho Económico, N.º 18. (segundo semestre, 2017): 199.

<sup>565</sup>Julián Andrés Pimiento-Echeverri. “La Regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 9. (Primer semestre, 2013): 20-21.

<sup>566</sup> Estela Beatriz Sacristán. *Teoría de la regulación... op. cit.* pág.: 86-87.

*en marcha dentro de unos parámetros prefijados*<sup>567</sup> vemos cómo esta visión tiene un claro contenido tecnocrático, entendiendo tecnocracia una *“forma de gobierno cuyos miembros no son políticos, sino especialistas en sectores productivos o de conocimiento”*.<sup>568</sup>

Se puede resaltar de lo anterior, por un lado, el aspecto participativo de la regulación económica, por ejemplo, con la técnica de la consulta pública, en la que las partes interesadas (*“stakeholders”*), así como cualquier ciudadano pueden expresar su parecer, de previo al cambio normativo, con una legitimidad abierta al tratarse en la mayoría de los casos, de derechos difusos, como el derecho a mantener el orden público económico. Por otro lado, a los encargados de dicho modelo se les suele denominar (de manera despectiva por cierto sector) como tecnócratas, entendidos como aquel *“profesional especializado en alguna materia económica o administrativa que, en el desempeño de un cargo público, aplica medidas eficaces que persiguen el bienestar social al margen de consideraciones ideológicas”*.<sup>569</sup> precisamente esa neutralidad ideológica es la que se busca en la toma de decisiones regulatorias, las cuales no deben ser arbitrarias, sino que se deben basar en criterios más allá del formalismo legal, esto es el conocimiento técnico del sector del que se trate, para mantenerlo dentro de determinados parámetros y asegurar con ello la mayor estabilidad económica posible, así *“(…) la idea esencial que se esconde detrás de la noción es la insuficiencia de los instrumentos tradicionales mediante los cuales se expresa la voluntad de la administración para mantener el equilibrio del mercado”*.<sup>570</sup>

Para DARNACULLETA y Salvador ARMENDÁRIZ, la regulación en sentido estricto es la que *“(…) permite identificar medidas específicas de intervención administrativa en la economía, articuladas principalmente para cohesitar los efectos de la liberalización de los mercados con el interés general, y que incluyen la articulación de nuevas fórmulas de supervisión de los mercados tendentes a asegurar la libre competencia y la garantía de prestación de ciertos servicios”*<sup>571</sup>, explícitamente las citadas autoras mencionan el factor

---

<sup>567</sup> Gaspar Ariño-Ortiz, Gaspar y Juan Miguel De la Cuétara. “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos (España)”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9 (enero-abril, 2000): 11.

<sup>568</sup> RAE voz “Tecnocracia” tomada de <https://dpej.rae.es/lema/tecnocracia> [29-09-2020]

<sup>569</sup> RAE. Voz “Tecnócrata” tomado de <https://dle.rae.es/tecn%C3%B3crata> [29-09-2020]

<sup>570</sup> Julián Andrés Pimiento-Echeverri. “La Regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 9. (Primer semestre, 2013): 24.

<sup>571</sup> Darnaculleta I-Gardella y Salvador-Armendáriz. *Nuevas Fórmulas de Génesis...* pág.: 148.

económico en su definición, por lo que perfectamente se puede hablar en términos de regulación económica, hacen además, referencia a características antes mencionadas como el requisito previo de liberalización de los mercados y la promoción de la competencia; no obstante, al mencionar las “nuevas formas de supervisión” se evidencia lo reciente y fértil de esta disciplina académica, ya que dichas fórmulas se encuentran aún en construcción, por nuestro lado, creemos que un rasgo indispensable de dichas fórmulas es la independencia del ente regulador y supervisor, así lo afirman diversos autores, con la conjunción de las características de la regulación económica y la Autoridad Administrativa Independiente (AAI) le llamamos en el presente trabajo regulación económica *stricto sensu*.

Así, para Juan José MONTERO PASCUAL, la regulación económica tiene un elemento subjetivo característico, ya que la define como “(...) *la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración*”<sup>572</sup> Se pueden observar del anterior concepto algunas notas definitorias<sup>573</sup>: es una actividad de la Administración Pública<sup>574</sup>, la alteridad<sup>575</sup>, el control y no solo mera supervisión<sup>576</sup>, continuidad<sup>577</sup> y la discrecionalidad.<sup>578</sup>

Finamente, para Nuria RUIZ PALAZUELOS, la regulación es “(...) *la actividad de control permanente y focalizado que ejercita una Administración pública —muy especialmente, las*

---

<sup>572</sup> Juan José Montero-Pascual. Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados. 4º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2020): 43.

<sup>573</sup> Véase: Ibid. op. cit. 43-51.

<sup>574</sup> Esa administración no sería otra que una Autoridad Administrativa Independiente la cual es la única que presenta esa característica de discrecionalidad especialmente cualificada, como veremos más adelante aquellas se caracterizan por la emisión de disposiciones y actos administrativos dotados de gran discrecionalidad y se habla incluso de extraordinaria deslegalización.

<sup>575</sup> Hace referencia a la diferencia tajante que tiene que existir entre los reguladores y los regulados, y entre los reguladores y demás entes públicos (principalmente con prestadores de servicios regulados).

<sup>576</sup> La actividad de regulación se concreta con la emisión de actos de carácter vinculante y no simples recomendaciones. Esos actos pueden ser concretos mediante actos administrativos singulares o actos de carácter general.

<sup>577</sup> Hace referencia a que la actividad no se circunscribe a un momento específico sino que es constante, por lo que es usual el cambio en la normativa, la continuidad implica el carácter dinámico y puede cambiar en función de nuevos fines públicos, como el fomento de la competencia o el acceso universal de servicios.

<sup>578</sup> Por lo extenso y profundo de este tema basta decir que se otorga a los organismos reguladores extraordinarias potestades discrecionales para la consecución de sus fines, esto en relación con el resto de entes públicos. Es común que su ámbito de actuación vaya delimitado por la fijación de misiones generales en su ley de creación, que responden a un interés general.

*administraciones independientes— sobre un sector económico de interés general anteriormente monopolizado por el Estado, que ahora está abierto a la competencia*<sup>579</sup>

consideramos que esta definición es la más cercana a nuestro propósito, ya que incorpora en la definición misma, el sujeto público por el cual es llevada a cabo la regulación económica cuando sucede en la realidad, es que preferimos el término **regulación económica *stricto sensu***, esto es una especial calificación en razón de la independencia del ente regulador. Se pueden observar de la anterior concepción algunas notas definitorias:

i- **Se trata de una actividad permanente y focalizada:** Se caracteriza por estar presente de manera continua en un determinado sector y se diferencia así de otro tipo de intervención del Estado en la economía como lo es, por ejemplo, la defensa de la competencia. Estos sectores son de distinta naturaleza, cada uno supone conocimientos especializados, como el mercado financiero o los mercados de red, por ejemplo.

ii- **Elemento subjetivo:** Se trata de la administración pública, específicamente los organismos reguladores configurados como administraciones independientes. Sobre este tema se hablará ampliamente de los siguientes capítulos.

iii- **El sector sobre el que se ejerce la actividad es económico:** Estos sectores se caracterizan por unas notas que singularizan la actividad de regulación económica de otros tipos de intervención pública en la economía que es un macroconcepto, que comprende muchos tipos como la actividad de planificación o programación, la de fomento, la actividad de prestación, entre otras. Se trata de sectores que antiguamente se encontraban en monopolio públicos y donde es necesario regular los procesos de liberalización (Banca, seguros, etc.) o que por su naturaleza se dicen que son monopolios naturales (que son aquellas actividades propias de la economía de escala que entre mayor sea el volumen de producción menor es el costo unitario), o en las economías de red (donde se utilizan infraestructuras altamente complejas y costosas y donde sería ineficiente en términos económicos tener varias del mismo tipo). Son sectores esenciales para la población desde el punto de vista social y económico, la doctrina administrativista moderna los denomina como servicios de interés general y

---

<sup>579</sup> Nuria Ruiz-Palazuelos. Regulación económica y Estado de Derecho. (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018): 87.

servicios universales (superando la visión de servicio público tras la liberalización).

iii- **Los sectores regulados son complejos:** Se dice que *“la complejidad de algo depende de factores tales como el número de sus componentes, el grado de diversificación entre ellos, el número e intensidad de sus relaciones y la velocidad de cambio de todos estos factores”*<sup>580</sup> en este sentido se trata de sectores donde hay múltiples intereses en juego y donde cohabitan varios sujetos regulados que pueden constituir o no un grupo de interés, la regulación debe poner las “reglas del juego” para conciliar los distintos intereses de naturaleza privada con los fines públicos tomando en cuenta el contexto actual sin comprometer el equilibrio a largo plazo, es decir, basado en técnicas o criterios de regulación microprudenciales (acciones directas sobre regulados o sectores específicos) y macroprudenciales (en el sector financiero tendientes a reducir los riesgos sistémicos y medidas contracíclicas).

#### **2.3.4. La tríade regulatoria (regulación, *compliance* y fiscalización)**

Finalmente, puede mencionarse la novedosa propuesta llamada la **tríade regulatoria**, del autor Luis Ferney MORENO CASTILLO, tríade porque se compone de tres grandes elementos<sup>581</sup>, cada uno de una trascendencia e importancia vital en el nuevo “Derecho administrativo de la regulación”, a saber; la regulación y mejora regulatoria, el cumplimiento normativo (*compliance*) y la fiscalización, su genialidad reside en la conjunción de dichos elementos que se caracterizan por su complejidad, en una teoría que los sintetiza, para poder ser utilizados de forma práctica en quehacer regulatorio sectorial. Dicha teoría parte de la legitimidad constitucional para “regular” (entendida fundamentalmente como emisión de normas) y la teoría del Estado regulador así dice el autor que *“definitivamente, al día de hoy existe un reconocimiento generalizado de la existencia de un Estado regulador en los Estados de derecho de los países occidentales”*.<sup>582</sup>

En cuanto a su concepto de regulación, primero aclara que es polisémico y que fundamentalmente abarca la emisión de normas de distinto nivel como podrían ser la ley, los

---

<sup>580</sup> Nuria Ruiz-Palazuelos. Regulación económica y Estado de Derecho. (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018): 105

<sup>581</sup> Véase: Luis Ferney Moreno-Castillo. Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación. (Colombia: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. Instituto de Estudios en Regulación Minera, Petrolera y Energética, 2019), 11-12.

<sup>582</sup> Véase: Luis Ferney Moreno-Castillo. *Teoría de la regulación... op. cit.* pág. 53.

reglamentos, decretos ejecutivos, resoluciones administrativas, acuerdos o actos, circulares, directivas y demás disposiciones de carácter general.<sup>583</sup> Señala además (citando a Stephane Braconnier), que la regulación puede ser definida en tres sentidos; primero, en su sentido sustantivo o material, que sería la función de producción de normas; segundo, desde el sentido orgánico que “*supone toda una armadura de medios de acción como: producción de normas, fiscalización, asignación de derechos y resolución de conflictos*”<sup>584</sup> y tercero, en sentido de su materialización y ahí hace la diferencias entre la materialización a través del *hard law* (Derecho duro o fuerte) como los decretos, resoluciones, circulares y acuerdos, entre otros y materializar a través de *soft law* (Derecho suave o blando) que, siguiendo a MORENO CASTILLO, serían las guías, directivas, recomendaciones y lineamientos, entre otros.

Se puede hacer ahora una mención breve sobre las formas que puede tomar la regulación, al tenerlas presentes se podrá comprender mejor cuando un interlocutor usa el término de regulación en sentido amplio (emisión de normas) o en el estricto de regulación económica, en los términos ya expuestos, lo cual supone un avance; sin embargo, no son los únicos términos utilizados, el panorama es aún más amplio. Íñigo del GUAYO CASTIELLA comenta que “*aunque la regulación es una actividad compleja, en algunas de sus manifestaciones más antiguas la regulación es relativamente sencilla, pues no consiste nada más que en mandar y controlar que se ha cumplido lo mandado (command-and-control-regulation)*”<sup>585</sup>, esta forma se conoce como “comando y control” y es el germen de la actual regulación económica, ya que se trata de control y no supervisión, pero es la más intrusiva de las formas, por ello se ha criticado y se le han sumado características de otros enfoques, como la regulación multinivel<sup>586</sup>, la cual implica que no puede emanar de un solo Estado y de una sola Administración, se trata de una regulación descentralizada (elaborada por organismos internacionales, nacionales, públicos y privados), de ahí que “*la complejidad de lo regulatoria de la necesidad de que el Derecho sea permeable a las influencias de los sistemas que disciplina, de forma que se acepte que si el Derecho puede cambiar las cosas, estas también pueden y deben cambiar el Derecho (reflexividad)*”.<sup>587</sup>

---

<sup>583</sup> Véase: Luis Ferney Moreno-Castillo. *Teoría de la regulación... op. cit.* pág. 14.

<sup>584</sup> Ibid.

<sup>585</sup> Íñigo del Guayo-Castiella. *Regulación.* (España: Marcial Pons, 2017): 21.

<sup>586</sup> Véase: Íñigo del Guayo-Castiella. *Regulación... op. cit.* pág. 22.

<sup>587</sup> Ibid. *op. cit.* pág. 22.

Por su lado, MORENO CASTILLO identifica hasta seis formas en que se puede llevar a cabo la regulación, esto se relaciona con la manera de materialización antes dicha, en otras palabras, el criterio usado para tal diferenciación es el nivel de intensidad que la relación ejerce en el comportamiento de los sujetos, a saber: i. la regulación por incentivos; ii. regulación basada en la economía del comportamiento o conductual; iii. regulación basada en riesgos; iv. regulación responsiva; v. autorregulación y corregulación y vi. regulación basada en el desempeño,<sup>588</sup> por cuestiones de espacio no se puede entrar a profundizar en cada una de ellas, pero sí, hacer algunas observaciones.

Las denominaciones anteriores, en el sentido dado por el citado autor, no serían regulación en *stricto sensu*, por las siguientes razones: la regulación basada en la economía del comportamiento al igual que la regulación por incentivos no pueden serlo porque carecen de la característica de vinculatoriedad; la autorregulación es un tipo de regulación privada<sup>589</sup> (no está el criterio subjetivo ni el carácter vinculante); la corregulación se ha entendido como un tipo de administración concertada<sup>590</sup>, el énfasis se pone en la participación activa de los sujetos interesados y/o afectados, en este sentido, en nada se diferencia con la regulación económica en cuanto su proceso de elaboración es concertado, pero una vez aprobada la regulación, se vuelve vinculante; la regulación basada en desempeño, establece los objetivos pero no los medios<sup>591</sup>, de tal forma que no “configura internamente la actividad”; por último, pero no menos importante, la regulación basada en riesgos y la regulación responsiva<sup>592</sup>, lo que hacen es incorporar en el concepto de regulación, el elemento de control o supervisión, ya que con base en el cumplimiento (o el mayor riesgo de incumplimiento y sus consecuencias), se puede ir incrementando la intensidad de la regulación, así el regulador toma una actitud responsiva a las situaciones cambiantes, pasando gradualmente de Derecho blando al fuerte.

Siguiendo con el segundo elemento de la tríade regulatoria, el tema del cumplimiento normativo o *compliance* es en suma complejo, de hecho no se aborda a profundidad por el

---

<sup>588</sup> Véase: Luis Ferney Moreno-Castillo. Teoría de la regulación... op. cit. pág. 125-132.

<sup>589</sup> Véase: Íñigo del Guayo-Castiella. *Regulación...* op. cit. pág. 22.

<sup>590</sup> Véase: Ricardo Rivero-Ortega. Derecho Administrativo Económico. 8° ed. (España: Marcial Pons, 2018): 17.

<sup>591</sup> Véase: Luis Ferney Moreno-Castillo, Teoría de la regulación... op. cit. pág. 132.

<sup>592</sup> Véase: Ian Ayres y John Braithwaite. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992.



citado autor, por este lado, se puede señalar brevemente que dicho concepto nace en el Derecho Penal<sup>593</sup> como una forma de gestión para la prevención de delitos (en su mayoría de carácter económico, verbigracia, los tributarios<sup>594</sup>) mediante el cumplimiento guías de comportamiento o códigos de ética, para *cumplir con la norma*, sumado a procesos de capacitación y auditoría, de tal forma que si en juicio se logra demostrar que se hizo del *due diligence* y todo lo posible para evitar el delito en la empresa, se puede así, atenuar la pena y las sanciones administrativas, generalmente, en contra de persona jurídica, en el anterior contexto se puede hablar de *corporate compliance*<sup>595</sup>, un ejemplo de aplicación en nuestro Derecho regulatorio, sería el Gobierno Corporativo.

En la actualidad, la academia se ha interesado sobremanera en aplicar los esquemas de cumplimiento normativo en el sector público (*“public compliance”*<sup>596</sup>), especialmente en un control económico-financiero más transparente y participativo (*“accountability”*<sup>597</sup>), defensa de la competencia, el proceso de contratación administrativa, la gestión de recursos humanos, la mejora y control de las ayudas públicas y en general, la lucha contra la corrupción en el sector público<sup>598</sup>, no limitada a un solo Poder de la República. Así se habla de cumplimiento normativo

---

<sup>593</sup> Véase: Luis Arroyo-Zapatero y Adán Nieto-Marín. (dirs.) El Derecho Penal económico en la era compliance. España: Tirant lo Blanch, 2013.; Juan Luis Gómez-Colomer (dir.) y Christa M. Madrid-Boquin. (coord.). Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. España: Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>594</sup> Véase: Sánchez Macías, José Ignacio y Leo Castela. Compliance tributario para pymes según la Norma UNE 19602. España: AENOR - Asociación Española de Normalización y Certificación, 2020. eLibro, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/125941>.

<sup>595</sup> Véase: Lledó Benito, Ignacio. Corporate compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables. España: Dykinson, 2018. eLibro, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/58989>;

<sup>596</sup> Véase: Pérez-Piaya Moreno, Cristina, coordinador y Gollonet Teruel, coordinador. Compliance en el Derecho Administrativo: políticas de cumplimiento en el sector público y en el sector privado. Wolters Kluwer España, 2020. eLibro, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/136385>.

<sup>597</sup> Sobre el concepto de *accountability* en el sector público, véase: Gregorio Juárez-Rodríguez, Jordi Romeu-Granados y Carmen Pineda-Nebot. “La accountability pública: un concepto abierto (España)” *Praxis Sociológica*, N.º 21 (2016): 95-119. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6316494> [01-10-2020]; Sobre el concepto de *accountability* y su incompatibilidad en el derecho público latinoamericano, véase: Grenfieth De Jesús Sierra-Cadena. L’incompatibilité du principe d’accountabilty du droit administratif global à l’identité administrative latino-américaine. 171-199 En L’internationalisation du droit administratif. Francia: Éditions Panthéon-Assas, 2020.

<sup>598</sup> Véase: Campos-Acuña, Concepción. (Dir.) (2020). Guía práctica de compliance en el sector público. Wolters Kluwer España. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/129214>; Federico A. Castillo-Blanco. Compliance e integridad en el sector público. España: Tirant lo Blanch, 2019.; Miranzo Díaz, Javier. La prevención de la corrupción en la contratación pública. Wolters Kluwer España, 2019. eLibro, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/125421>.; Martínez Fernández, José Manuel. Contratación pública y transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación. Wolters Kluwer España, 2016. eLibro, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/51766>.; Nieto Martín, Adán. Public compliance: prevención de la

*ad intra* (al interior de la Administración, delitos funcionales) y *ad extra* (sector privado, delitos contra la Administración),<sup>599</sup> se busca con todo lo anterior formar una cultura *compliance*, tema que promete ser objeto de estudios en el futuro cercano dentro de nuestro medio.

Finalmente, se termina de comentar la propuesta de MORENO CASTILLO con la actividad de fiscalización, entendida por la RAE como “*criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien*”<sup>600</sup> o el “*control preventivo de actos de contenido económico*”<sup>601</sup>, lo cual se relaciona con el control administrativo y en España a la actividad del Tribunal de Cuentas, en el presente trabajo se prefiere el término supervisión, sobre el cual se ha hecho en repetidas ocasiones, referencia como una actividad complementaria, pero indispensable de la regulación económica, la actividad de supervisión (atribuciones de autorización, vigilancia y sanción<sup>602</sup>) es una competencia denominada como “ejecutiva”, a la par de las normativas y cuasi judiciales de las Autoridades Administrativas Independientes (AAI) y será objeto de posteriores análisis.

### **3. Excursos: el Estado regulador y garante**

Se hará a continuación, una serie de comentarios en torno a las teorías modernas del Estado regulador y el Estado garante, siendo el primer enfoque el que “encuadra” con las AAI, ya que cumplen fundamentalmente la función de regulación y supervisión, aunque algunos autores han señalado que son teorías contrapuestas, en el presente trabajo se sostiene que no son incompatibles y que ambas pueden coexistir en diferentes ámbitos de la vida social e incluso en algunos casos se complementan como en los servicios de interés económico general.

#### **3.1. El Estado regulador**

La discusión en doctrina sobre el papel del Estado en la economía y la prestación de servicios públicos en la actualidad se suele poner, por un lado, en términos del Estado regulador y por otro, de Estado garante de derechos<sup>603</sup>, con lo anterior se busca ir sustituyendo

---

corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014. eLibro, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/57294>.

<sup>599</sup> Véase: Pérez-Piaya Moreno, C. (Coord.) y Gollonet Teruel, L. Á. (Coord.). (2020). *Compliance en el Derecho Administrativo: políticas de cumplimiento en el sector público y en el sector privado*. Wolters Kluwer España. <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/136385>

<sup>600</sup> Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> 01-10-2020].

<sup>601</sup> Voz “fiscalización” tomado de la RAE. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/fiscalizaci%C3%B3n> [01-10-2020]

<sup>602</sup> En este sentido véase: Fernández Rojas, Gabriel. Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España. *Vniversitas* 54, N.º 109 (abril 15, 2005): 430.

<sup>603</sup> José Luis Carro Fernández-Valmayor ve en este fenómeno uno de los principales cambios en el derecho administrativo, en sus propias palabras “(...) *la instauración de unas nuevas relaciones entre la sociedad y el*

el término de Estado social y sus implicaciones ideológicas que predominaron en gran parte del siglo XX. El Estado regulador busca “*garantizar libertades y derechos económicos como la libertad de empresa y la propiedad privada, fomentando la iniciativa de las personas. Además, puede regular la acción económica libre de los particulares y encargarse de su vigilancia, en condiciones de igualdad, estableciendo, por ejemplo, reglas de libre competencia y prohibiendo monopolios*”<sup>604</sup>, lo anterior como se ha explicado en relación con los servicios de interés general, es una doctrina fundamentalmente europea de inspiración norteamericana, todo lo anterior se relaciona directamente con el nacimiento y proliferación de las agencias de regulación independientes o AAI en el Derecho continental.<sup>605</sup> Para ARIÑO ORTIZ la “*reducción del papel del Estado productor y prestador ha de compensarse con un nuevo sentido y mayor eficacia de la función reguladora del Estado en la actividad económica*”.<sup>606</sup> ante estos cambios se “*(...) exige una reforma el marco institucional de la Administración económica de forma que se garantice su profesionalidad, su independencia -de políticos y de empresarios- y su control democrático*”.<sup>607</sup> La acepción actual del concepto de Estado

---

*Estado ha trastocado los fundamentos mismos sobre los que se asentaba el Derecho público tradicional, con la consecuencia, ciertamente paradójica, de que mientras se ha pretendido disminuir las dimensiones del Estado, las del Derecho público se han visto, por el contrario, aumentadas de manera significativa. (...) lo que parece un hecho innegable es el destacado aumento del protagonismo de los particulares en la gestión de los asuntos públicos; protagonismo que está haciendo necesario, a modo de compensación, un reforzamiento de la idea de interés general como idea legitimadora de la actividad estatal ante la dificultad, por no decir imposibilidad, de su gestión por la sociedad actual. Idea legitimadora de la actividad estatal que se intenta hacer valer a través de la consideración del Estado como un «Estado garante», como un «Estado regulador»* “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho Administrativo (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 193. (enero-abril, 2014): 14-15.

<sup>604</sup> Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (Ed) *Constitución y Economía: Justicia constitucional y derechos fundamentales*. (Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2019): VI.

<sup>605</sup> “*Con todo, el elemento clave en la **proliferación de reguladores independientes** ha sido el cambio del centro de gravedad de las políticas públicas desde la conciliación de clases y grupos políticos, típica de la segunda posguerra, a la adopción de decisiones técnicas. Las políticas de regulación, como toda política pública, tienen consecuencias redistributivas, pero para el organismo regulador estos posibles efectos representan normalmente limitaciones de naturaleza política, no objetivos a perseguir: lo propio de estos organismos es el compromiso con la eficiencia, con la resolución técnicamente eficaz de problemas, que es lo que legitima su independencia respecto de las instancias políticas. Por el contrario, las decisiones que implican una redistribución significativa de recursos de un grupo social a otro no deben ser tomadas por expertos independientes, sino por cargos electos o, al menos, por administradores directamente responsables ante los electores. La delegación en entidades técnicas políticamente neutrales sería legítima cuando la preocupación dominante sea la eficiencia, mientras que las políticas de redistribución corresponden a instancias con legitimación democrática...*” (negrita no es del original) Gerardo García-Álvarez. La Unión Europea como «Estado Regulador» y las Administraciones Independientes. *Revista de Administración Pública*. N.º 194. (mayo-agosto, 2014): 89.

<sup>606</sup> Gaspar Ariño-Ortiz. *Principios del Derecho público económico... op. cit.* pág. 298.

<sup>607</sup> *Ibid.*

regulador, según Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, se produce con la publicación del libro de SEIDMAN y GILMOUR<sup>608</sup> sobre el Estado regulador:

En él ya no se utiliza el concepto para referirse a la expansión del Estado federal durante el *progressive period*, sino para conectarlo con el proceso de externalización y privatización puesto en marcha por Ronald Reagan. Este proceso fue presentado como un cambio de paradigma —en un sentido cercano al de Thomas Kuhn para las revoluciones científicas— desde un Estado positivo (*positive state*) a un Estado regulador (*regulatory state*). Esta concepción iba a tener una gran influencia en Europa, inicialmente a través de los trabajos de MAJONE, que la aplicó a los cambios experimentados por los Estados de la Europa occidental en los años ochenta, pero fundamentalmente a la Unión Europea. La concepción del Estado regulador, tal como la usan SEIDMAN o MAJONE, es la de un Estado limitado, caracterizado por la «delegación de poderes» —equivalente a descentralización o desconcentración en Derecho español—, en el que prima la eficiencia administrativa y económica sobre la redistribución de la riqueza.<sup>609</sup>

En ese contexto, el Estado como agente económico, empresa o industria, no actúa como prestador de bienes o gestor de servicios, por la incapacidad o desinterés del mercado de proveerlos, tampoco tiene fines redistributivos, sino que actúa como si se tratara de un actor privado más, buscando la eficiencia y un mínimo de utilidades (o al menos trabajar sin pérdidas) y en dicha actividad se sujeta a las mismas reglas generales, lo anterior lo podemos ver en Costa Rica plasmado en las leyes más modernas como la Ley N.º 7472 que define agente económico dentro del mercado como “(...) *toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero*”.<sup>610</sup> Por ente, las **reglas del Derecho de la**

---

<sup>608</sup> La referencia es al libro de Harold Seidman y Robert Gilmour. *Politics, Position, and Power: From the Positive to the Regulatory State*. 4º ed. Estados Unidos: Oxford University Press, 1986.

<sup>609</sup> Gerardo García-Álvarez. La Unión Europea como «Estado Regulador» y las Administraciones Independientes. *Revista de Administración Pública*. N.º 194. (mayo-agosto, 2014): 86. La referencia a “MAJONE” es para Giandomenico Majone. *Regulating Europe*. Estado Unidos: Routledge, 1996.

<sup>610</sup> Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Artículo 2º de la Ley N.º 7472 “Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor”.

**competencia**, así como las misiones de interés general, deberían de aplicarse indistintamente a cualquier empresa privada o pública, cosa que no sucede eficientemente por las leyes especiales<sup>611</sup> que protegen la actividad de instituciones de titularidad pública o mixta, que en limitadas ocasiones tienen una razonable justificación técnica como en el caso del monopolio por economía de escala o economías red en un mercado tan pequeño como el costarricense.

Por otro lado, Giandomenico MAJONE<sup>612</sup> explica que a diferencia de la regulación al estilo estadounidense, que considera que el mercado funciona bien en condiciones normales y este se limita a regular la actividades económicas privadas cuando existen fallos estructurales del mercado, mediante una agencia independiente especializada, en la Europa continental, durante la posguerra y el periodo de depresión (1873–1996) la opinión pública mantuvo una posición abiertamente hostil con el modelo de economía de mercado, en especial a su capacidad para hacer frente a las crisis recurrentes y prolongadas, de tal forma que “(...) *la respuesta de la mayoría de los gobiernos europeos a los casos percibidos de falla del mercado fue una forma de control muy intrusiva, es decir, nacionalizaciones en lugar de una regulación al estilo estadounidense*”.<sup>613</sup> Con ello se ve la clara diferencia ideológica que se tenía en la Europa continental antes de la consolidación de la unión económica y monetaria<sup>614</sup> y el posterior proyecto político liberal, en este sentido siguiendo a MAJONE:

La respuesta europea a las fallas del mercado también ha sido moldeada por una larga tradición de dirigismo estatal y centralización burocrática. Incluso cuando se han utilizado instrumentos reguladores como el control de precios o la concesión de licencias, en lugar de la propiedad pública, ha habido una renuencia general a depender de organismos especializados independientes. En cambio, se han asignado funciones reguladoras, con pocas excepciones, (...) a ministerios o comités interministeriales u organismos corporativistas semipúblicos. La ausencia de agencias independientes de propósito único, la confusión entre operador y regulador, la preponderancia de procedimientos informales para la elaboración de reglas y la calidad opaca de los

---

<sup>611</sup> Véase *infra* las asimetrías regulatorias en Costa Rica como la garantía del Estado en la captación de depósitos, entre otras.

<sup>612</sup> Véase: Giandomenico Majone. *Regulating Europe*. (Estado Unidos: Routledge, 1996): 10.

<sup>613</sup> *Ibid.* op. cit. pág. 10.

<sup>614</sup> Véase: Fichas temáticas sobre la Unión Europea “Historia de la Unión Económica y Monetarias”. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/79/historia-de-la-union-economica-y-monetarias> [29-09-2020]

arreglos autorreguladores corporativistas, son todos factores que explican la baja visibilidad de la formulación de políticas regulatorias en Europa en el pasado y la consiguiente falta de atención académica sostenida.<sup>615</sup> (traducción propia)

Lo anterior empezó a cambiar en Europa durante las dos últimas décadas del siglo XX, ya que se pasa de una regulación a través de la propiedad pública, caracterizada por la empresa pública, a un modelo regulatorio a mediante agencias independientes<sup>616</sup>, “(...) *este modo de regulación representa una nueva frontera de políticas públicas y gestión pública en Europa y otras partes del mundo industrializado*”<sup>617</sup>, de tal forma que este tipo de entes se expanden por toda la Europa occidental, así como el interés por abordar el tema regulatorio desde un nuevo enfoque, así lo explican BALDWIN, CAVE y LODGE, al decir que a partir del año 2011 “*la afirmación de que vivimos en una era del 'Estado regulador' se había vuelto ampliamente aceptada, ya que la palabra R había penetrado cada vez más dominios sociales en todos los países*”<sup>618</sup>, valga mencionar en este sentido con Ricardo RIVERA ORTEGA que:

La intervención administrativa en la economía ha recurrido a técnicas diversas de policía, fomento y servicio público. **A partir de finales del siglo XX, por inspiración estadounidense, se incorpora a esta panoplia la llamada “regulación”, no entendida en su acepción de mera aprobación de normas, sino considerada como un conjunto de capacidades atribuidas a entes reguladores para mantener equilibrios en determinados sectores.** El impulso de las privatizaciones y las liberalizaciones incrementó notablemente el protagonismo de la regulación (un Estado, más regulador que gestor), multiplicando también el interés por este tipo de actividad, con análisis del modelo de referencia (los Estados Unidos), no del todo exportable en cada una de sus características. El éxito de esta forma de intervención ha sido sin embargo general.<sup>619</sup> (negrita no es del original)

La anterior cita resume los grandes cambios anteriormente señalados en cuanto a la función del Estado y en relación con su función de *regulador* Joan SOLANES MULLOR resume

---

<sup>615</sup> Giandomenico Majone. *Regulating Europe... op. cit.* pág.10.

<sup>616</sup> Véase: Giandomenico Majone. *Regulating Europe... op. cit.* pág. 11-19.

<sup>617</sup> Giandomenico Majone. *Regulating Europe... op. cit.* pág. 15. (traducción propia)

<sup>618</sup> Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge. *Understanding Regulation: theory, strategy, and practice.* 2° ed. (Estados Unidos: Oxford University Press, 2012): 02. (traducción propia).

<sup>619</sup> Ricardo Rivera-Ortega. *Derecho Administrativo.* 3 Ed. (España: Tirant lo Blanch, 2019), 207.

que desde esta perspectiva “*el Estado regulador y su aparato institucional han sido estudiados desde el punto de vista de la teoría democrática, las relaciones entre principal/agente (teoría de la delegación) y la responsabilidad*”<sup>620</sup>, esta sección se limitará al segundo punto de vista. Algunos autores con la expansión del Estado regulador y de la actividad administrativa que le es propia, han identificado la teoría denominada “delegación legislativa” que comenzó con la delegación de facultades legislativas en el presidente<sup>621</sup> y luego en los prototipos de las AAI<sup>622</sup>, ya en dichas administraciones que ven repartidas las competencias de los Poderes del Estado. En este sentido Fabrizio GILARDI ve en el surgimiento del Estado regulador, la delegación en las agencias reguladoras y explica para el caso de Europa occidental, que estas administraciones “(...) *son la principal característica institucional del Estado regulador, y constituyen el mayor cambio institucional en la regulación*”<sup>623</sup>, la delegación crea una situación de principal-agente con la particularidad que la AAI como agente no necesariamente compartirá los objetivos políticos que tenga el principal, esto ha sido deliberadamente pensado para evitar influencias de carácter político partidario y según GILARDI, es el argumento principal para delegar en las autoridades independientes determinados compromisos políticos<sup>624</sup> de la Unión y de los países miembros de la OCDE, ante la actual falta de credibilidad del Estado positivo.

Para Emmanuel MATHIEU<sup>625</sup>, el proceso de delegación que tiene su origen en Estados Unidos, se extendió en los años 80 de manera fragmentada en la Unión Europea (EU) para

---

<sup>620</sup> Joan Solanes-Muller. *Administraciones Independientes y Estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español*. (España: Congreso de los Diputados, 2016), 22.

<sup>621</sup> Véase: Santiago M. Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade. *La delegación legislativa y el Estado regulatorio: una mirada crítica al agujero negro de la regulación*. (Argentina: Ábaco, 2018), 42. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/119308>.

<sup>622</sup> Santiago M. Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade, ven en la regulación un “agujero negro” usado el termino como metáfora para referirse “(...) *a la creciente concentración de facultades de regulación en sujetos distintos del Presidente que produce la delegación legislativa dispersa y sus consecuencias. En particular, a la concentración de facultades legislativas en una cantidad dispersa y poco visible de órganos y entes distintos del Presidente, con bajos niveles de representatividad democrática y control de la opinión pública, con elevadas dosis de poder para regular o restringir derechos constitucionales, y cuyos actos no cuentan en general con suficiente publicidad ni con procedimientos previos y obligatorios a la toma de decisiones. Este agujero negro surgió con el Estado regulatorio y de bien- estar: ese ideal tuvo durante el siglo XX tal fuerza de gravedad que atrajo al sector político y a los grupos de interés a fomentar delegaciones en sujetos distintos del Presidente*”. *La delegación legislativa y el Estado regulatorio... op. cit.* pág. 30.

<sup>623</sup> Fabrizio Gilardi. *Delegation in the Regulatory State: independent regulatory agencies in western Europe*. (Estados Unidos: Edward Elgar Publishing, 2008): 21. (traducción propia)

<sup>624</sup> Véase: Fabrizio Gilardi. *Delegation in the Regulatory State... op. cit.* pág. 28-29.

<sup>625</sup> Véase: Emmanuelle Mathieu. *Regulatory Delegation in the European Union: networks, committees and agencies*. Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2016.

implementar su agenda regulatoria, a través de agencias o administraciones independientes<sup>626</sup>, tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros<sup>627</sup>, iniciativas dirigidas por la Comisión Europea, se identifican tres patrones de delegación<sup>628</sup>, a saber: en la conformación de comités de expertos (patrón de experticia); en la creación de redes reguladoras de la UE (patrón de coordinación) y la consolidación de agencias reguladoras de la UE (patrón de agencias), a su vez el cambio institucional correspondiente a la *agencificación* de las redes reguladoras y de los comités de expertos. Esto se explica, según MATHIEU, por un lado, en la necesidad de mejorar la coordinación entre las autoridades reguladoras nacionales y por otro lado, en la necesidad de suministro de conocimientos especializados e información a la Comisión.<sup>629</sup> En dicha delegación legislativa se evidencia también la diferencia que se ha desarrollado en relación con la regulación económica y la social, quedando esta última indemne y supeditada a la política interna de cada país.

La regulación económica, en especial la regulación financiera, tiene vocación a la transnacionalidad, en palabras de María DARNACULLETA y María SALVADOR: “(...) *puede decirse que la regulación de los mercados financieros, desde un punto de vista formal, sigue siendo principalmente nacional. Sin embargo, el contenido y la forma de dicha regulación, tanto en su formación como en su ejecución, vienen predeterminados principalmente por el resultado de la autorregulación internacional y por la cooperación de las autoridades nacionales de supervisión*”<sup>630</sup>, siendo el sector más influenciado por la globalización.

En el contexto latinoamericano Jacint JORDANA y David LEVI-FAUR<sup>631</sup> relacionan el surgimiento del Estado regulador con la difusión de agencias reguladoras autónomas, estos autores identificaron para el año 1979, la existencia de 43 agencias, la mayoría en el sector

---

<sup>626</sup> “*As this delegation rationale is essentially meant as protection against short-term electoral concerns in nation states...*” Emmanuelle Mathieu. *Regulatory Delegation in the European Union...* op. cit. pág. 4.

<sup>627</sup> Véase: Joan Solanes-Muller. *Administraciones Independientes y Estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español.* (España: Congreso de los Diputados, 2016), 21.

<sup>628</sup> Véase: Emmanuelle Mathieu. *Regulatory Delegation in the European Union...* op. cit. pág. 1-2 y 7-13.

<sup>629</sup> Véase: *Ibid.* op. cit. pág. 3.

<sup>630</sup> María Mercé Darnaculleta I Gardella y María Amparo Salvador Armendáriz. “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativas en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera (España)”. *Revista de Administración Pública*. N.º 183. (Septiembre – diciembre, 2010): 142.

<sup>631</sup> Véase: Jacint Jordana y David Levi-Faur. *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericano?: La difusión de agencias reguladoras autónomas.* España: CIDOB, 2005. Disponible en: [https://www.cidob.org/publicaciones/series\\_pasadas/documentos/america\\_latina/hacia\\_un\\_estado\\_regulador\\_la\\_tinoamericano\\_la\\_difusion\\_de\\_agencias\\_reguladoras\\_autonomas\\_por\\_paises\\_y\\_sectores/\(language\)/esl-ES \[21-09-2020\]](https://www.cidob.org/publicaciones/series_pasadas/documentos/america_latina/hacia_un_estado_regulador_la_tinoamericano_la_difusion_de_agencias_reguladoras_autonomas_por_paises_y_sectores/(language)/esl-ES [21-09-2020])



financiero y para 2002 alrededor de 134, pero valga mencionar que un 53% de dichas agencias eran sólo nominalmente autónomas, es decir, no tenían autonomía o independencia real, siendo la emergencia de la aparición de dichos entes a partir de 1990<sup>632</sup>, este dato demuestra la acogida del *“diseño institucional propio de la gobernanza reguladora por medio de agencias autónomas, el cual durante mucho tiempo estuvo limitado a Estados Unidos (a nivel país) y al sistema bancario central (a nivel sectorial) (...)”*<sup>633</sup> y el éxito de la idea de gobernanza económica a través de autoridades reguladoras independientes<sup>634</sup>; no obstante, *“como cabía esperar del enfoque centrado en los países, éstos difieren considerablemente en la institucionalización y el diseño de las agencias reguladoras”*<sup>635</sup>, cada país ha seguido su propio derrotero, lo que no podría ser de otra manera, pero existe una serie de presupuestos básicos que inspiran los cambios institucionales introducidos en las últimas décadas del siglo XX, que han sido enseñanzas del pasado crítico, de la historia económica y que no deberían ser despreciadas.

Por este motivo hoy merecen la pena, los estudios sobre el Estado regulador y que analicen el régimen jurídico de las agencias reguladoras, para determinar si realmente las tienen como un valor añadido en su configuración legal o si por el contrario, se entienden estos

---

<sup>632</sup> *“Sólo a partir de los años 1990, luego de una ola de reformas que afectara a varios sectores, cabe plantear por primera vez la existencia de modelos de difusión nacionales, e incluso el advenimiento del Estado regulador en América Latina. En este período, el cambio regulador en general y la transformación de las agencias reguladoras en particular se difundió a través de un importante número de sectores y ya no se limitó, como se había dado hasta entonces, a unos pocos sectores, especialmente financieros”*. Jacint Jordana y David Levi-Faur. *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericanado?: La difusión de agencias reguladoras autónomas*. (España: CIDOB, 2005): 25.

<sup>633</sup> Jacint Jordana y David Levi-Faur. *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericanado?... op. cit.* pág. 5. *“(...) mientras que en el caso de Estados Unidos cabe plantear el desarrollo del Estado regulador desde finales del siglo XIX y especialmente a partir del período de entreguerras, en América Latina –e incluso en otros países y regiones– estos avances sólo pueden ser analizados como un proceso específico dentro de determinados sectores”*. Op. cit. pág. 16.

<sup>634</sup> Véase: Jacint Jordana y David Levi-Faur. *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericanado?... op. cit.* pág. 5. Por otro lado estos autores consideran que: *“(...) la creación de autoridades reguladoras como el sello distintivo de la transformación del Estado como proveedor de servicios, en un Estado regulador (véase Majone, 1997) y, en términos más generales, como muestra de la configuración de un nuevo orden de capitalismo regulador (Levi-Faur, 2004a; Lutz, 2004; Braithwaite y Drahos, 2000). En muy distintos contextos, hemos observado la ampliación de las formas reguladoras de la gobernanza hacia otras esferas de la vida y, de manera creciente, hacia nuevas arenas políticas. Sugerimos entonces que la regulación, como arte y oficio de la gobernanza, como realidad institucional, como campo de estudio y como discurso público resulta hoy más notable y prestigiosa que nunca (Jordana y Levi-Faur, 2004; Loughlin y Scott 1997; Majone; 1997; Moran, 2003). Frecuentemente, la expansión de la regulación ha sido descrita como “el advenimiento del Estado regulador” pero al mismo tiempo, y dependiendo del contexto y la perspectiva aplicada, ha sido entendida como “sociedad reguladora” (Power, 1999) e incluso como “capitalismo regulador” (Levi-Faur, 2004c)”*. Op. cit. pág. 13-14.

<sup>635</sup> Jacint Jordana y David Levi-Faur. *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericanado?... op. cit.* pág. 25.

entes como una extensión del poder político o del Ejecutivo, en definitiva *“todavía nos encontramos en una fase muy inicial del estudio del auge del Estado regulador en América Latina y en nuestros esfuerzos por aprehender las características particulares de este proceso de cambio que distinguen a América Latina del resto del mundo. Asimismo, recién estamos comenzando con el estudio de los mecanismos que impulsan el proceso de difusión entre naciones y entre sectores”*.<sup>636</sup> Es imperiosa la necesidad de poner el énfasis en la mejora regulatoria, que no es otra cosa que la mejora de la arquitectura institucional y los medios de implementación y control de las regulaciones, preservando en todo caso la independencia del regulador como valor añadido.

En el anterior sentido, destacados autores como Joan PRATS I CATALÀ, han señalado el vínculo directo entre regulación e instituciones, específicamente la falta de desarrollo en Latinoamérica y la capacidades reguladoras de los Estados de la región<sup>637</sup>, en este sentido señala que para ayudar a superar dicho flagelo *“(…) hay que ir replanteando la vieja institucionalidad de las burocracias centralizadas, que han sido incapaces de garantizar la universalidad de los servicios; y hay que hacerlo mediante la transferencia de recursos y responsabilidades a las administraciones descentralizadas, al sector privado y a las organizaciones de la sociedad civil, según los casos”*.<sup>638</sup> De esta forma, se puede vincular la actividad del Estado regulador con las denominadas agencias reguladoras independientes, este aspecto fue señalado hace años por el Banco Mundial, como punto de referencia para poder realizar evaluaciones o análisis comparativos (pruebas de rendimiento o *“benchmark”* en inglés) de la infraestructura sistema regulatorio.<sup>639</sup>

---

<sup>636</sup> Jacint Jordana y David Levi-Faur. *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericanado?... op. cit.* pág. 41-42.

<sup>637</sup> Véase: Mauricio Betancourt-García. Teorías y enfoques del desarrollo. (Colombia: Escuela Superior de Administración Pública. 2004), 180-181. Disponible en: <https://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/Teorias%20y%20Enfoques%20del%20Desarrollo.pdf> [20-09-2020]

<sup>638</sup> Joan Prats I Català. “Administración pública y desarrollo en América Latina. Un enfoque neoinstitucionalista (Venezuela)” *Revista del CLAD reforma y democracia*. N.º 11, (junio, 1998): 586.

<sup>639</sup> *“Este modelo de gobernanza ha sido elegido como punto de referencia de evaluación por tres razones principales. Primero, se ha convertido en el modelo de gobernanza de facto, al menos en papel, en la mayoría de los 200 países que han creado nuevos sistemas regulatorios nacionales o regionales en los últimos 10 años. En segundo lugar, existe alguna evidencia empírica que muestra que el modelo de regulador independiente, cuando se adopta tanto en la ley como en la práctica, conduce a mejores resultados sectoriales. Y tercero, el modelo de regulador independiente puede adaptarse a una amplia variedad de estructuras y transacciones sectoriales”*. Banco Mundial. Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems. Estados Unidos: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2006), 6. (traducción propia)

En la anterior línea, estudios más recientes aportan algunas luces, aunque en relación con el Estado regulador y los países en vías de desarrollo son aún escasos. Entre ellos se identifica el trabajo dirigido por DUBASH y MORGAN<sup>640</sup>, estos autores identifican que “(...) *el propio estado regulador también podría verse como parte de la ‘infraestructura del desarrollo’*”.<sup>641</sup> así ponen el énfasis en “*el carácter habilitador de las instituciones reguladoras para fomentar el desarrollo, en contraste con gran parte del enfoque de la literatura regulatoria más convencional sobre la regulación como una dimensión restrictiva estatal de la infraestructura del mercado*”.<sup>642</sup> La nueva concepción de la regulación económica, se considere como una “nueva” actividad administrativa despolitizada, lo cual no ha dejado de generar críticas al modelo, además, se apunta que en todo proceso de trasplante de un instituto jurídico extraño debe ser matizado o “tropicalizado” para el caso Latinoamericano, pero si los problemas se han identificado al igual que las posibles soluciones, la lógica dice que no sería conveniente alterar o sabotear la receta; no obstante, cierto es que un plan general de investigación debe en todo caso contemplar la necesidad de “(...) *prestar la debida atención al momento del trasplante regulatorio y comprender las formas en que los objetivos y el diseño de las instituciones reguladoras internalizan el contexto político e institucional local, y la forma en que posteriormente se configuran a través del proceso de incrustación*”<sup>643</sup>. Este proceso, como ya se dijo, comenzó con fuerza desde los años 90, ahora es el momento de analizarlo a profundidad para determinar el éxito o las debilidades del mismo, con el objeto de plantear posibles reformas, para conseguir las mejores condiciones institucionales que beneficien a fin de cuentas a toda la sociedad.

### **3.2. El Estado garante**

La teoría del Estado garante en cuanto a su actividad, se corresponde con la actividad garante, es más reciente que la del Estado regulador y ha sido desarrollada, en el caso

---

<sup>640</sup> Véase: Navroz K. Dubash y Bronwen Morgan. (eds) *The rise of the Regulatory State of the South: infrastructure and development in emerging economies*. Reino Unido: Oxford University Press, 2013.

<sup>641</sup> Véase: Navroz K. Dubash y Bronwen Morgan. “*The Rise of the Regulatory State of the South*” en *The rise of the Regulatory State of the South: infrastructure and development in emerging economies*. (Reino Unido: Oxford University Press, 2013), 03. (traducción propia)

<sup>642</sup> Ibid. (traducción propia)

<sup>643</sup> Navroz K. Dubash y Bronwen Morgan. “*The Rise of the Regulatory State of the South*” en *The rise of the Regulatory State of the South: infrastructure and development in emerging economies*. (Reino Unido: Oxford University Press, 2013), 09. (traducción propia)

español, principalmente por el autor José ESTEVE PARDO<sup>644</sup>, el cual a su vez se basa en la doctrina alemana<sup>645</sup>, esta última de características muy específicas al ser referente en Europa<sup>646</sup> del Estado Social desde la Constitución de Weimar de 1919 y su bien desarrollado concepto de *daseinsvorsorge* traducido por lo general como “procura existencial o vital” que es una actividad con vocación prestacional (coetánea de la teoría francesa del servicio público), es la prestación de servicios de interés general como objetivo fundamental del Estado, corriente cultivada, entre otros connotados juristas, principalmente por Ernst FORSTHOFF a partir de 1938<sup>647</sup> y con ello, ESTEVE PARDO citando a otro autor alemán (Matthias RUFFERT) afirma que “*la regulación es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de tareas públicas en el Estado garante*”<sup>648</sup>, para más adelante tras comentar el proceso de liberalización de la economía y privatización de antiguos monopolios públicos, concluir que:

El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar una actividad con otra longitud de onda. No se trata ya de la actividad material directa —de control, de prestación o de otro tipo— para la que no dispone de medios o conocimientos, pues se encuentran éstos en la sociedad, sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios. El Estado ha de mantener en lo posible, garantizar, sus fines sin disponer de los medios e instrumentos que tenía hasta tiempos recientes. La privatización de medios, de instrumentos, de funciones, como más recientemente se ha producido, constituye así un presupuesto del Estado garante que no sería concebido como tal, ni percibida su utilidad, si el Estado dispusiera de todos los medios para hacer efectivos sus fines. (...)

---

<sup>644</sup> Véase: José Esteve-Pardo. “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 183. (septiembre-diciembre, 2010): 295-307.; “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 189. (septiembre-diciembre, 2012): 11-40.; “La Administración garante. Una aproximación (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 197. (mayo-agosto, 2015): 11-39.

<sup>645</sup> Así lo explica en *La recepción en la Europa continental del Derecho... op. cit.* pág: 300 y ss.

<sup>646</sup> Digo en Europa porque aquella Constitución fue la que dio origen al constitucionalismo social europeo, pero no podemos olvidar el caso latinoamericano que comienza dos años antes con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sancionada en 1917.

<sup>647</sup> Véase: Carla Huerta-Ochoa. “*La intervención administrativa en el Estado contemporáneo*”. En Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Tomo I: Derecho administrativo. (México: UNAM, 2005): 125. Pie de página 16.

<sup>648</sup> Matthias Ruffert “Regulierung ist ein Mechanismus zur Sicherstellung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Gewährleistungsstaat” pág. 359. Citado por José Esteve-Pardo. *La recepción en la Europa continental del Derecho... op. cit.* pág: 305.

El Estado garante se presenta así como alternativa al Estado prestacional, pero con el mismo objetivo de realización del Estado social.<sup>649</sup>

De las anteriores palabras se puede extraer que la actividad garante del Estado no es más que una concepción amplia del concepto de regulación<sup>650</sup> aplicado a los derechos sociales y tampoco se trata de un evento de recepción jurídica del término *regulation* norteamericano, sino de una creación particular con fuertes raíces germánicas muy cercana a la teoría regulacionista francesa y su escuela del servicio público, en este contexto, la actividad de garantía se enfocará fundamentalmente en el aspecto social y estructural<sup>651</sup>, al respecto de la teoría regulacionista francesa, dentro de sus principales exponentes destacan, entre otros, Michel AGLIETTA<sup>652</sup> y Robert BOYER<sup>653</sup>, esta corriente naturalmente ha tenido gran influencia y ha calado en la visión de las *Autorités Administratives Indépendantes* (AAI francesas), ya que el carácter sectorial enfocado en lo social<sup>654</sup> impide que tengan un nivel de independencia óptimo con los poderes políticos que son indiscutiblemente los encargados de trazar las políticas sociales. De tal forma, María SALVADOR señala que desde el año 1984 se consideraba por el *Conseil d'État* que “todas las AAI francesas desempeñan la misma función: **la *régulation sociale***”.<sup>655</sup> La citada autora lo explica de la siguiente forma:

---

<sup>649</sup> José Esteve-Pardo. *La Administración garante... op. cit.* pág: 21.

<sup>650</sup> Véase supra.

<sup>651</sup> Véase: Clara Isabel López-Villegas. Una aproximación metodológica a la teoría de la regulación francesa: el caso de Robert Boyer. Colombia: Universidad EAFIT, 2005. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/499> [20-09-2020]

<sup>652</sup> Véase: Michel Aglieta. *Regulación y crisis del capitalismo: la experiencia de los Estados Unidos*. España: Siglo XXI, 1979.

<sup>653</sup> Véase: Robert Boyer. *Régulation theory: The State of the Art*. Estados Unidos: Routledge, 2005.; Boyer Robert. *The regulation school: a critical introduction*. New York: Columbia University Press, 1990.; Robert Boyer. (dir.). *La Théorie de la Régulation au fil du temps: Suivre l'évolution d'un paradigme au gré des transformations des capitalismes contemporains*. Francia: EMSHA, 2018. Disponible en: <http://books.openedition.org/emsha/232>. [20-09-2020]; Boyer Robert, Bénassy Jean-Pascal y Gelpi Rosa-Maria. *Régulation des économies capitalistes et inflation*. *Revue économique* 30, N.º 3. (1979): 397-441. “Por “regulación” entendemos el proceso dinámico de adaptación de la producción y la demanda social, es decir, la combinación de los ajustes económicos asociados a una configuración de relaciones sociales, formas institucionales y estructuras”. Ibid. pág. 399. (traducción propia) Disponible en: [https://www.persee.fr/doc/reco\\_0035-2764\\_1979\\_num\\_30\\_3\\_408469](https://www.persee.fr/doc/reco_0035-2764_1979_num_30_3_408469) [20-09-2020];

<sup>654</sup> “Ciertamente, los bajos niveles de autonomía constituyen una característica de los sectores de regulación social (como se da en Estados Unidos; véase Shapiro, 1997). De lo dicho se desprende entonces que las variaciones en el grado de autonomía de las agencias no sólo responden a patrones nacionales, sino que se encuentran determinadas, en gran medida, por las pautas sectoriales”. Jacint Jordana y David Levi-Faur. *¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericano?... op. cit.* pág. 36.

<sup>655</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005), 207. (negrita no del original) “La *régulation sociale* se ha definido en términos muy generales porque la regulación puede tener diferentes objetivos y llevarse a cabo de distintas maneras. Con carácter general se afirma que la función reguladora consiste en mantener el orden en un determinado sector y asegurar su correcto funcionamiento”. Ibid.

La necesidad de desempeñar esta «nueva función» se aprecia a partir de los años setenta. Ciertos sectores de importante trascendencia social y económica comenzaron a demandar en esos años una intervención pública diferente a la que hasta entonces había venido desarrollando el Estado sobre los mismos. Se trataba de ámbitos especialmente afectados por fenómenos como la internacionalización de la economía, el desarrollo del mercado común y el progreso científico y tecnológico, y en los que, como consecuencia de dichos fenómenos, habían surgido nuevos peligros o amenazas para el normal funcionamiento del sector y para las libertades individuales que allí se ejercen, amenazas que tienen su origen en la aparición de nuevos poderes (los medios de comunicación, la tecnología...), y en el reforzamiento de los poderes tradicionales. A la vista de dichos cambios, se consideró necesario intervenir en dichos sectores para garantizar tanto su correcto funcionamiento como el ejercicio de los derechos y libertades implicados. Sobre la naturaleza jurídica de esta función, el Consejo de Estado definió la tarea de las AAI como de *régulation sociale*, explicando que se trata de una función a caballo entre la definición y ejecución de políticas públicas, que compete al Parlamento y al Gobierno, y la gestión de servicios públicos, que corresponde a la Administración, central o descentralizada, pero sujeta a la dirección política del Gobierno.<sup>656</sup>

Ha quedado expuesto el trasfondo ideológico básico, la teoría del Estado garante, siendo su principal mérito, que es de aplicación (sin ninguna reserva) para los denominados servicios públicos fundamentales y que en la “nueva” nomenclatura son llamados genéricamente como servicios de interés general, sería esta teoría y su concreción normativa, el fundamento indiscutible para someter a los *sectores regulados* a misiones de interés general (cargas de servicio público), se traten de S.I.E.G. o servicios universales, indistintamente.

### **3.3. La regulación económica y la regulación social**

Se pretende en este punto, dar una propuesta sobre la diferencia entre la regulación económica y la regulación social o garante, la cual se basa fundamentalmente en el tipo de servicio público del que se trate, en la nueva nomenclatura, a saber: Servicio de Interés General (S.I.G.), Servicio Económico de Interés General (S.E.I.G.) o servicio universal,

---

<sup>656</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005), 208.

conceptos ya expuestos y cuya conclusión fue que la aplicación de la regulación económica y las reglas de la competencia es para los dos últimos, quedando a la discrecionalidad política los S.I.G. o servicios públicos fundamentales, en los que el Estado es siempre el titular y encargado directo (aunque medie concesión) de brindar el servicio. Para el autor Iñigo del GUAYO CASTIELLA, la regulación económica y social se diferencian en función del tipo de falla del mercado y el “instrumento” para solventarlos, así para dicho autor:

Se habla de *economic regulation* para referirse a la lucha contra los monopolios naturales, porque los instrumentos para combatirlos son eminentemente económicos, como el cálculo de la retribución que ha de recibir el monopolio. Grosso modo, hay un sistema basado en los costes y otro basado en los precios. Y se habla de *social regulation* para referirse a la regulación que se lleva a cabo para combatir el resto de fallos del mercado (deficiente información de los consumidores, costes de transacción y externalidades), dado que los instrumentos no son siempre, ni principalmente, económicos.<sup>657</sup>

El anterior criterio es poco preciso, ya que en primer lugar, deja de lado el factor político a la hora de clasificar la naturaleza de la actividad, que como quedó expuesto, siempre será una decisión política y en función de esta se aplicará uno u otro régimen regulatorio; en segundo lugar, la actividad financiera, por ejemplo, presenta de forma estructural el fallo de asimetría en la información, entre otros y este sector nunca ha sido clasificado dentro de la regulación social y en tercer lugar, sobre el “instrumento”, se dice que para la regulación económica es siempre un instrumento económico, lo cual se aleja de la realidad, ya que dentro de la *regulación económica* convergen multiplicidad de medios o instrumentos, por ejemplo, en las economías de red con la desintegración vertical y las misiones de servicio de interés general, así en la *regulación social* el medio típico es la gestión directa o la ayuda pública (subsidio pecuniario por lo general), por lo cual, determinar cuándo un instrumento es económico o no, lo es resulta difícil en la práctica, además, se puede decir que cualquier regulación social al fin de cuentas, deberá tener contenido presupuestario o será una carga (justificada o no) traducible en dinero para un sujeto privado.

---

<sup>657</sup> Iñigo del Guayo-Castiella. Regulación. (España: Marcial Pons, 2017), 26.

Se tiene claro que la regulación social también está vinculada íntimamente al elemento económico, formando el binomio “socioeconómico” tan estudiado en todas las ciencias sociales, de ahí tal vez, se suscitan algunas de las dificultades conceptuales para alcanzar tal diferenciación, con ello se podrá hablar de regulación económica como actividad administrativa propia de un modelo de Estado regulador sin las dificultades que han planteado una parte disidente de la doctrina iusadministrativa que la coloca dentro de una amplia clasificación, a saber, la teoría del Estado garante. En el siguiente cuadro comparativo se podrá ver al menos doce diferencias que se han identificado a lo largo de esta investigación entre ambas formas de regulación:

	<b>Regulación económica</b>	<b>Regulación social</b>
1	Llevada a cabo por Autoridades Administrativas Independientes.	Llevada a cabo por la Administración Pública tradicional (institutos, ministerios, etc.).
2	Nueva actividad administrativa de regulación económica <i>stricto sensu</i> .	Diversidad de formas de actuación administrativa “tradicionales”.
3	Regulación basada en aspectos técnicos acordes con el estado del arte del sector de referencia, en los principios del análisis económico del Derecho, la economía, la experiencia, la ciencia y la técnica.	Regulación basada en los principios de la equidad, el bien común o bienestar general (justicia social), en necesidades coyunturales o estructurales que puede ser de carácter sectorial o general.
4	Visión a largo plazo con efectos inmediatos.	Visión de inmediatez (asistencial) con efectos a corto y a muy largo plazo.
5	No tiene fin redistributivo.	Tiene fin redistributivo.
6	Los efectos recaen sobre sujetos privados específicos (empresas reguladas).	Los efectos recaen sobre toda la ciudadanía, a través de programas sociales, por lo general, son servicios o bienes públicos que por definición no son excluyentes.
7	Se limitan libertades y derechos económicos (derechos individuales) en procura de	Busca fundamentalmente ampliar derechos y libertades (derechos económicos, sociales,



	derechos colectivos o del orden público económico.	culturales y ambientales, individuales o colectivos).
8	Se crea una relación de sujeción especial.	Por lo general, no hay sujeción especial.
9	Se financia en gran parte por los sujetos regulados (contribuciones parafiscales).	Se financia por toda la ciudadanía a través de los impuestos generales (IVA, renta, etc.).
10	Discrecionalidad amplia, pero limitada.	Discrecionalidad prácticamente ilimitada.
11	Actos administrativos.	Actos administrativos complejos, en algunos casos asimilables a los actos de Gobierno. <sup>658</sup>
12	Control judicial pleno (no hay deferencia).	No hay control judicial pleno al tratarse, por lo general, de leyes y políticas públicas.

Fuente: elaboración propia.

Como se ha explicado, el origen del concepto de regulación (*regulation*) se da en EE.UU. donde tiene un significado bastante amplio y designa las formas de intervención administrativa en la economía<sup>659</sup>, pero incluso bajo una visión amplia, se ha hecho una distinción en lo que es la regulación económica de los servicios de interés general de titularidad privada (*public utilities*) y lo que es la regulación social. La primera, se lleva a cabo por agencias independientes (*independent regulatory commission*) mientras que la segunda, se lleva a cabo por agencias o administraciones “*que carecen del «blindaje» especial que caracteriza a las anteriores commissions*”<sup>660</sup>. Aquellas agencias o comisiones reguladoras que en el Derecho continental se han denominado Autoridades Administrativas Independientes (AAI).

Dicho lo anterior, para fines expositivos, situemos la regulación económica en el campo de estudio que nos atañe, el sistema financiero, con esto presente se puede decir que la regulación económica no tiene una función social inmediata, sino que es una consecuencia

<sup>658</sup> Véase: César Hines-Céspedes. La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. (Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S. A., 2006), 117 y ss.

<sup>659</sup> Véase: Juli Ponce Solé. “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 162. (septiembre-diciembre, 2003): 95.

<sup>660</sup> Juli Ponce Solé. *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... op. cit.* pág. 95.

mediata (producto de la salud y el buen funcionamiento del sistema financiero a largo plazo), el bienestar social que pueda producir la regulación económica es un resultado deseable, un fin último inmanente; sin embargo, la regulación económica no busca repartir la riqueza de la nación (más comprendiendo que el objeto de la regulación económica son recursos privados, en su mayoría flujos de capital internacionales provenientes de inversión extranjera directa y el dinero de ahorristas, también privados) de forma directa, sino repetimos el adecuado desarrollo de los sistemas financieros y evitar o reducir en la medida de lo posible, los fallos del mercado.

El sistema financiero busca evitar a los clientes altamente riesgosos, es decir, aquellos cuya capacidad de pago no cumple con ciertos estándares, en función del crédito solicitado, viéndose aquellos justificadamente excluidos de la banca comercial, su contradicción con la lógica de S.I.G. (o los tradicionales servicios públicos) es evidente, con la que en estos últimos se proclama la titularidad pública, la igualdad en el trato e incluso la gratuidad para el caso de los sectores más vulnerables de la ciudadanía (lo cual no implica que no se puedan poner misiones de servicio de interés general a determinados sectores, por ejemplo: Internet gratis para los estudiantes de bajos recursos); por su lado, el servicio universal como su nombre lo sugiere, sólo implica la obligación de la operadora de brindar el servicio a nivel nacional (o en una región previamente establecida) a la generalidad de la población, los cuales se convierten en clientes o consumidores.

La posibilidad real de hacer uso efectivo de los servicios universales, repetimos, dependerá de que se tengan algunos requisitos y en todo caso, el pago de la tarifa, precio o tasa de interés, es así como la finalidad de los servicios universales no es prestacional ni de fomento, sino económica o industrial, en el sector financiero concretamente, se ve acentuada esta lógica, ya que la ley establece que la finalidad de la regulación es su adecuado funcionamiento, es decir, proteger a los ahorrantes y a los inversionistas, y no ser benefactor o garante de los necesitados de financiación.

Teniendo así una diferenciación clara entre regulación social (Estado garante) y regulación económica (Estado regulador), no significa que no tengan ninguna característica en común, que sería el medio por el que se lleva a cabo ambos tipos de regulación, la Administración Pública y en su forma más acabada, las Autoridades Administrativas

Independientes; no obstante, dicho esquema organizativo en nuestra opinión se acopla únicamente a la visión de la regulación económica (a los S.I.E.G. y servicios universales) y no para la regulación social.

Para el caso costarricense, se tiene por un lado como reguladora multisectorial a la ARESEP que vela por el adecuado funcionamiento de los S.I.E.G., regula fundamentalmente las tarifas, la calidad del servicio y la *rate of return* de las operadoras que son todos concesionarios (la actividad se considera de titularidad pública o están en monopolio fiscal), por otro lado, en cuanto a la regulación de servicios universales, tenemos a los reguladores sectoriales imperfectos<sup>661</sup>, SUTEL y a las superintendencias financieras, que regulan fundamentalmente las condiciones del mercado así como sus fallas internas para procurar su buen funcionamiento, no regulan precios y sus empresas reguladas son todas autorizadas y no concesionarias (no se considera la actividad de titularidad pública).

Cabe preguntarse entonces ¿De dónde proviene la confusión entre la actividad de garantía y la actividad de regulación económica? La confusión doctrinal señalada, esa indeterminación conceptual entre la actividad de garantía y la actividad de regulación, se produce gracias al énfasis en el Derecho continental que se le ha puesto a la actividad de regulación a los grandes servicios públicos liberalizados, aquellos que eran gestionados por los antiguos monopolios públicos, dejando relegadas otras actividades que no han sido históricamente menos importantes y que nunca han sido clasificadas, incluso por la doctrina más devota, como servicios públicos como los servicios financieros que se desenvuelven en los mercados de crédito (bancos comerciales), el mercado de riesgo (aseguradoras y reaseguradoras), mercado de capitales (bolsas de valores), los fondos de inversión y operadoras de pensiones, entre otras.

La confusión no se da en el Derecho regulatorio norteamericano en el que el énfasis no se ha puesto exclusivamente en los servicios públicos básicos (*public utilities*), sino que por el contrario, se ha seguido una tradición llamada **common calling** que es la preferencia por medios indirectos en la intervención pública general<sup>662</sup>, por lo que nunca se consolidó una cultura del servicio público (algo propio del Estado social o prestacional). Más acentuado en

---

<sup>661</sup> Esta denominación se explicará en el capítulo III al hacer referencia a los modelos de supervisión existentes.

<sup>662</sup> Juan José Montero Pascual. "La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa (México)" *Boletín mexicano de derecho comparado*, N.º 94. (enero, 1999): 105.

los Estados Unidos, ha sido el énfasis en el mercado financiero en los últimos años debido a la globalización económica, pero basta con recordar la crisis financiera de los años 30 y la posterior intervención y regulación tan fuerte en dicho sector, solo flexibilizada o atenuada en los años 70 bajo el denominado proceso de desregulación (en la “era GREENSPAN”) con el desenlace que ya todos conocen, veamos en palabras de ESTEVE PARDO el panorama:

La regulación no pretende otra cosa que garantizar la cobertura y atención de unos intereses públicos en unos servicios que se han entregado a las reglas del mercado y la competencia entre operadores. Con la regulación se pretende garantizar la accesibilidad en condiciones de igualdad a esos servicios, la continuidad en su prestación, con unas **tarifas ajustadas a los costes reales** y evitando posibles abusos de los operadores. En ese sentido **se ha concluido con acierto que la regulación es actividad de garantía de los intereses generales, que el Estado garante es por tanto Estado regulador y que el Estado regulador es Estado garante**. Así sucede, ciertamente, con la **regulación de servicios económicos de interés general**.<sup>663</sup>  
(negrita no es del original)

Se debe puntualizar de la anterior cita algunos aspectos relevantes, la teoría del Estado garante se ha creado para salvar de las fuertes críticas el proceso de liberalización y privatizaciones en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, donde el fin último y fundamental es procurar el mayor bienestar de sus habitantes, lo cual es cierto en todos sus aspectos para la regulación de los S.I.E.G. como bien apunta el ilustre jurista citado, pero líneas después dice que “(...) *hay actividad de regulación que no responde a la lógica de la actividad garante y hay actividad de garantía más allá de la regulación*” lo cual también es cierto, vemos el foco en salvar toda la antigua teoría del servicio público (aún vigente en Costa Rica dicho sea de paso) al hablar de *unos servicios que se han entregado a las reglas del mercado y la competencia entre operadores*, pero también se puede señalar que no todos los S.I.E.G. se encuentran en régimen de competencia incluso en Europa, siendo una decisión soberana someter esos servicios a las reglas de la competencia sin necesidad de declararlos servicios de interés general o servicios públicos fundamentales (ninguno se presta en competencia).

---

<sup>663</sup> José Esteve Pardo. “La administración garante. Una aproximación (España)” *Revista de Administración Pública*. N.º 197. (mayo-agosto, 2015): 25.

También podemos señalar que los servicios universales (como los servicios financieros) sí se prestan todos en régimen de competencia y en los que no se fijan tarifas, sino las condiciones de entrada, funcionamiento y salida del mercado (que no deja de ser muy intensa), así los servicios universales rompen de plano con dicha lógica de Estado garante, entonces por qué señalar por una lado que *“No puede, por tanto, establecerse una plena identidad entre actividad de garantía y actividad de regulación, aunque en muchos aspectos resulten equiparables (...)”*<sup>664</sup> y por otro, que *“Una actividad de regulación que, según una opinión algo extendida, vendría a identificarse con la actividad garante, a ser la misma cosa”*<sup>665</sup>, como se vio con las similitudes señaladas entre la regulación ambiental y la económica, que pueden tener relevancia académica, pero por ello no son la misma cosa, son campos bien diferentes del conocimiento y la práctica jurídica. Es por ello que hemos de encontrar la justificación o si se quiere llamar así a la “legitimidad democrática” de la actividad regulación económica en otro sitio.

Estos macroconceptos buscan explicar la actividad estatal en su conjunto, la primera, teoría conocida como Estado regulador, nace con la necesidad de liberalizar la economía y la subsecuente regulación de los mercados; la segunda se produce ante el malestar que las nuevas dinámicas menos intervencionistas suscitaron entre los que defienden la teoría del servicio público más tradicional y desde un punto de vista positivo, la desatención de los principios constitucionales de carácter social, para solucionar tales problemas se creó la teoría denominada Estado garante. El autor colombiano, René URUEÑA habla de un **Estado regulador constitucional** con base en la jurisprudencia constitucional de su país, más cercano a nuestro contexto y dice que:

Este Estado regulador es, por tanto, un punto medio entre la regulación basada en la eficiencia adoptada por las agencias reguladoras independientes y la adjudicación activista de los derechos que es tan preciada para los neoconstitucionalistas. El Estado constitucional regulador es un nuevo espacio regulador en el que el lenguaje de los derechos entra por la puerta de atrás de la regulación. (...) El Estado constitucional regulador es diferente de las formas más tradicionales de gobernanza reguladora. MAJONE ha sugerido que el Estado regulador se caracteriza por su énfasis en la

---

<sup>664</sup> José Esteve-Pardo. *La administración garante. Una aproximación... op. cit.* 25.

<sup>665</sup> *Ibid.* op. cit. pág. 26.

corrección de las fallas del mercado, más que en tratar de llevar a cabo una redistribución o estabilización macroeconómica. Esto implica reemplazar la tributación y el gasto con regulación por parte de las agencias independientes y sustituir un estilo de política discrecional por uno regido por reglas y el legalismo, lo cual, a su vez, implica un cambio de la responsabilidad política directa a la indirecta.<sup>666</sup>

Los conceptos de Estado regulador y Estado garante en ocasiones se han presentado como antagónicos e irreconciliables, pero lo cierto es que por un lado, el Estado debe de regular los mercados liberados y por otro, garantizar el adecuado acceso a una serie de derechos sociales a los ciudadanos, regido por los clásicos principios del servicio público, cuando se trata de servicios de primera necesidad. Es por ello que consideramos que ambas teorías se complementan y dependiendo del tipo de servicio, uno u otro tendrá prevalencia, en definitiva, nos encontramos en la actualidad ante la convergencia entre la actividad de regulación económica y la actividad de garantía de derechos. En este sentido, el citado autor consciente del peso y total validez del Estado social en nuestro Derecho y región, hace un interesante matiz en su concepción de Estado:

El Estado regulador constitucional que propongo, por el contrario, está integrado no sólo por la regulación adoptada por agencias independientes que buscan corregir las fallas del mercado, sino también por los intentos de implementar políticas redistributivas mediante dicha regulación —este último intento es liderado por la Corte Constitucional—. Esta redistribución implica transferencia de recursos; sin embargo, lo importante no es la transferencia misma sino su justificación: se hace en nombre de “los derechos” y no de la eficiencia. Así, mientras que todavía puede ser apropiadamente llamado “regulador” (ya que se basa principalmente en la producción de reglas como su técnica de gobierno), el Estado constitucional regulador usa la regulación para promover un programa más amplio de transformación social y de redistribución que parece ajeno al Estado regulador tradicional (...). En últimas, la idea es que la división tajante entre eficiencia y redistribución es difícil. Por tal motivo, la línea entre regulación y distribución

---

<sup>666</sup> René Urueña “Capítulo I: El surgimiento del estado regulador-constitucional en Colombia: el caso de la regulación de agua potable” En: Alviar García, H. (dir.). Nuevas tendencias del derecho administrativo. (Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2016): 31. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/ereader/sibdi/68831?page=46>. [10-05-2020] La referencia es de Giandomenico Majone. “From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance”, *Journal of Public Policy* 17, N.º 2, 1997.

se vuelve borrosa, ya que cada una de estas metas se confunde con la otra, y las cortes obligan a las agencias independientes a considerar la redistribución cuando adoptan regulaciones que estaban originalmente destinadas a corregir las fallas del mercado.<sup>667</sup>

Podemos concluir del anterior análisis, que el Estado regulador -regulación económica *stricto sensu*- y el Estado garante -regulación social - no son la misma cosa; sin embargo, son dos nuevos enfoques novedosos de ver la actividad administrativa que comparten una característica fundamental y es la consecución de fin de interés general, solo que en un caso de resultados mediatos u otro, más inmediatos, por lo que se rechaza la idea de que la actividad de regulación económica esté comprendida -o una parte indescifrable de ella- en la actividad de garantía de derechos y de ser así, y aceptarse esa premisa, está última pecaría de ser extremadamente amplia y buscaría ser un concepto nuclear para explicar todo el Derecho administrativo aunque se indique lo contrario<sup>668</sup> por sus cultivadores. Es así que son dos actividades independientes y complementarias que tendrán que convivir en un delicado balance y como se indica en ambos frentes teóricos, son sencillamente dos nuevas formas de actuación administrativa que sustituyen en mayor o en menor medida a las anteriores categorías. Podemos hablar con propiedad en fin de un Estado regulador y garante de derechos<sup>669</sup>.

---

<sup>667</sup> René Urueña. *Nuevas tendencias del derecho administrativo...* op. cit. pág. 31-32.

<sup>668</sup> Véase: José Esteve Pardo. *La administración garante...* op. cit. pág: 24. “*la idea de Estado garante no puede magnificarse en absoluto ni presentarse como un modelo integral con capacidad de nuclear en torno suyo al conjunto del Estado y la Administración. La pretensión de dar con un concepto nuclear ha sido tan reiterada como fallida en los esfuerzos dogmáticos, y en este caso tal experiencia vuelve a reiterarse. Así, la actividad administrativa de garantía no puede concebirse en modo alguno como el todo de la actividad administrativa, sino como una forma más que se añade a las diversas clasificaciones existentes*”. Ibid.

<sup>669</sup> Así lo hace, por ejemplo, Santiago Muñoz Machado en su Tratado de Derecho Administrativo y Público General. Tomo XIV. op. cit.

## CAPÍTULO SEGUNDO: LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

El objetivo específico del capítulo segundo es “**comparar cómo se ha implementado y desarrollado la figura de las Autoridades Administrativas Independientes en otros ordenamientos jurídicos como punto de partida para el análisis del caso costarricense**”. Una vez analizado el concepto de regulación económica *stricto sensu* para contextualizar el campo en el que se desarrollan las Autoridades Administrativas Independientes, seguidamente, se precisará qué se debe entender por AAI, luego se podrá hacer el análisis de las garantías formales de independencia, a modo de tipo ideal, el cual será utilizado en el capítulo tercero para el análisis del caso costarricense y con ello, realizar el tipo extraído.

### 4. Las Autoridades Administrativas Independientes (AAI)

Las Autoridades Administrativas Independientes (en lo sucesivo AAI), también conocidas de manera resumida como agencias, administraciones o autoridades independientes, es la forma en que se designan ciertas organizaciones públicas con un régimen jurídico particular, caracterizado por una serie de “garantías formales de independencia”, en el ámbito latinoamericano y por la influencia anglosajona, se suelen llamar a las administraciones de este tipo, agencias/comisiones de regulación o *superintendencias*, cuando su principal función es la supervisión económica, como en los casos costarricense y colombiano, todos estos términos en el Derecho administrativo continental son relativamente nuevos<sup>670</sup>, se prefiere el uso de término “AAI” por tres razones, primero es el más generalizado en los trabajos de Derecho administrativo, como lo es el presente; segundo, desde el año 2015 es la denominación legal que rige en España y tercero, es la traducción literal de la expresión *autorité administrative indépendante* del derecho francés<sup>671</sup>, sistema jurídico configurador del

---

<sup>670</sup> Por ejemplo, la primera superintendencia en Costa Rica encargada de supervisar el sector financiero, fue la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), que se creó en el año 1996, mediante Ley N.º 7558 “Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica”.

<sup>671</sup> La autora María Salvador-Martínez explica que en el derecho francés la expresión AAI tiene un significado concreto, la palabra **autorité** “califica a los órganos u organismos que pueden tomar decisiones de carácter ejecutivo, es decir, que no son meramente consultivos”, **administrative** “significa que nos encontramos ante organismo públicos que pertenecen a la Administración del Estado, aunque se sitúen al margen de la estructura jerárquica, y cuyos actos son objeto de control por la jurisdicción contenciosa, salvo ciertas excepciones...” y finalmente **indépendante** hace referencia en sentido general a “la autonomía de las AAI tanto frente al resto de poderes públicos, como frente a las presiones de origen privado, de grupos económicos o de interés; pero, en un sentido más concreto, indépendante significa autonomía frente al Gobierno y se traduce, fundamentalmente, en que las AAI no se someten a los mecanismos ordinarios de control jerárquico”. Autoridades Independientes. (España: Ariel, 2002): 201.



Derecho público continental.

La influencia de la globalización económica y financiera ha puesto múltiples retos al aparato administrativo, tradicionalmente enfocado al servicio público, a partir de los años 70 se señaló la necesidad de una *reforma del Estado*, eso se tradujo en reducir su tamaño y aumentar la eficiencia de sus dependencias administrativas, además de superar el esquema de Estado empresario, tema que ya se analizó; más recientemente se ha puesto el énfasis en la mejora regulatoria, es decir, una *reforma regulatoria* que fue impulsada por organismos internacionales como la OCDE y se ha entendido así que “(...) *la independencia del regulador surge como una condición importante al momento de establecer el diseño regulatorio o la política regulatoria que se implementará en determinado sector*”.<sup>672</sup> En este contexto de reapertura al mercado (liberalización de la economía), si el Gobierno busca incentivar la inversión extranjera directa como uno de los medios del desarrollo económico, más allá de la actividad de fomento, la subsidiaria o la diplomacia tiene que garantizar un marco regulatorio eficiente cuyo *diseño institucional*<sup>673</sup> sea lo suficientemente sólido, estable, creíble e independiente que sirva de barrera al oportunismo político, lo anterior es crucial para entender el surgimiento de las AAI como entes reguladores en Latinoamérica.<sup>674</sup>

El presente apartado tiene la finalidad de ser una introducción a la teoría de las AAI, por lo

---

<sup>672</sup> Domingo Sifontes. “Regulación económica y agencias regulatorias independientes: una revisión de la literatura”. Contribuciones a la economía. Revista académica virtual, accesado en septiembre 09, 2019, <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm> [10-09-2020]

<sup>673</sup> Juan de la Cruz Ferrer “Los entes reguladores como elemento de garantía institucional (Chile)”. Revista de Derecho Administrativo Económico. N.º 17. (2006). Disponible en: <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4680> [21-08-2020]. Este autor desde un **enfoque neoinstitucionalista** señala que “*El ordenamiento jurídico de la economía resulta imprescindible para que los agentes económicos tengan “seguridad jurídica” o certeza respecto de las reglas del juego que deben respetarse en el mercado (derechos de propiedad, contratación, responsabilidad) y puedan reducir la incertidumbre y el riesgo a las decisiones estrictamente empresariales. Una de las funciones esenciales del Estado es desarrollar la base institucional y el orden jurídico sobre los que descansa cualquier actividad humana*”. Ibid. op. cit. pág.10, para más concretamente añadir que “*La primera condición que debe reunir el regulador es que tenga suficiente autoridad. Para cumplir su objetivo de promover un ambiente competitivo, el regulador tiene que ser investido con el poder necesario. El marco legal que establece y controla la actuación de las compañías es muy importante y determina la eficacia y eficiencia del proceso regulador: las reglas del juego deben ser iguales para todos y debe estar prohibido otorgar exenciones o privilegios*”. Ibid. op. cit. pág. 16.

<sup>674</sup> “*El proceso privatizador de servicios de infraestructura llevado a cabo durante los últimos 20 años en Europa (principalmente en Gran Bretaña) y América Latina ha establecido ARI, al respecto Levine, Stern y Trillas (2002) afirman que el establecimiento de reguladores independientes con poderes claramente definidos ha sido el principal elemento del proceso privatizador, principalmente porque esto es visto como una señal de protección para los inversionistas que el gobierno no puede garantizar. Esto permitiría que los inversores se creen expectativas favorables respecto a sus tasas de rentabilidad y decidan finalmente invertir*”. Domingo Sifontes. *Regulación económica y agencias regulatorias independientes... op. cit.* pág. 12.

que no se estudiará ningún país o sistema jurídico en particular; no obstante, se debe reconocer que la mayoría de las referencias son tomadas de la doctrina española, por ser la más accesible y pertenecer al sistema de Derecho administrativo continental, también se hará un repaso por lo que se ha entendido por “independencia” dentro de este tipo de organización administrativa y las distintas categorías o garantías formales de independencia que permiten, en palabras de POMED SÁNCHEZ, determinar la “escala de independencia”<sup>675</sup> de dichos entes.

Tener claro el alcance y significado de la “independencia” es un requisito imprescindible para poder formar un “tipo ideal”, por lo que en esta sección se prescindirá de entrar de lleno en la polémica alrededor de las garantías formales de independencia que diversos autores han señalado, por ejemplo, sobre la pérdida de la competencia del presidente<sup>676</sup> de dirigir el buen funcionamiento de los departamentos administrativos, de tal forma que se tendrán las herramientas conceptuales necesarias para poder, finalmente, aplicarlas en el “tipo extraído” al final de este trabajo de investigación.

#### **4.1. Principal antecedente: las «independent agencies» de los Estados Unidos**

El modelo administrativo y regulatorio por “*independent agencies*” es en la actualidad una de las mayores aportaciones del Derecho estadounidense al Derecho administrativo contemporáneo<sup>677</sup>, este ha influido considerablemente en Europa<sup>678</sup> y en consecuencia, dicha

---

<sup>675</sup> Luis Alberto Pomed-Sánchez. “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes (España)”. *Revista de Administración Pública*. N.º 132. (septiembre – noviembre, 1993): 118.

<sup>676</sup> Un acercamiento a la problemática de las AAI, lo podemos lograr con las palabras de María SALVADOR MARTÍNEZ para quien el concepto de AAI “(...) *hace referencia a ciertos organismos públicos, creados o reformados por el legislador, que disponen de una considerable autonomía frente al Gobierno (y, a veces, también frente al parlamento), que actúan en ámbitos de especial trascendencia económica, política o social, y que desempeñan, en unos casos, funciones reguladoras, y, en otros, de prestación de servicios*”. y sigue diciendo a la autora “*son organismos a los que ha dotado de una autonomía cuantitativa y cualitativamente muy superior a la de los organismos llamados «autónomos»*. Tanto es así, que para aludir a estas nuevas formas de organización se sustituye el término «autonomía» por «independencia». Dichas «administraciones independientes» se situarán, para unos, en el límite del territorio administrativo, y, para otros, en un «terreno de nadie» a medio camino entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo”. María Salvador-Martínez. *Autoridades Independientes*. (España: Ariel, 2002), 29.

<sup>677</sup> Véase: Adriana Souto-Figueira. “Los principales hitos en el proceso de configuración de la relación entre el Poder Ejecutivo y las agencias independientes en los Estados Unidos de Norteamérica (España)” *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* 21, N.º 1. (enero-junio, 2012): 223.; Gabriel Fernández-Rojas. La Administración por Agencias Independientes en los Estados Unidos de América. *Vniversitas* 52, N.º 106 (octubre 15, 2003): 179.

<sup>678</sup> La doctrina ha apuntado que “*esta vinculación entre forma organizativa y Derecho de la regulación es típica del Derecho norteamericano, del que procede en un proceso que la doctrina caracteriza como «recepción»*,”

influencia ha calado en Latinoamérica<sup>679</sup>, dada la importación jurídica de países como España y Francia, principalmente, para la creación de agencias o comisiones de regulación<sup>680</sup> especializadas e “independientes”, transformando así la estructura de la organización administrativa<sup>681</sup>. Las *independent agencies* también se suelen llamar *independent commission* y ***independent regulatory commissions***, este último es el más sugestivo, ya que “(...) *la función que cumplen las independent agencies, salvo contadas excepciones, es la de regulation*”<sup>682</sup>, cada una de estas denominaciones contiene su característica principal, la cual es su relativa “independencia”.

En la actualidad no existe un concepto formal o generalmente aceptado de *independent agencies*<sup>683</sup> al igual de lo que ocurre con el concepto de AAI que deriva de las primeras, cuando se habla de estas instituciones, más que buscar definiciones, se atiende a sus características generales, ya que en realidad, ninguna comparte todas y cada una de las mismas, y se tiene que recurrir al régimen jurídico de cada una, fundamentalmente a su ley de creación<sup>684</sup>. En los Estados Unidos, las agencias independientes están vinculadas, más que en cualquier otro lugar, al concepto de regulación, al que se ha hecho referencia, es así como la mayoría de autores se refieren a la actividad de regulación y a las agencias independientes como las dos caras de una misma moneda, no puede existir regulación económica sin agencias independientes dotadas de competencias especiales en un sector económico de relevancia social.

---

*comparándola a la recepción por antonomasia, la del Derecho romano en la Europa medieval*”. García-Álvarez, Gerardo. La Unión Europea como «Estado Regulador» y las Administraciones Independientes. *Revista de Administración Pública*. N.º 194. (mayo-agosto, 2014): 81.

<sup>679</sup> Véase: Édgar González-López. La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017): 56.

<sup>680</sup> Véase: *Ibid.* pág.86.

<sup>681</sup> “*Las nuevas propuestas de agencia pública cuestionaron el modelo administrativo de tradición napoleónica, consistente en una administración centralizada y jerárquica, muy consolidado en estos países*”. García-Juanatey, A., Jordana, J., Parrado, S., Pascual, L., Salvador, M. y Sancho, D. “Las agencias públicas en España: percepciones sobre autonomía y rendición de cuentas (España)”. *Revista Española de Ciencia Política*, N.º 43. (2017): 63.

<sup>682</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 109.

<sup>683</sup> Véase: Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág. 91.

<sup>684</sup> “*La norma de creación de la agencia, además, es la que establece su régimen jurídico: su función, competencias, organización y funcionamiento. En lo no establecido en esta ley, resultan de aplicación la APA (ley de procedimiento administrativo) y otras normas administrativas*”. María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág: 114.

Para Édgar GONZÁLEZ LÓPEZ, las agencias independientes son “*autoridades con cierto grado de independencia respecto del presidente, que le impide a este ejercer el control sobre las restantes agencias administrativas, dotadas de cierto fuero de estabilidad para sus directores, en cuanto no pueden ser cesados discrecionalmente, y que ejercen funciones reguladoras*”.<sup>685</sup> Estas autoridades afectan y controlan la actuación de los agentes económicos, con el objeto de corregir las fallas del mercado, en protección del interés público frente al interés privado<sup>686</sup>, lo anterior es un elemento diferenciador, en relación con el aparato administrativo central, ya que las *independent agencies* realizan tareas de regulación y control focalizado en actividad económicas de los mercados privados, mientras que las *executive agencies* (agencias ejecutivas) se han mantenido “*sobre todo para prestar los servicios sociales de los que se había responsabilizado el Estado*”<sup>687</sup>, por ello se puede decir, en otras palabras, que las agencias independientes realizan principalmente la función de regulación económica<sup>688</sup> y las ejecutivas realizan regulación social y administrativa general.

Para comprender mejor lo anterior se puede comentar que en los Estados Unidos se sigue un sistema presidencialista<sup>689</sup>, por ello, la Administración Pública estadounidense tiene en la cúspide la figura del presidente y se articula mediante dos tipos de *agencias* (agencias), las cuales son las *executive agencies o departments* (agencias ejecutivas o departamentos ejecutivos) y las *independent agencies* (agencias independientes). Los *executive departments* vendrían a ser el entramado organizativo tradicional que responde al principio de jerarquía, sometidas a las órdenes directas del Poder Ejecutivo y encargadas de la ejecución de las políticas públicas trazadas por el presidente, sin competencias específicas para regular cierto sector, según criterios técnicos<sup>690</sup>. Los *executive departments* en la designación se caracterizan en que los directivos son nombrados por el presidente con la aprobación del Senado y existe la restricción al presidente de que no nombre a más del cincuenta por ciento

---

<sup>685</sup> Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág. 92.

<sup>686</sup> Véase: *Ibid.* pág. 90.

<sup>687</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág. 95.

<sup>688</sup> “*En el modelo liberal norteamericano, el debate sobre la justificación de las independent agencies ha estado íntimamente relacionado con el debate sobre la necesidad de la intervención del Estado en la economía*”. María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 105.

<sup>689</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág. 89-90.

<sup>690</sup> Francisco Martínez-Vázquez. “La administración Independiente: Definición, Naturaleza, Encuadramiento Sistemático y Regulación”, en obra colectiva *La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico-práctica.* Abad Licerias, J y Irurzun Montoro, F. Cords. DYKINSON. Madrid. 2009. pág. 32.

de un mismo partido político, además de la libre destitución de sus “ministros” según criterios de oportunidad.<sup>691</sup>

La diferencia fundamental entre estos dos tipos de agencias estadounidenses, según María SALVADOR MARTÍNEZ, radica en que en las primeras, “*los miembros directivos pueden ser destituidos libremente por el presidente, mientras que en el caso de las “agencias independientes” el cese sólo es posible cuando se da una de las causas tasadas recogidas en la ley*”<sup>692</sup>, esto es una garantía personal de independencia frente al Ejecutivo y añade la citada autora que a pesar de que no existen características comunes a todas las agencias independientes, se pueden señalar las siguientes:

- Los miembros son nombrados por el presidente con la ratificación del Senado,
- los miembros sólo pueden ser cesados por el presidente en los supuestos tasados en la ley,
- los nombramientos suelen hacerse por un tiempo superior al del mandato presidencial y además, se renuevan por partes,
- están dirigidas por órganos colegiados que toman las decisiones por mayoría, - ejercen competencias legislativas, ejecutivas y parajudiciales, normalmente para la regulación de un sector privado.<sup>693</sup>

#### 4.1.1. Creación y justificación del modelo

Un antecedente de importancia en los Estados Unidos que influyó de manera decisiva en la consolidación de las *independent agencies* a nivel federal fue el **Progressive Movement**, el cual se desarrolló entre la década de 1890 a 1920, fue un movimiento social activista generalizado y de reforma política que buscaba principalmente solucionar o limitar los problemas causados por la industrialización, los procesos de urbanización, la inmigración y la corrupción política, “*este movimiento pretendía luchar contra el clientelismo político y frenar los abusos de las grandes empresas privadas creando una Administración «moderna» que dispusiera de un sistema de función pública y en la que determinadas funciones se atribuyeran*

---

<sup>691</sup> Sandra Milena Ortiz-Laverde. Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC. Tesis Universidad Complutense de Madrid. 2014. pág. 182.

<sup>692</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág.102.

<sup>693</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág. 104.

a «autoridades independientes» compuestas por expertos y libres así de la influencia de los políticos”<sup>694</sup>, lo anterior aboga por la tecnocracia y la neutralidad política.

El *Progressive Movement* tuvo relevancia para la reforma de la AP norteamericana y la creación de agencias independientes, ya que “la esencia de este movimiento de reacción contra las injerencias políticas del gobierno sobre la administración, radica en su lucha por una administración pública profesional, técnica y confiable, fundada en el análisis científico, y regida por los principios de estabilidad, eficiencia y autonomía”.<sup>695</sup> De la mano con lo anterior, las exigencias derivadas del contexto bélico, social y económico acontecidos durante las primeras décadas del siglo XX (la Gran Guerra se desarrolló entre de 1914 y 1918 y la Segunda Guerra Mundial de 1939 a 1945), resultaron en la “creación de nuevas y más poderosas entidades administrativas, autorizadas para ejercer funciones tradicionalmente desempeñadas por las ramas legislativa y judicial”<sup>696</sup>, posteriormente este último aspecto produjo serias críticas de constitucionalidad.

Es a partir de los últimos años del siglo XXI, cuando el denominado “movimiento unionista” contrario a las agencias independientes y simpatizante del poder presidencial, señalan críticamente algunos aspectos de aquel modelo, en su opinión eran inconstitucionales, su principal argumento era que “La deficiente legitimidad democrática y la casi nula responsabilidad política de las AAI, contrastaban con su capacidad para diseñar políticas públicas, y aún más, con la facultad de hacerlo desafiando las políticas trazadas por los gobiernos democráticamente elegidos”.<sup>697</sup> La anterior visión fue rechazada durante un tiempo con algunos matices, ya que se terminó por aceptar un mayor grado de autonomía o independencia frente al Gobierno y es así como las primeras *independent agencies* surgen del contexto bélico y la Revolución Industrial para llevar a cabo funciones específicas, que necesitaban de gran especialización o conocimientos técnicos dentro de determinado sector de la industria, ante lo cual la administración tradicional no estaba preparada.

---

<sup>694</sup> María Salvador-Martínez. op. cit. pág. 95.

<sup>695</sup> Gabriel Fernández-Rojas. “La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América (Colombia)” *Vniversitas*, N.º 106. (diciembre, 2003): 181.

<sup>696</sup> Fernández-Rojas, Gabriel. *La administración por agencias...* Pág. 181.

<sup>697</sup> *Ibid.*

Siguiendo el método histórico, se sitúa el origen de las agencias independientes desde finales del siglo XIX con la aprobación de la *Interstate Commerce Act*, aquella ley crea en el año 1887 la ***Interstate Commerce Commission*** (ICC), con ello se intenta frenar los abusos cometidos por empresas privadas en el ámbito de las actividades industriales de interés económico<sup>698</sup>, esta ley fue un hito para la evolución del Derecho Público en Norteamérica, ya que en primer lugar, comienza el debilitamiento de los estados federados en cuanto a su competencia en la economía y en segundo lugar, en términos generales, con esta ley comienza el proceso de regulación pública o intervención en actividades económicas privadas, esto es un giro copernicano en la visión del liberalismo económico clásico que se mantuvo vigente hasta mediados del siglo XX.

Para María SALVADOR MARTÍNEZ, la creación de las agencias independientes “(...) coincide con una serie de factores entre los que debemos citar: el abandono del principio del *laissez faire* y el aumento de la intervención pública en la economía, la aparición de problemas económicos vitales que demandaban una solución desde la Federación y no desde los Estados (...)”<sup>699</sup> y continúa diciendo la citada autora que “hasta aquel momento la intervención pública no había sido necesaria prácticamente en ningún sector. Sin embargo, las condiciones en las que se desarrollaron los ferrocarriles -la especulación en los precios, el descontento popular por las tarifas, las prácticas abusivas de las compañías ferroviarias, los fraudes, las bancarrotas y una competencia salvaje— hicieron necesaria la intervención del Estado para garantizar un mínimo de orden y control en el ámbito de dicha actividad económica”<sup>700</sup> y en el mismo sentido señala Édgar GONZÁLEZ LÓPEZ que “La creación de estas agencias no tuvo como objetivo liberalizar desregular un sector entregándolo a las fuerzas del mercado, sino, por el contrario, propiciar un abandono o limitación del principio *laissez faire*, *laissez passer*, y una necesidad de intervención pública en la economía a partir de la aparición de problemas económicos sensibles para la comunidad que demandaban una solución desde el Estado federal”.<sup>701</sup>

---

<sup>698</sup> Pomed Sánchez, Luis Alberto. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes*. Op. cit. pág. 123.

<sup>699</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 96.

<sup>700</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 92.

<sup>701</sup> Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág: 94.

En la ICC de 1887, el término “*interstate*” hace referencia a que fue creada para regular el mercado de los ferrocarriles a nivel interestatal, es decir, a nivel nacional, ya que se debe recordar que los Estados Unidos como su nombre lo indica, sigue un sistema federalista que implica que cada Estado puede darse su propia legislación, entre otros aspectos; sin embargo, existen normas creadas por el Congreso con vocación federal, porque rigen la totalidad de los Estados, lo cual se deriva del principio del federalismo estadounidense, aquella comisión se creó con el objetivo de reducir los excesos que se estaban produciendo en el mercado de transporte ferroviario, al ser una actividad típica de economía de red y proclive al monopolio natural. Por otro lado, Luis POMED SÁNCHEZ señala que se puede hallar en la ICC, los elementos característicos de este tipo de administraciones públicas, como la “*estabilidad en el cargo de los órganos de dirección, reconocimiento a la misma de capacidad para diseñar sus propias líneas de actuación, al margen de posibles injerencias del Ejecutivo y, en fin, la atribución de potestades reglamentaria autónoma*”.<sup>702</sup>

Ante aquella necesidad se creó la ICC, la cual es considerada pacíficamente en la doctrina como la primera administración independiente<sup>703</sup>, se dotó de competencia a nivel federal para regular y supervisar el funcionamiento del sector ferroviario, está se convertiría en el modelo y prelude de una serie de *independent agencies*. En un inicio la *ICC Act* situó a la ICC dentro bajo control personal, funcional y financiero de la Secretaría del Interior y ostentaba escasas potestades discrecionales, “*fue sólo hasta la aprobación de la Hepburn Act de 1906, que la ICC llegó a configurarse como agencia realmente independiente del gobierno, gracias a la influencia del Progressive Movement*”<sup>704</sup>, así la ICC “*pronto sería habilitada con facultades que la doctrina calificaría inmediatamente como cuasi legislativas y cuasi judiciales*”<sup>705</sup>, estas competencias según el Tribunal Supremo, las diferencias de las agencias ejecutivas y por ello se justifica la independencia personal de sus directivos.

Como se indicó, la ICC fue la primera *independent agency* a nivel federal; sin embargo, existen importantes antecedentes de este modelo a nivel estatal, ya que anterior a la creación de la ICC en 1887, existían al menos en 24 de los 38 estados en aquel momento,

---

<sup>702</sup> Pomed Sánchez, Luis Alberto. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes*. Revista de Administración Pública. N° 132. Sep. – nov. 1993 (España), pág.124.

<sup>703</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 183.

<sup>704</sup> *Ibid.*

<sup>705</sup> *Ibid.*



administraciones de este tipo, por ejemplo, la *Massachusetts Board of Railroad*, establecida en 1869 o la *Illinois Railroad and Warehouse Commission*, creada en 1871, las cuales constituyeron antecedentes fundamentales para su posterior consolidación<sup>706</sup>. La ICC se abolió el 31 de diciembre de 1995 cuando se creó la *Surface Transportation Board* (STB), adscrita al *Department of Transportation*, en virtud de la *ICC Termination Act* de 1995; sin embargo, la experiencia mantiene su validez para estudiar el fenómeno de las AAI.

#### **4.1.2. Justificación y constitucionalidad del modelo estadounidense**

Luego de la proliferación de estas agencias, ya en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se puso en tela de duda la independencia y neutralidad de los funcionarios de estas instituciones, se denunció el clientelismo y la captura por los sectores llamados a regular, por lo que la visión en cuanto a la “independencia” evoluciona y según POMED SÁNCHEZ, se pueden clasificar tres distintas concepciones, lo cual incide directamente en la legitimidad de tales instituciones. La primera idea de independencia, siguiendo al citado autor, versaba sobre a la objetividad técnica para la creación de normas y gestión de los propios entes, la cual se mantuvo hasta los 60. La segunda puso relevancia en aspectos procedimentales en la formación de la voluntad de las AAI para que no resultaran decisiones arbitrarias, sino de la valoración de las distintas soluciones posibles. Por último, en tercer lugar, se pone énfasis para fundamentar la legitimidad de la pretendida independencia en su creación mediante ley formal.

Es así como, las agencias independientes encuentran su fundamento jurídico en su creación mediante una ley formal, no están previstas en la Constitución Política y reciben sus poderes de manera directa del Congreso<sup>707</sup> de los Estados Unidos, por ello responden a este último por su labor, no al Poder Ejecutivo, actuando con independencia de este último. La legitimidad de las AAI dada por la creación legal responde a propósitos reguladores del legislador, esta concepción las ve como auxiliares del Poder Legislativo y zanja las críticas proferidas por los ideólogos del liberalismo económico. Es así como el Poder Legislativo delega en las agencias reguladoras, los ámbitos políticamente más conflictivos<sup>708</sup> en términos económicos.

---

<sup>706</sup> Ibid.

<sup>707</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 182.

<sup>708</sup> Luis Alberto Pomed-Sánchez. “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes (España)”. *Revista de Administración Pública*. N.º 132. (septiembre – noviembre, 1993): 129.

El periodo bajo el gobierno del presidente ROOSEVELT (1901-1909) fue uno de los momentos más difíciles para la preservación del modelo regulatorio por *independent regulatory commissions*, ya que el mandatario demandó al Congreso que colocara a toda la Administración Pública bajo su dirección directa tales departamentos ejecutivos, sumado a lo anterior, ideó varias estrategias para obtener el control de estas administraciones, en la sentencia *Myers vs. United States* de 1926, como reflejo del comentado pulso político, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos sostuvo la inconstitucionalidad de una norma legal que impedía al presidente destituir libremente de sus cargos a los *executive officers*, afirmando así el mando presidencial sobre el Poder Ejecutivo y la administración general, “*la sentencia significó, para algunos, un primer paso hacia la anhelada reunificación de funciones administrativas en cabeza del presidente*”.<sup>709</sup> Comenta al respecto Gabriel FERNÁNDEZ ROJAS que:

En adelante, serían sorprendentes las argucias de los sucesivos gobiernos, a fin de garantizar la autoridad presidencial sobre las AAI. No siempre proferían simples directivas y circulares presidenciales de público conocimiento. Ciertos gobiernos elegían actuar al amparo de la discreción y el sigilo. Otros, llegaron a exigir una carta de renuncia elaborada previamente a la designación del candidato a directivo de las AAI, a fin de asegurar su fácil remoción en caso de convertirse en una autoridad administrativa incómoda para la política gubernamental. Incluso, se llegó a destituir irregularmente a los directivos de las AAI contrarios a las políticas promovidas por el Gobierno de los Estados Unidos<sup>710</sup>.

Hay que señalar la intensa intervención en la economía por parte del Poder Ejecutivo durante este periodo, conocido como el *New Deal* (1933 a 1938) y su coincidencia con la creación de muchas *independent regulatory commissions*, por parte del Congreso, “*ya que según sus ideólogos estas instancias alejadas de la influencia política y dotadas de especialización técnica estaban destinadas a cambiar la sociedad estadounidense*”<sup>711</sup>. Bajo este contexto intervencionista abanderado por el *New Deal*, se dio un repunte de estas agencias y su encuadre en el marco regulatorio, ya que se invistieron de una suerte de

---

<sup>709</sup>Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 186.

<sup>710</sup>Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 182.

<sup>711</sup>Luis Alberto Pomed-Sánchez. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones... op. cit.* pág. 125.

legitimidad tecnocrática<sup>712</sup>, se buscó en las administraciones independientes, garantizar el crecimiento económico, con base en una administración técnica, objetiva, profesional y especializada, en un determinado campo de especial relevancia, esto de cara a las devastadoras secuelas que estaban atravesando por causa del “crack” del 29.

Una de aquellas argucias que se comentaban fue la remoción de William F. HUMPHREY comisionado director de la *Federal Trade Commission* (FTC), fundamentada en supuestos desacatos a las instrucciones gubernamentales, es decir, a las políticas establecidas por el presidente. El curioso proceso judicial se llevó a cabo en la vía civil en contra de la administración federal, incoado por los herederos del señor HUMPHREY tras su fallecimiento, en el que exigieron el pago de los salarios caídos desde su destitución, ya que argumentaron que su cese se había llevado a cabo por causas no previstas en la ley. Transcurridos nueve años, la sentencia *Humphrey’s Executor vs. United States* de 1935, dio un giro jurisprudencial importante y cambió el criterio sostenido en la sentencia *Myers vs. United States* de 1926, al establecer que en ciertos casos, el poder presidencial de libre remoción puede limitarse, sin que lo anterior sea una violación al orden constitucional, siempre y cuando aquellas administraciones desempeñen, además de las típicas administrativas, las funciones de regulación (cuasi legislativa) y de resolución de conflictos técnicos y jurídicos (cuasi judicial), FERNÁNDEZ ROJAS, comentando el fallo, afirma que “La Suprema Corte profirió, con ponencia del juez SUTHERLAND y el voto unánime de la Corte, una sentencia histórica que se convertiría en la piedra angular a favor de la legitimidad constitucional de las AAI”.<sup>713</sup>

Las potestades de las *independent regulatory commissions*, esencialmente de regulación económica se ven consolidadas, ante las críticas de la política intervencionista, con la Sentencia *Humphrey’s Executor Vs. U.S.* de 1935, así se establece que “La Autoridad del Congreso para crear Agencias cuasi-legislativas o cuasi-judiciales, para permitirles actuar con independencia frente a ejecutivo, no puede ser cuestionada y esa autoridad incluye, como medio adecuado, la potestad de fijar un periodo de permanencia en el cargo, así como prohibir

---

<sup>712</sup> Francisco Martínez-Vázquez. “La administración Independiente: Definición, Naturaleza, Encuadramiento Sistemático y Regulación”, en *La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico-práctica*. (España: DYKINSON, 2009): 33.

<sup>713</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág.185.

*su remoción, excepto por causa justificada (for cause)*".<sup>714</sup> Este criterio se mantiene por varios años con el que el modelo se consolida hasta finales del siglo XX<sup>715</sup>, cuando empieza a sufrir algunos cambios, lo que se verá más adelante sin que se lleve a afectar el núcleo duro de su independencia que es la permanencia del cargo de los directivos por un periodo determinado.

La constitucionalidad de las AAI estadounidenses según la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América se basó en un inicio en la teoría clásica de separación de poderes; sin embargo, de cara a las críticas, se llegó a considerar como una teoría insuficiente para explicar el complejo entramado de relaciones dentro de un Estado, por lo que *"aquella teoría evolucionó y, en lugar de la rígida separación de poderes establecida en constituciones como las de Maryland y Massachusetts, se abrió paso el nuevo principio de checks and balances o equilibrio de poderes, propio de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y que estaría llamado a ser un criterio esencial, determinante de la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes"*.<sup>716</sup>

Se debe recalcar que en los inicios, el criterio para sostener la constitucionalidad de las administraciones independientes en los Estados Unidos fue la convergencia de potestades "cuasilegislativas" y "cuasi judiciales" desde su nacimiento hasta la eventual consolidación. En la actualidad, la argumentación que se da en el seno del Tribunal Supremo y el propio Congreso para fundamentar la constitucionalidad de las administraciones independientes es la doctrina o principio constitucional del *Check and Balances* o frenos y contrapesos, que lo que busca a rasgos generales es el equilibrio real entre los poderes del Estado<sup>717</sup>, implantado desde la Constitución de 1787. Bajo este último principio se argumenta que una concentración excesiva de facultades en el Poder Ejecutivo sería inconstitucional<sup>718</sup>. Para concluir, podemos resumir la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>719</sup> que ha limitado la

---

<sup>714</sup> B. Schwartz, citado por Pomed Sánchez. "Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes (España)". Revista de Administración Pública. N.º 132. (Sep – Nov 1993): 125.

<sup>715</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias...* op. cit. pág. 186.

<sup>716</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias...* op. cit. pág. 182.

<sup>717</sup> "El sistema de división de poderes en Estados Unidos está orientado por un principio de equilibrio en la distribución de las competencias, que se traduce en relaciones de pesos y contrapesos suficientes como para garantizar el ejercicio de cada rama, bajo el concepto del checks and balances". Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación...* op. cit. pág. 86.

<sup>718</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias...* op. cit. pág. 189.

<sup>719</sup> Para todo véase: Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación...* op. cit. pág. 99-106.; María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* op. cit. pág. 132.; Víctor Torre-Silva. "Sobre la independencia de las agencias federales en los Estados Unidos de América (España)". *Revista de*

injerencia del presidente en las agencias independientes, de la siguiente manera:

1. En el caso ***Myers vs. United States***<sup>720</sup> de 1926 (272U.S 52), el Tribunal Supremo conoció la remoción anticipada de un alto funcionario (“*Postmaster General*”) del servicio postal, por parte del presidente WILSON sin contar con la participación del Senado. El Alto Tribunal argumentó desde una interpretación formalista del principio de separación de poderes que el presidente tenía la competencia para remover a los altos cargos sin restricciones; sin embargo, cuando la agencia tuviera designada competencias cuasi-judiciales, el Poder Ejecutivo no podía tener injerencia en el ejercicio de dichas funciones, debía respetar la decisión y la destitución del cargo se podía llevar a cabo con posterioridad, así entonces, se reconoció que cuando la agencia tiene asignada funciones eminentemente ejecutivas, el presidente puede realizar remociones discrecionalmente.
2. En el caso ***Humphrey's executor vs. United States***<sup>721</sup> de 1935 (295 U.S 602), el cual es el precedente más importante en la materia, se conocieron los hechos referentes a la destitución de William F. HUMPHREY, un miembro de una independent agency (la *federal trade commission*), por parte del presidente ROOSEVELT, la sucesión del señor HUMPHREY demandó a la Administración Federal y solicitó entre otras cosas, el pago de los salarios caídos, al considerar que dicha destitución fue ilegal. El Tribunal Supremo consideró válidas las pretensiones del demandante y argumentó que el presidente no tenía la competencia para destituir a los directivos de las agencias independientes que no incurran en una de las causales tasadas en la ley de creación de la agencia y no que no desempeñará principalmente funciones políticas o ejecutivas, aquella agencia debía desempeñar funciones cuasi judiciales y cuasi legislativas, con ello, era válido la creación de agencias independientes del Ejecutivo por parte del Congreso y quedaba vedada la posibilidad de destitución del primero en los términos dichos. Con este precedente se consolidan las agencias independientes y prolifera el

---

*Administración Pública*, N.º 167. (mayo-agosto, 2005): 485-488. Adriana Souto-Figueira. “Los principales hitos en el proceso de configuración de la relación entre el Poder Ejecutivo y las agencias independientes en los Estados Unidos de Norteamérica (España)” *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* 21, N.º 1. (enero-junio, 2012): 226-230.

<sup>720</sup> Véase: Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág: 99-100.; María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág: 132.

<sup>721</sup> Véase: Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág: 100-101.; María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág: 132.

modelo, de carácter “híbrido”, se flexibiliza la interpretación del principio de división de Poderes, ya que estas agencias realizan funciones de diversa índole (cuasi judiciales y cuasi legislativas y en menor grado ejecutivas) y no forman parte de ningún Poder del Estado.

3. En el caso **Wiener vs. United States**<sup>722</sup> de 1958 (372 U.S 349) el presidente EISENHOWER decide destituir sin existir una causa concreta, a un miembro de la *War Claims Commission*, pero a diferencia del caso anterior, la ley de creación de dicha agencia no tenía una lista tasada de causales de destitución de sus miembros, por ello, el Tribunal Supremo puso la atención al tipo o naturaleza de las funciones legalmente atribuidas y considero que eran fundamentalmente de carácter “cuasi judicial” y por ello argumentó que el Poder Ejecutivo no podía tener injerencia en esta organización, así se garantiza cierta independencia para la resolución de conflictos, siendo ello incompatible con la posibilidad de destitución discrecional del presidente.
4. En el caso **Morrison vs. Olson**<sup>723</sup> de 1988 (487 U.S 654), el precedente de los tres casos anteriores, que atienden fundamentalmente a la naturaleza de las funciones de la agencia para limitar la injerencia del Ejecutivo, cambia sustancialmente. Según esta sentencia, ya no es necesario entrar a analizar si a la agencia independiente realiza funciones eminentemente ejecutivas o si las causales de cese se encuentran contempladas de forma tasada, ahora, cuando la agencia no realice funciones cuasi judiciales ni cuasi legislativas y se cuestione la facultad del presidente de influir en dicha agencia o cesar a sus miembros discrecionalmente, se deberá analizar que la agencia independiente no le impida u obstruya al presidente -como responsable del Poder Ejecutivo- realizar el núcleo duro de sus funciones, de no ser así serán constitucionales. El anterior criterio se reitera en el caso *Mistretta vs United States*<sup>724</sup> en 1989, en el que de forma adicional se incluye una interpretación amplia del principio de separación de Poderes y acogió el criterio *check and balances* para evitar una indebida concentración del poder político en una sola instancia, en este caso, limitando al Poder Ejecutivo, lo

---

<sup>722</sup> Véase: Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág: 101-102.; María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág: 132.

<sup>723</sup> Véase: Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág: 103-105.; María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág: 132.

<sup>724</sup> Véase: Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág:105-106.

cual resulta favorable con la constitucionalidad y acorde con la razón de ser de las agencias independientes.

#### 4.1.3. Críticas desde la escuela de la elección pública

La teoría de la elección pública o *Public Choice Theory* como se le conoce en inglés, es una creación multidisciplinar, concretamente se produce en la interdependencia<sup>725</sup> y correlación de la ciencia política con la ciencia económica<sup>726</sup>, de ahí que sus principales exponentes son economistas estudiosos de los procesos políticos y sociales, y cómo influyen estos en la toma de decisiones de carácter económico, esto es un “*análisis económico de la toma de decisiones políticas y sociales*”<sup>727</sup>. Para el autor nacional Jorge Enrique ROMERO PÉREZ:

La Escuela de la elección pública (*Public Choise*) se refiere al pensamiento económico, desarrollado en los Estados Unidos a partir de los años cincuenta del siglo XX, que extiende los conceptos y la metodología de la economía a los procesos de elección que se dan en las instituciones colectivas o públicas, y en general a situaciones fuera del mercado. (...) La Escuela del *Public Choice* asume que los individuos que realizan escogencias o elecciones entre alternativas se comportan guiados por la misma racionalidad cuando lo hacen en la función pública que cuando escogen para sí. Las personas tienden a minimizar sus costos y a maximizar sus beneficios (esquema del *minimax*). De esta manera es posible comprender muchos temas que pertenecen tradicionalmente al ámbito de la ciencia política mediante el instrumental analítico que proporciona la economía.<sup>728</sup>

---

<sup>725</sup> Dada a la idea postkeynesiana de que “(...) *la política pública, en general, y la política económica, en particular, eran siempre diseñadas y ejecutadas por un grupo relativamente pequeño de personas cultas, juiciosas y, en última instancia, altruistas que sólo se movían en favor de la búsqueda del interés común. Frente a este enfoque, cada vez ha ido tomando un mayor arraigo la tesis de que la economía influye en la política, pero que también esta última influye en el mundo económico. Es decir, se produce un entramado de interrelaciones entre ambos ámbitos tan complejo que se hace necesario un tratamiento analítico bajo premisas distintas de las convencionales. La principal corriente analítica que ha adoptado este enfoque, poniendo especial énfasis en subrayar la vertiente política de las decisiones en materia económica, es la que se conoce como Elección Pública (Public Choice)*”. Juan R. Cuadrado Roura. (Dir.) *Política Económica: Elaboración, objetivos e instrumentos*. 4º Ed. (España: Mc Graw-Hill/Interamericana de España, S. L., 2010): 125.

<sup>726</sup> Véase: Javier Casares Ripol. “*Una guía de las corrientes de pensamiento económico actual*” En: Luis Perdices de Blas. (Ed) *Historia del Pensamiento Económico*. (España: Editorial Síntesis, 2004): 493.

<sup>727</sup> Javier Casares Ripol. *Una guía de las corrientes de pensamiento económico actual... op. cit.* pág: 493.

<sup>728</sup> Jorge Enrique Romero Pérez. “Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía: Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional (Costa Rica)” *Revista de Ciencias Jurídicas* N.º 122. (mayo-agosto, 2010): 137.;

Es bien conocido que el Gobierno, en principio, toma sus decisiones para conseguir el mayor bienestar general<sup>729</sup>, lo cual se constituye como imperativo categórico de toda la acción pública, pero lo cierto es que ese análisis es superficial, en el plano de la realidad, lo que se encuentra es que las decisiones políticas están influenciadas por múltiples factores, muchas veces contrapuestos, por lo que es imposible satisfacer el conjunto de la ciudadanía o electorado<sup>730</sup>. En este campo, los análisis se caracterizan por su profundidad, ya que confluyen los de tipo positivo (lo que se tiene en la realidad o plano descriptivo) y los de tipo normativo<sup>731</sup> (el plano ideal o prescriptivo) de ahí que su implementación presente algunas dificultades para trabajos meramente jurídicos; no obstante, está teoría “(...) plantea fértiles análisis sobre el papel del gobierno y la burocracia, sus posibles fracasos y los condicionantes de los procesos de elaboración de la política económica”<sup>732</sup>. En el presente apartado se pretende dar algunas ideas generales de dicha teoría para comprender con mayor facilidad la teoría de las fallas del Estado, antes mencionada, siendo una perfecta antesala para la eventual crítica a las AAI, concretamente, la teoría de la captura regulatoria. Para Fernando JEANNOT: “*La Escuela de la Elección Pública busca explicar el comportamiento político de los electores y de los políticos, así como el de los funcionarios de gobierno. El eje de la explicación es analizar estos comportamientos en función del interés individual a fin de proponer reglas y normas institucionales por medio de las cuales ese interés individual pueda desenvolverse con la mayor libertad posible, al mismo tiempo que encuadre las actividades de los funcionarios públicos que actúan en nombre del interés general*”.<sup>733</sup>

La política bajo la luz de esta teoría es vista como un “mercado político” en el que los políticos, ayudados por los administradores públicos, toman una serie de medidas en función de las consecuencias que tendrá para su imagen y carrera partidaria, estas decisiones

---

En el mismo sentido “*Derecho y Economía: Relaciones necesarias*” En: Wendy Godínez Méndez y José García Peña. (dir.) Derecho Económico y Comercio Exterior. Libro en homenaje a Jorge Witker. (México: Universidad Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015): 971 y ss. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/36088> [13-06-2020]

<sup>729</sup> Véase: Juan R. Cuadrado Roura. (dir.) *Política Económica: Elaboración, objetivos e instrumentos... op. cit.* pág.: 125.

<sup>730</sup> Sobre el tema véase el Teorema de la Imposibilidad de Arrow, en: Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. 3º Ed. (España: Antoni Bosch, editor, S. A., 2000): 191-192.

<sup>731</sup> Véase: Juan R. Cuadrado Roura. (dir.) *Política Económica: Elaboración, objetivos e instrumentos... op. cit.* pág.: 128.

<sup>732</sup> Javier Casares Ripol. *Una guía de las corrientes de pensamiento económico actual... op. cit.* pág.: 493.

<sup>733</sup> Fernando Jeannot, “De las fallas del mercado a las fallas de las organizaciones (México)” *Análisis Económico*, Vol. XV. N.º 031 (primer semestre, 2000): 18.



tomadas al calor del momento, por lo general, tienen efectos cortoplacistas positivos, pero que a la postre pasan una cara factura, por ejemplo, la subvención de todo un sector, estos son grupos organizados que ejercen presión política (aunque los mismos sean ineficientes) generalmente organizados en sindicatos o cámaras empresariales, o también piénsese en la toma de decisiones populistas, como sería la eliminación o reducción de un impuesto o la contratación masiva de funcionarios, que vengan luego (cuando ya sean otros lo dirigentes políticos), a convertir en insostenible el déficit fiscal. Los anteriores ejemplos van de la mano de dos de las principales ideas de la teoría de la elección pública, uno es que el Gobierno toma decisiones para complacer a grupos bien organizados<sup>734</sup> y la otra es que toma decisiones con base en la satisfacción del votante medio<sup>735</sup>, esto se cobra en el mercado político cuyo precio es el apoyo (proselitismo electoral) y el voto<sup>736</sup>, en el mejor de los casos, sin caer en la simple y llana corrupción.

Lo anterior también produce otros efectos (distorsiones) sobre los agentes económicos del mercado y los regulados<sup>737</sup> que se dedicarán a la búsqueda de rentas, en ese sentido, cabe señalar dos aportes que derivaron de autores de la escuela de la elección pública al campo del Derecho regulatorio, es decir, la aplicación de los postulados de dicha escuela al proceso regulador<sup>738</sup>, el primero, es la demostración de que en ocasiones las regulaciones de precios pueden ser altamente ineficientes<sup>739</sup>, el segundo, es que se demostró que las empresas reguladas bajo ciertas condiciones pueden sobre invertir en capital fijo para maximizar ganancias, cuando los precios son establecidos según una tasa de retorno, esto se denomina

---

<sup>734</sup> Véase: Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público*. op. cit. pág.: 206-207.

<sup>735</sup> Véase: Javier Casares Ripol. *Una guía de las corrientes de pensamiento económico actual... op. cit. pág.: 493*.; Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit. pág.: 195*.

<sup>736</sup> "Los sufragantes votan para obtener beneficios personales, y los elencos políticos, de manera similar, están en la búsqueda de sus intereses personales con la mediación de las elecciones que les permitirán o no acceder a posiciones destacadas en el régimen de poder". Fernando Jeannot. *De las fallas del mercado a las fallas... op. cit. pág.: 18*.

<sup>737</sup> Como señala Javier Casares Ripol: "Las acciones de los operadores económicos se ven afectadas por las medidas políticas y se desarrolla un proceso de ajuste a los requerimientos de los gobiernos. Sirva como ejemplo el caso de las empresas buscadoras de subvenciones que están dispuestas a cambiar su oferta o su política inversora con el fin de obtener ayudas públicas (el regulador captura al regulado)" *Una guía de las corrientes de pensamiento económico actual... op. cit. pág: 493*.

<sup>738</sup> Véase: Robert B. Ekelund, J. R. y Robert F. Hébert. *Historia de la teoría económica y de su método*. 3° Ed. (México, D.F.: McGraw-Hill/Interamericana Editores, S. A., 2005): 686.

<sup>739</sup> Como fue el caso de la regulación de precios en el mercado eléctrico demostrada por George Stigler y Claire Friedland en 1962 en el trabajo titulado "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity" véase: Robert B. Ekelund, J. R. y Robert F. Hébert. *Historia de la teoría económica... op. cit. pág: 686*.

efecto Averch-Johnson<sup>740</sup>, lo cual produce claramente un estado de ineficiencia y costos sociales.

Por otro lado, producto de los intereses contrapuestos, se genera un ciclo político electoral<sup>741</sup> que va de la mano, en el peor de los casos, con el ciclo económico, esto es la toma de decisiones de carácter procíclico en lugar de las contracíclicas, por ejemplo, que se reduzcan las tasas de interés en los tiempos de bonanza económica (fase ascendente del ciclo económico) para incentivar el crédito; no obstante, no se puede dibujar al Gobierno como un villano que solo busca la conservación del poder, algunas veces sucede todo lo contrario cuando se toman decisiones que contrarían la opinión pública, aunque claro está, suele ser una decisión que goza de amplia aceptación (no necesariamente apoyo) dentro de su grupo de votantes. Por otro lado, en ocasiones, las malas decisiones son simplemente producto de la ignorancia o mal asesoramiento, en este sentido son claros los efectos indeseados que históricamente se han producido por una mala técnica o mala gestión de la regulación, como las restricciones de la competencia, entre otros, ante este panorama, la teoría de los fallos del Estado ha sido foco de atención de algunos economistas que las han encuadrado en la teoría más amplia de la elección pública.

Sin duda alguna, el aporte más importante de la Escuela de la Elección Pública es que *“(...) nos hace ver como imposible analizar la economía pública con base en la ficción de un agente colectivo situado “más allá de toda sospecha”, es decir, actuando consistentemente en nombre del bien común o aun desarrollando un papel de “ogro filantrópico” cuya filantropía será llamada por algunos paternalismos y por otros control político o intercambio disfrazado”*.<sup>742</sup> En esta línea, siguiendo a ROMERO PÉREZ: *“El análisis de los procesos de escogencia o*

---

<sup>740</sup> Ese fue el trabajo de Harvey Averch y Leland L. Johnson de 1962 *“Behavior of the Firm under Regulatory Constraint”* véase: Robert B. Ekelund, J. R. y Robert F. Hébert. *Historia de la teoría económica... op. cit.* pág: 686. Y añaden los autores que: *“La relevancia empírica de este efecto Averch-Johnson se debate todavía por economistas y econométricos, pero sus aseveraciones, junto con las de Stigler y Friedland, y otros autores, contribuyeron a promover un replanteamiento general de todo el proceso regulador”*. Ibid.

<sup>741</sup> Véase: Javier Casares Ripol. *Una guía de las corrientes de pensamiento económico actual... op. cit.* pág.: 494.

<sup>742</sup> Fernando Jeannot. *De las fallas del mercado a las fallas... op. cit.* 14.; En sentido similar Cuadrado Roura: *“A partir de este tipo de planteamiento comenzó a desarrollarse una cada vez más amplia literatura que considera que los gobiernos no actúan a la manera de un dictador benevolente que sólo persigue el bienestar común, sino que las decisiones que toman, especialmente las económicas, son el resultado de un proceso político-económico en el que intervienen diversos agentes: electores, gobierno, oposición, administración, etc. Cada uno de ellos intenta maximizar su bienestar particular, sea éste lograr una mayor renta disponible; continuar gobernando o derribar al gobierno existente; influenciar en la toma de decisiones para su propio beneficio; etc”*. Juan R. Cuadrado Roura. (dir.) *Política Económica: Elaboración, objetivos e instrumentos... op. cit.* pág: 126.

*elección pública surgió, en gran medida, cuando se contrapuso a la idea de fallas en el mercado, la idea de que también existían fallas en el proceso de asignación de recursos que realiza el sector público. La Escuela del Public Choice se caracteriza por su énfasis en el análisis institucional comparativo y, en particular, de las relaciones entre instituciones políticas y económicas. Destaca la importancia de estudiar el marco legal dentro del cual se realizan tales escogencias pues, en ausencia del mercado, los individuos escogen dentro de los límites que la legislación impone”.*<sup>743</sup>

Este trabajo se enmarca en dicho contexto, para lo cual se hacen propuestas concretas para reducir al mínimo los efectos de ese “ciclo político electoral” en concreto las AAI, “(...) lo cual significa que incluso el enfoque de la Elección Pública no puede prescindir de las herramientas reglamentarias o institucionales aunque busque reducir al mínimo los fallos del gobierno a través de reglas que limiten el accionar de los funcionarios y, sobre todo, que les impidan invadir los campos donde se ejercita la iniciativa privada”.<sup>744</sup> Se ve como el concepto de regulación económica *stricto sensu*, llevada a cabo por las AAI, es una alternativa viable para tratar de reducir los males que denuncia la teoría de marras, ya que incorpora en su diseño institucional mecanismos que bloquean o reducen en todo caso al mínimo posible, el factor político en la toma de decisiones de estricto carácter económico y por otro lado, también prevé medios para evitar la “captura del regulador”<sup>745</sup> concepto que se verá en seguida.

La autora María SALVADOR explica como después de la Segunda Guerra Mundial, consolidado el modelo regulatorio por AAI en los Estados Unidos, volvieron las críticas doctrinales contra aquellas administraciones, así “(...) se crearon nuevos comités encargados de analizar el régimen de estas agencias y los problemas que planteaban. La doctrina criticaba, sobre todo, la captura de las agencias por los intereses de los sectores regulados y, precisamente, para resolver ese problema, diferentes autores proponían la incorporación de estas agencias al Poder Ejecutivo (...)”<sup>746</sup>, la citada autora de manera muy didáctica explica el

---

<sup>743</sup> Jorge Enrique Romero Pérez. *Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía... op. cit.* pág. 138.

<sup>744</sup> Fernando Jeannot. *De las fallas del mercado a las fallas... op. cit.* pág: 18.

<sup>745</sup> Este es otro aporte de la escuela de la Elección Pública, el término fue empleado por George J. Stigler en 1971 en su artículo llamado “*The Theory of Economic Regulation*” véase: Robert B. Ekelund, J. R. y Robert F. Hébert. *Historia de la teoría económica... op. cit.* pág: 688.; Se tiene versión en español del artículo de George J. Stigler “Teoría de la Regulación Económica (España)” *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*. N.º Extraordinario. (septiembre, 1990): 81-115.

<sup>746</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005), 97.

proceso de toma del regulador de la siguiente forma:

[...] la agencia comienza a funcionar con un espíritu agresivo hacia el sector regulado, interpretando ampliamente sus competencias y mostrándose atrevida en la solución de los problemas que allí se plantean, todo ello con el fin de demostrar que es capaz de hacer frente con firmeza a los problemas del sector y de actuar por el bien del interés público. Pero una vez consolidada su situación, la agencia pasa a convertirse en un elemento más del sector, está más involucrada, se identifica cada vez más con las empresas e industrias reguladas y se vuelve conservadora. Llegado este punto, sus decisiones comienzan a reflejar los deseos de las industrias reguladas y le resulta cada vez más difícil llevar la regulación más allá de los límites considerados aceptables por las empresas del sector. Hay que precisar; no obstante, que este fenómeno no se produce en todos los periodos de actividad de todas y cada una de las *independent agencies*. La doctrina ha resaltado tres hechos que demuestran cómo una agencia es «capturada» el primero, la elección de los miembros de la agencia no puede hacerse normalmente sin el visto bueno del sector regulado; el segundo, a las agencias, por razones de supervivencia, no le interesa desarrollar políticas que perjudiquen económicamente a las industrias reguladas; y, tercero, los miembros de la agencia no quieren enemistarse con el sector en el que tienen puestas sus expectativas de trabajo en el futuro.<sup>747</sup>

Como se mencionó, la teoría de la captura del regulador se amalgama de los principales estudios de la *Public Choice* en lo referente a la intervención estatal en la economía, George J. STIGLER en 1971 argumentó<sup>748</sup> que “*el problema de la regulación es el problema de descubrir cuándo y por qué una industria (u otro grupo del mismo parecer) es capaz de utilizar al estado para sus propósitos, o es escogido por el estado para ser utilizado para propósitos ajenos*”<sup>749</sup>, esta visión concibe al Estado, por un lado, como una amenaza para todo el sector productivo, al someterlo a cargas confiscatorias en el uso de su poder de coerción, lo cual

---

<sup>747</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005), 129.

<sup>748</sup> Este es otro aporte de la escuela de la Elección Pública, el término fue empleado por George J. Stigler en 1971 en su artículo llamado “*The Theory of Economic Regulation*” véase: Robert B. Ekelund, J. R. y Robert F. Hébert. *Historia de la teoría económica... op. cit.* pág. 688.; Se tiene versión en español del artículo de George J. Stigler “Teoría de la Regulación Económica (España)” *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*. N.º Extraordinario. (septiembre, 1990): 81-115.

<sup>749</sup> George J. Stigler. *Teoría de la Regulación Económica... op. cit.* pág. 84.

continúa el autor, es un poder que no tiene ni el más poderoso de los ciudadanos, pero por otro lado, es por ello que las industrias anhelan hacerse con parte de poder estatal, por que recurren a cuatro medidas políticas<sup>750</sup>, a saber: i- obtener un subsidio directo de dinero<sup>751</sup>, ii- control de ingresos al mercado, excluyendo a posibles rivales<sup>752</sup>, iii- el poder del Estado para afectar los bienes sustitutivos y complementarios<sup>753</sup> e iv- influir en la fijación de precios para obtener rendimientos más que competitivos. Estos son algunos ejemplos de cómo el regulador se puede ver “capturado” por el sector regulado y sucede que *“cuando una industria recibe una concesión de poder del estado, el beneficio a esa industria quedará lejos del daño al resto de la comunidad”*<sup>754</sup>; no obstante, se señala que el *“la industria no obtiene estas diversas bendiciones políticas de maximización de beneficios de una manera pura”*,<sup>755</sup> haciéndose referencia al derecho de la competencia que regula los “carteles” en los sectores no regulados, por su lado, en los sectores regulados las empresas pequeñas tendrán mayor influencia que la tendrían en un sector no regulado.<sup>756</sup> Es así como *“el regulador responde a los impulsos loables, pero también a los bajos instintos. Si el regulado logra llevar al regulador a equivocarse su camino por medio de incentivos, lo ha capturado y la regulación también fallará por esta vía”*<sup>757</sup>, ya que el regulador es un ente de Derecho público, una Administración Pública, el interés público debería ser su guía en todo momento, lo cual es una fórmula general que sirve tradicionalmente en el funcionar del Gobierno central, pero como señalan Robert B. EKELUND y Robert F. HÉBERT:

---

<sup>750</sup> Véase: George J. Stigler. *Teoría de la Regulación Económica... op. cit.* pág. 84-88.

<sup>751</sup> Véase a modo de ejemplo el caso expuesto infra del CENECOOP R. L.

<sup>752</sup> Por ejemplo, pone el autor *“La historia de los transportistas públicos interestatales es en algunos aspectos incluso más llamativa, porque ostensiblemente no puede fomentarse con honradez ni siquiera un caso de restricción de entradas en base a las economías en gran escala (que a su vez según se alega, limitan las entradas por razones de seguridad o de economía de operación)”*. George J. Stigler. *Teoría de la Regulación Económica... op. cit.* pág. 85-86.

<sup>753</sup> Los bienes sustitutos son aquellos que son fácilmente intercambiables unos por otros, por ejemplo, la margarina y la mantequilla, y los bienes complementarios son los que se consumen por lo general de manera conjunta por ejemplo el pan para hot dog y salchicha. La importancia económica de estos bienes es que la variación de los precios, la disponibilidad o indisponibilidad de uno u otro tendrá efectos para su bien complementario o los sustitutivos. Y de ahí que la presión de un sector productivo para fomentar un bien o servicio va necesariamente en detrimento de otro sector, piénsese en la negativa de las farmacéuticas con la producción de medicamentos genéricos, el cual sería un bien sustitutivo, los cuales siempre varían en calidad y precio.

<sup>754</sup> George J. Stigler. *Teoría de la Regulación Económica... op. cit.* pág. 94.

<sup>755</sup> George J. Stigler. *Teoría de la Regulación Económica... op. cit.* pág. 88.; En el mismo sentido véase Robert B. Ekelund, J. R. y Robert F. Hébert. *Historia de la teoría económica... op. cit.* pág. 688.

<sup>756</sup> Véase: *Ibid.*,

<sup>757</sup> Fernando Ferrandois V. *Derecho Constitucional Económico. Tomo II.* (Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2010): 90.

En el planteamiento moderno de la regulación, el término «interés público» asume un significado diferente. El interés público no es un legalismo algo abstracto; más bien es meramente una suma de intereses de los individuos en algún tema. (...) Es importante darse cuenta de que la regulación no siempre defiende los intereses especiales de los grupos industriales del mercado. Los grupos de consumidores u otros grupos del entorno también pueden formar coaliciones eficaces para influir en el proceso político. Las preferencias de los grupos que no forman parte del mercado pueden registrarse, y diferentes grupos pueden captar el proceso en diferentes momentos.<sup>758</sup>

Las críticas a la intervención estatal y en concreto a la regulación económica suelen consistir en argumentos muy precisos, desde la Escuela de la Elección Pública se dice que son fallas del Estado, en este sentido STIGLITZ señala que “*los detractores de la intervención del Estado en la economía, como Milton Friedman, creen que (...) los fallos del Estado son suficientemente importantes para que este se abstenga de intentar resolver las deficiencias supuestas demostrables de los mercados*”<sup>759</sup>, visión que claramente no compartimos, pero siendo más concisos, esa crítica se puede resumir en una sola palabra “*Capture*”<sup>760</sup> –(la captura del regulador), en dos sentidos, por un lado, por los propios regulados que es la principal visión de la *Public Choice*, ya que ve en el poderío económico de estos sectores una muralla infranqueable y por otro lado, la captura por el poder político<sup>761</sup>, esto último sólo se entiende en el contexto de las *independent regulatory agencies* como género de las Autoridades Administrativas Independientes, concepto más amplio que abarca administraciones de regulación y supervisión de actividades no económicas como las de riesgos industriales y protección de datos personales, por ejemplo. Estudios recientes,

---

<sup>758</sup> Robert B. Ekelund, J. R. y Robert F. Hébert. *Historia de la teoría económica... op. cit.* pág. 689-690.

<sup>759</sup> Joseph E. Stiglitz. *Economía del Sector Público... op. cit.* pág: 18.

<sup>760</sup> Véase: Jessica Leight. “*Public Choice: A Critical Reassessment*” En: Edward Balleisen y David Moss. (eds). *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*. (USA: Cambridge University Press, 2009): 13-14.

<sup>761</sup> Gaspar Ariño Ortiz. “*Independencia, en segundo lugar, de las autoridades políticas, que tienen siempre intereses cortoplacistas (en política, seis meses ya es largo plazo) y electorales (la principal, si no única, meta del gobernante es mantenerse en el poder, cuidar la clientela, ganar votos); todo ello es la antítesis de la buena regulación, en los términos que ésta quedó configurada páginas atrás; por ello, el regulador debe estar convenientemente alejado del proceso político (como los jueces)*”. “Sobre la naturaleza y razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario (Brasil)” *Revista electronica de derecho administrativo economico*. N.º 10. (mayo-julio, 2007): 10. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gaspar-arino-ortiz/sobre-la-naturaleza-y-razon-de-ser-de-los-entes-reguladores-y-el-alcance-de-su-poder-reglamentario> [16-06-2020]

vinculados con *The Tobin Project*<sup>762</sup> han señalado las insuficiencias de la teoría de la captura regulatoria, en esta línea William J. NOVAK apunta que:

La idea de la captura regulatoria ha controlado las discusiones sobre la regulación económica y la reforma regulatoria por más de dos generaciones. Originalmente poco después de la Segunda Guerra Mundial, la así llamada tesis de la captura fue un temprano presagio de la crítica general del Estado regulador norteamericano que dominó hasta finales del siglo XX. La crítica a la amplia rama política continúa sintiéndose hoy día en una resistente influencia de las políticas neoliberales como la desregulación y privatización, así como en el incremento virulento de formas populistas anti-Estado. En efecto, recientemente la tesis de la captura ha invadido las valoraciones sobre la regulación y la han asumido como el status de una norma básica -un estado de arte dado por sentado y una explicación científico-social de uso múltiple-, que a menudo escapa al escrutinio crítico o interrogatorio académico serio.<sup>763</sup>

Por todo lo anterior, se debe señalar a modo de conclusión que en el diseño de cualquier modelo regulatorio, se debe tener presente la teoría de las fallas del Estado, por ello son tan importantes los aportes de nuevos campos de estudio como la mejora regulatoria y las técnicas de análisis de impacto normativo y de evaluación ex post de normas, temas que se profundizarán más adelante, también se debe tener presente la tesis de la captura para dotar a los entes reguladores de los mecanismos necesarios para hacer frente a las presiones del sector regulado, así como la de los políticos, precisamente mediante las AA, concepto que se verá a continuación.

#### **4.2. Conceptualización de las AAI**

Se explicará a continuación, el significado y alcance de los conceptos que conforman el trinomio Autoridad Administrativa Independiente (AAI), de la forma en que se entienden en el presente trabajo de investigación, la cual puede o no corresponder con la doctrina mayoritaria.

---

<sup>762</sup> Sitio web oficial: <https://www.tobinproject.org/home> [15-06-2020]

<sup>763</sup> William J. Novak. "A Revisionist History of Regulatory Capture" en Daniel Carpenter y David A. Moss (eds.) Preventing regulatory capture: special interest influence and how to limit it. (USA: Cambridge University Press, 2014): 25. Traducción propia.

#### 4.2.1. La idea de «Autoridad Administrativa»

Existen tres formas de dominación legítima según el sociólogo alemán Max WEBER, a saber: la dominación de carácter tradicional, carismática y racional.<sup>764</sup> La dominación tradicional “descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (...)”<sup>765</sup> base de la dominación de carácter religiosa (hierocrática), la cual constituye una autoridad tradicional. La dominación carismática “descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (...)”<sup>766</sup> fundamental en el plano político, a esta forma de dominación se le asocia con la autoridad carismática. Por último y de más importancia para los efectos del presente trabajo, la dominación racional “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”<sup>767</sup> llevada a cabo por una autoridad legal, antes de analizar este último concepto se deben hacer algunas precisiones.

Trayendo lo anterior al objeto de estudio, el concepto de dominación puede ayudar a comprender la dinámica del Derecho regulatorio, aquel “puede significar la probabilidad de que un mandato sea obedecido”<sup>768</sup>, cuando la obediencia<sup>769</sup> es habitual, se le puede denominar *disciplina*<sup>770</sup>, se podría hablar así intersubjetivamente en una suerte de *disciplina de mercado* cuando los distintos agentes económicos, por lo general, siguen las reglas preestablecidas “voluntariamente”<sup>771</sup>, es decir, obedecen la Ley y los distintos mandatos de la autoridad administrativa, en este contexto se habla de una dominación racional-legal. Así Max WEBER explica que “(...) La asociación de dominación, en cuanto tal, es normalmente asociación administrativa. La peculiaridad de esta asociación está determinada por la forma en que se

---

<sup>764</sup> Véase: Max Weber. *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. (España: Fondo de Cultura Económica. 2002), 172 y ss.

<sup>765</sup> Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit.* pág. 172

<sup>766</sup> Ibid.

<sup>767</sup> Ibid.

<sup>768</sup> Ibid. *op. cit.* pág. 43.

<sup>769</sup> “Obediencia significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandado se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal”. Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit.* pág. 172.

<sup>770</sup> Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit.* pág. 43.

<sup>771</sup> “Un determinado mínimo de voluntad de obediencia, a sea interés (externo o interno) en obedecer, es esencial en toda relación auténtica de autoridad”. Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit.* pág. 170.



*administra, por el del círculo de personas que ejercen la administración, por los objetos administrados y por el alcance que tenga la dominación. Las dos primeras características dependen en gran medida de cuáles sean los fundamentos de legitimidad de la dominación*<sup>772</sup>; no obstante, ninguna forma de dominación (autoridad) se basta con tener probabilidades sobre la voluntad de obediencia por *“motivos puramente materiales, afectivos o racionales con arreglo a valores. Antes bien, todas procuran despertar y fomentar la creencia en su “legitimidad”. Según sea la clase de legitimidad pretendida es fundamentalmente diferente tanto el tipo de la obediencia, como el del cuadro administrativo destinado a garantizar, como el carácter que toma el ejercicio de la dominación*<sup>773</sup>. La autoridad se corresponde con la dominación, la cual será en mayor o menor medida eficaz en cuanto aquella autoridad sea considerada legítima. Autoridad y legitimidad se entremezclan, para que la *posibilidad de cumplimiento u obediencia de una orden* (dominación) sea mayor o menor, pasando de una obediencia “voluntaria” a una “obligatoria” bajo la idea de la legitimidad.

Dicho lo anterior, se tiene que precisar, por un lado, que es iluso creer que los distintos agentes, especialmente aquellos con un importante poder económico y político, se sujetarán sin más a las órdenes de la autoridad únicamente en razón de su consideración de estar dotada de legitimidad,<sup>774</sup> por lo cual, es una característica o cualidad deseable, pero no determinante y siempre estará el factor coactivo que el Derecho detenta y la diferencia del resto de ciencias sociales. Por otro lado, se necesita un mínimo de voluntad para que exista dominación en el sentido weberiano, así la absoluta carencia de la misma solo se da en las relaciones de esclavitud.<sup>775</sup>

En relación con lo anterior tampoco, se podría llamar dominación *“a un poder “económico” determinado por una situación de monopolio; es decir, en este caso, por la posibilidad de “dictar” a la otra parte las condiciones del negocio; su naturaleza es idéntica a la de toda otra “influencia” condicionada por cualquiera otra superioridad (...)*<sup>776</sup>, por ejemplo,

---

<sup>772</sup> Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit. pág. 43.*

<sup>773</sup> Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit. pág. 170.*

<sup>774</sup> *“La “legitimidad” de una dominación debe considerarse sólo como una probabilidad, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante. Ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación esté orientada primariamente (ni siquiera siempre) por la creencia en su legitimidad”.* Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit. pág. 171.*

<sup>775</sup> Véase: Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit. pág. 171.*

<sup>776</sup> Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit. pág. 171.*

*“Cuando un gran banco se encuentra en situación de forzar a otros bancos a aceptar un cártel de condiciones, esto no puede llamarse, sin más, “dominación”, mientras no surja una relación de obediencia inmediata: o sea, que las disposiciones de la dirección de aquel banco tengan la pretensión y la probabilidad de ser respetadas puramente en cuanto tales (...)”*<sup>777</sup>. Concluyendo esta idea para que una autoridad del tipo que sea ejerza dominación habitual (disciplina), se requiere un mínimo de voluntad de obedecer las diferentes órdenes, está se incrementa con la idea de legitimidad, pero no se basta en sí misma, factor acentuado en las relaciones de dominación racional-legal.

Para ahondar en el concepto de autoridad y su vinculación con la legitimidad en el plano administrativo, siguiendo al autor Luis Antonio CRUZ SOTO<sup>778</sup>, la autoridad se puede plantear desde dos dimensiones de análisis, en primer lugar, *“derivada de la estructura normativa; quienes participan en estos espacios de acción asumen el carácter implícito de las reglas, como orientaciones de conducta firmemente establecidas”*.<sup>779</sup> En segundo lugar *“(...) la autoridad administrativa ofrece una vertiente adicional de comprensión, fundada en el reconocimiento tácito de los subordinados por aceptar voluntariamente los mandatos, independientemente de la estructura orgánica”*<sup>780</sup>, sobre este último elemento dice el citado autor que:

Este tipo de autoridad en la teoría administrativa se conoce como autoridad personal, la cual implica una ordenación asumida de manera intrínseca por los sujetos que participan en una relación autoridad-subordinación, y cuya manifestación no se sustenta en ninguna reglamentación, sino que se encuentra más cercana a la creencia en la valía de una persona para orientar mejor la función, por su inteligencia, experiencia, don de

---

<sup>777</sup> Max Weber. *Economía y Sociedad... op. cit. pág. 171*. Además agrega que *“El que el dirigente y el cuadro administrativo de una asociación aparezcan según la forma como “servidores” de los dominados, nada demuestra respecto del carácter de “dominación”*. Op. cit. pág. 172.

<sup>778</sup> Luis Antonio Cruz-Soto, argumenta lo siguiente en relación a la diferencia conceptual entre “poder” y “autoridad”: *“Por el momento sostenemos que **la autoridad obedece a una forma de actuación social que se caracteriza por aspirar a una legitimación constante, capaz de validar su proceder en los hechos o por cualquier otro medio reconocido implícitamente por una colectividad**, mientras que el poder es una posibilidad de dominio en la que se impone el actuar de un sujeto o un sistema de control sobre los demás, por cualquier medio provisto para ello, sin apelar necesariamente a la legitimación. El tener una posición de dominio, cualquiera que ésta sea, es motivo suficiente para aspirar al ejercicio del poder, independientemente de la aceptación consciente y libre de una persona o grupo de sujetos sobre quienes se ejerce”*. (negrita no es del original) La autoridad legítima: el comportamiento administrativo y la concepción aristotélica de la legitimidad de la autoridad. México: Ediciones y Gráficos Eón, 2013), 151.

<sup>779</sup> Luis Antonio Cruz-Soto. *La autoridad legítima... op. cit. pág. 151*.

<sup>780</sup> Luis Antonio Cruz-Soto. *La autoridad legítima... op. cit. pág. 151-152*.

mando o valor moral, a este tipo de autoridad la denominaremos en este trabajo autoridad legítima.<sup>781</sup>

De tal forma que la autoridad personal se vincula directamente con la idea de autoridad legítima, en el contexto de las Autoridades Administrativas Independiente (AAI), la autoridad personal es crucial para implementar dicho modelo regulatorio, así la independencia personal o subjetiva de las AAI supone varios factores como la reconocida solvencia moral y especial cualificación técnica de sus miembros directivos. La autoridad personal deriva en la idea de autoridad legítima que se busca en cualquier ente regulador y supervisor, no sólo se sustenta en el elemento legal. Un significado distinto, pero complementario, al dado es señalado por María SALVADOR MARTÍNEZ en relación con las AAI francesas en las que se considera que son *autoridades* administrativas, en cuanto son órganos capaces de “*tomar decisiones de carácter ejecutivo, es decir, que no son meramente consultivos*”<sup>782</sup>, de nuevo se vuelve al carácter vinculante de la regulación.

Por otro lado, se ve que la idea de legitimidad en este contexto nada tiene que ver con la legitimidad democrática, que sería la propia para la forma de dominación carismática, lo cual se podría abordar en un estudio aparte, pero en definitiva, dadas sus características, se trata de entes no representativos<sup>783</sup>, por ello una crítica habitual y poco informada a las AAI es que se dice, son burocracias compuestas por tecnócratas (en sentido despectivo evidentemente) sin reparar siquiera en las enseñanzas de la historia y la experiencia comparada, que demuestran una y otra vez, como los intereses políticos pueden influir en la intervención del Estado en la economía para buscar objetivos (políticos) que nada tiene que ver con el orden público económico o en mejor de los casos, son “buenas intenciones” que han resultado en desaciertos. Las AAI como entes reguladores y supervisores son un modelo que busca fundamentalmente mantener en buena marcha determinados sectores de la economía, que cada día son más complejos y cambiantes, razón por la cual se ha querido dejar a un lado a la administración tradicional, pero no dejan de ser por ello, administraciones públicas.

Dicho lo anterior, cabe analizar la *función administrativa* de las administraciones o

---

<sup>781</sup> Luis Antonio Cruz-Soto. *La autoridad legítima... op. cit.* pág. 152.

<sup>782</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 201.

<sup>783</sup> Véase: Mariano Magide-Herrero. *Límites constitucionales de las administraciones independientes.* (España: INAP, 2000), 57-58.

autoridades descritas. A lo largo del tiempo, los asuntos públicos incrementan considerablemente en complejidad por lo que surgen dos tipos diferentes de Administración Pública, una de ellas tiene carácter general, que Charles-Jean BONIN define como *“la que tiene la gestión de los asuntos comunes respecto de la persona, de los bienes y de las acciones del ciudadano como miembro del Estado, y de su persona, sus bienes y sus acciones como incumbiendo al orden público”*<sup>784</sup>, esta concepción se corresponde con la actividad administrativa ordinaria llevada a cabo por el Gobierno central, el otro tipo de gestión se refiere al conjunto de administraciones especiales que dirigen ramas concretas de los asuntos públicos, lo cual en nuestro medio, se conoce como descentralización y desconcentración administrativa y surgen entes con determinada autonomía.

Por otro lado, pero en ese mismo contexto, nacen las primeras administraciones independientes en el siglo XIX en los Estados Unidos, como agencias no sometidas a las órdenes del presidente<sup>785</sup> ni susceptibles de cese discrecional por él, aquellas administraciones tenían la competencia, entre otras, de *regulation*<sup>786</sup>, es decir, para crear normas, competencia llamada también “cuasi legislativa” y fiscalizar su adecuado cumplimiento, dentro de un determinado sector de la economía, aquella época coincide con el nacimiento de la Administración Pública “moderna”, esto es, la primera etapa del estudio la AP como disciplina autónoma<sup>787</sup>, con la obra de Woodrow WILSON, “El estudio de la Administración Pública” de 1887, mismo año en que nace la primera agencia independiente, en aquel se *“establecía una clara separación entre política y administración, dando nombre a la disciplina como Administración Pública”*.<sup>788</sup>

---

<sup>784</sup> Charles-Jean Bonin. Principios de administración pública. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. Citado por Omar Guerrero. La Administración Pública a Través de las Ciencias Sociales. (México: Fondo de Cultura Económica, 2010): 261.

<sup>785</sup> Lo cual se verá más adelante en un apartado especial, valga por ahora adelantar que, las primera AAI o *independent agency* como se denomina en ese país, fue la *Interstate Commerce Commission* creada en 1887 para regular el comercio por ferrocarril a nivel federal.

<sup>786</sup> *“En los Estados Unidos el término regulation se utiliza, con carácter general, para hacer referencia a la actividad que los poderes públicos desarrollan en el sistema de economía de mercado de aquel país, y que tiene como objetivo, fundamentalmente, garantizar la libre competencia y corregir las deficiencias del mercado para que este funcione de la forma más eficiente posible, y, en ocasiones, la protección de ciertos derechos de los ciudadanos”*. María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 109.

<sup>787</sup> José Juan Sánchez-González divide el estudio de la AP estadounidense en tres etapas: *“(…) el primer periodo, “clásico” abarca desde el año de 1887 a 1944; el segundo periodo o también llamado “político”, que abarca desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945 hasta el año de 1963; Y el tercero, de búsqueda o de “programas”, que abarca desde 1964 hasta el presente”*. José Juan Sánchez-González. La Administración Pública como Ciencia: su objeto y estudio. (México: Plaza y Valdés, 2001): 90.

<sup>788</sup> Ibid. pág. 90.

Aquella postura se mantiene aproximadamente hasta el año 1940 y se ubica tiempo después, dentro de la teoría “genérica” de la administración<sup>789</sup>, que tiene pretensiones de científicidad por ello: “(...) los teóricos genéricos aceptan una distinción radical entre hechos y valores. Los valores, vistos como apegos esenciales emocionales, desprovistos de toda base racional para la explicación o la justificación, se considera que están fuera del ámbito de la ciencia, la cual por definición es (o debe ser) libre de valores”<sup>790</sup>, posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, esta posición pierde peso, principalmente por la obra de Paul APPLEBY, Robert A. DAHL y fundamentalmente Dwight WALDO<sup>791</sup>, se pueden resumir los principales cambios introducidos por dichos autores en la teoría de la Administración Pública con la siguientes palabras de HARMON y MAYER:

Al concebirse en términos técnicos estrictos, este enfoque genérico de la administración excluía de toda consideración justo lo que le da a la administración pública su naturaleza “pública”: un conjunto de valores derivados de la teoría política democrática. Waldo argumentaba que los positivistas de la escuela genérica, al dividir en forma radical hechos y valores, no solo *separaban* conceptualmente las cuestiones de técnica administrativa de los asuntos de valor político, sino que en forma implícita querían sustituir teorías de valores políticos con teorías científicas aplicables sólo a cuestiones de técnica administrativa. Sin embargo, para Waldo la esencia de la administración *pública* radica precisamente en la teoría política democrática que los teóricos genéricos consideran inaplicable tanto a la teoría de las organizaciones como a la administración pública.<sup>792</sup>

Cabe señalar que los aportes de APPLEBY, DAHL y WALDO “no derrotaron la corriente genérica, pero sí mellaron un poco su carrera académica”.<sup>793</sup> De tal forma que se puede afirmar

---

<sup>789</sup>“En términos muy generales la teoría genérica ha dependido de constructores teóricos y enfoques metodológicos que pretenden ayudar a explicar los aspectos estructurales y modos de práctica comunes a todas las organizaciones en general, con independencia del tiempo, el lugar y, muy especialmente, del contexto social y político”. Michael M. Harmon y Richard T. Mayer. *Teoría de la organización para la administración pública*. (México: Fondo de cultura económica, 1999): 49.

<sup>790</sup> Harmon y Mayer. *Teoría de la organización para la administración pública... op. cit.* pág. 50. Para concluir con el argumento central de esta postura los autores señalan: “La idea de que administración y política son actividades lógicas y normativamente separadas sirvió como fundamento a la temprana ortodoxia de la administración pública. Esta separación -eso se creía- permitiría la formulación de principios científicos generalizados de administración que no serían contaminados por la vulgar intrusión de la política”. *Ibid.*

<sup>791</sup> Véase: Harmon y Mayer. *Teoría de la organización para la administración pública... op. cit.* pág. 51.

<sup>792</sup> Harmon y Mayer. *Teoría de la organización para la administración pública... op. cit.* pág. 54.

<sup>793</sup> *Ibid.*

por un lado, que cuando la Administración Pública es tratada como parte de *lo político*, es común que simplemente se obvie su existencia y se pase por alto, no es así en este trabajo, ya que consideramos junto con Omar GUERRERO que “*el resultado es que lo administrativo no se juzga como político, sino como algo diverso, y quizá hasta como sustitutivo de la política*”<sup>794</sup>. Por otro lado, se puede afirmar también que algo que caracteriza a la Administración Pública moderna, como lo señala Herbert KAUFMAN<sup>795</sup>, es la durabilidad en el tiempo de sus instituciones y gracias a ello sobreviven a los partidos políticos<sup>796</sup>.

La Administración Pública, al igual que el Derecho u otras áreas del conocimiento, puede ser abordada desde diversas perspectivas, pero no constituye un campo de estudio interdisciplinario, multidisciplinario o transdisciplinario, cada uno tiene pretensiones de autonomía, en efecto, uno de los mayores problemas de la Administración Pública es su “falta de identidad”, ya que ha sido habitualmente estudiada desde un plano político<sup>797</sup> y luego, exclusivamente desde el Derecho administrativo, en los países de tradición jurídica continental, el presente trabajo por su parte pone el énfasis y argumenta la inidoneidad de la política dentro de aquellas administraciones públicas especiales, desde un campo interdisciplinario concreto, la conjunción del Derecho regulatorio y la Administración Pública, lo cual ha resultado en una visión que rebasa la doctrina iusadministrativista tradicional y reconoce el carácter profesional, técnico, dinámico e independiente de la Administración Pública contemporánea.

La figura de la AAI, más que cualquier otra organización pública, desde el punto de vista de la Administración Pública como disciplina autónoma, se enfrenta a una aparente

---

<sup>794</sup> Omar Guerrero. *La Administración Pública a Través de las Ciencias Sociales*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2010): 24

<sup>795</sup> Herbert Kaufman, *Are Government Organizations Immortal?* (1976). Citado por Omar Guerrero. *Ibid.*, 27.

<sup>796</sup> Sin embargo, Omar Guerrero nos describe cómo las instituciones del gobierno usualmente desaparecen o “mueren”, esto es su eliminación jurídica, que ocurre usualmente mediante “*la cesación deliberada, que se transfieren las funciones del gobierno central a los gobiernos locales, las empresas privadas y las organizaciones no gubernamentales*”. (Omar Guerrero. *Ibid.*, 28) En cuanto al mecanismo de transferencia hacia empresas privadas, es decir procesos de liberalización ya fue objeto de análisis, ahora cabe señalar que. “*Una adecuada percepción de la administración pública requiere, consiguientemente, del acomodo de los mecanismos de su vida, que explica su continuidad, con los procesos de terminación que aclaran la causa de su muerte. Un enfoque tal, que explica las causales y las consecuencias de la cesación de sus funciones, policíes, programas y organizaciones, aclara al mismo tiempo el modo como la extinción en administración pública puede considerarse dentro del nexo vital existente entre la terminación y el comienzo*”. *Ibid.* 44.

<sup>797</sup> Omar Guerrero. *La Administración Pública a Través de las Ciencias Sociales*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2010): 11. Autor relevante de esta corriente de pensamiento es Karl Mannheim quien dice que “tendencia fundamental del pensamiento burocrático es la de convertir todos los problemas de la política en problemas de administración” posición predominante en Alemania. Sobre el mismo tema ver Max Weber, Herbert Simon y Kenneth Boulding.

disyuntiva<sup>798</sup>, la de encontrarse en el medio de dos tradiciones distintas, por un lado, se enfrenta a la unidimensionalidad jurídica que tiene la AP de corte francesa y la unidimensionalidad técnica atribuida a la AP norteamericana, el primer punto de vista monopolizado por el Derecho administrativo y la segunda por el gerencialismo privado o visión “genérica” de la Administración Pública, con base en el estudio de las organizaciones. El presente trabajo busca también ayudar o contribuir en la conciliación de ambas visiones, cada una con sus ventajas y defectos, con el objetivo último de obtener un modelo integrado para las AAI.

Una vez superado el punto de vista de la AP *como parte* de la política y se concibe al lado de ella, se pone de frente un nuevo reto conceptual y es que la AP, se apoya del Derecho, pero es más que eso. Si bien, los autores como SÁNCHEZ GONZÁLEZ señalan que el estudio de la Administración Pública (como actividad u objeto de estudio) dista mucho del campo del Derecho público, continua diciendo que por un lado, el Derecho administrativo “*no explica de ninguna manera los fenómenos que suceden en la administración pública, ya que es frecuente encontrar inconsistencias al compararlo analíticamente con la realidad (...)*”<sup>799</sup>, pero por otro, señala que “*(...) cada acto administrativo está basado, directa o indirectamente, en una norma jurídica, pero su sentido no se deriva de esa base legal, pues la administración consta en gran parte de elementos discrecionales*”.<sup>800</sup>

La Administración Pública y el Derecho público se encuentran íntimamente relacionados<sup>801</sup>, no son la misma cosa, pero se apoyan mutuamente para alcanzar los fines del Estado y demás funciones encomendadas a aquel, ejecutadas por la AP, ya que el Derecho brinda la posibilidad a los administradores públicos de actuar en un margen, más o menos amplio, en la toma de decisiones, a eso se le llama *discrecionalidad*, pero no es cualquier tipo de discrecionalidad, sino que debe ser entre las soluciones posibles e igualmente justas

---

<sup>798</sup> Aspecto señalado para la Administración Pública por Daniele Loschak, véase: José Juan Sánchez-González. La Administración Pública como Ciencia: su objeto y estudio. (México: Plaza y Valdés, 2001): 73.

<sup>799</sup> José Juan Sánchez-González. La Administración Pública como Ciencia: su objeto y estudio. (México: Plaza y Valdés, 2001): 141.

<sup>800</sup> Ibid.

<sup>801</sup> “*Resulta incuestionable que el Derecho Administrativo y la Administración Pública son áreas interdisciplinarias independientes, con fisonomías académicas propias, pero con una íntima vinculación entre sí, sin que se pretenda subordinar la Administración Pública al Derecho. Por el contrario, el Derecho Administrativo representa un complemento de las normas constitucionales que sirven de principal sustento a la Administración Pública*”. José Juan Sánchez-González. La Administración Pública como Ciencia: su objeto y estudio. (México: Plaza y Valdés, 2001): 142.

(legales) y actualmente, atendiendo fundamentalmente a criterios técnicos, de ahí que la AP se apoya de otras disciplinas como la economía, estadística e ingeniería, a su vez, el Derecho administrativo les otorga vital importancia<sup>802</sup>. Es por lo anterior que la toma de decisiones de los administradores públicos, mediante actos administrativos, si no cumplen con esos dos requisitos fundamentales: i. apego a la legalidad y ii. criterio técnico, no sería discrecionalidad, sino mera arbitrariedad.

Por otro lado, ante nuevas necesidades “administrativas” de suministro de los bienes y servicios de interés económico general, desde el plano jurídico, es la regulación pública la que se encarga de ello, en lugar del monopolio y la gestión económica, esta nueva realidad (*despublicatio*) implica necesariamente “*nuevas autoridades, nuevos protagonistas, nuevas normas y nuevas instituciones, es claro que nos encontramos ante sectores también nuevos*”.<sup>803</sup> Actualmente la regulación se trata de un concepto muy importante, como se tuvo oportunidad de analizar, para el estudio del Derecho público económico, de la Administración Pública y de la ciencia económica.

Las AAI son administraciones públicas en todo el sentido de la palabra, es por lo que “*cuentan con potestades reglamentarias y potestades para dictar actos administrativos que pueden ser tanto favorables como restrictivos, entre los que se incluyen las licencias y autorizaciones, pero también las sanciones. Estamos, desde este punto de vista jurídico formal, ante potestades administrativas en el sentido típico del término*”.<sup>804</sup> Por ello y otras razones, la “independencia” de las AAI ha sido y es un tema polémico, es una forma organizativa producto fundamentalmente de una necesidad histórica.

Es necesario, también, hacer una aclaración previa, con relación a la figura de las Autoridades Administrativas Independientes, en el sentido de que estas no tienen autonomía en relación con la teoría de la organización administrativa general, en especial, con la administración institucional, donde se han clasificado en España, desde esta perspectiva, el

---

<sup>802</sup> Véase: Artículo 16 de la LGAP

<sup>803</sup> Gaspar Ariño-Ortiz, Gaspar y Juan Miguel De la Cuétara. “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos (España)”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9 (enero-abril, 2000): 10.

<sup>804</sup> Andrés Betancor. Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos. (España: Civitas, 2010): 352-353.



estudio de su independencia forma parte del Derecho administrativo.<sup>805</sup>

#### 4.2.2. Significado y alcance de su «Independencia»

Las AAI se suelen denominar de diversas formas, dejando de lado el adjetivo de *independiente*, así se busca evitar los problemas conceptuales que se pueden generar en un sistema político con división de poderes y que nos son pocos<sup>806</sup>, por lo que es útil partir de una acepción restringida del término, delimitándolo, se señala así que se trata de “(...) *independencia en un sentido relativo y no absoluto, en el entendimiento de que los OR son organismos que pueden ejercer sus potestades sin intervención de otros órganos del Estado, pero eso no significa que no existan mecanismos que puedan corregir, aunque sea de manera excepcional, una conducta irregular de dichos Organismos*”<sup>807</sup>. La independencia no es ni puede ser nunca absoluta.

También se ha dicho que se trata en realidad de una especie de autonomía o de una autonomía reforzada o especial, contrario a lo anterior, el autor Eduardo VIRGALA FORURIA explica que la utilización del término “independencia” en relación con los Organismos Reguladores (OR) es preferible sobre el de “autonomía”, ya que aunque podría ser correcta esta última, debido a que la independencia no es absoluta, su utilización tiene varias ventajas, dice el citado autor que “(...) *en primer lugar, el término organismos autónomos es utilizado en nuestro Derecho público para identificar determinados entes públicos que no son los OR. En segundo lugar, porque la «independencia» forma parte de la terminología utilizada en el Derecho comparado. En tercer lugar, en el imaginario jurídico la expresión de «independencia» da una idea más adecuada que la de «autonomía» respecto de la no dependencia del Gobierno y de su diferenciación con el resto de la Administración General del Estado*”.<sup>808</sup> Se comparten

---

<sup>805</sup> “Hablar de Administración en nuestro ordenamiento jurídico para definir la naturaleza de unos entes a los que la Ley encomienda concretas funciones de regulación o supervisión del funcionamiento de ciertos sectores de actividad puede resultar útil desde el momento en que permite sujetar buena parte de los aspectos del régimen jurídico de estos entes al Derecho administrativo, conformando así en su naturaleza estatutaria por esta vis atractiva sobre todo lo que merece el calificativo de Administración Pública”. Francisco Martínez-Vázquez. *La administración independiente: Definición, Naturaleza, Encuadramiento Sistemático y Regulación...* op. cit. 43-44.

<sup>806</sup> “Las llamadas administraciones independientes no son ni uno ni lo otro, esto es, ni son propiamente “Administraciones” ni mucho menos son realmente “independientes” desvelando así que detrás de lo que parecía una mera reflexión semántica aparece definido con toda claridad el problema jurídico-constitucional que plantea este tipo de entidades”. Francisco Martínez-Vázquez. *La administración independiente: Definición, Naturaleza, Encuadramiento Sistemático y Regulación...* op. cit. pág. 43.

<sup>807</sup> Eduardo Virgala-Foruria. “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible (España)”. *Revista española de Derecho Constitucional*, N.º 94. (enero-abril, 2012): 82.

<sup>808</sup> Ibid.

plenamente dichos señalamientos.

El autor Francisco MARTÍNEZ VÁZQUEZ en relación con la nota de independencia advierte que es “(...) *en este punto poco afortunada y nada rigurosa técnicamente, que no pretende otra cosa que poner de manifiesto que el nombramiento de los titulares de los órganos directivos de estos entes y el propio desarrollo de sus funciones se realizan sin la “contaminación” propia de criterios partidistas o de lucha por el poder*”<sup>809</sup>, se ve entonces que la primera característica es la forma en que se designan los directivos de las AAI, *ceteris paribus*, la forma en que se destituyen los mismos, esto es la independencia personal.<sup>810</sup>

Algunos autores han querido emparejar el fenómeno de las AAI con la llamada “huida del Derecho administrativo general”<sup>811</sup>, lo cual no es nada preciso, ya que estas organizaciones a diferencia de muchas de las empresas de propiedad estatal (sociedades comerciales del Estado), sí se rigen a cabalidad por el principio administrativo de legalidad, desde su creación legal, hasta la emisión de los actos administrativos que se rigen por el procedimiento común para dichos actos, de igual forma, los procesos ablatorios que lleven a cabo, todo se debe a una competencia legalmente atribuida, en estricto apego y ejercicio del Derecho administrativo.

Un sector de la doctrina critica este modelo administrativo, entre ellos Artemi RALLO LOMBARTE, este autor argumenta que “*el esquema clásico del principio de división de poderes, de la organización política de un Estado constitucional democrático, se ve devaluado con la emergencia del fenómeno de las llamadas “Administraciones independientes*”<sup>812</sup>, discusión que se dio ya hace mucho tiempo *in extenso* en los Estados Unidos, país donde nacen estas administraciones y cuya conclusión es que aplicando el pragmatismo que caracteriza el *common law*, serán constitucionales en tanto y cuanto las competencias atribuidas a las AAI no supongan la limitación del núcleo duro de las funciones atribuidas constitucionalmente al Poder Ejecutivo; no obstante, teniendo claro las diferencias de fondo

---

<sup>809</sup> Francisco Martínez-Vázquez. *La administración independiente: Definición, Naturaleza, Encuadramiento Sistemático y Regulación. op. cit.* pág. 47.

<sup>810</sup> “*La <<independencia>> es aquí respecto del poder Ejecutivo, del Gobierno, lo que se alcanza privándole o limitándole el poder de nombramiento o destitución de los directivos del ente en cuestión*”. Ramón Parada-Vázquez. *Derecho administrativo I*. 24 ed. (España, Open, 2014): 340.

<sup>811</sup> Véase: Luis Alberto Pomed-Sánchez. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes... op. cit.* pág. 149-155.

<sup>812</sup> Artemi Rallo-Lombarte. “*Las administraciones independientes: una aproximación constitucional*” **En** *Las Administraciones Independientes*. (España: Tirant lo Blanch, 2009): 11.

entre los dos sistemas jurídicos<sup>813</sup> dice el citado autor que:

(...) lo público en la Europa continental, la organización administrativa, la organización de lo público, obedece a unas reglas que tienen su fundamento en el derecho napoleónico, en los principios del constitucionalismo, en la cultura jurídico administrativa francesa, en la imagen de la pirámide administrativa, la existencia de una serie de niveles organizativos, todos ellos perfectamente articulados, que culminan en última instancia, en un vértice, que le da coherencia lógica, legitimación, legitimación democrática. Este vértice, obviamente, es la fuente de legitimación, el Parlamento (la legitimidad popular, la soberanía popular), el que distribuye la legitimidad democrática que procede de la soberanía popular hacia abajo, a través de niveles y órganos que en principio sirven a la decisión adoptada. **La Administración, por lo tanto, la organización pública en la Europa continental, se identifica con la imagen del Estado piramidal.**<sup>814</sup> (negrita no es del original)

Visto lo anterior, entonces con la “emergencia” de las AAI sería más preciso hablar de una “huida del Derecho constitucional”<sup>815</sup> con base en el esquema jerárquico tradicional dentro del Poder Ejecutivo, se dice que *“hablar de Administración independiente, de poderes neutrales, de poderes independientes, de poderes autónomos, se ha dicho, no es constitucionalmente viable porque sencillamente esa autonomía niega el círculo democrático, niega las reglas básicas de legitimación democrática del poder en un estado constitucional democrático”*<sup>816</sup>; no obstante, estos autores, por lo general, no analizan que la propia Constitución Política contiene entidades autónomas, precisamente, esa “especial autonomía” de jerarquía constitucional se dio para garantizar el funcionamiento de determinados entes de Derecho público, considerados de especial relevancia para la sociedad sin injerencia de los intereses políticos cortoplacistas, en especial del Ejecutivo, por ejemplo, en el caso costarricense, la CCSS, la CGR y las universidades públicas, el régimen jurídico de los entes

---

<sup>813</sup> Los distintos sistemas jurídicos donde se han implementado las AAI como modelo regulatorio, la mayor parte han terminado, a pesar de las fuertes críticas, en aceptar con menores o mayores reservas, su conformidad con la Constitución Política, para lo cual se han valido de múltiples argumentos, tema que por su amplitud no podemos abordar en este momento, atenderemos a los principales argumentos a nivel doctrinal a favor de las AAI.

<sup>814</sup> Artemi Rallo-Lombarte. *Las administraciones independientes: una aproximación constitucional...* op. cit. pág. 11.

<sup>815</sup> Véase: Ibid.

<sup>816</sup> Artemi Rallo-Lombarte. *Las administraciones independientes: una aproximación constitucional...* op. cit. pág.16.

autónomos constitucionales, no supuso el fin del Estado de Derecho, al menos a la fecha.

Por otro lado, hasta no hace muchos años, la doctrina veía en la descentralización administrativa una solución eficaz para hacerle frente al “desbordamiento” de tareas que trajo consigo el modelo de Estado social, como se comentó con anterioridad, la justificación de la descentralización administrativa y los entes autónomos en el fondo se corresponde con las propias de las AAI, la diferencia es el contexto histórico y geográfico. En la actualidad, dice el autor Luciano PAREJO ALFONSO, que el modelo tradicional de Administración jerárquica, se encuentra “*expuesta una profunda erosión como consecuencia de diversos fenómenos*”<sup>817</sup> dentro de ellas la aparición de diversas organizaciones administrativas con autonomía instrumental o funcional y en las que destacan las Administraciones Independientes<sup>818</sup> lo anterior, es producto del nacimiento de nuevas necesidades, ya no se crean entidades autónomas para la prestación de servicios, ahora se crean administraciones independientes para regular el correcto funcionamiento de los antiguos sectores monopolizados que se liberalizaron en los años 70 y 80.

A pesar de las complicaciones jurídico-constituciones que puede presentar la adopción de las AAI, como una forma organizativa para reducir el actual poder centralizado a favor del Ejecutivo y en aras de mayor eficiencia y objetividad en determinados ámbitos, la doctrina señala precisamente que dentro de la *regulación económica* los entes reguladores deben de gozar de independencia, como necesario requisito para poder cumplir eficazmente con sus competencias y fines; sin embargo, otros señalan que la independencia del ente que lleva a cabo la función de regulación económica no es indispensable, por ejemplo, para el caso español, PAREJO ALFONSO señala en este sentido que:

Es cierto que lo usual es que el despliegue de la supervisión inherente a la regulación (con dictado de órdenes y prohibiciones) se encomiende a una organización especializada y dotada de independencia (entre nosotros, las que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público –art. 84.1,b)–, ha venido en llamar “autoridades administrativas independientes”). Y, aparte otras razones, es la solución usual porque –al referirse a sectores o mercados con marcada peculiaridad o de apreciable complejidad técnica o económica –la regulación precisa del acopio de

---

<sup>817</sup> Luciano Parejo-Alfonso. Lecciones de derecho administrativo. 5 ed. (España: Tirant lo Blanch, 2012): 53.

<sup>818</sup> Véase: Ibid.

conocimiento experto, es decir, especializado. Pero tal solución no es indispensable, en el sentido de que fuera de ella no podría haber verdadera regulación (...) El confinamiento que derivaría de su concepción como actividad propia de las referidas organizaciones especializadas independientes implicaría el cercenamiento de toda posibilidad de desarrollo del instituto de la regulación como instrumento de perfiles precisos (los enumerados antes) susceptible de juego con carácter general.<sup>819</sup>

En la sección anterior se explicaron algunos de los distintos enfoques del término *regulación*, como pueden ser el sentido amplio, relativo a la emisión de normas, el sentido cerrado, que es un control focalizado en un sector de relevancia social y la regulación económica *stricto sensu* llevada a cabo por una administración especializada dotada de independencia (que es el mismo control focalizado de un “sector de referencia” de especial relevancia económica), es este último enfoque en el que en la actualidad goza de mayor consenso doctrinal.

Por otro lado, David BLANQUER CRIADO afirma que “*si en relación con las «Administraciones independientes» o «Autoridades reguladoras», la autonomía o la independencia respecto al Gobierno es su nota más distintiva, el rasgo más característico de los organismos autónomos (OA), las agencias y las entidades públicas empresariales (EPE), es la «relación instrumental» que somete la entidad filial (Administración institucional) a la entidad matriz (Administración territorial)*”.<sup>820</sup> para concluir que la “*pieza clave en ese control de las personificaciones instrumentales es la libre designación y cese por la Administración matriz de los cargos directivos de la Administración filial o instrumental (rasgo que las diferencia claramente de las manifestaciones típicas de la Administración independiente (...)*”<sup>821</sup> A diferencia de la administración institucional, se puede resaltar el hecho que en las AAI, precisamente por su independencia no tienen ninguna “relación de instrumentalidad” como sería el conjunto de administraciones adscritas a un ente superior jerárquico, generalmente un ente autónomo con personalidad jurídica propia. Esta sería la segunda característica de la independencia, a nivel funcional, ya que se limita el poder de dirección del Ejecutivo. ARIÑO

---

<sup>819</sup> Luciano Parejo-Alfonso. “*La nueva función pública de regulación*” En Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. (España: Tirant lo Blanch, 2017): 1412.

<sup>820</sup> David Blanquer-Criado. Introducción al derecho administrativo: teoría y 100 casos prácticos. 3º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2015): 142.

<sup>821</sup> Ibid.

ORTIZ y DE LA CUÉTARA señalan que:

Dejando a un lado la publicación y estabilización de la tarea confiada al regulador, que se rige por el principio de publicidad y jerarquía de las normas (principio de legalidad), la independencia del regulador del poder político ha consumido chorros de tinta, en un debate todavía abierto. Mientras todos estamos de acuerdo en que el regulador debe ser independiente de las empresas reguladas y, en general, de cualquier tipo de poder económico, dudamos qué hacer con respecto al poder político. De una parte, la necesidad de legitimación democrática de los reguladores parece llevarlos a algún tipo de dependencia del poder político legítimamente constituido, pero, por otra, las funciones que está llamado a ejercer demandan a gritos su despolitización. De una parte, también, no existe Gobierno que pueda trazarse una política económica global sin incidir en los principales sectores estratégicos (transportes, comunicaciones, energía); pero, de otra, cuando se ha decidido confiar tales sectores al mercado y se ha erigido un regulador para ello, se los ha puesto fuera del alcance de la política gubernamental, situándolos al margen del proceso político (electoral). Algunas funciones del regulador (la arbitral, la atributiva de derechos) precisan una independencia parecida a la de los jueces, mientras que otras (potestades normativas secundarias) están claramente integradas en una cadena jerárquica (jerarquía normativa) y deben responder de algún modo a las directrices políticas del Gobierno. En suma, nos encontramos ante una independencia difícil de configurar.<sup>822</sup>

En relación con lo anterior POMED SÁNCHEZ dice que las AAI comparten determinadas características como que están llamadas a actuar sobre sectores especialmente sensibles de intervención pública y asegurar el **alejamiento de esta instancia de intervención de la lucha política partidista** que sirve para garantizar los principios constitucionales de diversa índole como el de igualdad e eficiencia<sup>823</sup>, para Ramón PARADA, junto a la administración común o central, conformada por organismos que están sujetos a la política y jurídicamente bajo el control del Gobierno (Poder Ejecutivo), en que se nombran y remueven bajo criterios de oportunidad o políticos a sus dirigentes, dentro del ordenamiento

---

<sup>822</sup> Gaspar Ariño-Ortiz, Juan Miguel y De la Cuétara. "Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos (España)". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9 (enero-abril, 2000): 20.

<sup>823</sup> Luis Alberto Pomed-Sánchez. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes...* *op. cit.* pág. 121.

existen otras organizaciones especializadas con **pretensiones de independencia política y jurídica**.<sup>824</sup> Con lo anterior se evidencia que la configuración legal de las AAI tiene un marcado signo finalista, la independencia, es un objetivo deseable de estas organizaciones aunque en la praxis no se logre, en otras palabras, es un medio para lograr el objetivo contemplado de su ley de creación, pero no un fin en sí mismo, en este sentido MARTÍNEZ VÁZQUEZ dice al respecto:

Interesa subrayar que la nota de independencia se incorpora en la definición de estos entes públicos con el fin de poner claramente de relieve que se sustraen al ámbito ordinario de influencia del Gobierno y, por tanto, que adoptan decisiones con arreglo a criterios técnicos que permiten prestar al mejor servicio objetivo al interés general, lejos de la tentación de adoptar decisiones con motivos ligados a la confrontación política y a la lucha por el poder. Utilizando una expresión coloquial, podríamos decir que la nota de independencia pretende la “despolitización” de estos entes públicos, para ofrecer las mejores garantías de prestación del servicio que tengan encomendado.<sup>825</sup>

Se habla por lo general de una independencia formal de las AAI, fundamentalmente, de criterio propio, es decir, la no interferencia de los poderes políticos de turno, que atienda a la experiencia, técnica y la ciencia, para la consecución de sus fines legales. Para Domingo SIFONTES el término “independencia” hace referencia “(...) *al grado de autonomía que puede tener el regulador para tomar decisiones aisladas del poder político y las firmas reguladas, asumiendo que la regulación de servicios públicos tiene como finalidad: proteger a los consumidores del abuso de firmas con poder de mercado, proteger a los inversores del oportunismo gubernamental y promover la eficiencia económica*”.<sup>826</sup> El citado autor añade nuevos elementos a lo antes dicho, por otro lado, apunta que la finalidad de la independencia en relación con los políticos es proteger los derechos de los consumidores y los inversores, promoviendo la eficiencia económica.

Para concluir con el estudio del significado y alcance de la “independencia” de las AAI

---

<sup>824</sup> Ramón Parada-Vázquez. Derecho Administrativo I. 24° Ed. (España: Open ediciones universitarias, 2014): 339.

<sup>825</sup> Francisco Martínez-Vázquez. *La administración independiente: Definición, Naturaleza, Encuadramiento Sistemático y Regulación*. op. cit. pág. 46.

<sup>826</sup> Domingo Sifontes. “Regulación económica y agencias regulatorias independientes: una revisión de la literatura”. Contribuciones a la economía. Revista académica virtual, accesado en septiembre 9, 2019, <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm>

como agencias reguladoras, ARIÑO ORTIZ identifica tres “dimensiones” a las que hace referencia, aparte de la independencia con las empresas del sector y la de las autoridades políticas, identifica una tercera, que es en relación con los medios de opinión pública, dice el autor que:

(...) el regulador debe ser y sentirse independiente de los medios de opinión (prensa y medios audiovisuales, sindicatos y patronales y otras entidades que puede ser “*opinion makers*”). De nuevo, aquí, su analogía con el poder judicial es clara. Uno y otro tienen que ser, ante todo, aplicadores de la Ley; de una ley en muchos casos técnica y compleja, cuyos razonamientos deben explicar en la motivación que debe acompañar siempre a sus actos, pero sin que les deba preocupar si con ello contenta no desagradan a unos u otros. Al regulador no le debe preocupar “quedar bien”, sino mantener su autoridad y ser creíble (y entendible), guste o no.<sup>827</sup>

Pero al igual que la independencia judicial, la de la AAI no puede ser absoluta, siempre estará sujeta de posterior consideración, no se presentan por ningún autor como entes acéfalos o desprovistos de deberes de cooperación interinstitucional para alcanzar fines de interés público comunes<sup>828</sup>; no obstante, únicamente pueden perseguir los fines que le han sido encomendados explícitamente en su ley de creación, mas no los fines que el Gobierno de turno desee alcanzar, como pueden ser los redistributivos o sociales, estos últimos modernamente se suelen ver en relación con la acción de la administración pública denominada *actividad de garantía*, que en determinados casos como en el sector financiero, podría contradecir la razón de los entes reguladores.

Para comprender lo anterior, por un lado, es necesario tener clara la diferencia entre la política económica y la monetaria, comprender la autonomía de los bancos centrales y en la

---

<sup>827</sup> Gaspar Ariño-Ortiz. “Sobre la naturaleza y la razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario (Brasil)”. *Redae*, N.º 10. (mayo-junio-julio, 2007): 10. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=196> [22-08-2020]

<sup>828</sup> “**La pretendida independencia de estas entidades no es sino un catálogo de particularidades de su régimen jurídico que introducen, en aras precisamente de esa independencia, condicionamientos adicionales en la capacidad de nombramiento y remoción de los titulares de los órganos de dirección, previsiones específicas sobre la duración del mandato o particularidades relativas al ejercicio de sus funciones. Sin embargo, de ello no puede deducirse ni que se sustraigan a cierto poder de dirección del Gobierno -por más que éste se module-, ni que queden al margen de los mecanismos de control parlamentario o jurisdiccional que la Constitución impone sin fisuras a cualquier órgano del Poder Ejecutivo**”. (negrita no es del original). Francisco Martínez-Vázquez. *La administración independiente: Definición, Naturaleza, Encuadramiento Sistemático y Regulación*. op. cit. pág. 48-49



misma línea, la diferencia entre las formas tradicionales de actuación administrativa y la regulación económica, con ello, el carácter “neutral” de las AAI<sup>829</sup> y la relevancia de aspectos técnicos “extrajurídicos” en la toma de decisiones regulatorias tiene sentido, recordemos que *la regulación es más que Derecho*.

En la doctrina se han esbozado muchas **justificaciones o razones para la “independencia”** de las Autoridades Administrativas Independientes (en los términos y alcance antes expuesto), pero las principales son tres, a saber: i. la neutralidad política, ii. la cualificación técnica y iii. la discrecionalidad. Aspectos que adquieren, cada uno de ellos, un especial significado en relación con el modelo regulatorio de AAI.

Para la autora María SALVADOR MARTÍNEZ, la **neutralidad política** es la razón fundamental de ser de las AAI es su *alejamiento de los partidos políticos*<sup>830</sup>, ya de forma temprana SALA ARQUER<sup>831</sup> puso énfasis en la necesidad de cierta neutralidad de las AAI, después de dicha intervención, numerosos estudios han tratado el tema tanto a favor como en contra del modelo, a pesar de las críticas, el argumento de la «neutralidad» es recurrente a la hora de explicar la necesidad de las AAI<sup>832</sup>, en el caso latinoamericano, la creación de AAI se corresponde generalmente como un paso previo, necesario y una respuesta al proceso de liberalización de las actividades económicas de interés general,<sup>833</sup> en aras de favorecer la libre competencia, por ello, el regulador debe ser neutral, no manejar o favorecer a las empresas estatales ni intereses políticos particulares, en el palabras SANTAMARÍA PASTOR ha

---

<sup>829</sup> Para Édgar González López las AAI se manifiestan “(...) como un instrumento de regulación del mercado por medio del cual se cumplen con los objetivos que inspiran la existencia de dicha actividad”. La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017): 55.

<sup>830</sup> Véase: María Salvador-Martínez. “Partidos políticos y «autoridades independientes» (España)” *Revista española de Derecho Constitucional*, N.º 104. (mayo-agosto, 2015): 83-99.

<sup>831</sup> Véase: José M. Sala-Arquer. “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes (España)” *Revista española de derecho administrativo*, N.º 42. (1984).

<sup>832</sup> “**La necesidad de que determinadas funciones se ejerzan al margen de la lucha partidista es el principal argumento que ha justificado, tanto en España como en otros países, la creación de «autoridades independientes».** Por eso, «neutralidad política», «despolitización» e «imparcialidad política» son las expresiones y palabras utilizadas para explicar que la creación de «autoridades independientes» obedece a la necesidad de que ciertas funciones se ejerzan al margen de la lucha de partidos, es decir, a la necesidad de alejar determinadas actividades y decisiones del ámbito de influencia de los partidos, y, por ello, de los órganos del Estado en los que tiene lugar la lucha política. **Se afirma que el objetivo es garantizar una cierta «neutralidad» o «imparcialidad» en el ejercicio de una función y que para ello es preciso atribuir dicha función a un organismo «alejado» («independiente») de los órganos políticos del Estado**”. (negrita no es del original) María Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»...* op. cit. pág. 86.

<sup>833</sup> Véase: Edgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación...* op. cit. pág. 57.

sucedido:

De una parte, la supeditación de cualquier objetivo político al de conquista o mantenimiento de la titularidad del poder gubernamental ha llevado a los partidos a manipular en su provecho algunas de las libertades públicas con mayor incidencia en el juego electoral (principalmente la libertad de información, a través del empleo partidario de los medios de comunicación de propiedad pública). De otra, el intento de reforzar el poder político con una adecuada configuración de los recursos económicos privados ha llevado igualmente a regulaciones de los principales sectores productivos dirigidas a permitir su manipulación u orientación en función de las conveniencias del partido que ostentaba el poder en cada momento.<sup>834</sup>

Las AAI realizan funciones de regulación principalmente en dos grandes sectores, el primero, busca garantizar el disfrute de derechos y libertades, esto son generalmente servicios que se consideran derechos fundamentales, como en la seguridad ambiental, libertad de expresión y la protección datos personales, entre otros, lo cual se ha denominado regulación social. El segundo sector trata de la regulación y supervisión de los mercados, es decir, del sector privado de carácter económico y técnico,<sup>835</sup> dentro del que destaca el financiero, llamada regulación económica. Eduardo VIRGALA indica que *“su neutralidad política no es entendida como una zona de confin de los poderes tradicionales sino como una superación del principio mayoritario para favorecer un desarrollo más estable de la función regulatoria de la economía. Es un proceso decisonal basado en la competencia técnica que justifica la ausencia de controles políticos directos, ya que sus principales características son la corrección y la objetividad basados en datos empíricos”*<sup>836</sup>, por lo que se entiende que neutralidad y especialización técnica van de la mano, en relación con un sector específico.

Aquellos sectores de la regulación son muy distintos, aunque en ocasiones comparten las garantías de independencia que se verán en breve, en el presente trabajo se argumenta la

---

<sup>834</sup> Juan Alfonso Santamaría-Pastor. Principios de derecho administrativo. Vol. I. (España: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000): 660. Citado por María Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»* ... op. cit. pág. 87.

<sup>835</sup> Véase: Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»* ... op. cit. pág. 87-88.; Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho...* op. cit. pág. 345-346.

<sup>836</sup> Eduardo Virgala-Foruria. “Los organismos reguladores en el Estado Constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español) (España)”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, N.º 8. (2014): 173

neutralidad e independencia con relación solo a la regulación económica que no tiene que ver directamente con los derechos fundamentales de los ciudadanos (servicios públicos fundamentales), acá “*el interés público es un interés abstracto: el buen funcionamiento de los mercados y la garantía de los derechos de los agentes del mercado y, más generalmente, el interés que está presente en tal mercado*”.<sup>837</sup>

La regulación económica se vincula con el fenómeno de recepción jurídica, así se emula “*la forma típicamente norteamericana de entender las relaciones entre el Estado y el mercado, en un momento, además, que coincide con las liberalizaciones de mercados y los procesos de globalización económica*”.<sup>838</sup> Con ello se considera que las decisiones que tomen estas administraciones deben ser exclusivamente técnicas o adecuadas al “estado del arte”, es decir, no se trata en ningún sentido de decisiones políticas, sino se basan exclusivamente en la técnica o ciencia, esta es la segunda razón de ser de las AAI y va de la mano con la neutralidad. La **calificación o especialización técnica de las AAI** es el argumento que más se trae a colación en la actualidad, para regular los sectores más diversos de la economía industrial y altamente técnica, además del mundo de las nuevas tecnologías, para ello se suele hacer referencia a las diversas fallas de mercado, antes mencionadas. En palabras de Andrés BETANCOR:

La especialización técnica alude a la cualificación (técnica) de la organización así como la de las autoridades que la integran (técnicos). Es tanto una exigencia como una consecuencia. La regulación sólo podrá ser técnica si está en manos de técnicos pero una (regulación) y otros (reguladores) responderán a estas características cuando la ordenación mercado así lo demande. La especialización de la organización y la consecuencia de la especialización que la ordenación del mercado reclama. La independencia sirve a la especialización, tanto como la ésta sirve a aquélla. La organización es independiente para especializarse, pero está especializada para ser independiente. La ordenación (técnica) de mercados liberalizados sólo puede estar en manos de técnicos, o sea, autoridades cualificadas por su conocimiento y experiencia

---

<sup>837</sup> Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho... op. cit.* pág. 347-348. Por ejemplo, según el artículo 119 de la Ley N.º 7558, “Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica” el objetivo de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) es “velar por la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del Sistema Financiero Nacional”.

<sup>838</sup> Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»... op. cit.* pág. 88.

(técnica) en el sector o mercado correspondiente.<sup>839</sup>

Ahora bien, si las AAI están capacitadas en determinado sector ¿ello quiere decir que el Gobierno central no lo puede estar? está es precisamente la crítica que se le hace al Poder Ejecutivo compuesto fundamentalmente por ministerios y estos a su vez, por administradores públicos generalistas, donde los esquemas administrativos tradicionales, como de selección de personal, ascensos mediante concurso interno y un régimen tendiente fundamentalmente a la estabilidad laboral, hacen difícil la especialización técnica y en caso de lograrse, no serían acordes con la primera razón de ser de la AAI (neutralidad), en este sentido señala GONZÁLEZ-LÓPEZ que:

Los ministerios, como representantes sectoriales del Gobierno nacional, corresponden en gran parte a estructuras gigantescas, lentas en sus movimientos y sus decisiones, que están sazonadas con una fuerte e indebida injerencia de los partidos políticos y del Congreso. Estas autoridades detentan funciones que demandan una alta especialidad, no conjugable en variadas circunstancias con la idoneidad de sus recursos humanos surgidos de una recomendación política o, en casos aislados de una carrera administrativa enmarcada más en la estabilidad y no tanto en la idoneidad y la capacitación. (...) Una función técnica que demande una intervención administrativa eficiente, independiente y adaptable a los cambios diarios de un sector socioeconómico especializado, simplemente no puede ser cumplida a partir de una estructura ministerial o de una superintendencia con las características señaladas, como sucede con los sectores de medio ambiente, energético, telecomunicaciones y supervisión financiera.<sup>840</sup>

No se puede ignorar que la anterior argumentación está teñida por una sobresaliente desconfianza contra la forma de intervención estatal tradicional y ello con la Administración Pública tradicional, en especial, por la figura política que la encabeza, el presidente de República<sup>841</sup>, los constantes escándalos relacionados con la indebida gestión de los recursos

---

<sup>839</sup> Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho... op. cit.* pág. 318.

<sup>840</sup> Edgar González-López. La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017), 32-33.

<sup>841</sup> En este sentido señala Javier Sanclemente-Arciniegas que *"Por ello, la creación de autoridades administrativas independientes es identificada como un remedio para superar la crisis de legitimidad. En efecto, la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad con la que esas instituciones llevan a cabo sus misiones son sus rasgos principales. De esa manera se lograría, además de un mejor funcionamiento de la economía, una refundación de la legitimidad*

públicos, el nepotismo y demás favores políticos, hacen imposible, pensar en la neutralidad dentro del Gobierno central, si las críticas desde *public choice* son válidas para las AAI, lo son más para los ministerios y demás administraciones públicas, sometidas al principio de jerarquía, en el que la captura por el sector regulado puede discutirse, pero la captura política es connatural.

El modelo administrativo napoleónico en la actualidad también está pasando por una crisis de legitimidad democrática, debe en este punto recordarse entonces, el valor del prestigio de los miembros y la credibilidad de los organismos reguladores independientes<sup>842</sup>, de ello estriba el pacífico acatamiento de la regulación económica, ya que los regulados internalizarán mejor y pondrán en práctica las normas, si confían en que el regulador es un ente que no persigue fines políticos electoreros y siguen los estrictos criterios técnicos a lo hora de imponerles cargas.

El tercer argumento a favor de las AAI como modelo regulatorio es que estas administraciones por la naturaleza de sus funciones deben estar dotadas de una **discrecionalidad** “especial”, así lo ha entendido, entre otros autores, Juan José MONTERO PASCUAL, para quien las AAI en su función de regulación económica tienen una “extraordinaria” discrecionalidad, está característica también la comparten otras actividades administrativas tradicionales, pero en algunas de ellas como la actividad de policía<sup>843</sup> es más reducida (donde aplica la teoría del acto reglado), el citado autor explica el desarrollo de dicha discrecionalidad precisamente en la cultura jurídica en la que aparece este tipo de administraciones de la siguiente forma:

El amplio margen de discrecionalidad en la actuación de la Administración es un rasgo propio de la actuación de las agencias en los Estados Unidos frente a la tradición continental. La Constitución americana no preveía el elefantiásico desarrollo de la Administración y su relevancia en numerosos campos sociales, no sólo en la actividad económica. Como consecuencia, fue la propia evolución histórica la que forzó la creación de unas agencias administrativas que no nacieron en el seno del escaso poder

---

*democrática del Estado...*” “La Independencia del regulador en Francia y en Colombia”. *Revista de Derecho*, N.º 51, (enero, 2019): 191., Academic search complete, EBSCOhost. (accesado en septiembre de 2019)

<sup>842</sup> Véase: Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho...* op. cit. pág. 317, 333-334.

<sup>843</sup> Véase: Juan José Montero-Pascual. *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*. 4º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2020), 48.

ejecutivo previsto en la Constitución, sino a partir de delegaciones de autoridad del Legislativo. Estas delegaciones, por su propia naturaleza, difícilmente podían prever la totalidad de supuestos fácticos que aparecerían a lo largo del tiempo.<sup>844</sup>

Para analizar este tema es conveniente presentar brevemente algunas ideas básicas de lo que es discrecionalidad administrativa en el Derecho continental, los tipos de discrecionalidad y finalmente, puntualizar la discrecionalidad que presentan las AAI. Existen diversas formas de discrecionalidad como la constitucional<sup>845</sup>, la legislativa<sup>846</sup>, la judicial<sup>847</sup> y la administrativa. En el presente trabajo únicamente interesa la última de ellas y por cuestiones de delimitación, el tema del control de la discrecionalidad no será abordado.

El autor Gaspar ARIÑO ORTIZ<sup>848</sup> parte de la idea que el papel del Estado moderno es el de ser regulador para la competencia, explica el paso del Estado-Gestor al Estado-Regulador que sería aquel, que admitiendo el protagonismo económico de la sociedad civil, se limitase a manejar los instrumentos y palancas necesarias para optimizar las interacciones en su seno, unas veces corrigiendo los excesos de presión y otras la carencia de impulso, según la necesidad, mediante técnicas bien estudiadas (aplicando análisis económico del Derecho) y finalmente aplicadas. En ese sentido, los problemas que los reguladores han de resolver que no pueden ser predeterminados *ex ante* en los textos legales y hay que dejarlos, en alguna medida, al *juicio discrecional o técnico* de las administraciones competentes, lo que implica que tan importantes, como las regulaciones, son los reguladores, encargados por su definición.

El autor costarricense César HINES CÉSPEDES señala que en un sentido lato “(...) *un acto discrecional es el no reglado. Discrecionalidad sería el ámbito de libre apreciación que se le confiere a una organización pública, en virtud del silencio de la ley, para definir los motivos y medios para lograr un determinado objetivo. Ello es, la libertad que se tiene para decidir y actuar conforme a los postulados de su propia convicción*”.<sup>849</sup> Este último aspecto es muy importante, ya que en relación con las AAI y en general, al fenómeno de la descentralización

---

<sup>844</sup> Juan José Montero-Pascual. *Regulación económica. op. cit.* pág. 50.

<sup>845</sup> Véase: César Hines-Céspedes. La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. (Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S. A., 2006), 62-72.

<sup>846</sup> Véase: César Hines-Céspedes. *La discrecionalidad administrativa... op. cit.* pág. 73-93.

<sup>847</sup> Véase: César Hines-Céspedes. *La discrecionalidad administrativa... op. cit.* pág. 93-105.

<sup>848</sup> Véase: Gaspar Ariño-Ortiz. Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2003.

<sup>849</sup> César Hines-Céspedes. *La discrecionalidad administrativa... op. cit.* pág. 59 (negrita no es del original)

funcional, la idea principal es atribuir una competencia en exclusiva a una Administración, que en razón de su especialidad derivada de la profesionalidad, experiencia y la técnica, se formen un propio criterio.

Por las razones de espacio y pertinencia no puede analizarse aquí las diversas teorías sobre discrecionalidad; no obstante, la discrecionalidad administrativa en el presente trabajo puede ser entendida como una forma del ejercicio de la función administrativa y como una “libertad” que el Derecho da a una Administración “(...) *para escoger una, entre varias hipótesis, entre varias interpretaciones posibles de la norma o entre conductas dentro de una determinada circunstancia, de manera que con cualquiera de ellas se satisfaga el fin público ligado a la actividad y dispuesto en forma genérica por el ordenamiento*”.<sup>850</sup> Así en el contexto de la regulación económica, el fin público fundamental de cualquier acto administrativo (reglado o no) sería proteger el orden público económico.

El autor César David CIRIANO VELA<sup>851</sup> aporta las bases para estudiar la discrecionalidad en el “Derecho administrativo económico”, desde el enfoque llamado del análisis “material”, es decir, del estudio del contenido y estructura de las normas que habilitan a la Administración económica y de sus distintos tipos de actuaciones que se derivan de las diferentes regulaciones. Dicho autor pone énfasis en el alcance de la discrecionalidad con la que cuenta la Administración económica a la hora de actuar como programador de la actividad económica, la administración económica se basa muchas veces en normas con una estructura finalista<sup>852</sup>, ya que se señalan fines y objetivos a alcanzar, pero que no describen el supuesto de hecho en el que puede actuar y regulan de un modo muy general la consecuencia jurídica y en este caso los medios. Por último, concretando la llamada discrecionalidad de la administración económica en la figura de las Autoridades Administrativas Independientes, dice CIRIANO VELA que:

(...) es necesario poner de manifiesto que las llamadas Administraciones independientes, cuando ejercen una de las clases de potestades que les otorga el

---

<sup>850</sup> César Hines-Céspedes. *La discrecionalidad administrativa... op. cit.* pág. 59.

<sup>851</sup> Véase: César David Ciriano-Vela. *Administración Económica y Discrecionalidad: Un análisis normativo y jurisprudencial*. Valladolid, España: LEX NOVA S. A. 2000.

<sup>852</sup> En el mismo sentido véase: Francisco de Borja López-Jurado Escribano. “Finalidad y Realidad en el Derecho: caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica (España)”. *Revista empresa y humanismo*. Vol. VII. N.º 1 (2004): 61-81. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/empresa-y-humanismo/article/view/33346> [10-07-2020]

ordenamiento económico de cada sector (las potestades normativas), también cuentan con un grado importante de discrecionalidad, que tradicionalmente había venido ejercitando la Administración económica clásica, pero que en la actualidad ha pasado a manos de estos entes de nuevo cuño. En efecto, con independencia de que esta potestad pueda o no ser calificada como reglamentaria, o que se aproxime más bien a las circulares o instrucciones dirigidas a los sectores objeto de intervención, lo cierto es que en su labor de regulación económica (entendida aquí en sentido estricto: aprobación de normas) las Administraciones independientes cuentan con un margen de discrecionalidad normativa que en muchos supuestos tiene un alcance similar al de la reglamentaria (...) En suma, la conclusión es aquí clara: la existencia de un poder normativo en manos de estos entes supone la atribución de potestades discrecionales a la hora de ejercer esta función, que está condicionada por lo dispuesto en las Leyes y reglamentos que las regulen.<sup>853</sup>

Se puede extraer de lo anterior que las AAI tienen discrecionalidad en un determinado sector económico, a esta hay que agregarle el factor técnico que se analizó, con ello se puede hablar de una suerte *discrecionalidad en la regulación* en aras de una mayor eficiencia<sup>854</sup>, no solo para llevar a cabo la potestad reglamentaria (competencia normativa), sino también para ejercer las demás competencias como la supervisora, la cuales se verán más adelante, está discrecionalidad deriva de la complejidad de los sectores regulados, así Xavier ARBOS señala que *“El sistema normativo está ordenado jerárquicamente de forma bastante rígida, mientras que las regulaciones técnicas se articulan según los problemas que deben resolver, sin criterios externos de jerarquía que las determinen. La utilidad prevalece sobre otros criterios”*<sup>855</sup> y añade el citado autor que por ello:

No hay que sorprenderse, pues, de que el legislador delegue la concreción de sus mandatos a los expertos de la Administración que se supone que son capaces de formular la regla más adecuada para la obtención de un resultado práctico, y que conocen los objetivos a los que conviene apuntar a corto plazo para conseguir un resultado en el futuro. La circular es un instrumento que se utiliza con frecuencia,

---

<sup>853</sup> César David Ciriano-Vela. *Administración Económica y Discrecionalidad... op. cit.* pág. 287.

<sup>854</sup> Véase: Edgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación... op. cit.* pág. 505.

<sup>855</sup> Xavier Arbos. “La crisis de la regulación estatal (España)” *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), N.º 71. (enero-marzo, 1991): 274.



aunque en principio sus efectos deban limitarse a la Administración. Sin embargo, parece claro que no dejan de tener efectos externos, y no pequeños, si sus destinatarios son los bancos privados o la Bolsa, y, por otro lado, la infracción de las mismas puede acarrear sanciones. La regulación que resulta de esos textos no se inserta fácilmente en la jerarquía normativa según la visión más habitual, si se sigue sosteniendo que carecen de efectos externos. Ello resulta aún más complicado cuando son el resultado de una habilitación normativa concedida a autoridades que gozan de una gran independencia (...).<sup>856</sup>

En el mismo sentido, Nuria RUIZ PALAZUELOS resalta la dinámica y complejidad de los sectores regulados, que no es exclusiva de ellos, es así que se reconoce una importante discrecionalidad a los organismo reguladores dada la realidad económica que enfrentan,<sup>857</sup> por otro lado, en relación con la delegación dice que *“No parece plantear dudas el hecho de que cuanto más compleja se hace la realidad social y económica, más difícil resulta que la norma determine de antemano el proceder de la Administración en cada supuesto y más necesario es, en consecuencia, otorgar un margen de apreciación al regulador.”*<sup>858</sup> Con todo lo anterior queda clara la relación entre discrecionalidad y regulación, con efectos muy concretos, en palabras María José BOBES SÁNCHEZ:

Esta cuestión es, en efecto, un exponente más de la evolución en la que está inmerso el Derecho Público tradicional que intenta acoger desde mediados de los años noventa al denominado Derecho Público de la Regulación Económica. Impulsado desde las instituciones europeas con motivo de las liberalizaciones de diversos sectores económicos... [...] Unas autoridades cuya independencia parece ir cada vez más estrechamente ligada a un margen mayor de libertad de acción, no sólo frente al Ejecutivo y al Poder Judicial, según se critica, sino ahora también frente al Legislador nacional. Puede decirse por todo ello, que el concepto de discrecionalidad vuelve a jugar un papel sobresaliente en la evolución del Derecho Público y que parece imponer de

---

<sup>856</sup> Xavier Arbos. *La crisis de la regulación estatal... op. cit.* pág. 275.

<sup>857</sup> Véase: Nuria Ruiz-Palazuelos. *Regulación económica y Estado de Derecho.* (España: Tirant lo Blanch, 2018), 107.

<sup>858</sup> Nuria Ruiz-Palazuelos. *Regulación económica y Estado de Derecho. op. cit.* pág. 107-108.

nuevo una elección: adaptar los esquemas jurídicos propios del modelo de Estado Democrático y de Derecho o admitir la necesidad de nuevas construcciones jurídicas<sup>859</sup>

## 5. Las garantías formales de independencia de las AAI

El autor Juan José MONTERO PASCUAL denomina a las características propias de las AAI, en relación con su pretendida independencia, como garantías formales de independencia, formales no porque se queden en el papel, sino que nacen en virtud de una Ley formal y las clasifica de la siguiente forma: i. de nombramiento y cese de órganos directivos, ii. autoorganización e iii. independencia financiera.<sup>860</sup> El nivel de independencia según el esquema propuesto por Gabriel FERNÁNDEZ ROJAS se puede analizar desde el punto de vista 1) personal o subjetivo, 2) funcional y 3) financiero.<sup>861</sup>

Para Eduardo VIRGALA FORURIA existen tres principios que distinguen la independencia de los organismos reguladores, a saber: “(...) *dentro de lo que suele denominarse la independencia orgánica, la imposibilidad para el Gobierno de disponer de la composición del órgano y dentro de la llamada independencia funcional, la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno con los OR y la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso de alzada*”.<sup>862</sup> Las tres posiciones anteriores serán ampliadas.

Dicho lo anterior, ahora cabe señalar que en lugar de hablar de independencia en términos generales, que es el común en la doctrina, es más técnico hablar de “grados”<sup>863</sup> o como indica POMED SÁNCHEZ, de **escalas de la independencia** (de manera similar a las

---

<sup>859</sup> Véase: María José Bobes-Sánchez. “Discrecionalidad y Regulación. (A propósito de la reciente jurisprudencia del BVerwG sobre telecomunicaciones y la sentencia del TJUE Comisión c. Alemania de 3 de diciembre de 2009). (España)”. *Revista General de Derecho Administrativo*. N.º 29. (2012): versión en línea sin numerar. Disponible en: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=411263&d=1](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411263&d=1) [05-10-2020]

<sup>860</sup> Juan José Montero-Pascual. *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación...* op. cit. pág. 64

<sup>861</sup> Véase: Gabriel Fernández-Rojas. “Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España (España)” *Vniversitas*. N.º 109 (abril, 2005): 419-460.

<sup>862</sup> Eduardo Virgala-Foruria. “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible (España)”. *Revista española de Derecho Constitucional*, N.º 94. (enero-abril, 2012): 82-83.

<sup>863</sup> En ese sentido Aníbal Zárata-Pérez: “*Dans son acception large, l'indépendance constituerait une notion abstraite susceptible de qualifier divers degrés de liberté de fonction et de garanties statutaires accordées aux autorités administratives*”. *L'indépendance des autorités de concurrence. Analyse comparative Colombie, France, États-Unis*. Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho público. (París: Panthéon-Assas, 2011): 43.

escalas de demanialidad señaladas por DUGUIT) en tanto que “el vértice lo constituirían las denominadas Administraciones Independientes, dotadas de personalidad jurídica propia, lo que las convierte en centros autónomos de imputación de relaciones jurídicas”<sup>864</sup> y se diferencian de los demás órganos independientes (con personalidad jurídica) en que estos surgen para ordenar determinados sectores.<sup>865</sup>

En algunas ocasiones las limitaciones en relación con el Poder Ejecutivo benefician al Poder Legislativo, como puede ser en el caso de los nombramientos de los directivos, el modelo regulatorio por AAI se ha diseñado con base en el modelo de frenos y contrapesos de inspiración norteamericana, este juego ha ido mutando a lo largo de los años, a continuación se verá un panorama general de la mano de la doctrina especializada, que ayudará a comprender la configuración jurídica o “arquitectura institucional” de las AAI con el énfasis siempre en su independencia.

### **5.1. Independencia institucional u orgánica**

La independencia institucional u orgánica de una AAI es el criterio más difícil de determinar, requiere de forma ineludible realizar un examen pormenorizado del régimen legal de la AAI concreta, por ello, hacer una generalización como se hace en los demás criterios de independencia formal es más difícil, este criterio de independencia analiza principalmente los siguientes puntos:

- i. La atribución de personalidad jurídica propia,
- ii. la colegialidad del órgano directivo,
- iii. la capacidad de autoorganizarse o darse su propio reglamento interno de organización y servicio, y
- iv. el régimen de su presupuesto y la posibilidad de financiamiento autónomo.<sup>866</sup>

Se podría decir incluso que no hay dos AAI completamente iguales, en el Derecho comparado, en cuanto a su configuración institucional, esto es así porque las AAI “se han ido

---

<sup>864</sup> Luis Alberto Pomed-Sánchez. “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes (España)”. *Revista de Administración Pública*. N.º 132. (Septiembre – Noviembre, 1993): Ibid., 142.

<sup>865</sup> Luis Alberto Pomed-Sánchez. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes...* *op. cit.* pág. 149.

<sup>866</sup> En la mayoría de los trabajos este punto es tratado de forma separada, nosotros creemos que, sin negar su vital importancia para el funcionamiento de las AAI, la independencia económica y financiera se encuadra más sistemáticamente dentro análisis de la independencia institucional u orgánica de la AAI.

creando sin un plan previo, sin que existiera un régimen común a todas ellas, a cada una se le dio en su momento una forma de organización distinta”;<sup>867</sup> no obstante, con Domingo SIFONTES se puede señalar, dentro de las muchas posibilidades, las formas en que las AAI se suelen diseñar:

- **Agencia semiautónoma:** tiene ciertos poderes, con decisiones sujetas a la revisión de ministerios o comisiones.
- **Agencia totalmente autónoma:** muchas veces tienen igual rango que el ministerio, poseen financiamiento propio y el personal se designa por períodos definidos.
- **Agencia incluida dentro de la estructura del sector:** generalmente el operador es quien regula.
- **Ausencia de agencia reguladora, delegando a los Tribunales de Justicia las funciones correspondientes a las agencias:** las decisiones en materia de regulación son tomadas por los Tribunales de Justicia.
- **Agencia incorporada al ministerio del sector:** actúa como una subsecretaría y no posee financiamiento propio.<sup>868</sup> (negrita no es del original)

Para nuestros efectos tienen especial importancia las dos primeras posibilidades, que son las AAI como entes semiautónomos y como entes totalmente autónomos, y se analizarán en concreto en el tercer capítulo, aplicado a Costa Rica, de momento se puede decir que una AAI constituida legalmente como agencia totalmente autónoma, en la praxis difícilmente se pueden encontrar, pero para efectos académicos, constituirá el modelo ideal. Las agencias semiautónomas serán AAI en tanto cumplan con algunos de los demás criterios de independencia y tengan una “escala” de independencia aceptable, por ello, no se puede afirmar que un ente sin independencia institucional o autonomía no es una AAI, en este aspecto, la doctrina brinda multiplicidad de ejemplos.

Por otro lado, la **independencia orgánica** hace referencia a la capacidad de autoorganización de todas las agencias independientes en tanto puedan darse su propio

---

<sup>867</sup> María Salvador-Martínez. Partidos políticos y «autoridades independientes». *Revista española de Derecho Constitucional*, N.º 104. (mayo-agosto, 2015): 89.

<sup>868</sup> “El grado de independencia de los entes reguladores, variará de un país a otro, principalmente por las características institucionales básicas mencionadas con anterioridad, de las atribuciones dadas al organismo, del personal calificado y de los recursos disponibles (...)” Domingo Sifontes. “Regulación económica y agencias regulatorias independientes: una revisión de la literatura. (España)” *Contribuciones a la economía. Revista académica virtual* (septiembre, 2019): 13.

reglamento interno<sup>869</sup>, lo cual contribuye a su autonomía reforzada, ya que puede organizarse internamente para cumplir con los objetivos que tiene establecidos, esto es la utilización de recursos humanos de la manera que mejor lo considere, lo cual permite que muchas de estas agencias independientes tengan regímenes de contratación especiales<sup>870</sup> para poder acceder al personal técnico que las caracteriza, esto es, un régimen de contratación más flexible.

### 5.1.1. Personalidad jurídica

Concretamente, la independencia institucional es el reconocimiento pleno de personalidad jurídica, de Derecho público y privado, lo cual la hace centro último de imputación de derechos y obligaciones, la naturaleza jurídica de la AAI determina a su vez, su capacidad procesal, por otro lado, la creación por Ley de las AAI las *“diferencia de cualquier órgano u organismo de la Administración, lo que supone que su existencia no depende del Gobierno”*<sup>871</sup>, además, atendiendo a esa Ley se les da *“un estatuto específico (de manera que, sólo de forma subsidiaria, son aplicables a dichas «autoridades» las normas del régimen general de la Administración del Estado), dotarles de un presupuesto y patrimonio también propio, y situarlas orgánicamente al margen del Poder ejecutivo”*.<sup>872</sup> Esto tiene varias implicaciones prácticas, como señala el autor BETANCOR: *“El reconocimiento de la plenitud de la capacidad está asociada a la sujeción al Derecho privado en todo lo que se refiere a las actividades de provisión de bienes y servicios necesarios para el desarrollo de sus funciones públicas. Son, además, entidades de Derecho público en su condición de Administraciones públicas”*<sup>873</sup>; no obstante, como se verá enseguida, puede que las AAI tengan unas y no otras de dichas características.

En los Estados Unidos no existe el concepto de personalidad jurídica del Estado o una personalidad jurídica general de la administración en cabeza del Estado, producto de lo anterior las AAI cuentan con capacidad jurídica propia para ser demandadas, esto es lo general en el sistema jurídico estadounidense, no es una característica propia de las *independent regulatory commissions* o agencias independientes, se puede aclarar este aspecto con la

---

<sup>869</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005), 114.

<sup>870</sup> Véase: *Ibid.* op. cit. 115.

<sup>871</sup> María Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»... op. cit.* pág. 89.

<sup>872</sup> *Ibid.*

<sup>873</sup> Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho... op. cit.* pág. 365.

siguiente cita:

Una de las principales características del sistema norteamericano es la inexistencia de la consagración, con carácter general, de un sistema de personalidad jurídica única de los entes públicos. Por ello es frecuente observar en los pleitos que figuren como partes no sólo un órgano concreto, sino incluso el titular del órgano. Así, por ejemplo, el caso ***Trump v. Hawaii*** (reciente pronunciamiento sobre medidas contra la inmigración) donde el recurrente es la persona concreta que en el momento de entablarse la acción ostentaba el cargo de presidente de los Estados Unidos; ***Obergefell vs. Hodges*** (el célebre landmark case en el que se ligó el derecho de personas del mismo sexo a contraer matrimonio con el texto constitucional) donde el recurrido era Richard Hodges, el director del Departamento de Salud de Ohio; (...). Es cierto que puede tener la condición de parte procesal un ente más o menos amplio (los Estados Unidos, un estado, una agencia ejecutiva o independiente), pero la inexistencia del principio de personalidad jurídica única permite que la legitimación procesal, tanto activa como pasiva, pueda ostentarla no ya un órgano, sino incluso (*sic*) la persona física que lo ocupa en esos momentos.<sup>874</sup>

Lo anterior se explica en términos históricos, como una característica del sistema jurídico del *common law*, que no viene al caso explicar a profundidad, baste con mencionar que según lo explica GARCÍA DE ENTERRÍA: “*La idea misma de un Estado abstracto y transpersonal falta en estos países. Desde esta base se comprende que no tenga cabida la idea de una voluntad atribuible a un ente abstracto, Estado (...)*”.<sup>875</sup>. Por lo que no existe una única personalidad jurídica como tal y el régimen de cada administración dependerá de su Ley de creación o decreto que la cree, siendo cualquier tipo de autoridad o funcionario sujeto de imputación por el ejercicio de sus funciones en sede jurisdiccional como quedó expuesto.

Por otro lado, en el sistema jurídico continental tributario de la Revolución Francesa, la administración del Estado tiene personalidad jurídica unitaria, pero no es por ser considerado ente abstracto, sino porque se considera que la soberanía reside en el pueblo, el cual ha

---

<sup>874</sup> Monsieur de Villefort: Derecho, historia y cultura. “La quiebra del principio de personalidad jurídica única de las administraciones”. [https://monsieurdevillefort.wordpress.com/2020/01/29/la-quiebra-del-principio-de-personalida d-juridica-unica-de-las-administraciones/](https://monsieurdevillefort.wordpress.com/2020/01/29/la-quiebra-del-principio-de-personalida-d-juridica-unica-de-las-administraciones/) [29-08-2020]

<sup>875</sup> Eduardo García de Enterría. “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 129. (septiembre - diciembre, 1992): 200.

consagrado democráticamente su voluntad en una Constitución Política y se ha dispuesto que sea el Congreso el encargado de hacer las leyes de la República, las cuales son capaces de dotar de personalidad jurídica a distintos entes<sup>876</sup>. Pero lo cierto es que “(...) *la Administración del Estado no es hoy la única Administración. Hay que hablar de Administraciones, de una pléyade o género entero, cada vez con singularidades más variadas*”.<sup>877</sup> Por ello, podemos encontrar administraciones públicas con personalidad jurídica plena y otras que carecen de ella.

Con lo anterior queda en evidencia que la denominada independencia institucional tiene cierta similitud con el fenómeno de descentralización administrativa y el grado de autonomía de la administración descentralizada funcionalmente<sup>878</sup>, lo cual puede servir como forma de acercamiento al estudio de las AAI, en esta categoría de análisis, pero no son lo mismo, tienen explicaciones y contextos históricos muy dispares e incluso antagónicos, las AAI nacieron en el contexto de una economía liberal o liberalizada y los entes descentralizados fueron el medio típico de intervención del Estado<sup>879</sup> prestacional y gestor. Como quedó expuesto en su momento, los entes autónomos a pesar de su “personalidad jurídica plena”, se encuentran también, en la práctica, plenamente sometidos al Poder Ejecutivo.

Con lo anterior, el caso francés es llamativo, ya que ninguna de las AAI tiene personalidad jurídica propia, pero no dejan por ello de clasificarse como *autorité administrative*

---

<sup>876</sup> En este sentido el artículo 1° de la LGAP N.º 6227 dispone que “*La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado*”. (negrita no es del original), Por otro lado, el artículo 15 del Código Civil expresamente señala que “*la existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o del convenio conforme a la ley*”.

<sup>877</sup> Eduardo García de Enterría. *El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público... op. cit.* pág. 202.

<sup>878</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 191.

<sup>879</sup> Alejandro Nieto comenta el nacimiento de los entes autónomos en Francia desde la perspectiva crítica racional que lo caracteriza, de la siguiente forma: “*A principios del siglo XXI, y más aún a partir de la Guerra europea, se llegó en Francia al convencimiento de que el sistema centralizado, idóneo para el siglo anterior, ya no servía para gestionar las nuevas tareas que el Estado había ido asumiendo. Planteadas así las cosas, hubiera podido pensarse que la solución consistiría -si es que no quería privatizarse o devolverse a la sociedad civil- en un traslado de las competencias desde el Estado a los entes ya existentes, concretamente a las provincias y municipios: pero tal fórmula fue rechazada en Francia por una razón política coyuntural: los departamentos y comunas estaban regidos, en gran parte, por partidos de la oposición: lo que implicaba que el traslado de competencias había de provocar un debilitamiento del partido gobernante. En su consecuencia, se hizo prevalecer la razón política sobre la razón de Estado y, en lugar de una descentralización territorial, se acudió a la fórmula de una descentralización funcional, marginando a los entes ya existentes y creando otros nuevos, burocratizados y dependientes del Estado. (...) De esta manera se consiguió descongestionar al Estado -cuyas funciones se trasladaban a entes con personalidad pública propia-, burlando las presiones y apetencias de participación de los partidos políticos y, al tiempo, de los municipios, provincias y regiones*”. Alejandro Nieto. *La “nueva” organización del desgobierno.* 3º reimpr. (España: Ariel, 1996): 225-226.

*indépendante*, por la Ley, jurisprudencia y doctrina, “(...) esto significa que las AAI no pueden tener patrimonio ni presupuesto propio y que actúan siempre en nombre del Estado, sus actos se imputan directamente al Estado, aunque en ocasiones se permita a algunas AAI tomar parte en juicios sin hacerse representar por un ministro. Puesto que las AAI no tienen personalidad jurídica propia, no se las considera una nueva forma de descentralización funcional. Las «autoridades independientes» están integradas, al menos formalmente, en la Administración central del Estado, de la que forman parte el Primer Ministro, los ministros, todos los servicios que dependen jerárquicamente de ellos y los órganos consultivos”.<sup>880</sup>

Ello es porque se considera que a pesar de tener un régimen de especial autonomía, en especial con relación al Poder Ejecutivo, forman parte del Gobierno central y por ello comparten la personalidad jurídica de la Administración del Estado, actuando siempre a nombre de aquel, es por ello que la doctrina francesa “(...) no se ha preocupado por distinguir a estas «autoridades» de los entes descentralizados y no existe delimitación entre las AAI y, por ejemplo, las Universidades o el Banco de Francia, que tienen personalidad jurídica y disfrutan también de un determinado tipo de autonomía (...)”<sup>881</sup> y para definir las como AAI “(...) se ha tomado como referencia al resto de los órganos administrativos que componen la Administración central y que actúan sujetos a los principios de jerarquía y dirección”.<sup>882</sup> Para concluir con este ejemplo, se puede decir que las AAI francesas no tienen un respaldo constitucional robusto, como sucede en Estados Unidos, España o Colombia, pero, sí tienen, en la mayoría de los casos, un diseño legal muy desarrollado y un grado de independencia aceptable.<sup>883</sup>

Otra característica de las AAI es que la totalidad de los casos deben de ser creadas por Ley<sup>884</sup>, como sucede en **España**, en este país todas las AAI tienen personalidad jurídica<sup>885</sup>, de derecho público y privado. Se puede mencionar también que la mayoría de las AAI están

---

<sup>880</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 216.

<sup>881</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 199.

<sup>882</sup> *Ibid.*

<sup>883</sup> En relación al caso francés y Colombiano véase: Sanclemente-Arciniegas, Javier. “La Independencia del Regulador en Francia y en Colombia”. *Revista de Derecho*, N.º 51, (enero, 2019): 197-198.

<sup>884</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 290.

<sup>885</sup> “La atribución de personalidad jurídica a un determinado ente significa que éste se constituye en centro de imputación de derechos y obligaciones distinto de la Administración, y que se le puede aplicar un derecho singular creado específicamente para él, en lugar del Derecho Administrativo general”. María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 291.



adscritas a un ministerio, *“Pero la doctrina interpreta que dicha adscripción es sólo formal, pues la <independencia> de este tipo de organismos obviamente, excluye su integración en ninguna otra administración”*<sup>886</sup>, se ha entendido entonces que las AAI se rigen por un Derecho estatutario y en el ejercicio de sus potestades públicas por un Derecho administrativo especial, en el que se aplica supletoriamente el Derecho administrativo general y en el resto de actividades se puede aplicar el Derecho privado<sup>887</sup>. Lo anterior es lo que le permite a las AAI tener independencia funcional, criterio que analizaremos en sección aparte.

Por último, cabe mencionar que otra de las ventajas de que las AAI tengan personalidad jurídica propia es que pueden detentar un patrimonio propio y separado de la Administración central, como ocurrió con los entes desconcentrados, es así que *“las «autoridades independientes», por lo tanto, también disponen de su propio patrimonio, que no está sujeto al régimen patrimonial de los organismos autónomos, y que, en ocasiones, si esta afecto a un servicio, tiene la consideración de dominio público”*.<sup>888</sup>

### 5.1.2. Colegialidad del órgano directivo

También dentro de la independencia institucional se estudia la forma en que se diseña el órgano directivo que por lo general son órganos colegiados (consejos, comités, juntas directivas, etc.), se señala por la mayoría de los autores que *“las agencias dirigidas por un órgano colegiado son más adecuadas para cumplir una función que conlleve además la toma de decisiones y para que un grupo de expertos o profesionales cumplan con independencia una función de regulation, porque el órgano colegiado es menos vulnerable a las presiones políticas o privadas que un órgano monocrático”*.<sup>889</sup> Para Jean-Jacques MENEURET encuentra la función de la colegialidad *“(…) es generalmente presentada como la característica que, antes que nada, legitima estas instituciones como órganos atípicos de la intervención del Estado”*.<sup>890</sup> Esa característica, por ejemplo, es considerada por el Consejo de Estado francés, parte de la

---

<sup>886</sup> Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 292.

<sup>887</sup> Véase: Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. *Op. cit.* pág. 292-293.

<sup>888</sup> Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. *Op. cit.* pág. 311-312.

<sup>889</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 120.; En este mismo sentido Jean-Jacques Manuret. “Las autoridades administrativas independientes en Francia: órganos colegiados (México)”. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Vol. 1. N.º 1. (enero-junio, 2014): 81-124. Este autor señala que *“(…) la cuestión de la imparcialidad de las AAI se presenta con frecuencia como indisoluble de su colegialidad, es decir, el hecho de estar organizadas en un colegio compuesto de varios miembros encargados de deliberar colectivamente”*. *Ibid.* pág. 86.

<sup>890</sup> Jean-Jacques Manuret. *Las autoridades administrativas independientes en Francia... op. cit.* pág. 88.

“sustancia” de las AAI<sup>891</sup>. Por otro lado, encuentra tres elementos que explican la colegialidad, a saber:

- Buscan ofrecer a la ciudadanía una garantía reforzada de imparcialidad en cuanto a la intervención estatal y al estar conformadas por distintas personas son más democráticas, ya que las decisiones serán tomadas sin mesura y han de ser menos susceptibles a la influencia de alguno de sus miembros, en fin, dotadas de mayor autoridad.<sup>892</sup>
- La colegialidad hace posible la pluridisciplinariedad dentro del órgano directivo de las AAI y aumenta su competencia técnica, de esa forma son posibles los debates y las deliberaciones de personas cualificadas en el sector de referencia, se pueden así tomar en cuenta tanto aspectos económicos como sociales en decisiones complejas.<sup>893</sup>
- Se evita claramente la “personalización” de la AAI, esto impide la concentración en una sola persona del poder decisorio, así el Colegio funciona como contrapeso, también ayuda a mejorar la transparencia en el funcionamiento de la AAI y sus servicios.<sup>894</sup>

En Estados Unidos “(...) todas las «agencias independientes» son del tipo *multi-member agency*, es decir, las decisiones últimas no las toma sólo un sujeto que ocupa el lugar jerárquicamente superior (*single-header agency*), sino un órgano colegiado formado por alrededor de cinco o siete miembros denominado *commission* o *board*”.<sup>895</sup> Esta ha sido una de las características más importantes para diferenciarlas de las agencias federales.

En relación con la colegialidad de las AAI en Francia, “(...) es identificado como una garantía esencial de su independencia (Gélard, 2006). Algunos autores han afirmado que la colegialidad es un elemento consustancial de esas instituciones (...)”<sup>896</sup> El consejo francés ha dicho que el

---

<sup>891</sup> Ibid. pág. 89.

<sup>892</sup> Véase: Jean-Jacques Manuret. *Las autoridades administrativas independientes en Francia... op. cit.* pág. 90-91. Y añade que “(...) esta observación es aún más relevante cuando se trata de las autoridades de regulación económica que son las más parecidas a las jurisdicciones (como la Autoridad de la Competencia [Autorité de la concurrence] o la Autoridad de Mercados Financieros [Autorité des marchés financiers]), en la medida en que ejercen poderes que se unen, de un punto de vista material, a la función jurisdiccional. Y bien tenemos sabido desde hace tiempo que la colegialidad representa una garantía de la independencia e imparcialidad de la justicia”. Ibid. 91.

<sup>893</sup> Véase: Jean-Jacques Manuret. *Las autoridades administrativas independientes en Francia... op. cit.* pág. 92.

<sup>894</sup> Véase: Jean-Jacques Manuret. *Las autoridades administrativas independientes en Francia... op. cit.* pág. 93-94.

<sup>895</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 119.

<sup>896</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 201-202.

órgano colegiado realiza dos importantes funciones, primero, “(...) *permite equilibrar la influencia de diferentes instancias en la designación de los miembros de la entidad y, de la otra, garantiza la existencia de una deliberación colectiva sobre temas sensibles o cuestiones complejas, lo que representa una garantía de objetividad y seriedad (...)*”.<sup>897</sup>

En realidad, lo que interesa en este punto es recalcar que las AAI, como entes reguladores deben tener *capacidad de decisión propia y no ser entes meramente consultivos*<sup>898</sup>, más allá de si se trata, por ejemplo, de un ente autónomo, semiautónomo o de uno adscrito a un ministerio o si es un órgano unipersonal o colegiado, aunque las ventajas de esta última forma son varias, como quedó expuesto.

### **5.1.3. Autoorganización**

La autoorganización según el autor MONTERO PASCUAL, es una de las garantías formales de independencia clave que consta de tres elementos<sup>899</sup>, en primer lugar, es la aprobación de una norma de autoorganización por la propia Administración independiente y no por el Gobierno u otro poder público, lo cual refuerza la independencia del organismo regulador, en segundo lugar, la autoorganización supone la capacidad de la AAI para poder designar el presidente dentro de sus miembros y no por un ente administrativo o actor político externo y en tercer lugar; la autoorganización abarca la designación del personal directivo subalterno por la propia AAI.

Así la autoorganización se refiere a la facultad que deben tener las AAI de determinar su organización, funcionamiento y gestión de recursos internos, en el caso español, por lo general, las AAI no tienen la potestad para poder aprobar su propio reglamento interno, ya que es el Gobierno quien tiene esa atribución, aunque en algunos casos se permite a la AAI

---

<sup>897</sup> Sanclemente-Arciniegas, Javier. “La Independencia el regulador en Francia y en Colombia”. *Revista de Derecho*, N.º 51, (enero, 2019): 201-202., Academic Search Complete, EBSCOhost. (accesado en septiembre 2019)

<sup>898</sup> En este sentido Gaspar Ariño-Ortiz. “Respecto a la alternativa entre regulador unipersonal (modelo inglés) o colegiado (modelo americano y de la mayoría de los países del mundo) sin duda parece preferible el segundo: una autoridad colegiada, de 5 miembros (no más) siguiendo el modelo federal americano (sectorial y colegiado). En cualquier caso, debe ser “autoridad”, no un simple organismo representativo y consultivo, y debe disponer de medios acordes con sus responsabilidades”. “Sobre la naturaleza y la razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario (Brasil)”. *Redae*, N.º 10. (mayo-junio-julio, 2007): 13.

<sup>899</sup> Véase: Juan José Montero-Pascual. *Regulación Económica: La actividad administrativa de regulación de los mercados*. 4º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2020): 70-71.

elaborar su propuesta,<sup>900</sup> importantes excepciones a lo anterior se dan con las Universidades y con el Banco de España, ya que los primeros elaboran sus estatutos orgánicos y el segundo su reglamento interno sin la intervención del Gobierno.<sup>901</sup>

La “norma de autoorganización”, el primero de los elementos, son conocidas como reglamento interno o de organización y servicio, la aprobación de dichas normas internas debe estar cubiertas en todo caso a control de legalidad, pero sin comprometer su capacidad de autogestionar sus recursos, medios y personal en la forma que según sus necesidades y experticia lo consideren conveniente. Para llevar a cabo esta autoorganización es indispensable que la AAI tenga la atribución legal en su Ley de creación, ya que en virtud del principio de legalidad las administraciones públicas, no pueden hacer lo que no les sea expresamente concedido<sup>902</sup>, más aún en este ámbito, ya que la potestad reglamentaria ha sido históricamente concebida como una atribución del Poder Ejecutivo, especialmente con los reglamentos autónomos, llamados a suplir lagunas o complementar lo no expresamente contenido en la ley, para facilitar su implementación y poder así ejecutarlas.

El segundo elemento que encuentra el citado autor sobre la elección del presidente de la junta directiva de la AAI, es una garantía reforzada de independencia, ya que usualmente el presidente de la República con la ratificación del Congreso, es quien nombra dichos integrantes y dentro de ellos a su presidente, pero en algunos casos es el Gobierno central, quien por decreto ejecutivo designa al presidente de la AAI, esta práctica es precisamente la que se desea evitar, sobre este aspecto se profundizará en la sección de independencia personal más adelante.

El tercer y último elemento de la “autoorganización”, es la designación del personal directivo subalterno, es decir, aquellos con cierta capacidad de mando y decisión, distintos a

---

<sup>900</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 293.

<sup>901</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»*... *op. cit.* pág. 294.

<sup>902</sup> La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica “(...) *ha expresado en múltiples ocasiones que la particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta*”. Resolución N.º 01809-2006 del 15 de febrero de 2006. Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-365717> [11-09-2020]

los miembros de la junta directiva, por ejemplo, los oficiales de cumplimiento dentro de una superintendencia, se busca que sea la propia AAI quien los designe en cabeza de su junta directiva mediante su oficina de recursos humanos, en aras de garantizar el personal idóneo para el puesto, esto así porque a diferencia del Gobierno central, no se busca en estas organizaciones un régimen laboral de inamovilidad, ya que cumplir con sus funciones de manera eficiente es lo más importante, esto lo vemos desde el hecho que los directivos son nombrados por períodos fijos que van de cinco a siete años, generalmente, sin posibilidad de reelección o de una sola vez.

Para lograr sus objetivos, la AAI requiere de personal altamente cualificado, con experticia en su ámbito de regulación y supervisión, el cual puede ser renovado periódicamente en virtud de las nuevas necesidades. Por ejemplo, en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) “(...) es competente para nombrar a su secretario y para nombrar a los Directores de instrucción. En la misma línea, al consejo de la CNMC compete resolver sobre las recusaciones, correcciones disciplinarias, incapacidad e incumplimiento grave de las funciones de sus miembros, incluido el Presidente. Así, los conflictos sobre estas materias se resuelven internamente”.<sup>903</sup> Se recalca que esta capacidad de “autoorganización” aplica solo para el personal directivo y técnico, por lo que el personal administrativo general puede ser contratado por el método común aplicado al Gobierno central, el cual ha sido diseñado para seleccionar a las personas que cumplan con los requisitos y para garantizarles un régimen de igualdad y estabilidad en la función pública (carrera administrativa).

#### **5.1.4. Presupuesto y financiamiento**

El presupuesto y el financiamiento de la AAI se enmarca dentro de la independencia económica o financiera, que es un criterio de análisis de gran importancia, de hecho, en los estudios consultados, por lo general, se presenta como una “forma de independencia” separada, no dentro del análisis institucional u orgánico, como se desarrolla en el presente trabajo de investigación, la razón para ubicarla en este apartado no es por restarle importancia, sino porque consideramos que la forma en que las AAI obtienen sus recursos económicos está condicionada por su naturaleza institucional, ya que las AAI como administraciones públicas, se regirán por los marcos generales aplicables al resto de la AP central y descentralizada

---

<sup>903</sup> Juan José Montero-Pascual. *Regulación Económica... op. cit.* pág. 71.

funcionalmente, dicho esto, salta a la vista que un régimen de financiamiento “especial” tendría que surgir necesariamente de la ley de creación de la AAI concretamente, este aspecto es de vital importancia, ya que nada se puede hacer con un grado aceptable de independencia personal y funcional, sino se tiene los recursos necesarios para llevar a cabo las tareas encomendadas, se analizan en este punto varios aspectos específicos, a saber:

- **Presupuesto propio:** esto es la posibilidad de proponer el presupuesto que a criterio de la AAI es necesario para llevar a cabo sus funciones y la posibilidad de defenderlo ante el congreso o cualquier otro ente encargado de su aprobación.
- **Posibilidad de financiamiento independiente:** esto es el cobro de impuestos parafiscales o tasas al sector regulado y la gestión independiente de dichos recursos, es decir, que no rige el principio de caja única del Estado.
- **Rendición de cuentas**<sup>904</sup>: en materia contable como toda administración pública, las AAI estarán sometidas a un régimen de rendición de cuentas o *control* ante la autoridad correspondiente, como puede ser un tribunal de cuentas o contraloría, además del control político que puede realizar el Congreso en cualquier momento, lo importante en este sentido es que dicho control sea *ex post* de conformidad con los planes hechos previamente ante el procedimiento presupuestario y no una habilitación previa rígida en aspectos tan dinámicos y de vital importancia como pueden ser la contratación administrativa y de personal, esto es una garantía de independencia reforzada que influye directamente en la independencia funcional de la AAI.

Para la autora María SALVADOR, se trata de una “autonomía financiera”<sup>905</sup> y explica que su importancia radica en que cuando la financiación de la AAI depende de una decisión del Poder Ejecutivo o Legislativo, como ocurre la mayoría de las veces, *“esto otorga una importante vía de influencia a estos órganos y puede suponer, como ha sucedido ya en algún caso, que el Parlamento o el Gobierno lleguen a paralizar la actividad de una «autoridad independiente» negándose a financiarla”*<sup>906</sup>, es por ello, que la falencia de independencia

---

<sup>904</sup> El tema del control económico y financiero de las AAI que puede ser ejercido por el Poder Ejecutivo, por el Legislativo o por quien este último delegue por cuestiones de espacio no será objeto de análisis en la presente sección.

<sup>905</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»... op. cit.* pág. 91.

<sup>906</sup> *Ibid.*

financiera puede comprometer seriamente la independencia funcional y la independencia personal del ente regulador, como señala Andrés BETANCOR: *“El organismo que tiene comprometidos sus ingresos, su patrimonio y su presupuesto por la decisión de otro órgano no puede resistir fácilmente a las presiones de este órgano. En este caso existirá una relación de dependencia entre ellos”*<sup>907</sup>. Para tener tal independencia, como se dijo, es necesario la autofinanciación mediante el cobro y gestión directa de tasas a los entes regulados.

En las leyes de creación, por lo general, se contemplan dos fuentes de financiamiento, por un lado, la más tradicional es mediante la partida correspondiente en los presupuestos generales del Estado, que es la principal vía de financiamiento<sup>908</sup> de las AAI como entes públicos, por otro, la novedad se da en el financiamiento proveniente del propio sector regulado, estos son *“ingresos propios derivados de los rendimientos de la actividad y el patrimonio propio, entre los cuales el cobro de tasas del sector regulado puede constituir una importante fuente de financiación”*<sup>909</sup>. El balance entre ambas vías de financiamiento es una discusión abierta, por un lado se argumenta que *“Las condiciones y modalidades presupuestarias en las que se encuentran las autoridades de regulación han sido consideradas fundamentales para garantizar su independencia. Por ello, se garantiza que las entidades cuenten con recursos suficientes de los operadores del sector y poca injerencia del Ministerio de Finanzas en su actividad presupuesta”*<sup>910</sup>; no obstante, la financiación que exclusivamente proviene del sector regulado puede comprometer la independencia personal de la mano de la teoría de la captura del regulador, por ello, deben establecerse techos a ese financiamiento por un único ente privado, pero la financiación exclusiva del presupuesto general, de igual forma puede comprometer dicha independencia.

En los Estados Unidos, la fuente principal de recursos de la mayoría de las agencias independientes son los ingresos públicos controlados por el Congreso, por ello, este tiene una gran influencia sobre aquellas de tal gravedad, que negándole su financiamiento puede hacerlas inoperantes y hasta desaparecer<sup>911</sup>, el aspecto presupuestal, en definitiva, puede ser la ficha más importante a la hora de ejercer presión política, en el corto plazo, ya que el

---

<sup>907</sup> Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho... op. cit.* pág. 361.

<sup>908</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»... op. cit.* pág. 91.

<sup>909</sup> *Ibid.*

<sup>910</sup> Javier Sanclemente-Arciniegas. *La Independencia del regulador... op. cit.* pág. 202-203.

<sup>911</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit.* pág. 117.

Ejecutivo puede someter a las agencias independientes a un bajo presupuesto, lo cual significa un cierre operativo, en este sentido señala FERNÁNDEZ ROJAS para el caso estadounidense que posiblemente la *Security and Exchange Commission* (SEC) y la *Federal Trade Commission* (FTC) sean las AAI más controladas en cuanto al factor presupuesto.<sup>912</sup> Así las agencias independientes comparten, salvo excepciones, el procedimiento de aprobación del presupuesto común a todas las agencias ejecutivas, que según María SALVADOR es el siguiente, “*las agencias remiten al Presidente el anteproyecto de presupuesto; la OMB, una oficina del Presidente, integra ese anteproyecto en el proyecto de presupuesto unitario del Ejecutivo, modificando aquello que considere necesario, lo que significa que el Presidente puede influir en la actividad de la agencia potenciando o disminuyendo los ingresos de un determinado programa; finalmente, el Presidente remite el proyecto al Congreso que es quien lo aprueba, especificando la cantidad asignada, como debe gastarse y en qué objetivos*”.<sup>913</sup>

Se ve como las AAI de los Estados Unidos deben seguir un procedimiento a través de la OMB, la cual es la encargada de recibir los proyectos de presupuesto de cada una de las AAI, quedando a la discrecionalidad de esta aprobarlos, rechazarlos o modificarlos, según su criterio con base en el presupuesto general o en las prioridades políticas del Poder Ejecutivo. Por otro lado, al margen de los presupuestos generales del Estado, en los Estados Unidos, existen otras dos vías de financiación para las agencias ejecutivas y las independientes, en las cuales es el Congreso el que ejerce el poder de control previo, se trata de las denominadas *authorizations* y de las *appropriations*<sup>914</sup>, en la primera de ellas a través de una ley:

(...) el Congreso autoriza a la agencia a llevar a cabo un programa concreto y, en algunos casos, establece un límite a los fondos que pueden adscribirse a ese programa. Se trata de un instrumento de control muy poderoso y constituye una forma de dirigir la actividad de la agencia mediante autorizaciones presupuestarias para acciones concretas. Hay agencias que tienen un régimen de autorización permanente, es decir,

---

<sup>912</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias...* op. cit. pág. 200. “Hasta el año 2002 las AAI han experimentado una importante disminución presupuestaria, lo cual se ha interpretado como una forma de llamar al orden a las menos afines con las políticas presidenciales”.

<sup>913</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* op. cit. pág. 117-118.

<sup>914</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 118.



deben ser autorizadas periódicamente, cada año o cada dos o cuatro años, y, por tanto, su continuidad está realmente condicionada.<sup>915</sup>

Se deduce de lo anterior que las *authorizations* no son un medio para garantizar independencia a las AAI, sino que el control lo ejerce en exclusiva el Congreso, por su lado, las *appropriations* también se hace a través de Ley para un año fiscal, con estas leyes “*permiten a la agencia contraer legalmente obligaciones y realizar pagos con cargo al Tesoro, al tiempo que determinan el destino de esos fondos. Se trata de una autorización de crédito vinculado a una actividad concreta*”.<sup>916</sup> De igual forma, con estas últimas leyes se constituye un control eficaz y periódico por parte del Congreso sobre este tipo de entes reguladores.

Sobre la **iniciativa legislativa presupuestaria** se tiene una regla y excepciones calificadas a la misma, es así como la Ley regula regímenes singulares en la que la propia AAI puede realizar su proyecto de presupuesto sin intermediar un órgano bajo el poder directo del Ejecutivo (como la OMB), enviándolo directamente al Congreso sin previo examen, esto tiene grandes implicaciones que ya supone dotar de un alto grado de independencia a la hora de “*diseñar y desarrollar una política de regulación y supervisión*”<sup>917</sup> en relación con el Gobierno. Dentro de estas AAI están la *Federal Communications Commission* (FCC), el *Board of Governors of the Federal Reserve System* (BGFRS), la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) y la *Commodities Trading Futures Commission* (CFTC)<sup>918</sup>

En relación con el **financiamiento independiente**, en la actualidad la tendencia es que las AAI puedan tener una financiación, aunque sea en parte independiente, es decir, que esté desvinculada del presupuesto general del Estado o en su defecto, que se garanticen en sus leyes de creación porcentajes o partidas fijas en aras de la estabilidad económica de la AAI y seguridad jurídica y en general, poder realizar una labor de planificación interna.

Los recursos autónomos de las AAI naturalmente deben de proceder de los propios sectores regulados sin que ninguno de ellos tenga una cuota tal que pueda ejercer una influencia directa o indirecta sobre el ente regulador, evitando así lo que históricamente en

---

<sup>915</sup> Ibid.

<sup>916</sup> Ibid. op. cit. pág. 119.

<sup>917</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 200.

<sup>918</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 201.

doctrina se ha denominado “toma del regulador por los regulados”; no obstante, se señala para el caso estadounidense que en realidad, las fuentes de financiación privada no tienen mucha importancia<sup>919</sup> salvo dos claras excepciones como el “*Board of Governors-Federal Reserve System, que se financia casi exclusivamente con las tasas que satisfacen los bancos que integran el sistema de la Reserva Federal*”<sup>920</sup>. En ese sentido FERNÁNDEZ ROJAS dice que la AAI más representativa en cuanto al financiamiento “privado” es el *Board of Governors of the Federal Reserve System* (BGFRS), la cual se financia mediante el cobro de tasas a los bancos que forman parte del sistema federal<sup>921</sup>, este es un régimen especial que contribuye notoriamente a incrementar la “escala de independencia” a la que se ha hecho referencia.

Como ya se mencionó, en Francia las *autorités administratives indépendantes* no tienen personalidad jurídica propia, por ese motivo, según la mayoría de las leyes francesas no tienen patrimonio ni ingresos autónomos y como es lo normal con las entidades del Gobierno central, el patrimonio de las AAI depende de los presupuestos generales del Estado y el proyecto es aprobado por los ministerios al que se encuentren vinculadas<sup>922</sup>; no obstante, la doctrina señala que “*esa dependencia no puede justificarse por el hecho de que las AAI no tengan personalidad jurídica y pertenezcan a la Administración central, porque en el Derecho francés existen numerosos ejemplos de «autonomía financiera» de otros órganos sin personalidad jurídica que disponen de patrimonio propio (...)*”<sup>923</sup> Este último elemento es una clara señal del peso que tiene el sistema administrativo de corte napoleónico incluso hoy en dicho país.

Así se origina una relación de dependencia financiera en relación con el Gobierno, ya que este tiene la competencia legal exclusiva para presentar los proyectos de presupuesto al Parlamento<sup>924</sup>, salvo pocos casos, como es la notable excepción de la *Autorité des Marchés Financiers* (cuya creación se basa directamente en el modelo regulatorio estadounidense), donde se permite una fuente de financiamiento independiente que es el “*establecimiento legal de tasas a cargo de algunos de los operadores profesionales en determinados sectores de la economía, y a través del cobro de cánones por la prestación de otros servicios en régimen de*

---

<sup>919</sup> Véase: Ibid. op. cit. pág. 202.

<sup>920</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit. pág. 119.*

<sup>921</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit. pág. 202.*

<sup>922</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit. pág. 222.*

<sup>923</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes. op. cit. pág. 222.*

<sup>924</sup> Véase: Gabriel Fernández-Rojas. “Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia (Colombia)” *Vniversitas* 53, N.º 107 (abril 15, 2004): 367.

*contraprestación*;<sup>925</sup> empero, se señala que en la mayoría de las AAI donde se permite esta forma complementaria de financiación no representa cuantías relevantes<sup>926</sup>, de igual forma, la *Autorité des Marchés Financiers* constituye la excepción ya que “*dichos recursos han llegado a ser lo suficientemente significativos, que representan su principal fuente de ingresos*”<sup>927</sup>, esto sin lugar a dudas incrementa su nivel de independencia en relación con el Gobierno, al no estar completamente sometida a su iniciativa presupuestal.

En el caso de España, las leyes de creación de cada una de las AAI son las que establecen, por regla general, diversas fuentes de financiamiento, en todos los casos están los ingresos públicos que provienen del presupuesto general del Estado y por otro lado están los ingresos que se obtienen de los rendimientos de su actividad<sup>928</sup>, es decir, lo que cobran al sector por diversos trámites administrativos y tasa por la actividad de supervisión y regulación. Cada AAI “*elabora el anteproyecto presupuestario que traslada al gobierno para su estudio, de éste depende finalmente su aprobación e incorporación en el proyecto de presupuestos generales del Estado, que el gobierno presenta y defiende ante el Parlamento*”.<sup>929</sup> Es así como la generalidad de las AAI en España no tienen verdadera independencia financiera<sup>930</sup>, por ejemplo, la CNMV, la CNE, entre otros “*deben elevar el anteproyecto de presupuesto al Gobierno para su aprobación e inclusión en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, sin que exista garantía alguna de que el Gobierno no decida modificar el anteproyecto recibido*”.<sup>931</sup>

La excepción con lo anterior la constituyen las universidades y el Banco de España, este último, por ejemplo, producto del derecho de la Unión Europea, no se rige por las leyes presupuestales generales y es su Consejo de Gobierno el que se encuentra legalmente facultado para elaborar y presentar su propio proyecto de presupuesto en el Parlamento<sup>932</sup>.

---

<sup>925</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia... op. cit.* pág. 367.

<sup>926</sup> Véase: *Ibid.* op. cit. pág. 368.

<sup>927</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia... op. cit.* pág. 368.

<sup>928</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 310.; Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión... op. cit.* pág. 445.

<sup>929</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión... op. cit.* pág. 445.

<sup>930</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión... op. cit.* pág. 445.

<sup>931</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 311.

<sup>932</sup> “*El presupuesto del Banco de España se aprueba a través de un procedimiento especial, En primer lugar, el Banco no se rige por las leyes presupuestarias generales, y, en segundo lugar, en su propia normativa se establece que la propuesta de presupuesto, aprobada por el Consejo de Gobierno del Banco, se remitirá al Gobierno que la trasladará a las Cortes para su aprobación, que el presupuesto del Banco de España tendrá*

Señala María SALVADOR en este sentido que “*Los estudiosos del tema consideran que las «autoridades independientes» deberían disfrutar de autonomía para aprobar sus propios presupuestos, y, por lo tanto, critican que, a excepción de las Universidades y del Banco de España, ninguna otra «autoridad independiente» esté facultada para ello*”<sup>933</sup>, criterio con el que se coincide.

## **5.2. Independencia personal o subjetiva**

Se conoce el régimen jurídico aplicable a los directivos de los entes reguladores en este criterio para determinar el nivel de independencia, desde la forma en que son designadas hasta el momento del cumplimiento del periodo o en caso excepcional con la separación del puesto, los jefes deben tener un régimen de estabilidad laboral especialmente reforzado, al punto que sea tal que puedan resistir las influencias políticas del Gobierno. Esta forma de independencia hace referencia a la manera en que se gestiona dentro de una agencia independiente: i. la elección de los miembros directivos, ii. requisitos de elegibilidad, incompatibilidades y otras restricciones, iii. la duración del mandato de los directivos y iv. la remoción o cese de los directivos. Señala Andrés BETANCOR que “*estas garantías los preservan de la posibilidad de un cese arbitrario y aseguran que el acceso al desempeño de estos cargos está reservado a aquellos que tienen una cualificación profesional que les capacita para tener un criterio propio sobre las cuestiones de la competencia del organismo*”.<sup>934</sup>

### **5.2.1. Requisitos, incompatibilidades e inhabilidades para el cargo**

Para acceder al cargo de *commissioners*, por lo general, se tiene que cumplir requisitos de carácter personal, se exige que sean personas de honorable reputación y prestigio profesional, con conocimientos cualificados demostrables relacionados a la actividad concreta de la agencia, se exige además que se tenga un mínimo de experiencia en la materia regulatoria (lo cual, se señala que puede ser contraproducente, ya que la idea principal es que aquellos funcionarios sean lo más neutrales posibles y la experiencia profesional, la mayor de las veces se obtiene en el sector privado objeto de la regulación), de igual forma, está prohibido

---

*carácter estimativo y que no será objeto de consolidación con los restantes presupuestos del sector público*”.  
María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 311.

<sup>933</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 310-311.

<sup>934</sup> Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho... op. cit.* pág. 360.

que se desempeñe otro cargo, profesión o empleo y que no se tenga relación con la actividad de la agencia<sup>935</sup>, como sería, por ejemplo, ser accionista en una entidad financiera regulada.

Las incompatibilidades, causas de inhabilidad y demás restricciones para ser directivo se encuentran en las leyes de creación de las agencias independientes, para FERNÁNDEZ ROJAS, *“Las incompatibilidades e inhabilidades que pesan sobre la generalidad de las administraciones federales, son reforzadas por disposiciones especiales que determinan las relaciones entre las agencias independientes y el gobierno”*<sup>936</sup>, lo anterior para reforzar el grado de autonomía o independencia con el poder político y en relación con el sector comercial o económico de referencia.

Para el caso de la SEC, se dispone que ningún comisionado *“se dedicará a ningún otro negocio, vocación o empleo que el de servir como comisionado, ni ningún comisionado participará, directa o indirectamente, en ninguna operación del mercado de valores o transacciones de carácter sujeto a la regulación de la Comisión (...)”*<sup>937</sup>. Vemos que la anterior prohibición hace referencia a las actividades comerciales dentro del sector el cual está llamado a supervisar y regular. Por otro lado, encontramos prohibiciones de carácter político, *“este último aspecto que afecta las relaciones entre el gobierno y las AAI desde una perspectiva o criterio personal, se traduce en la restricción legal que limita la presencia de commissioners afiliados a un mismo partido político, entre los altos directivos de las agencias”*<sup>938</sup>, es así que hay una restricción adicional al presidente a la hora de hacer la designación *“(...) existe una limitación relativa al número de commissioners que pueden pertenecer a un mismo partido político. No es preciso nombrar a personas con filiación política, pero, si se hace así, en unos casos se prohíbe que más de la mitad de los miembros pertenezcan al mismo partido político (aunque si son impares se exige, por ejemplo, que de cinco no más de tres sean del mismo partido) (...)”*<sup>939</sup>.

---

<sup>935</sup> Véase: María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 116.

<sup>936</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 197.

<sup>937</sup> Traducción libre, el original versa de la siguiente forma: *“No commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment than that of serving as commissioner, nor shall any commissioner participate, directly or indirectly, in any stock-market operations or transactions of a character subject to regulation by the Commission pursuant to this chapter.(...)”* U.S. Code § 78d

<sup>938</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 198.

<sup>939</sup> Véase: María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 116.

Sobre este último aspecto dispone la ley para el caso de la SEC que “*no más de tres de dichos comisionados serán miembros del mismo partido político, y al hacer nombramientos, los miembros de diferentes partidos políticos serán nombrados alternativamente en la medida de lo posible (...)*”<sup>940</sup>. Lo anterior se logra gracias a que los nombramientos se hacen de forma escalonada y se designan a los comisarios en distintos mandatos presidenciales, en caso que el presidente sea reelegido de manera consecutiva, se entendería que la prohibición se mantiene, de tal forma que la junta directiva no tenga más de un 50% de conformación de un mismo partido político, en este aspecto, el Senado se convierte en un eficaz contralor. Estos aspectos o mecanismos buscan 1) evitar la influencia en la AAI de los regulados, la llamada “captura del regulador” y 2) fundamentalmente evitar la influencia de la política partidaria.

Uno de los principales requisitos de elegibilidad en Francia, como en la mayoría de países, es pasar un examen donde se evalúa “*(...) tanto la idoneidad técnica y profesional, como la integridad moral de los candidatos, para responder a las exigencias de neutralidad y profesionalidad que han motivado la creación de estas nuevas instituciones*”.<sup>941</sup> Por otro lado, los candidatos a las AAI están inhabilitados para desempeñar otros cargos públicos<sup>942</sup>, a menos que sea precisamente esa característica subjetiva la que les permitan formar parte de las juntas directivas de las AAI<sup>943</sup>, ya que se exige en algunos casos que los miembros pertenezcan a la “alta función pública” dentro de los que destacan miembros del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas y del Tribunal de Casación<sup>944</sup>.

Señala María SALVADOR que la presencia de jueces en las AAI se ha explicado en la doctrina “*(...) porque la función de las AAI se considera similar a la jurisdiccional, y, de otra,*

---

<sup>940</sup> Traducción libre, el original versa de la siguiente forma en su original idioma inglés: “*(...) Not more than three of such commissioners shall be members of the same political party, and in making appointments members of different political parties shall be appointed alternately as nearly as may be practicable. No commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment than that of serving as commissioner, nor shall any commissioner participate, directly or indirectly, in any stock-market operations or transactions of a character subject to regulation by the Commission pursuant to this chapter.(...)*” U.S. Code § 78d Tomado de: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78d>, [accesado en el 26/10/19.]

<sup>941</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las autoridades administrativas independientes en Francia... op. cit.* pág. 440.

<sup>942</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 221.

<sup>943</sup> “*La mayoría de las leyes de creación de AAI recogen las siguientes causas de incompatibilidad: por un lado, formar parte de una AAI es incompatible con cualquier otro tipo de cargo electivo o de empleo público, salvo en ciertos casos en los que es precisamente el hecho de ocupar un cargo público lo que convierte a determinadas personas en miembros natos de algunas «autoridades independientes»; y, por otro, ser miembro de una AAI es incompatible con todo tipo de actividades privadas profesionales relacionadas con el sector en el que la AAI ejerce sus funciones*”. María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 221

<sup>944</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 220.

porque, si de lo que se trata es de garantizar la «independencia» de la «autoridad», que mejor que incorporando «jueces y magistrados» que, por definición, son independientes”.<sup>945</sup> pero este sistema plantea también serios problemas, ya que el control jurisdiccional de las AAI se vería sesgado al controvertir decisiones tomadas en parte por los mismo jueces o magistrados,<sup>946</sup> entre otras razones, como la carencia de la experiencia y especialidad técnica del juez del sector regulado del que se trate, además como se verá, miembros de los Altos Tribunales también participan en la elección de algunos directivos. Por otro lado, se señala una importante inhabilitación legal con Javier SANCLEMENTE, en el sentido que:

Con el fin de proteger la independencia de los reguladores económicos, en Francia, los estatutos de estas instituciones establecen reglas destinadas a prohibir el ejercicio simultáneo de la función de miembro de la entidad y otras cualidades que podrían socavar la independencia del regulador. **La protección opera ante la administración como frente al sector económico. Esas normas incluyen un periodo de viudez relativamente largo (5 años) en ese lapso quienes hayan ejercido cargos de dirección no podrán prestar servicios a empresas del mismo sector. De esta forma, el legislador francés evita la puerta giratoria entre responsabilidades públicas y privadas.**<sup>947</sup> (negrita no es del original)

En **España** se han establecido, en primer lugar, una serie de **requisitos** para acceder al cargo, en cuanto a la capacidad personal de directivos, “*en la mayoría de las leyes se exige, únicamente, que los miembros de las «autoridades independientes» tengan reconocida competencia, solvencia o prestigio en la materia que corresponda (...)*”<sup>948</sup> estas disposiciones buscan evaluar “*rigurosamente, tanto la idoneidad técnica y profesional, como la integridad moral de los candidatos, para responder a las exigencias de neutralidad y profesionalidad que han motivado la creación de estas nuevas instituciones (...)*”<sup>949</sup> En segundo lugar, a los posibles directivos se les ha de aplicar el régimen de **incompatibilidades** de forma similar al resto de los funcionarios, con algunas particularidades, como “*el compromiso de no gestionar*

---

<sup>945</sup> Ibid.

<sup>946</sup> Ibid.

<sup>947</sup> Javier Sanclemente-Arciniegas. “La Independencia del regulador en Francia y en Colombia”. Revista de Derecho , N.º 51, (enero, 2019): 202, Academic Search Complete, EBSCOhost. (accesado en septiembre 2019)

<sup>948</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 303.

<sup>949</sup> Gabriel Fernández-Rojas. “Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España. (Colombia)”. *Vniversitas* 54, N.º 109 (abril 15, 2005): 440.; En el mismo sentido María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 303-305.

*intereses personales o profesionales relacionados con el sector al cual se ha vinculado, ni aceptar o ejercer simultáneamente cargo o actividad profesional pública o privada, a menos que la ley lo exija*<sup>950</sup>. María SALVADOR dice en este sentido que “*Por regla general, los miembros de las «autoridades independientes» están sometidos a un régimen de incompatibilidades igual o similar al de los altos cargos de la Administración General del Estado, es decir, que existe incompatibilidad, por un lado, con el ejercicio de cualquier otro cargo público, y, por otro, con el ejercicio de actividades profesionales o intereses personales relacionados con el sector en el que actúa la «autoridad independiente»*”<sup>951</sup>.

El tercero de los elementos que compone los requisitos personales previos, es el régimen de inhabilidades<sup>952</sup>, este supone una prohibición, la cual el directivo acepta previamente al nombramiento, de que al finalizar sus funciones en la AAI, no podrá trabajar con las empresas del sector del cual era regulador, por un periodo de dos años, al menos, como está establecido en el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por ejemplo.<sup>953</sup>

Las incompatibilidades como pueden ser la prohibición de que el candidato venga del sector regulado y las inhabilidades que prohíben trabajar, una vez cumplido el plazo, la renuncia o el cese del directivo en el sector regulado, es la forma en que se combate el fenómeno llamado en doctrina como **revolving door**<sup>954</sup> o puertas giratorias, lo cual produce conflicto de intereses muy serios, este fenómeno es riesgoso, ya que los reguladores pueden ser condescendientes o favorecer empresas del sector regulado, adquiriendo contactos, procurando así un puesto laboral al salir de la AAI, prohibir esta práctica tiene grandes implicaciones para evitar la *captura del regulador*<sup>955</sup>, pero también puede desalentar a las

---

<sup>950</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión... op. cit.* pág. 440.

<sup>951</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 304.

<sup>952</sup> El cual en la actualidad es el más controversial en nuestro medio, como se verá en el tercer capítulo de este trabajo de investigación.

<sup>953</sup> Véase: Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión... op. cit.* pág. 440-441.; María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 304-305.

<sup>954</sup> Véase: Marc T. Law y Cheryl X. Long. What Do Revolving-Door Laws Do? *The Journal of Law & Economics* 55, N.º 2 (May 2012): 421-436. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/10.1086/663630> [07-09-2020]

<sup>955</sup> Marc T. Law y Cheryl X. Long. What Do Revolving-Door Laws Do? *op. cit.* pág. 421-422.



personas altamente calificadas a trabajar en el sector público de la regulación, entre otros efectos.<sup>956</sup>

El fenómeno *revolving door* se presenta generalmente en dos direcciones, del sector de regulado al regulador y el regulador al sector regulado, pero existe una tercera posibilidad que sería del sector político al sector regulador, que puede ser aún más grave, porque corroe los cimientos de cualquier AAI, ya que por más garantías formales, buena configuración legal y diseño institucional que tengan los ente reguladores, poner a políticos en su seno burlaría todas esas previsiones, además de poner en serias dudas su cualificación técnica en el sector regulado. Todo lo anterior, si no se encuentra reglado se puede convertir en un verdadero problema<sup>957</sup>, dichas reglas pueden ser indicativas, como en la actualidad lo es, en códigos de ética o al interpretarse la inidoneidad de los candidatos que con estos atestados se presenten; no obstante, la experiencia dice que esto no se toma en cuenta, nos encontramos ante una antinomia, ya que por un lado en aras de asegurar la neutralidad y evitar el conflicto de interés, se puede prohibir el *revolving doors*, pero por otro, la experiencia en la materia y el conocimiento del sector regulado es otro de los requisitos personales, dicha experiencia sólo se puede obtener en el propio sector, por lo cual se considera que dicha inhabilitación debe ser establecida, pero solo *ex post*, es decir, del regulador al sector regulado.

### **5.2.2. Postulación y nombramiento de los miembros directivos**

La selección de los miembros de las juntas directivas de las AAI o de los superintendentes se tiene que hacer con base en criterios objetivos, atendiendo principalmente al mérito y la capacidad individual, por ello se buscan personas con experiencia en el campo concreto de actuación del ente regulador, además de la alta cualificación y preparación técnica, en ningún caso el nombramiento puede basarse en la proximidad política o personal del candidato<sup>958</sup>, así como de su inclinación ideológica.

---

<sup>956</sup> Según Marc T. Law y Cheryl X. Long regular el *revolving door* también puede tener efectos negativos o contraproducentes: “Restrictions on future employment options may discourage ambitious, career-oriented individuals from entering or remaining in public service, preclude welfare-enhancing interactions between the private and public sectors, or lower a regulator’s incentive invest industry-specific knowledge...”. What Do Revolving-Door Laws Do? *op. cit.* pág. 422.

<sup>957</sup> Véase: “Revolving Door”. Transparency International: the global coalition against corruption. Disponible: <https://www.transparency.org/en/corruptionary/revolving-door> [07-09-2020]

<sup>958</sup> Véase: Gaspar Ariño-Ortiz. *Sobre la naturaleza y la razón de ser de los entes reguladores... op. cit.* pág. 11.

En los **Estados Unidos** en relación con la manera en que los directivos de las agencias independientes son nombrados, se habla de una “elección calificada”, ya que concurren en ese proceso el presidente y el Senado que aprueba la elección del primero siguiendo el sistema común para el nombramiento de altos cargos de la administración federal<sup>959</sup> de dicho país, lo cual es el modelo más generalizado de nombramiento, las personas llamadas a dirigir las agencias independientes, por su lado, deben tener determinadas características de idoneidad, trayectoria profesional y prestigio.<sup>960</sup>

Al presidente de los Estados Unidos le corresponde “nominar”<sup>961</sup> los candidatos que aspiran a ser miembros de la “junta directiva” de las agencias independientes, siguiendo una serie de estándares y requisitos establecidos en la ley de creación de cada agencia, generalmente estas se organizan mediante órganos colegiados, a los que los conforman se les denomina *commissioners*. No es de extrañar que a la hora de hacer aquella nominación exista un alto grado de discrecionalidad, una vez hecha la elección, se tienen que someter a la consideración del Senado, el cual podrá confirmar o rechazar sus nombramientos, a su vez de ejercer control político verificando el cumplimiento de los requisitos. En el caso concreto de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), el procedimiento de nombramiento de sus cinco miembros directivos es el siguiente; el presidente nombra a los candidatos a ser comisionados luego el Senado da su consentimiento<sup>962</sup>. Para SALVADOR MARTÍNEZ: “*La finalidad de esta medida es mantener a la agencia alejada del control presidencial; aunque, como ha afirmado el Tribunal Supremo, tampoco el Senado podría por sí solo nombrar a los miembros de una «agencia independiente», sino que debe hacerlo con el concurso del*

---

<sup>959</sup> Para un acercamiento al complejo trámite que se tiene que llevar a cabo para que el Presidente de los Estados Unidos pueda hacer efectivos los nombramientos de ciertos “ministros” o de “altos directivos” de agencias ejecutivas aplicable en lo pertinente a los agencias independientes, véase por todos: Cass Sunstein. (más) SIMPLE el futuro del gobierno. (España, Marcial Pons, 2014): 27-45.

<sup>960</sup> “Así, por ejemplo, los especialistas en el tema reconocen que el nombramiento de un conocido juez imparcial como primer presidente de la ICC y su dirección eficaz e impecable contribuyó decisivamente al buen funcionamiento y consolidación de la ICC, y, con ello, a la de la figura de la independent agency”. María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 126.

<sup>961</sup> “Los miembros del órgano colegiado director de la agencia (*commissioners*) son elegidos (nominales) por el Presidente de los Estados Unidos con la confirmación del Senado (*with the advice and consent of the Senate*)”. María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 115.

<sup>962</sup> Véase: U.S. Code § 78. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78d>, accesado en el 26/10/19. El original versa de la siguiente forma: “*There is hereby established a Securities and Exchange Commission (hereinafter referred to as the “Commission”) to be composed of five commissioners to be appointed by the President by and with the advice and consent of the Senate. Not more than three of such commissioners shall be members of the same political party, and in making appointments members of different political parties shall be appointed alternately as nearly as may be practicable (...)*”.

*presidente. Es importante destacar que, una vez elegidos los commissioners, de entre ellos se elige un Director de la agencia. En este caso la elección corresponde, en la mayoría de los casos, sólo al Presidente*".<sup>963</sup>

Al respecto, la doctrina señala que esta forma de elección contrasta con la tan criticada falta de legitimidad democrática de las agencias independientes, de tal forma que concurren dos poderes y se da un claro ejemplo del sistema de frenos y contrapesos, que busca fundamentalmente, evitar la concentración excesiva de facultades y competencias en un solo Poder.

Una de las particularidades del sistema francés de AAI es la intervención de múltiples actores institucionales en la conformación de los cargos directivos, como el caso de magistrados de los Tribunales del Estado<sup>964</sup>, pero también la selección de los candidatos a directivos se puede ver determinada por miembros del Consejo de Estado o la Corte de Cuentas como ocurre con la *Commission des Sondages*, pero no solo intervienen representantes de importantes instancias judiciales, sino que como es lo normal, participa principalmente los Poderes Ejecutivo y Legislativo.<sup>965</sup> Para Javier SANCLEMENTE esta característica contribuye con el pluralismo y diversificación de las AAI, "*De allí que la composición de las instancias directivas refleja una diversidad de perspectivas e intereses, lo cual garantiza que la institución esté sujeta a influencias diversas, pero no decisivas. Esto implica sustraer las instituciones de la influencia asfixiante del presidente; a ese respecto el Consejo de Estado francés (2001) ha afirmado que "le choix des personnes auxquelles va être confiée l'institution voulue comme indépendante n'est pas le monopole de l'exécutif" (p. 291)*".<sup>966</sup>

Ahora bien, no existe un sistema de elección aplicable a todas las AAI, ya se dijo que son elegidos por diversas instancias, porque se considera que les dota de mayor independencia, la participación de los Altos Tribunales es la peculiaridad francesa, en algunos casos participan las dos instancias del Poder Legislativo, el Senado y el Parlamento o solo una

---

<sup>963</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 115.

<sup>964</sup> Véase: Gabriel Fernández-Rojas. *Las autoridades administrativas independientes en Francia... op. cit.* pág. 361.

<sup>965</sup> Véase: *Ibid.* 362.

<sup>966</sup> Javier Sanclemente-Arciniegas. "La independencia del regulador en Francia y en Colombia. (Colombia)" *Revista de Derecho*, N.º 51. (MES, 2019): 202. La cita es de Conseil D'État (2001). *Rapport, Autorités Administratives Indépendantes*, n. 52, Paris: La Documentation française.

de estas, la participación del presidente de la República Gobierno es la regla<sup>967</sup>, además en algunos pocos casos también hay participación de profesionales o representantes del sector del que se trate<sup>968</sup> y cabe mencionar que en muchos casos el Gobierno “*es el competente para elegir al presidente, que suele tener voto de calidad en caso de empate, de manera que al Ejecutivo se le abre así otra importante vía de influencia*”.<sup>969</sup> Se puede traer a colación el caso concreto de la ***Autorité des Marchés Financiers***, la cual está conformada por un Colegio y una Comisión de Sanciones y en algunos casos, comités especiales y asesores *ad hoc*, en el caso de su Consejo la conformación, según el *Code monétaire et financier*, Livre VI, Titre II, article L621-2, es de dieciséis miembros distribuidos y electos de la siguiente forma:

- 1° Un presidente, designado por decreto;
- 2° un consejero de Estado designado por el vicepresidente del Consejo de Estado;
- 3° un asesor del Tribunal de Casación designado por el primer presidente del Tribunal de Casación;
- 4° un asesor principal del Tribunal de Cuentas designado por el primer presidente del Tribunal de Cuentas;
- 5° un representante de la *Banque de France* designado por el gobernador;
- 6° el presidente del Consejo Nacional de Contabilidad;
- 7° tres miembros nominados, en razón de su competencia financiera y legal y su experiencia en la oferta pública y la inversión de ahorro en instrumentos financieros, respectivamente, por el presidente del Senado, el presidente de la Asamblea Nacional y presidente del Consejo Económico y Social;
- 8° seis miembros nominados, en razón de su competencia financiera y legal y su experiencia en la oferta pública y la inversión de ahorro en instrumentos financieros, por el ministro de Economía, previa consulta con organizaciones representativas de empresas industriales y comerciales, cuyos valores cotizan en bolsa, empresas de gestión de planes de inversión colectiva y otros inversores, proveedores de servicios de

---

<sup>967</sup> “(...) *por regla general, el órgano ejecutivo elige entre los candidatos propuestos por otro órganos, normalmente por una «alta autoridad jurisdiccional»*”. María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 219.

<sup>968</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 218.

<sup>969</sup> *Ibid.* op. cit. pág. 219.

inversión, empresas de mercado, cámaras de compensación, gerentes de sistemas de liquidación y depósitos centrales;

9° un representante de los empleados accionistas designados por el ministro de Economía, previa consulta con los sindicatos y asociaciones representativas.

El presidente de la *Autorité des marchés financier* tiene derecho a actuar en su nombre en todas las jurisdicciones. (...).<sup>970</sup> (traducción propia)

En España tradicionalmente la designación “(...) de los cargos superiores y directivos de la administración general del Estado y de los denominados organismos públicos instrumentales ha obedecido a criterios de contenido altamente político”,<sup>971</sup> con la creación de las AAI se busca, por el contrario, la concurrencia de poderes para que el Ejecutivo no concentre dicha facultad, además, en aras de legitimar a estas organizaciones administrativas en un sistema democrático, el propio “(...) legislador ha establecido diferentes sistemas o procedimientos para cada una de las «autoridades independientes», aunque en la mayoría de los casos el Gobierno mantiene una influencia determinante en la elección (...)”<sup>972</sup>. La participación del Parlamento “(...) ha sido muy valorada en cuanto mecanismo que garantiza el debate, la publicidad y el acuerdo entre las diferentes fuerzas democráticas, de modo que, por esta vía, lo que sí podría prevenirse serían los nombramientos con un marcado carácter partidista”.<sup>973</sup> Esto permite diluir las críticas sobre la supuesta falta de representación o legitimidad democrática de las AAI<sup>974</sup>.

Un ejemplo de dicha concurrencia de poderes se da en RTVE, ya que “(...) los doce miembros del Consejo de Administración de RTVE son elegidos la mitad por el Congreso y la

---

<sup>970</sup> Véase: Code monétaire et financier, Livre VI, Titre II, article L621-2. Disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=992CD5EE9265847A71F56A4FDA4365D7.tplgr31s\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006170920&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20200905](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=992CD5EE9265847A71F56A4FDA4365D7.tplgr31s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006170920&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20200905) [05-09-2020]

<sup>971</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión... op. cit.* pág. 435.

<sup>972</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 299.

<sup>973</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión... op. cit.* pág. 435.

<sup>974</sup> “Un amplio sector doctrinal considera que existe mayor garantía de «independencia» si es el Parlamento, en lugar del Gobierno, el responsable de los nombramientos. En relación con esta propuesta debemos indicar, por un lado, que el Parlamento no asegura la neutralidad política, pues es un órgano igual de «político» que el Gobierno, y, además, en un sistema parlamentario, como el nuestro, la mayoría del Parlamento es la que forma Gobierno; y, por otro, que lo que si garantizarían los nombramientos realizados por el Parlamento es el debate y el acuerdo entre los diferentes partidos políticos, sobre todo si se exigen mayorías reforzadas, de modo que, por esta vía, lo que sí podrían evitarse serían los nombramientos de marcado carácter partidista”. María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 302-303.

*mitad por el Senado, por mayoría de dos tercios, mientras que el Director, que es quien tiene atribuidas las principales competencias, es elegido por el Gobierno (...)*.<sup>975</sup> Por otro lado, se puede señalar la influencia de la forma de nombramiento estadounidense en el caso puntual del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), ya que tomó como modelo a la *Nuclear Regulatory Commission*, por ello sus cinco miembros son nombrados por el presidente, previa comunicación al Congreso, quienes tienen el plazo de un mes para manifestar su aceptación o veto.<sup>976</sup>

### 5.2.3. Duración del mandato y posibilidad de reelección

El periodo en que cada *commissioners* se mantiene al mando de las agencias independientes tiene una duración superior al periodo presidencial, por lo general, va de cinco a siete años y la renovación se hace de forma escalonada con el objetivo de que se nombren a los *commissioners* por diversos mandatarios, pero también se busca con ello, mantener cierta estabilidad en su accionar y mayor autonomía con la políticas públicas que establezcan los distintos gobiernos<sup>977</sup>, en palabras de ORTIZ LAVERDE, con referencia las agencias independientes norteamericanas, “*dentro de su estructura encontramos cómo básico un staff de commissioners y un cuerpo directivo. A este último se le aplica la regla de renovación sucesiva, no simultánea, por medio de la cual se asegura la continuidad de los mismos en la respectiva Comisión, pues como los plazos de duración del mandato son de seis años, los nombramientos no se hacen por parte de un solo presidente*”.<sup>978</sup>

Es la regla general que existan periodos fijos preestablecidos para la duración de los mandatos de los *commissioners* en las leyes de creación de las agencias independientes, que los gobiernos están obligados a respetar, como ya se mencionó, esta es una de las características más importantes e imprescindibles de toda agencia independiente en los Estados Unidos, ya que al contar con periodos de nombramiento y teniendo las reglas claras sobre la reelección permiten a los *commissioners* trabajar con mayor seguridad y sin miedo a

---

<sup>975</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 299. “*Este sistema de nombramiento ha sido objeto de numerosas críticas que incluso han llegado a considerarlo inconstitucional, pues la dependencia del Gobierno es, en este sentido, absoluta, y va además unida a la falta de otro órgano interno que signifique un auténtico contrapeso a las competencias del Director*”. Ibid.

<sup>976</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 302

<sup>977</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 116.

<sup>978</sup> Sandra Milena Ortiz-Laverde. *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC*. Tesis Universidad Complutense de Madrid. (España: 2014): 182.

represalias. Por ejemplo, para el caso de la SEC se dispone que *“Cada comisionado ocupará el cargo por un período de cinco años y hasta que su sucesor sea designado y calificado, excepto que no continuará sirviendo más allá del vencimiento de la próxima sesión del Congreso posterior al vencimiento de dicho mandato fijo, y excepto (1) cualquier comisionado designado para llenar una vacante que ocurra antes de la expiración del término para el cual fue designado su predecesor, será designado por el resto de dicho período (...).”*<sup>979</sup>

En Francia, por regla general, una vez nombrados los directivos el mandato es irrevocable, respetándose así el periodo preestablecido<sup>980</sup>, también se busca que el período no coincida con el presidencial, para que los nombramientos se hagan en distintos gobiernos y períodos legislativos, la renovación de los miembros directivos se hace de forma escalonada, para garantizar cierta estabilidad y continuidad en la actuación de la AAI, en cuanto a la duración del periodo, estos varían mucho<sup>981</sup>. En cuanto a la reelección o renovación en el cargo *“(...) en Francia se atribuye tanta importancia como a la prohibición de cese discrecional, en algunos casos la ley expresamente establece que los cargos no son renovables y, en otros, no existe previsión legislativa al respecto, de modo que, en principio, cabría admitir que sí es posible, aunque la doctrina mayoritaria ha interpretado lo contrario”*.<sup>982</sup>

Por ejemplo, en la *Autorité des Marchés Financiers*, el mandato del presidente es de cinco años a partir de la fecha de su nombramiento y no es renovable, el mandato de los demás miembros también es de cinco años y cabe la posibilidad de reelección una sola vez, a excepción del representante del Banco de Francia y del presidente del Consejo Nacional de Contabilidad.<sup>983</sup> En caso de vacantes por cualquier motivo previsto en la Ley *“(...) se procede a su reemplazo por la duración del período restante para ejecutar. Un mandato ejercido por*

---

<sup>979</sup> Traducción libre, el original versa de la siguiente forma en su idioma original inglés: *“(...) Each commissioner shall hold office for a term of five years and until his successor is appointed and has qualified, except that he shall not so continue to serve beyond the expiration of the next session of Congress subsequent to the expiration of said fixed term of office, and except (1) any commissioner appointed to fill a vacancy occurring prior to the expiration of the term for which his predecessor was appointed shall be appointed for the remainder of such term..”*. U.S. Code § 78d. op. cit.

<sup>980</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 221.

<sup>981</sup> *“Dentro del sistema francés de administraciones independientes, la duración del mandato de sus miembros directivos dista; sin embargo, de ser homogénea, y comprende, desde los tres años del Comité de Réglementation Bancaire, los cinco de la Autorité des Marchés Financiers y la Commission de Contrôle des Assurances, des Mutuelles et Institutions de Prévoyance, y los seis del Conseil de la Concurrence...”* Gabriel Fernández-Rojas. *Las autoridades administrativas independientes en Francia... op. cit.* pág. 364.

<sup>982</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 221-222.

<sup>983</sup> Véase: Code monétaire et financier, Livre VI, Titre II, article L621-2. Op. cit.

*menos de dos años no se tiene en cuenta para la aplicación de la regla de renovación establecida en el párrafo anterior*<sup>984</sup>, es decir, que cuando un nuevo miembro que venga reemplazar a otro que no haya cumplido los dos años en el puesto, no será nombrado por los tres años restantes, sino por los cinco del periodo ordinario. Por último, se regula la renovación escalonada en los siguientes términos: *“De acuerdo con los procedimientos definidos por decreto en el Consejo de Estado, la universidad se renueva a la mitad cada treinta meses. El mandato se cuenta a partir de la fecha de la primera reunión de la universidad”*.<sup>985</sup>

En España otra de las características de las AAI que las diferencia notablemente de la administración general del Estado y de la administración instrumental<sup>986</sup> es el establecimiento de periodos fijos de mandato y en principio irrevocables de los miembros directos de los entes reguladores. Para Gabriel FERNÁNDEZ: *“dentro del sistema español de administraciones independientes, el término preestablecido del mandato, su extensión, el retiro escalonado de los miembros directivos y el régimen de renovación, procuran salvaguardar su autonomía y preservar la estabilidad institucional de las vicisitudes de la política partidista”*<sup>987</sup>, lo anterior es acorde con la doctrina general.

En cuanto al periodo del mandato no hay uno común a todas las AAI, pero en general son cinco años y *“se intenta que el mandato de los miembros de las «autoridades independientes» no coincida exactamente con el periodo de la legislatura (...)”*.<sup>988</sup> Comenta María SALVADOR que *“en España no se ha generalizado la prohibición de renovar el mandato de los Consejeros, para garantizar, de este modo, que el órgano que nombra no pueda presionar al Consejero con la amenaza de no renovarle; la doctrina; sin embargo, sí ha indicado que sería conveniente introducir dicha prohibición”*, este último argumento, en nuestra opinión, puede ser visto desde otro punto de vista, ya que la posibilidad de reelección *ad infinitum*, puede atentar gravemente con la neutralidad de los directivos, porque pueden caer incluso en la práctica del lobby político para asegurarse la próxima reelección y como se ha insistido, las AAI no tienen naturaleza de organismos políticos sino técnica. Por otro lado, dentro de las AAI donde sí se regula la reelección, están el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado

---

<sup>984</sup> Ibid.

<sup>985</sup> Véase: Code monétaire et financier, Livre VI, Titre II, article L621-2. Op. cit.

<sup>986</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión... op. cit.* pág. 437.

<sup>987</sup> Ibid.

<sup>988</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 305.



de Valores, entre otros, limitando la renovación a una vez.<sup>989</sup>

Por último y en relación con la reelección de los directivos, en España dicha posibilidad está vedada en varias AAI, sobre este aspecto Eduardo VIRGALA opina que “(...) *la prohibición de reelegir a los miembros de los OR hay que decir que es muy acertada, ya que la reelección no supone una garantía de su independencia, sino lo contrario, al saber la persona afectada que si su continuación en un cargo de importancia como el de miembro de un OR depende del Gobierno estará más inclinado a complacer a este o, al menos, a no molestarlo (...)*”<sup>990</sup> posición que se sigue en el presente trabajo.

#### 5.2.4. Remoción por justa causa

Se considera que esta característica es *sine qua non* de cualquier AAI o agencia independiente y va de la mano a la existencia de un período predeterminado en el mandato de los altos directivos de las agencias independientes, la remoción o cese de los directivos por causas tasadas en la ley, es una característica que realmente determina o limita la relaciones entre el Gobierno y la agencia, consiste básicamente en que el presidente no puede remover a los miembros directivos a su libre arbitrio<sup>991</sup>. De tal forma que “*La existencia de causas tasadas de cese es una de las garantías de «independencia» que definen a las «autoridades» que estamos analizando y una de las características que las diferencian de otros organismos administrativos*”.<sup>992</sup>

En los Estados Unidos, una vez elegidos los *commissioner* por el Senado, no podrán ser cesados por el presidente, según se analizó con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, esto fue clave para la consolidación del modelo de *independent regulatory commissions*; *sin embargo*, existen determinadas causas que en caso de que se compruebe una de ellas, se puede hacer la separación del cargo y en algunos pocos casos ni siquiera se prevé la posibilidad de cese<sup>993</sup>, por lo que se tendría que llevar a cabo un

---

<sup>989</sup> Ibid. pág. 306.

<sup>990</sup> Eduardo Virgala-Foruria. “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible (España)”. *Revista española de Derecho Constitucional*, N.º 94. (enero-abril, 2012): 91.

<sup>991</sup> Dentro de las sentencias más recientes que reafirma este punto está el caso *FEC v. NRA Political Victory Fund* de 1993 y *Swan v. Clinton de 1996*. Véase: Fernández-Rojas, Gabriel. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 191.

<sup>992</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 306.

<sup>993</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 117.

proceso especial como sería, por ejemplo, una comisión de investigación del Senado que compruebe una “causa justa” y suficiente, y después de seguir un debido proceso administrativo y posiblemente judicial.

Dicho lo anterior han operado dos grandes cambios, que son los nuevos criterios de interpretación, en las causales de remoción de los *commissioners*, por un lado, tenemos producto de la influencia de la “ideología unionista” que se pueda considerar como causal de destitución “*la frecuente y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por los directivos de las AAI*”<sup>994</sup>. Por otro lado, la segunda transformación es la atenuación en la rigidez de los presupuestos legales que permiten al presidente remover a los altos cargos de las agencias independientes tradicionalmente previstas para ello, como la grave negligencia o la mala fe en el cumplimiento del deber, estas puedan verse ampliadas por vía de interpretación, con la adición de causales antes desconocidas, como la frecuente y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por las agencias.<sup>995</sup>

Aquello es un claro signo del repunte de la tendencia unionista que pregona un Poder Ejecutivo fuerte y que en los años más recientes han logrado, influir en el Senado, para aprobar leyes que disminuyen el accionar de las agencias independientes, por ejemplo, condicionando la normativa que estas agencias emiten mediante controles *ex ante*; no obstante, las cláusulas legales de duración predeterminada y causas de remoción tasadas se mantienen a la fecha, por lo que se puede hablar hoy de agencias independientes.

El sistema francés cuenta con una vasta serie de normas que garantizan que “(...) *los directivos de las autoridades de regulación no sean removidos de sus cargos por discreción política. Esa ha sido considerada una garantía mínima, esencial para preservar la independencia*”<sup>996</sup>, es por ello que en la mayoría de las leyes se establece que los miembros de las AAI “*sólo pueden ser cesados por el Gobierno cuando exista algún impedimento que no les permita seguir ejerciendo sus funciones*”,<sup>997</sup> para concretar ese criterio, que puede ser muy

---

<sup>994</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 197.

<sup>995</sup> Véase: Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 191-192.

<sup>996</sup> Javier Sanclemente-Arciniegas. *La Independencia del regulador... op. cit.* pág. 202.

<sup>997</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 221.

ambiguo, por otro lado, se implementa una lista “*taxativa de las condiciones legales que justifican su remoción anticipada (...)*”.<sup>998</sup>

En España, además de las causales legales de cese, se contemplan, siguiendo a María SALVADOR: “(...) *la renuncia, la finalización del mandato y la llegada de la edad de jubilación, el Gobierno puede cesar a los Consejeros cuando se den las siguientes circunstancias: incompatibilidad sobrevenida, condena por delito doloso, incumplimiento grave de obligaciones o incapacidad sobrevenida*”<sup>999</sup> en el mismo sentido, Gabriel FERNÁNDEZ, presenta una lista detallada de las causales contempladas en la mayoría de leyes españolas:

- i) el incumplimiento jurídico grave de las obligaciones —no la mera discordancia con el parecer político gubernamental—;
- ii) la condena por delito doloso —e incluso el simple procesamiento, como lo contempla la Ley de Autonomía del Banco de España, a pesar de las duras críticas por su difícil armonización con la presunción de inocencia—;
- iii) la existencia de una incompatibilidad sobrevenida;
- iv) la incapacidad permanente —y objetivamente contrastable— para el normal desempeño de las funciones del cargo;
- v) el arribo a la edad de jubilación y
- vi) la renuncia por parte del directivo.<sup>1000</sup>

Se puede extraer del primer punto que “el incumplimiento grave de las obligaciones” puede ser sujeto de interpretaciones poco objetivas<sup>1001</sup>, en este sentido se señala que “*En relación con el margen de discrecionalidad que las causas tasadas dejan al Gobierno, el sector doctrinal mayoritario considera que dicho margen es mínimo e incluso inexistente*”, es pertinente repetir que previamente al cese será necesario un debido proceso administrativo, en este sentido un caso muy interesante se da en España con el Consejo de Seguridad Nuclear “*ya que en este caso debe seguirse el mismo trámite que para el nombramiento, es decir,*

---

<sup>998</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las autoridades administrativas independientes en Francia... op. cit.* pág. 364.

<sup>999</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 307.

<sup>1000</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España... op. cit.* pág. 438.

<sup>1001</sup> “(...) *algún autor ha criticado la inclusión del «incumplimiento grave de funciones» como causa de cese, alegando que se trata de un concepto indeterminado que deja un amplio margen de maniobra al Gobierno; aunque hay que reconocer que parece prácticamente inevitable incluir una causa de ese tipo. De acuerdo con el procedimiento estándar, el Gobierno acordará el cese previa instrucción del expediente y mediante resolución motivada*”. María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes.* (España: Ariel, 2005): 308.

*decisión del Gobierno y ratificación posterior del Congreso por mayoría de tres quintos. Éste es, además, el único caso en el que el Parlamento interviene en el cese de los miembros de una «autoridad independiente»*“.<sup>1002</sup> Esto es una garantía reforzada de independencia.

Por último, se puede mencionar que en los casos en los que los miembros no son designados por el presidente y cuyo cese no está regulado (procedimiento), habría que aplicar el Principio de paralelismo de formas (“el que puede lo más puede lo menos”) entonces los que los nombran deben incoar el procedimiento administrativo para el cese, con todos los formalismos y garantías, y naturalmente, el acto administrativo de cese podrá ser en todo caso controvertido en sede jurisdiccional, ya que no se trata de un acto de Gobierno sino que es, como se ha expuesto, un acto reglado.

### **5.3. Independencia funcional**

La independencia funcional, como su nombre lo sugiere, es la posibilidad legal que las AAI puedan trabajar libres de injerencias externas dentro de su ámbito de competencia, de no ser inquietadas, importunadas, coartadas o incluso amenazadas por llevar a cabo sus funciones de manera independiente con base en su criterio técnico. Así para Andrés Betancor, la garantía formal de independencia funcional “*se concreta en la prohibición de que se le puedan dirigir instrucciones, directrices u órdenes, tanto como de recibirlas*”<sup>1003</sup>. En la misma línea María SALVADOR MARTÍNEZ señala dos aspectos fundamentales, a saber:

- a) La medida más importante es la independencia de órdenes e instrucciones, a las que, en un sistema jerarquizado, están sujetos todos los órganos y organismos administrativos (con algunas excepciones, como los órganos consultivos, de control y de enjuiciamiento).
- b) La segunda medida importante **es atribuirles en exclusiva la función para la que han sido creadas**, como se hace en los Estados Unidos; si no es así, en los casos en que las «autoridades independientes» comparten el ejercicio de la función que tienen asignada con los correspondientes ministerios, es fundamental que exista una delimitación suficientemente clara del ámbito de actuación de cada uno”.<sup>1004</sup> (negrita no

---

<sup>1002</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 308.

<sup>1003</sup> Andrés Betancor. *Regulación: Mito y Derecho... op. cit.* pág. 361.

<sup>1004</sup> María Salvador-Martínez. *Partidos políticos y «autoridades independientes»... op. cit.* pág. 89.

es del original)

Sobre el último aspecto, en la actualidad es común defender dentro de la Administración Pública, un régimen claro y delimitado de competencia en aras de la seguridad jurídica y la mejor marcha (eficiencia) de la Administración, porque cuando una competencia está circunscrita a una sola administración, esta debería ser excluyente de todas las demás, con ello se evita la odiosa práctica de la duplicidad de tareas que por un lado, supone gastos innecesarios al presupuesto público y por otro, impone mayores cargas a los administrados.

Lo anterior es de igual aplicación a las Autoridades Administrativas Independientes (AAI) porque un régimen de competencia exclusiva trae consigo las ventajas señaladas, pero también supone problemas de carácter político (no jurídico), ya que la competencia en exclusiva de un ente regulador y supervisor supone en paralelo la pérdida en competencias del Poder Ejecutivo, al menos así lo han señalado múltiples autores<sup>1005</sup>, lo cual se verá más adelante es una situación más compleja, ya que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo sí se ve limitada, pero no eliminada en relación con el ámbito de competencia de la AAI, sobre esta discusión se volverá más adelante al mencionar de forma rápida la llamada potestad “reglamentaria” de los entes reguladores como Autoridades Administrativas Independientes. En el anterior sentido Eduardo VIRGALA FORURIA, refiriéndose a la independencia funcional señala que:

La independencia funcional ha de significar que se aplican plenamente los dos criterios antes mencionados de la inexistencia de una relación de jerarquía, tutela o control del Gobierno respecto a los OR y, por tanto, la prohibición al Gobierno para emitirles instrucciones o directrices de obligado cumplimiento o, al menos, la imposibilidad de modificar las decisiones de los OR mediante el oportuno recurso de alzada. **Eso supone que los OR estén sujetos a las normas reglamentarias que dicte el Gobierno si así lo ha previsto su Ley de creación, pero no a las directrices**

---

<sup>1005</sup> “(...) las consecuencias que el modelo de autoridades administrativas independientes supone para las tradicionales competencias gubernamentales son múltiples y de la mayor trascendencia. Son limitaciones que condicionan, en mayor o menor medida, el ejercicio de las facultades jerárquicas y de tutela que le asisten al gobierno en sus relaciones ordinarias con la Administración en las distintas tradiciones jurídicas, así como su responsabilidad política y social ante los ciudadanos. La articulación de los diferentes mecanismos de transparencia e independencia técnica y administrativa de este modelo de administración, experimenta variaciones en cada ordenamiento jurídico. Variaciones en la configuración orgánica, funcional y presupuestaria de las instituciones”. Gabriel Fernández-Rojas. “Hacia un modelo de superintendencias más independientes (Colombia)”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N.º 367 (septiembre 7, 2018): 250.

**entendidas como instrucciones para que el OR tome una decisión en un sentido determinado dentro de su propia esfera de competencias.** En el caso de los OR, éstos pueden no cumplir las directrices emanadas por el Gobierno sin que eso afecte a la validez de los actos del ente y sin que sus miembros incurran en responsabilidad ni puedan ser cesados.<sup>1006</sup> (negrita no es del original)

Con lo anterior presente se puede ampliar dos de los aspectos señalados que es la posibilidad de revisión ex ante y la posibilidad de revisión ex post (recursos de alzada) para más adelante en sección aparte analizar el tema de la competencia en exclusiva y relación con las competencias normativas de las AAI.

### **5.3.1. Eficacia de las instrucciones gubernamentales**

Se analiza en este punto el hecho de que el Poder Ejecutivo no puede dar instrucciones, emitir directrices a las AAI, porque no se encuentran bajo una relación instrumental, de jerarquía ni de tutela administrativa. En este sentido señala Eduardo VIRGALA que *“es evidente que el Gobierno puede intentar instruir a un OR, pero lo relevante es que este, como cualquier otro órgano independiente, puede negarse a aceptar tal instrucción y que si no lo hace estará incumpliendo el mandato legal de independencia. Cuestión diferente, y que creo que no hay que confundir, es que un OR tenga pocas potestades decisorias, siendo la mayoría de ellas consultivas, pero allí donde tenga esas potestades decisorias será independiente del Gobierno”*.<sup>1007</sup> Sobre este tema se verá a continuación los casos estadounidense y español.

Históricamente, las agencias independientes en los Estados Unidos se caracterizaron por el débil poder de dirección que tenía sobre ellas las disposiciones proferidas por el Poder Ejecutivo (*Executive Orders*), siendo aquellas reticentes a someterse a dichas “órdenes” por cuanto no tienen fuerza vinculante, este elemento permitió identificar a estas agencias con claridad y diferenciarlas así frente al resto de administraciones federales; sin embargo, productos de los cambios recientes en el modelo, se dice que *“(...) la poca fuerza vinculante de las disposiciones presidenciales sobre las AAI, ha sufrido una progresiva transformación a favor de la autoridad presidencial, originada en la **decisión voluntaria de algunas***

---

<sup>1006</sup> Eduardo Virgala-Foruria. “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible (España)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 94. (enero-abril, 2012): 94-95.

<sup>1007</sup> Eduardo Virgala-Foruria. *Los organismos reguladores en la crisis económica... op. cit.* pág. 96.

***administraciones independientes, de adecuar sus políticas a las trazadas por el presidente de los Estados Unidos***<sup>1008</sup>, lo anterior se relaciona con la llamada independencia funcional que es precisamente la limitación al presidente de emitir directrices, órdenes o instrucciones dirigidas a las agencias independientes o en su defecto, la capacidad jurídica de aquellas de negarse a cumplirlas según su propio criterio.

El deber del presidente de los Estados Unidos de “dirigir el buen funcionamiento de la administración pública” es uno de los argumentos que le han permitido ejercer influencia sobre las agencias independientes, en aras de mejorar la coordinación de la actividad entre las agencias ejecutivas y las agencias independientes, y entre estas últimas, además de evitar la duplicidad de funciones.<sup>1009</sup>

En el anterior sentido, la autora SALVADOR-MARTÍNEZ apunta para el caso de estudio que “(...) *debemos señalar que las agencias se han ido creando para regular sectores económicos determinados, de modo que cada agencia tiene asignado un ámbito diferente y tiene la competencia exclusiva para su regulación. Por otro lado, y como recogen expresamente las leyes de creación de las independent agencies, en el ejercicio de sus funciones, estas agencias no pueden recibir directrices, órdenes o instrucciones del Presidente;*<sup>1010</sup> sin embargo, pese a las recientes modificaciones de criterio producto, el desacato de las *Executive Orders* por parte de las agencias independientes, no han invalidado sus actuaciones jurídicas ni ha sido causal suficiente para la remoción de los comisionados,<sup>1011</sup> el giro viene dado por un acentuado sometimiento voluntario de estas agencias a las *executive Orders*, en aras de mejorar la coordinación con las políticas públicas del Gobierno, que convierte en vinculantes las “órdenes”, lo cual no se da en todos los casos.

En el caso español a pesar de que muy pocas leyes establecen expresamente la prohibición que el Poder Ejecutivo emita órdenes o instrucciones a las AAI<sup>1012</sup> “*la doctrina*

---

<sup>1008</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 199.

<sup>1009</sup> “*La consecuencia negativa de esta situación es que la descoordinación resta eficacia a la actividad de todas las agencias. El sector doctrinal más optimista argumenta; sin embargo, que, superándose este problema, posiblemente con la intervención del Presidente como coordinador general, la cooperación entre agencias que actúen en ámbitos interrelacionados puede resultar muy positiva para lograr una regulación más global y, por tanto, mucho más efectiva*”. María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 127.

<sup>1010</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 115.

<sup>1011</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 198.

<sup>1012</sup> Véase: María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 296-297.

mayoritaria está de acuerdo en que debe entenderse que estas <<autoridades>> tampoco pueden estar sujetas a órdenes o instrucciones del Gobierno”<sup>1013</sup>, en este sentido MAGINE HERRERO argumenta que “una interpretación conjunta y sistemática de la configuración de cada una de las Administraciones independientes que hace su normativa reguladora impide la existencia implícita de tal potestad, puesto que el status de separación y protección de la influencia del Gobierno que se deduce de dicha regulación quebraría totalmente si se admitiese la facultad de aquel de establecer directrices”.<sup>1014</sup> La validez o eficacia de las instrucciones, directrices u otras “órdenes ejecutivas” emitidas por el Gobierno central, entonces se encuentra determinada por la ubicación de las AAI en la tipología o esquema del sector público.

En el caso de España, las AAI se han clasificado, por lo general, como administraciones institucionales y como administraciones especiales, en el último sentido Eduardo GAMERO y Severiano FERNÁNDEZ<sup>1015</sup>, las cuales se dividen en dos categorías, según su grado de autonomía, en primer lugar están las administraciones instrumentales en las que “(...) la Entidad mantiene una relación de dependencia con la Administración matriz, configurándose como una simple organización instrumental de ésta. En general, el fundamento de la creación de estas Entidades instrumentales se encuentra en el principio constitucional de eficacia (...)”<sup>1016</sup>. En segundo lugar encontramos concretamente a las AAI que según los citados autores son “Mucho menos numerosas que las anteriores, estas entidades se crean con la finalidad de acentuar no ya el principio de eficacia sino el también principio constitucional de objetividad (...). Para ello, la vinculación de estas entidades con la Administración matriz debe preservar un ámbito de independencia o autonomía funcional, extraordinariamente modulable en cada caso por el legislador”. La ubicación de las AAI dentro de las “administraciones

---

<sup>1013</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 297.

<sup>1014</sup> Mariano Magine-Herrero. Límites constitucionales de las administraciones independientes. (España: INAP, 2002): 86.

<sup>1015</sup> Véase: Eduardo Gamero-Casado y Severiano Fernández-Ramos. Manual básico de derecho administrativo. 13 ed. (España: Tecnos, 2016): 290 y ss. Administraciones especiales, cuyo precedente lo encontramos en los Organismos Autónomos (descentralización administrativa) y las entidades públicas empresariales “de derecho privado”.

<sup>1016</sup> Eduardo Gamero-Casado y Severiano Fernández-Ramos. op. cit. pág.: 292. Y añaden los citados autores “Por otra parte, el carácter instrumental de la entidad se manifiesta en una serie de potestades de dirección y control que la Administración matriz ostenta sobre la entidad instrumental, de tal modo que, aunque la existencia de una personalidad jurídica propia y diferenciada impide que se pueda hablar en rigor de una relación jerárquica, sí que existe una innegable subordinación de la entidad instrumental en su relación con la Administración matriz”. Ibid.



especiales”<sup>1017</sup> es la más acertada, ya que a pesar de su amplitud o indeterminación, no entra en contradicciones, como se verá a continuación y por ello debe preferirse.

Las **administraciones institucionales**, según David BLANQUER<sup>1018</sup>, se caracterizan por una relación de instrumentalidad en relación con el ente matriz, en sus propias palabras sostiene que *“dentro del género de Administraciones institucionales, merecen una mención especial y separada las llamadas «Administraciones independientes», o «Autoridades administrativas independientes» (AAI), que a diferencia de las ya mencionadas, no están sujetas al Gobierno por una relación de instrumentalidad y dependencia, no son entidades filiales plenamente controladas por la matriz, sino que disfrutan de un amplio margen de autonomía o independencia para reforzar así su neutralidad y objetividad”*.<sup>1019</sup>

El autor Ramón PARADA ubica también a las AAI cerca de la administración institucional, dice que *“al lado de la Administración institucional común, constituida por una constelación de organismos personificados, pero sujetos política y jurídicamente al control del Gobierno, que nombran y destituyen libremente con pretensiones a sus gestores, el ordenamiento regula otras organizaciones especializadas con pretensiones de independencia política y jurídica”*<sup>1020</sup>. Así, resaltamos el hecho de que las ubica como “administraciones especializadas”, zanjando la anterior discusión, la Ley española de “Régimen Jurídico del Sector Público” N.º 40 del 1 de octubre de 2015, según su artículo 84, ubicó a las AAI dentro

---

<sup>1017</sup> Eduardo Gamero-Casado y Severiano Fernández Ramos explican para el caso español que la “La denominación de las Administraciones especializadas es extraordinariamente variada e influenciada por las modas del momento. Durante una primera época, por influencia francesa, se llamaban «Servicios» —caso del extinto Servicio Nacional del Trigo y ahora del Servicio Nacional de Productos Agrarios (SENPA)—, más tarde se empleó profusamente el término «Instituto» y de aquí la terminología de Administración «institucional» —como los ya extintos INI, Instituto de Reforma Agraria, Instituto de Conservación de la Naturaleza (ICGNA), INSALUD o de los aún existentes INSS, INAP, Instituto de Crédito Oficial (ICO), Instituto Nacional del Consumo (INC), Instituto de la Juventud, Instituto de la Mujer, IMSERSO...—. Y, más recientemente, por influencia anglosajona, se han dado en llamar «Agencias» —Agencia Estatal de Gestión Tributaria, Agencia de Protección de Datos, Agencia Española del Medicamento, Agencia Española de Seguridad Alimentaria...—. Ni qué decir tiene que estas denominaciones son, además, equívocas, pues con frecuencia un mismo término, como el de Agencia, puede referir regímenes bien diversos”. Manual básico de derecho administrativo. 13 ed. (España: Tecnos, 2016), 290.

<sup>1018</sup> Véase: David Blanquer Criado. Introducción al derecho administrativo: Teoría y 100 casos prácticos. 3º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2015): 139. Para quién *“En la Administración institucional la autonomía es puramente gestora y no decisoria, pues funciona como un auxilio ejecutivo o herramienta de trabajo sujeta a los poderes superiores de coordinación que ejerce la Administración territorial matriz mediante directivas o instrucciones generales de obligado cumplimiento, o en virtud de programas de objetivos (o de planes anuales y contratos de gestión como los que celebran las agencias), de cuyo cumplimiento deben rendir cuentas mediante una memoria de resultados”*. Ibid. op. cit. pág. 140.

<sup>1019</sup> Ibid.

<sup>1020</sup> Ramón Parada Vázquez. Derecho administrativo I. 24 ed. (España, Open, 2014), 339.

de la administración institucional<sup>1021</sup> y las define en el artículo 109 inciso 1, de manera inequívoca, en los siguientes términos:

Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, **vinculadas** a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de **independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado**, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley.<sup>1022</sup>

Por lo que se dice que las AAI están “vinculadas” a la administración general del Estado, pero no en el sentido de sometimiento, sino se trata, más precisamente, de cierta relación con el Gobierno, relación que no se puede eliminar del todo, al tratarse en definitiva de entes públicos, al hablar de una “especial autonomía” se nos deja claro que no se trata de los tradicionales organismos autónomos, los cuales son categoría aparte, con su propio régimen jurídico, dentro de la administración institucional.

En el inciso 2) del artículo 109 *ibid.* se dice que “*Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial*”, implícitamente se tomó en cuenta de forma precavida, la teoría de la *Public Choice* antes mencionada, con lo cual se trata de evitar la *captura del regulador*<sup>1023</sup> por el sector regulado, que es lo mismo que decir el no sometimiento a la influencia del “interés empresarial o comercial”, por lo que consideramos

---

<sup>1021</sup> “En cuanto a la tipología propia del sector institucional del Estado, la Ley contempla las siguientes categorías de entidades: organismos públicos, que comprende los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; las autoridades administrativas independientes; las sociedades mercantiles estatales; las fundaciones del sector público estatal; los consorcios; y los fondos sin personalidad jurídica. En los capítulos correspondientes a cada tipo se define su régimen jurídico, económico-financiero, presupuestario, de contratación, y de personal. Los organismos autónomos desarrollan actividades derivadas de la propia Administración Pública, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta, mientras que las entidades públicas empresariales, se cualifican por simultanear el ejercicio de potestades administrativas y de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566&p=20151002&tn=1> [10-10-2020]

<sup>1022</sup> Artículo 109 inciso 1 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público. N.º 40 del 1 de octubre de 2015.

<sup>1023</sup> Véase supra.

que no está de más hacer tal aclaración; no obstante, se ha señalado<sup>1024</sup> que “*El mero hecho de que las Administraciones Públicas puedan valerse de otras personificaciones públicas o privadas para el desarrollo de actividades económicas y para actuar en el mercado no puede tener como finalidad otro interés que no sea de carácter público o general. Resulta pues absolutamente superflua la previsión a que se hace referencia*”.<sup>1025</sup>.

Por último, pero no menos ilustrativo, el inciso 3) del artículo 109 *ibid.* dice que “*Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «autoridad administrativa independiente» o su abreviatura «A.A.I.»*”, con ello se supera la denominación de “organismos reguladores” de la LES de 2011, a partir de la Ley 40/2015 no importa la denominación que contenga la ley de origen de la entidad pública, siempre y cuando, se cumpla con las características señaladas, se tendrán como AAI y dentro de la clasificación de administración institucional; no obstante, cuando se trata de controversias jurídicas prácticas, se atenderá en primer lugar al régimen jurídico contemplado en la Ley de creación y supletoriamente<sup>1026</sup> el de la Ley 40/2015 de “Régimen Jurídico del Sector Público”.

Ubicar a las AAI dentro de la administración institucional presenta el inconveniente conceptual o de técnica administrativa, en el sentido que las administraciones institucionales tienen el rasgo fundamental de tener una *relación de instrumentalidad* por lo que las AAI serían “administraciones instrumentales sin la relación de instrumentalidad”, ya que no están sometidas a las directrices ejecutivas, POMED SÁNCHEZ en este sentido dice que:

Todas estas garantías de estabilidad en el cargo tienen como objetivo último vincular la

---

<sup>1024</sup> Posiblemente por desconocimiento de la citada teoría (Public choice y captura del regulador) en el contexto del derecho anglosajón, que es la principal crítica que se hace a los organismos reguladores creados bajo el modelo de AAI.

<sup>1025</sup> Mónica Álvarez-Fernández. “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015 (España)” *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 43 (2016): no indica. Disponible en: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=417903](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417903) [31-07-2020]

<sup>1026</sup> “*Artículo 110. Régimen jurídico. 1. Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común. 2. Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril*”. Artículo 110 inciso 1 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público. N.º 40 del 1 de octubre de 2015.

actuación del personal directivo de las Administraciones Independientes únicamente a la salvaguarda del bien jurídico cuya protección tienen encomendados estos Organismos. De tal suerte, que pueden rehusar seguir las directrices del ministro competente, en la medida en que estimen que su contenido atenta contra ese bien jurídico, por cuanto su permanencia en el puesto no depende de la relación fiduciaria que les una con quien procedió a su nombramiento, a diferencia de lo que sucede en el resto de los entes institucionales.<sup>1027</sup>

Acorde con lo anterior, señala Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ que resulta “*inadecuada la inclusión en ese listado de Entes que integran el sector público institucional estatal de las autoridades administrativas independientes y las universidades públicas no transferidas, sujetos ambos caracterizados por su autonomía orgánica y funcional y a los que solo de manera supletoria les resulta aplicable la Ley 40/2015 , ya que se someten, precisamente por sus características, a un régimen jurídico específico. Resulta, por tanto, paradójico que pese a lo indicado, la Ley los sitúe como entes instrumentales de la Administración del Estado*”.<sup>1028</sup> esta clasificación resulta entonces en un contrasentido, por lo que se prefiere, si hay necesidad de clasificación, decir que son administraciones públicas especiales en función de su régimen jurídico particular, por lo cual habrá que hacer necesariamente referencia a su ley de creación.

### **5.3.2. Competencias revisoras y revocatorias del Gobierno**

Se analiza en este punto, la competencia que tiene la AAI para agotar la vía administrativa, lo anterior se da únicamente cuando los recursos administrativos ordinarios (revocatoria y apelación) son resueltos dentro de la misma AAI y no una instancia externa como podría ser un ministerio, por ejemplo. En el anterior sentido María SALVADOR-MARTÍNEZ señala que “(...) *la doctrina ha defendido que no deberían poder recurrirse los actos de la <<autoridades independientes>> ante instancias administrativas superiores, sino que éstos deberían agotar la vía administrativa, puesto que otra cosa resultaría contradictoria con*

---

<sup>1027</sup> Luis Alberto Pomed-Sánchez. *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes...* op. cit. pág. 159.

<sup>1028</sup> Mónica Álvarez-Fernández. “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015 (España)” *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 43 (2016): no indica. Disponible en: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=417903](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417903) [31-07-2020]

*la autonomía funcional que se les reconoce*<sup>1029</sup>. También como corolario de lo anterior, se debe reconocer la legitimidad activa de las AAI para impugnar actos administrativos que consideren lesivos o intromisiones de su ámbito de competencia, característica que las diferencia de los entes instrumentales que carecen de la posibilidad de impugnar los actos del ente matriz<sup>1030</sup>, por ejemplo, aunque podrían ser contra cualquier otra administración pública.<sup>1031</sup> VIRGALA cita a G. CALVO, trabajador de un ente regulador independiente español quien en alguna ocasión dijo que:

(...) la verdadera clave de bóveda es el control exclusivamente jurisdiccional de nuestras decisiones. Aquí radica, y yo no sé si debería de decirlo con tanto énfasis porque a lo mejor a alguien se le ocurre que hay que cambiarlo, nuestra verdadera independencia; el hecho de que nuestras decisiones no sean revisables en vía administrativa y, por tanto, en las que no se incorporen elementos distintos de las del marco regulatorio decidido y adoptado que hemos de administrar y que convierte, naturalmente, la revisión jurisdiccional en elemento de primera importancia para marcarnos nuestros límites, para asentar nuestras competencias, en definitiva, para construir la realidad económica a la que todos debemos de servir.<sup>1032</sup>

En los Estados Unidos una de las características del régimen jurídico de las AAI es la ausencia de facultades de revocación de sus decisiones particulares, por un ente jerárquico superior, lo que ocurre es que el control *ex ante* por parte del Ejecutivo se ha incrementado en los últimos años sobre la línea regulatoria que seguirán, lo cual se explicará más adelante, en otras palabras, se ha de controlar la competencia normativa o “cuasi legislativa”, más no la “cuasi judicial” y administrativa o “ejecutiva”.

Dado este nivel de abstracción, algunos autores señalan que debido a que las agencias independientes estadounidenses tienen personalidad jurídica propia (recuérdese que el Estado no tiene personalidad jurídica) “(...) *no forman parte del Poder Ejecutivo, sino que, en*

---

<sup>1029</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 297-298.

<sup>1030</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 299.

<sup>1031</sup> “*La independencia funcional comienza a limitarse cuando existe la posibilidad de recurrir administrativamente las decisiones de los OR excluyéndose la vía jurisdiccional directa (164), ya que eso permite un control último del Ministerio sobre las actuaciones y decisiones de los OR*”. Eduardo Vírgala-Foruria. “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible (España)”. *Revista española de Derecho Constitucional*, N.º 94. (enero-abril, 2012): 96.

<sup>1032</sup> Eduardo Vírgala-Foruria. “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible (España)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 94. (enero-abril, 2012): 95.

*el esquema de los órganos del Estado, se sitúan, como un «cuarto poder», entre el Congreso y el Presidente»*.<sup>1033</sup> Esto su vez les resta legitimidad democrática<sup>1034</sup>, dichos argumentos no soportan un breve análisis, ya hemos mencionado que el paradigma constitucional imperante en los Estados Unidos es el de frenos y contrapesos<sup>1035</sup>, se busca evitar la concentración excesiva de poder en uno de los tres Poderes clásicos, es por ello que las agencias independientes a la hora de ejercer sus competencias legales, están sometidas a aquellos tres, en primer lugar, el Poder Legislativo “delega” voluntariamente en estas agencias la competencia de *rulemaking* (“de crear normas”) y *adjudication* (“poder de aplicación de las normas”)<sup>1036</sup> mediante una ley formal, el Poder Ejecutivo, nombra los miembros directivos y el Poder Judicial realizará en caso de controversia jurídica control *ex post* o de legalidad.

### **5.3.3. Análisis del impacto regulatorio ex ante por agencias externas**

Ahora lo que interesa es abordar una discusión muy reciente, que en la opinión del autor de estas líneas es el reto más importante que en la actualidad deben superar las AAI para la conservación o supervivencia del modelo regulatorio, este reto viene de la mano con la teoría de mejora regulatoria o buena regulación (“*better regulation*”), ya que los análisis de impacto regulatorio *ex ante* llevadas a cabo por un agente o administración externa ponen en jaque la pretendida independencia de las administraciones en estudio.

La incorporación del análisis del impacto regulatorio (AIR) tiene su nacimiento en las agencias federales estadounidenses<sup>1037</sup>, debido a la idiosincrasia de los Estados Unidos, que se caracteriza por su antipatía ante las intervenciones estatales en los negocios privados, se llegó a la conclusión que la regulación es el peor de los males, pero con cierta cautela, ya que las regulaciones que se aprueben deben cumplir con determinadas características, en las que destaca la necesidad, la oportunidad y la razonabilidad de tomar tal o cual decisión regulatoria. El autor Gonzalo MOYANO GORTÁZAR realiza un recuento histórico de los principales

---

<sup>1033</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 114.

<sup>1034</sup> Véase: María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 135-136.

<sup>1035</sup> Véase: Édgar González-López. La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017): 87.

<sup>1036</sup> Véase: Víctor Torre-Silva. “Sobre la independencia de las agencias federales en los Estados Unidos de América (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 167. (mayo-agosto, 2005): 490.; María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 111-112.

<sup>1037</sup> Véase: Gonzalo Moyano-Gortázar. “Incorporación del análisis de impacto regulatorio en los Estados Unidos (Chile)”. *Revista de Derecho Económico*, N.º 76 (30 de marzo, 2016): 102.

antecedentes de la siguiente forma:

El gobierno de Richard Nixon fue el primero en requerir que los proyectos de normativa en materia ambiental, sanitaria, de seguridad o de protección al consumidor fueran distribuidos entre distintas agencias a fin de que estas pudieran conocer su contenido y estuvieran en condiciones de efectuar comentarios u observaciones. Más tarde, el presidente Gerald Ford requirió que las agencias federales evaluaran el impacto que pudieran tener las normativas administrativas federales en la inflación. Con posterioridad, el presidente Jimmy Carter ordenó que las agencias prepararan análisis de los impactos de las normas administrativas federales, estableciendo además un grupo de revisión regulatoria (*Regulatory Analysis Review Group*) encargado de analizar el impacto de algunas normativas de relevancia. Junto a las iniciativas de los distintos presidentes por controlar los efectos de normas administrativas, el Congreso de los Estados Unidos también llevó adelante esfuerzos en este sentido. En 1980, el Congreso estadounidense aprobó la Ley de Flexibilidad Regulatoria (*Regulatory Flexibility Act*), la cual constituyó un importante instrumento para considerar los impactos que podrían ser producidos por las normas dictadas por los órganos administrativos federales. Esta ley obliga a las agencias federales a evaluar el impacto de sus normas en pequeñas empresas, pequeñas entidades gubernamentales y organizaciones sin fines de lucro. Adicionalmente, esta ley dispone que las agencias también deben considerar posibles alternativas a la normativa propuesta. En 1980 también se dictó la Ley de Reducción de Trámites (*Paperwork Reduction Act*), estableciendo la obligación de los órganos administrativos de justificar cualquier recolección de información a fin de evitar burocracia y tramitación excesiva. A partir de la vigencia de esta ley, las agencias deben indicar la razón por la cual se busca utilizar la información, estimando la carga impuesta por su recolección, demostrando que constituye la forma menos costosa de recolectar información.<sup>1038</sup>

Es así que la introducción del AIR es un fenómeno que se ha ido desarrollando desde hace décadas en los Estados Unidos, bajo la premisa de lograr mayor coordinación de las distintas instituciones públicas y optimización de los recursos públicos, entre otros aspectos, que se pueden englobar con la palabra *eficiencia*. La eficiencia ha sido y es el argumento

---

<sup>1038</sup> Gonzalo Moyano-Gortázar. *Incorporación del análisis de impacto regulatorio en...* op. cit. pág. 103-104.

recurrente para reformar y contrarreformar el entramado administrativo, en este contexto se ha logrado controlar mediante revisión *ex ante*, las normas que emiten las agencias independientes, limitando en mayor o menor grado, la función de *regulation* que tienen asignada.

Aquel control se ejerce en la actualidad por la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), que es uno de los cambios más significativos en la materia y que en la actualidad, permite ejercer gran influencia sobre las AAI por parte del Poder Ejecutivo, fue durante la administración de Ronald REAGAN (de 1981 a 1989) que se creó dicha oficina mediante la *Executive Orders* N.º 12.291 de 1981 en la que se pide a las agencias (federales e independientes), básicamente:

(...) no proferir normas generales de regulación sectorial, hasta tanto el proyecto de regulación tuviera la aprobación gubernamental. La operatividad de esta Executive Order en particular, demandaba que las agencias sometieran a consideración y aprobación de la Office of Management and Budget (OMB) -que en su calidad de agencia ejecutiva actuaba como instrumento administrativo al servicio del gobierno-, un pormenorizado estudio denominado *regulatory impact analysis*, acerca de la relación costo-beneficio, derivada de la aplicación de las normas proyectadas por las agencias.<sup>1039</sup>

Con la citada *executive order* se indica que “estableció las bases de cómo debía utilizarse el análisis costo-beneficio, indicando el tipo de normas administrativas que debía ser objeto de control, así como los principios que debían ser observados en su aplicación”<sup>1040</sup>. Dentro del mismo contexto se promulgó una segunda *executive order* de importancia que fue la N.º 12.498 de 1985, en la que se implementó un *regulatory planning process*<sup>1041</sup> que buscada que las agencias realizarán “una proyección anualizada de su actividad reguladora, para su aprobación por parte de la OMB”<sup>1042</sup> complementando lo anterior, durante su primer gobierno, Bill Clinton (de 1999 a 1997) emitió la *executive order* N.º 12.886 de 1993, en la que se reiteró a las agencias rendir un informe ante la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA),

---

<sup>1039</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 199.

<sup>1040</sup> Gonzalo Moyano-Gortázar. *Incorporación del análisis de impacto regulatorio en... op. cit.* pág. 107.

<sup>1041</sup> Ver Presidential Executive Order 12498 (Ronald Reagan, 1985). Disponible en: [https://ballotpedia.org/Presidential\\_Executive\\_Order\\_12498\\_\(Ronald\\_Reagan,\\_1985\)](https://ballotpedia.org/Presidential_Executive_Order_12498_(Ronald_Reagan,_1985)), accesado el 10-11-19.

<sup>1042</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 199



que pertenece a su vez a la OMB “*un completo proyecto de sus planes reguladores, para asegurar su adecuación a las políticas presidenciales y garantizar, además, la coordinación de la labor reguladora entre las diferentes agencias*”.<sup>1043</sup> Además, la executive order 12.866 “*destaca la importancia que las regulaciones maximicen los beneficios netos. Dentro de estos se incluyen beneficios económicos, ambientales, de salud pública e impactos distributivos*”.<sup>1044</sup> Más recientemente en el año 2011, los últimos aspectos señalados fueron reforzados durante el segundo mandato del presidente OBAMA con la executive order 13.563 que dispone que “*dentro de los beneficios netos que deben ser considerados por las autoridades la: equidad, dignidad humana, justicia, e impactos distributivos*”.<sup>1045</sup>

La implementación de las anteriores *executive orders* han resultado en mayor control gubernamental sobre las agencias independientes; sin embargo, dichos procesos de planificación regulatoria como los estudios previos de impacto regulatorio han mejorado la eficiencia en la regulación económica. A pesar de lo anterior, el funcionamiento de la OIRA no ha estado exento de críticas, motivadas por su poca transparencia.<sup>1046</sup> En la actualidad se ha logrado mayor injerencia en las agencias independientes, debido a que el criterio argumental se ha transformado drásticamente y ya no se basa en la protección a ultranza de aquellas del Poder Ejecutivo, al existir consenso en que el modelo se logró consolidar<sup>1047</sup> y las garantías formales de independencia se mantienen, pero actualmente, al contrario de los inicios, se defiende la competencia del presidente para dirigir las políticas regulatorias (agendas regulatorias) que considere oportunas sin las limitaciones que representaban las antiguamente beligerantes agencias independientes estadounidenses.<sup>1048</sup>

En la Unión Europea, la implementación de la mejora regulatoria o buena regulación (en inglés *better regulation* o *smart regulation*)<sup>1049</sup> va de la mano con el análisis del impacto

---

<sup>1043</sup> Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 193.

<sup>1044</sup> Gonzalo Moyano-Gortázar. *Incorporación del análisis de impacto regulatorio en... op. cit.* pág. 109.

<sup>1045</sup> *Ibid.*

<sup>1046</sup> Véase: *Ibid.* op. cit. pág. 193.

<sup>1047</sup> Véase: Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 191-192.

<sup>1048</sup> “*El nuevo razonamiento, que se iniciara con las sentencias proferidas dentro de los casos Morrison v. Olson de 1988 y SEC v. Bilzerian de 1990, se desplaza en sentido inverso, y tiene como propósito salvaguardar, en primer término, las competencias presidenciales para dirigir, diseñar y ejecutar la política pública, frente a la intervención de las administraciones o agencias independientes*”. Gabriel Fernández-Rojas. *La administración por agencias... op. cit.* pág. 192.

<sup>1049</sup> “*«Mejora de la regulación» o «buena regulación» son las expresiones que se han adoptado en España para*

normativo (en nuestra opinión concepto más amplio que el análisis del impacto regulatorio, ya que el primero abarca las iniciativas legislativas) y se ha emparejado con la idea de legitimidad de los entes reguladores de importancia. Según Marisa ÁLVAREZ SUÁREZ, la *better regulation*:

[..] es un término de compleja definición que se ha ido concretando en el ámbito de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y de la Unión Europea (UE) desde los años 90. La OCDE considera, en general, que la *better regulation* es una política que no tiene como finalidad reducir el número de normas sino aprobar las estrictamente necesarias, teniendo en cuenta que éstas deben ser proporcionadas a sus objetivos y ser claras, eficientes, accesibles y transparentes (OCDE, 2005). En este mismo sentido, para la UE, la *better regulation* es la política que busca mejorar y simplificar el entorno regulatorio y la regulación debe ser necesaria, apropiada, proporcionada, transparente, accesible y simple (Maldelkern, 2001). Ambas instituciones coinciden en señalar que la inversión de recursos en la mejora de la regulación produce beneficios tanto en el funcionamiento de la economía como en los ciudadanos. En general, la necesidad de tomar medidas de impulso de creación de un marco eficiente de acceso y ejercicio para las actividades económicas como reflejo de esta *better regulation* y como iniciativas fundamentales para fomentar el crecimiento de una economía, está ampliamente respaldada por la teoría económica, las instituciones internacionales, los propios operadores e instituciones de análisis económico como, por ejemplo, las autoridades de defensa y promoción de la competencia. Desde un enfoque económico, el beneficio para los ciudadanos y empresas de la *better regulation* o de la mejora de la regulación es clara. Las barreras y obstáculos innecesarios y desproporcionados generados por las malas prácticas regulatorias suponen una pérdida de oportunidades de crecimiento. Esto conlleva el desaprovechamiento de economías de alcance y de escala y la pérdida de recursos productivos en el estudio y el cumplimiento de dichas cargas. En consecuencia, se generan efectos negativos

---

*traducir el sintagma anglosajón better regulation, que, junto con smart regulation, aluden a una tendencia favorecida por organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para cambiar la manera de legislar, sobre todo en relación con las actividades económicas de los particulares*". Luis Míguez-Macho. "La mejora de la regulación: antecedentes y principios (España)". *ICE: Revista de economía*, N.º 907 (marzo-abril, 2019): 11. Disponible en: <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/6808> [20-10-2020]

directos sobre la economía y el bienestar general.<sup>1050</sup>

La mejora regulatoria se ha entendido comprensiva de un denominado “proceso regulatorio o normativo”, el cual se señala tiene tres pilares clave que son: i. la evaluación de impacto, ii. la evaluación previa de la normativa vigente y iii. la consulta de las partes interesadas<sup>1051</sup>, y según Luis MÍGUEZ MACHO, la mejora regulatoria se proyecta a los tres momentos de dicho proceso, a saber: i. el previo a la elaboración de las normas<sup>1052</sup>, ii. el de elaboración y adopción de las mismas<sup>1053</sup> y iii. el posterior una vez entradas en vigencia.<sup>1054</sup> Interesa en esta oportunidad, analizar únicamente la evaluación de impacto que pueden ser ex ante y ex post<sup>1055</sup>, es decir, antes y después de emitir la norma, ya que el “proceso

---

<sup>1050</sup> Marisa Álvarez-Suarez. “El impacto económico de la Better Regulation. Un análisis para España (España)”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 11, N.º 22 (noviembre 1, 2019): 74.

<sup>1051</sup> Beatriz Pérez de las Heras. “La agenda de legislar mejor como eje de gobernanza democrática en la Unión Europea: impacto y potencialidades para las entidades subestatales (España)”. *Revista general de derecho administrativo*, N.º 50 (2019): versión en línea sin numerar. Además la autora agrega que “*su sistemática puesta en práctica está comportando la emergencia de nuevos enfoques, organismos y actores de participación y control en lo que ya se perfila como una nueva cultura legislativa, expresión de democracia participativa*”. Ibid.

<sup>1052</sup> “*En el momento previo a la elaboración de las normas, la mejora de la regulación exige la planificación de la actividad normativa. De esta manera, las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas y de sus órganos de gobierno dejan de ser el producto de decisiones burocráticas o políticas improvisadas, para convertirse en la concreción de una planificación previa conocida por los ciudadanos, lo que aporta ya desde ese primer momento previsibilidad. Ahora bien, esta planificación no exige a las futuras normas de una evaluación de su necesidad antes de comenzar a redactarse. Esta evaluación consiste en sopesar, con la participación de los destinatarios de la futura norma, las distintas alternativas que existen para conseguir el fin que se persigue con aquella, incluida la de no aprobar una nueva norma o la adopción de medidas distintas a las de carácter normativo*”. Luis Míguez-Macho. “La mejora de la regulación: antecedentes y principios (España)”. *ICE: Revista de Economía*, N.º 907 (marzo-abril, 2019): 11.

<sup>1053</sup> “*En la fase de elaboración de las normas, la mejora de la regulación impone requisitos tanto de contenido como de procedimiento. En lo que se refiere al contenido de las normas, cabe mencionar la proporcionalidad de las medidas regulatorias en relación con el fin que se pretende alcanzar con ellas y la reducción de las cargas administrativas, todo ello con el objetivo de no incrementar innecesariamente el coste que la regulación supone para los ciudadanos y las empresas. En el plano procedimental, la mejora de la regulación impone el diálogo con los sectores afectados por la norma en elaboración, a través de las correspondientes consultas, cuyo resultado debe tener reflejo en el proceso normativo. Es preciso analizar también el previsible impacto de la norma, como mínimo para sus destinatarios directos y para la Hacienda pública (el llamado «análisis del impacto normativo»). Finalmente, por motivos de seguridad jurídica, las normas han de huir de las derogaciones implícitas o tácitas*”. Ibid.

<sup>1054</sup> “*En el momento subsiguiente a la entrada en vigor de las normas, la mejora de la regulación opera fundamentalmente a través de la evaluación de los efectos de aquellas. De esta manera, se evita la proliferación de regulaciones cuya eficacia real se desconoce por falta de estudios rigurosos y se facilita la revisión o, en su caso, la derogación de las normas que se hayan demostrado innecesarias o incluso contraproducentes. En relación con las reformas de normas ya existentes, es también especialmente importante la elaboración de textos consolidados que integren las modificaciones realizadas y permitan a los operadores jurídicos y al público en general contar con versiones actualizadas y fiables de la normativa vigente*”. Ibid. op cit. pag.12.

<sup>1055</sup> “*La finalidad de la evaluación, tanto ex ante como ex post, es asegurar el acierto de la norma. Al enfoque tradicional, que centraba la calidad de las normas en sus aspectos formal y técnico-jurídico, se ha añadido la perspectiva socioeconómica, que incorpora la preocupación por la utilidad de la norma para contribuir de modo eficaz y eficiente al crecimiento económico y al incremento del bienestar social, de forma que la calidad normativa adquiere un significado más amplio y se convierte en una materia transversal y de carácter multidisciplinar*”.

regulatorio” será mencionado más adelante.

En España se creó recientemente una administración especializada en análisis de impacto normativo que se llama Oficina de Coordinación y Calidad de Normativa (OCCN)<sup>1056</sup>, que entró en funcionamiento en el año 2018, es un órgano de la Administración General del Estado que depende del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. A la OCCN le corresponde promover la coordinación y calidad de la actividad normativa del Gobierno en determinados ámbitos de producción normativa, a saber: *“los anteproyectos de ley, orgánica u ordinaria, los proyectos de real decreto-ley, los proyectos de real decreto legislativo y los proyectos de real decreto de carácter reglamentario”*<sup>1057</sup>, así entonces la OCCN es *“con arreglo al marco jurídico vigente, un órgano de supervisión pero, adaptándose a la realidad institucional, ha asumido como propia la condición de órgano de colaboración con los órganos que elaboran y tramitan los proyectos normativos, en línea con la naturaleza horizontal de la política de mejora regulatoria, con el objetivo de que las normas aprobadas por el Gobierno de España tengan la mayor calidad posible”*.<sup>1058</sup> En concreto la OCCN realiza las siguientes tareas:

- Valora la calidad técnica de la propuesta normativa, atendiendo al correcto uso del lenguaje y al cumplimiento de las directrices de técnica normativa, así como la adecuación del rango normativo propuesto.
- Examina la congruencia de la iniciativa con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea.
- Determina la necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas, así como de refundir en la nueva otras existentes en el mismo ámbito.
- Evalúa el contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.
- Comprueba que el contenido de las partes expositiva y dispositiva de la propuesta es conforme con los principios y reglas establecidos en la Ley 39/2015, del 1 de octubre,

---

Ramón Sánchez-Puente, Fe Bueno-Rodríguez, Andrea García-Vidal. “La evaluación ex-ante. Una visión de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (España)”. *ICE: Revista de Economía*, N.º 907 (marzo-abril, 2019): 23. Disponible en: <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/6807> [20-10-2020]

<sup>1056</sup> Creada mediante los artículos 1 y 4 del Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-50> [20-10-2020];

<sup>1057</sup> Véase: Página web “Oficina de Coordinación y Calidad normativa” disponible en: <https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/occn/paginas/index.aspx> [21-10-2020]

<sup>1058</sup> Ramón Sánchez-Puente, Fe Bueno-Rodríguez, Andrea García-Vidal. “La evaluación ex-ante. Una visión de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (España)”. *ICE: Revista de economía*, N.º 907 (marzo-abril, 2019): 24.

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el Título V de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

- Analiza el cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación.
- Evalúa que la iniciativa normativa cumple con las obligaciones de transposición del Derecho de la Unión Europea.<sup>1059</sup>

También se puede mencionar que dentro de los instrumentos básicos de la calidad normativa están los i. Planes Anuales Normativos (PAN)<sup>1060</sup> que en España se encomendaron en 2017 a otra oficina llamada “Junta de Planificación y Evaluación Normativa”<sup>1061</sup>, ii. las Memorias del Análisis de Impacto Normativo (MAIN)<sup>1062</sup>, iii. la reducción de cargas administrativas, iv. el inventario normativo y v. las directrices de técnica normativa.<sup>1063</sup> Más adelante se ampliará un poco el primero de dichos instrumentos.

De lo anterior se puede destacar que la OCCN (a diferencia de la OIRA) no realiza análisis de impacto regulatorio, sino de impacto normativo, que en el entender del autor de este trabajo, es un concepto más amplio que el primero, pero que se circunscribe en este caso concreto, a las leyes emanadas del Congreso y a los decretos o reglamentos emanados por el presidente o el Poder Ejecutivo, así que al utilizar el término análisis de impacto regulatorio (AIR) de forma más técnica, estaríamos hablando de analizar normas distintas a las sancionados por el presidente (en todo caso de rango infralegal), es decir, las normas de alcance general proferidas por las AAI en su función de regulación económica. Se debe aclarar que la “Oficina de Coordinación y Calidad de Normativa” y la “Junta de Planificación y Evaluación Normativa” se circunscribe a la producción normativa a nivel legislativo y del Gobierno central (de manera

---

<sup>1059</sup> Véase: Página web “Elementos básicos de la Calidad Normativa” disponible en <https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/occn/Paginas/conceptos.aspx> [21-10-2020]

<sup>1060</sup> También llamados en derecho regulatorio *agendas regulatorias*.

<sup>1061</sup> Véase: Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/03/24/286/con> [21-10-2020]

<sup>1062</sup> Véase: Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/10/27/931> [21-10-2020];

<sup>1063</sup> Véase: Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/res/2005/07/28/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2005/07/28/(1)) [21-10-2020]

no vinculante claramente<sup>1064</sup>) y por ello no se ha visto vulnerada la independencia funcional de las AAI españolas en este sentido.

Sería incorrecto y una irresponsabilidad decir ante el actual estado del arte, que las regulaciones no deben de pasar por un análisis previo, utilizando las técnicas del análisis económico del derecho (AED), entre ellas el AIR, una confrontación cruzada que es posible mediante la audiencia pública, en este trabajo se sostiene su necesidad, el problema es que una oficina (por ejemplo, el caso estadounidense con la OIRA) o una administración especializada en AIR, que puede ser excelente en ese campo, difícilmente también sea especialista en la regulación económica de los servicios domiciliarios, la regulación financiera, bursátil, de riesgos, etc. De tal forma que otorgar poder suficiente a unos entes especialistas en el análisis de impacto regulatorio, al punto de negar el avance de la propuesta regulatoria hecha por el ente regulador sectorial, sometiendo a esta última a su criterio, como podría ser indicando en qué sentido tendría que presentarse la propuesta o lo que sería peor, a un criterio meramente político, ya que como se expuso, estas oficinas o juntas están directamente bajo la influencia del presidente, lo anterior supondría la virtual eliminación del modelo regulatorio por AAI.

Para concluir la posible solución al anterior dilema, la más lógica es que sean las propias AAI en el ejercicio de su competencias normativas, las que realicen los análisis de impacto regulatorio *ex ante*, para ello deben de capacitarse y terminar de incorporar en su esquema institucional los postulados de la *better regulation*, acoplando los conocimientos especializados que ya poseen con el análisis costo-beneficio y el análisis prospectivo del impacto que tendrán los proyectos regulatorios una vez aprobados, matizados con los aportes que ha de hacer el propio sector regulado<sup>1065</sup>. Es por ello que se sostendrá que la actividad normativa de las AAI

---

<sup>1064</sup> Véase: Ramón Sánchez-Puente, Fe Bueno-Rodríguez, Andrea García-Vidal. “La evaluación ex-ante. Una visión de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (España)”. *ICE: Revista de economía*, N.º 907 (marzo-abril, 2019): 29-30.

<sup>1065</sup> “*La participación de los afectados en el proceso de identificación de cargas administrativas y de fomento de mejora de la regulación es igualmente una pieza clave para la remoción de obstáculos innecesarios y desproporcionados a la actividad económica. De esta forma se permite un enfoque «práctico» basado en los problemas reales y en la evidencia algo que es considerado especialmente relevante para avanzar en la mejora regulatoria (OCDE, 2019). En esta línea, la Administración debe proporcionar instrumentos a los operadores económicos para que su voz sea oída y escuchada en el ámbito de la mejora regulatoria. Por ejemplo, un instrumento de utilidad puede ser la firma de convenios con las principales entidades representativas para la identificación y remoción de cargas. En este sentido, desde 2008 la CEOE-CEPYME y otras asociaciones han colaborado con el Ministerio de Administraciones públicas mediante la firma, en su caso, de sucesivos convenios*”

no se corresponde con la reglamentación en sentido tradicional.

---

*para la identificación de cargas 12. El trabajo debe focalizarse no sólo en la identificación y catalogación de las cargas administrativas y regulatorias, sino también en la búsqueda de propuestas de solución de las mismas y en la evaluación «expost» de los resultados de dichos acuerdos, cuestión donde, de nuevo, la cooperación entre administraciones supone un factor fundamental». Marisa Álvarez-Suarez. "El impacto económico de la Better Regulation. Un análisis para España (España)". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 11, N.º 22 (noviembre 1, 2019): 82.*

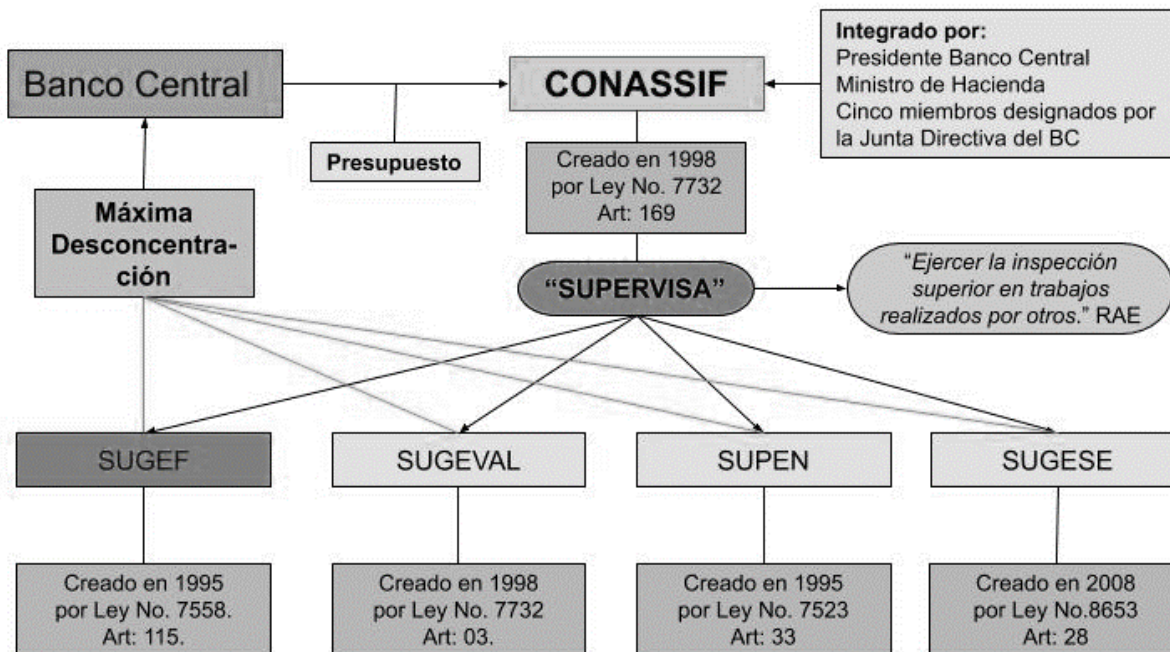
## **CAPÍTULO TERCERO: REGULACIÓN ECONÓMICA Y SUPERVISIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO COSTARRICENSE**

Se explicará a continuación, de la manera más detallada posible el modelo de regulación financiera en Costa Rica, haciendo cuando sea posible y pertinente, referencia a las similitudes y diferencias en relación con los ejemplos del Derecho comparado que hemos visto, de tal forma que se cumpla con el tercer y último objetivo específico propuesto, a saber, **“analizar el modelo de regulación y supervisión de los servicios financieros en Costa Rica, en especial el rol que desempeña el CONASSIF como coordinador y superior jerárquico de las Superintendencias”**. Con ello se podrá determinar el nivel de independencia de las superintendencias, según los tres criterios desarrollados en el capítulo II, para finalmente realizar una reflexión final, conclusiones y la comprobación de la hipótesis.

### **6. La regulación económica en el sector financiero costarricense**

La supervisión financiera en Costa Rica tiene su cúspide en el Banco Central de Costa Rica (BCCR), ya que es el ente nacional rector en política económica, del que deriva el resto de autoridades administrativas que realizan regulación y supervisión económica, el BCCR es una institución autónoma, por ello goza de autonomía administrativa entre otros aspectos que se verán en su momento. Luego encontramos al CONASSIF que es una figura *sui generis* que actúa como superior jerárquico y supervisor de los entes supervisores sectoriales o superintendencias. En concreto está organizado de la siguiente forma:





Elaboración propia.

## 6.1 Generalidades de la regulación financiera

No existe en la actualidad, a pesar de los esfuerzos llevados a cabo, un consenso doctrinal sobre el sentido del concepto *regulación económica* y posiblemente no lo habrá hasta que exista una definición legal o jurisprudencia, lo suficientemente reiterada en un sentido preciso, si el panorama parece difuso, lo es aún más en el sector financiero, ya que como señalan DARNACULLETA y SALVADOR: *“la regulación de los mercados financieros no se corresponde con el concepto de regulación en sentido estricto, pero tampoco encuentra su encaje en el concepto amplio expuesto con anterioridad (...)”*<sup>1066</sup> ¿Entonces ante qué nos enfrentamos? La regulación económica de los mercados financieros corresponde a una actividad de carácter técnico en la que lo fundamental es evitar la concreción del riesgo sistémico y las crisis financieras, conceptos que se explicarán en breve, la actividad que llevan a cabo los reguladores financieros es evitar o disminuir los efectos de las fallas del mercado, se puede hablar entonces, por un lado, que la meta es la estabilidad económica (encargada a la política económica y la política monetaria subsidiariamente) y por otro lado, la estabilidad

<sup>1066</sup> Darnaculleta I-Gardella y Salvador-Armendáriz. *Nuevas Fórmulas de Génesis...* pág. 149.

financiera, aspectos que no van necesariamente de la mano. Se puede hablar así de una aparente disociación entre estabilidad financiera y económica.<sup>1067</sup>

La liberalización de los mercados financieros y su regulación tiene una historia muy distinta a la de los bienes y servicios<sup>1068</sup>, en la que el factor social se encuentra presente y la actividad garante se perfila al lado de la propia actividad regulatoria. Dentro de las razones de la liberalización financiera están: “1) *la caída del sistema establecido en Bretton Woods y el mayor protagonismo de los mercados financieros en un entorno de mayor movilidad internacional del capital*, 2) *la crisis de las materias primas que puso en evidencia la rigidez de las economías y forzó a la flexibilización de los mercados para facilitar la adaptación de los agentes a las nuevas realidades* y 3) *el derrumbe de los países socialistas, con el triunfo de las economías de mercado y los programas de privatización de las empresas (...)*”.<sup>1069</sup> Por otro lado, en un lenguaje más económico, se puede decir que la actividad prestacional o industrial se encuentra en el sector “real” o material de la economía, mientras que el mercado bancario y bursátil, por ejemplo, se encuentra en la economía “financiera” o inmaterial. En el anterior sentido Antonio TORRERO MAÑAS dice que:

La estabilidad financiera y la experiencia traumática de las crisis constituyen un elemento esencial para comprender las distintas posiciones en relación con la liberalización del sector real y del financiero (...). **La experiencia variada y las crisis financieras han inducido a profundizar en las diferencias esenciales entre lo «real» y lo «financiero», imponiéndose progresivamente la idea de que lo «financiero» tiene rasgos específicos que aconsejan no extender, sin cualificaciones precisas, las ideas compartidas acerca del funcionamiento de mercados e instituciones de los sectores reales.** <sup>1070</sup> (negrita no es del original)

En el campo financiero “*la regulación debe permitir identificar los estándares, las normas y los controles necesarios para garantizar una adecuada gestión de los riesgos financieros y un nivel suficiente de protección de los consumidores, así como mantener la confianza de los*

---

<sup>1067</sup> Véase: Antonio Torrero-Mañas. *Revolución en las finanzas: los grandes cambios en las ideas: represión y liberalización financiera*. (España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008): 93. Consultado en base de datos E-libro: <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/ereader/sibdi/127390?page=185> [07-06-2020].

<sup>1068</sup> Véase: Antonio Torrero-Mañas. *Revolución en las finanzas... op. cit.* pág. 184 y ss.

<sup>1069</sup> Ibid. op. cit. pág. 184.

<sup>1070</sup> Ibid. op. cit. pág.185-186.

*inversores*<sup>1071</sup>, se hace así referencia a estándares que son las “reglas” precisas impuestas por el regulador, a las que los agentes económicos se deben sujetar, para utilizar una analogía, el Estado regulador vendría a ser un árbitro que asegure que todos los participantes se encuentren ante un juego justo<sup>1072</sup>, aquí el Derecho recobra su importancia, si en algún momento se ha puesto en duda, el Derecho entendido como institución formal<sup>1073</sup> coadyuva en el establecimiento de dichas reglas<sup>1074</sup>, esta es la posición de la Nueva Economía Institucional<sup>1075</sup>, la cual es uno de los constructos teóricos más importantes de la economía contemporánea, como disciplina académica para fundamentar la existencia del sistema regulatorio en su conjunto, además, que vincula la existencia de marcos normativos eficientes<sup>1076</sup> con la idea de “progreso” o desarrollo<sup>1077</sup>. En palabras de Joseph E. STIGLITZ:

Los viejos manuales de economía suelen afirmar que la economía de mercado posee

---

<sup>1071</sup> Darnaculleta I-Gardella y Salvador-Armendáriz. *Nuevas Fórmulas de Génesis...* pág. 150-151.

<sup>1072</sup> Para ello la regulación económica emite normas, por ejemplo, sobre gobierno corporativo -control interno-, obligaciones de brindar información de manera constante y fidedigna, buenas prácticas contables, seguridad de la información, normas sobre capital mínimo y liquidez -estimaciones contracíclicas- en función de riesgos de diverso tipo, entre otras, cuyo análisis rebasaría los objetivos de un trabajo es este tipo.

<sup>1073</sup> Término usado en este contexto por la “*La teoría institucional propuesta por Olson (1982) y North (1990) concibe el término instituciones en un sentido amplio. Incorpora tanto relaciones informales (valores culturales, principios éticos, conducta social o principios ideológicos) como relaciones formalmente institucionalizadas, tales como la forma de gobierno, el régimen político, el Estado de derecho, el sistema judicial y las libertades políticas y civiles...*” Gonzalo Caballero-Miguez. “Economía de las instituciones: de Coase y North a Williamson y Ostrom. (España)” *EKONOMIAZ, revista Vasca de economía*, N.º 77 (segundo cuatrimestre, 2011): 128.

<sup>1074</sup> Según Douglas C. North las reglas del juego de una sociedad son “restricciones creadas por los seres humanos que dan forma a la interacción humana”. Véase: Jairo J. Parada. “Economía institucional original y la nueva economía institucional (Colombia)”. *Revista de economía institucional* 5. N.º 8. (Primer semestre, 2003): 99.

<sup>1075</sup> La NEI “se originó con la teoría de los costos de transacción de Ronald Coase y hoy se conoce como escuela de North-Williamson, aunque cubre diversas áreas, como la economía de los derechos de propiedad (Demsetz, Alchian), la elección pública (Olson, Mueller) y la teoría de la firma (Schotter, Shubik)”. Jairo J. Parada. *Economía institucional original...* op. cit. pág. 93.

<sup>1076</sup> “La concepción de las instituciones jurídicas como marco de incentivos y guía de la conducta económica incorpora la idea, proveniente del análisis económico del derecho, de que las normas jurídicas son ante todo incentivos que deben favorecer los comportamientos más eficientes, así como la estructura de precios es la señal fundamental para el funcionamiento del mercado. El propósito del derecho es guiar el comportamiento más que resolver disputas. El sistema jurídico se convierte entonces en un sistema de incentivos y obstáculos que encauzan la conducta de los individuos hacia cursos de acción congruentes con los objetivos que ha de implementar el derecho (...). El problema esencial es entonces establecer un régimen legal que haga posible la orientación del comportamiento de los agentes, basado en la búsqueda de sus intereses personales, en la dirección prevista en el ordenamiento legal...” Germán Burgos-Silva. “Derecho y desarrollo económico (Colombia)”. *Revista de economía institucional* 4, N.º 7. (segundo semestre, 2002): 187

<sup>1077</sup> “La interacción entre derecho y desarrollo ha sido poco explorada en el marco propio de las disciplinas dedicadas a su estudio. Hasta hace poco, las teorías del desarrollo no prestaban atención específica al papel del sistema jurídico en los fines del desarrollo (Trebilcock y Davis, 1999). (...) El tema recobró prestancia en los años ochenta con los planteamientos de la Nueva Economía Institucional (NEI) y las políticas del Banco Mundial y demás bancos regionales de desarrollo, que llamaron la atención sobre la necesidad de constituir un verdadero Estado de derecho como condición para el desarrollo económico basado en el mercado (Rowat, Malik y Dakolias, 1995; North, 1995)”. Germán Burgos-Silva. *Derecho y desarrollo económico...* op. cit. pág. 175.

tres ingredientes esenciales: precios, propiedad privada y beneficios. Junto con la competencia, ellos aportan los incentivos, coordinan las decisiones económicas y logran que las empresas produzcan lo que los individuos desean al menor coste posible. Pero desde hace mucho se ha reconocido la relevancia de las *instituciones*: los marcos legales y reguladores son de la máxima importancia para que los contratos se cumplan, para que haya una forma ordenada de zanjar las disputas comerciales, para que cuando los prestatarios no puedan pagar lo que deban haya unos adecuados procedimientos de quiebra, para que se mantenga la competencia, y para que los bancos que toman depósitos puedan devolverles el dinero a los depositantes cuando así lo pidan. (...) En las naciones con economías de mercado maduras los marcos legales y regulatorios han sido creados a lo largo de un siglo y medio, en respuesta a los problemas que planteó el capitalismo de mercado sin trabas. La regulación bancaria fue establecida después de grandes fracasos de los bancos, y la regulación de los títulos después de trascendentales episodios en los que los accionistas desprevenidos fueron estafados. (...) Antes de poner en marcha un mercado bursátil, hay que asegurarse de que operen regulaciones efectivas. Las nuevas empresas deben poder acceder a nuevo capital, y esto requiere que los bancos sean bancos de verdad, no los bancos de del antiguo régimen o bancos que se limitan a prestarle al Estado. Y un sistema bancario real y efectivo necesita regulaciones bancarias estrictas.<sup>1078</sup>

De esta forma se ve la importancia del diseño institucional basada en reglas claras, para continuar con la explicación, se puede decir que en la mayoría de los “juegos”, las reglas son normalmente universales -estandarizadas-, por ello, la regulación financiera presenta mayor complejidad, dado el carácter global de la economía financiera sin duda rebasa las fronteras territoriales de cualquier Estado, por lo tanto, la doctrina especializada ha señalado que la globalización ha traído consigo problemas como el incremento de la desigualdad y consecuentemente, “malestar en la globalización”, especialmente acentuado en temas de economía financiera internacional, lo cual ha planteado grandes retos para la arquitectura regulatoria; no obstante, comenta el citado autor que “(...) *no podemos anular la globalización: está aquí para quedarse. La cuestión es cómo hacerla funcionar. Y si va a funcionar habrá que*

---

<sup>1078</sup> Joseph E. Stiglitz. El malestar en la globalización. (España: Taurus, 2002): 180-181.

*contar con instituciones públicas globales que ayuden a establecer las reglas (...)*.<sup>1079</sup>

Lo anterior, repetimos, es un imperativo en el ámbito financiero, sobre dichas instituciones públicas trata el presente trabajo de investigación. La regulación económica en los mercados financieros se basa principalmente en garantizar la seguridad<sup>1080</sup> del propio sistema, esto es prevención de riesgos, de ahí se deriva el factor confianza del consumidor financiero e inversionista, pero también es la fiscalización intensa del mercado, lo que le permite a la administración llevar a cabo las medidas preventivas y correctivas<sup>1081</sup> de manera oportuna. Relacionado con lo anterior CHAGAS y BITTES afirman que *“las posibilidades de innovación de las empresas del sistema financiero dependen de las trabas y los permisos establecidos por la reglamentación de las autoridades económicas. De ese modo, los límites del mercado financiero no solo se definen por los efectos que las ventajas competitivas construidas mediante las estrategias exitosas establecen en las otras competidoras y en la demanda de crédito. Las políticas públicas monetaria o macroprudencial, tienen la capacidad de restringir o incentivar alternativas competitivas, lo que resalta el papel de la relación entre instituciones y los procesos y productos del sistema financiero”*.<sup>1082</sup>

La regulación en definitiva permite la supervisión, ese es el control focalizado sobre un sector determinado, por ejemplo, un banco en la medida que genere mayor peligro dada su situación contable y presente mayor riesgo sistémico será más importante para el ente regulador y supervisor, por ello, en el mercado financiero no nos encontramos en un plano de igualdad operador-operador en relación con el ente regulador, sino que las medidas pueden ser singulares y tendientes a evitar contagios, esto permite evitar pérdidas (y no necesariamente repartir riquezas), a lo anterior se ha llamado regulación responsiva, así los trabajos de la OCDE señalan que *“el hacer cumplir las normas debe basarse en principios de*

---

<sup>1079</sup> Joseph E. Stiglitz. El malestar en la globalización. (España: Taurus, 2002): 278. Y añade el autor que *“El problema no es la globalización sino el modo en que ha sido gestionada. Parte del problema radica en las instituciones económicas internacionales, como el FMI, el Banco Mundial y la OMC, que ayudan a fijar las reglas del juego. Lo han hecho de formas que por lo general han favorecido los intereses de los países industrializados más avanzados -e intereses particulares dentro de esos países- más que los del mundo en desarrollo. Y no es solo que hayan favorecido esos intereses: a menudo han enfocado la globalización desde puntos de vista particularmente estrechos, modelados desde una visión específica de la economía y la sociedad”*. Ibid. 269.

<sup>1080</sup> Diogo De Figueiredo-Moreira Neto. “Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible? (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 180. (septiembre-diciembre, 2009): 11.

<sup>1081</sup> Véase: Ibid.

<sup>1082</sup> Gustavo Chagas-Goudard y Fábio Henrique Bittes-Terra. “Una interpretación institucional de la política macroeconómica” *Revista CEPAL*, N.º 117. (diciembre, 2015): 32 citando a Nelson (2002 y 2008) y Possas (2006). Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/39458-revista-cepal-117> [26-07-2020]

“regulación responsiva”; es decir, las acciones de promoción del cumplimiento e inspecciones deben ser adecuadas al perfil y al comportamiento de los sujetos regulados”<sup>1083</sup>, lo cual va de la mano con la supervisión basada en riesgos.

Una de las fallas del mercado más presentes en el sector financiero son las asimetrías de información<sup>1084</sup>, la cual se vincula con la normativa de protección al consumidor, entre otras muchas obligaciones de brindar información periódica al regulador y la otra falla de importancia, es el poder de mercado, el cual se trata de disminuir con la promoción de la competencia, lo anterior constituye una regulación *ex ante*, pero incluso hay intervención *ex post* por las reguladoras, ya que son estas las que aprueban los acuerdos de disolución o quiebra de los entes regulados y coordinan su liquidación o fusión cuando la entidad es insalvable, bajo determinados requisitos y siguiendo el esquema fijado con la red de seguridad financiera.

La regulación del sector financiero, al igual que en los demás sectores regulados en conclusión se ha construido gracias a “(...) *la presencia de autoridades de regulación que vigilan el cumplimiento de dichas obligaciones y que, ellas mismas, las imponen, ya sea normativamente, ya sea cuando resuelven los conflictos entre operadores (regulation through adjudication). Esas obligaciones ex ante en garantía de la competencia y la intervención de autoridades independientes (puntual o normativa de la propia autoridad) son el núcleo de lo que denominamos regulación*”.<sup>1085</sup> Estas autoridades administrativas se encuentran en la primera línea de la denominada red de seguridad financiera (RSF), porque realizan la regulación y la supervisión.

La RSF es consecuencia directa del riesgo sistémico entre otros factores y se debe a la interconexión e innovación de los mercados financieros, así como de su tendencia global a la inestabilidad<sup>1086</sup>, por ello, los gobiernos han tratado de dotarse a nivel interno, de un sistema

---

<sup>1083</sup> OECD. Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones. (París: OECD Publishing, 2019): 25.

<sup>1084</sup> véase infra.

<sup>1085</sup> Tomás De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Nuevas perspectivas de la regulación como forma de actividad administrativa. (A propósito del libro de Gómez-Ferrer Rincón La desvinculación como técnica de regulación). (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 211. (enero-abril, 2020): 260.

<sup>1086</sup> Véase: Rosa Matilde Guerrero, Kurt Focke y Florencia Rossini. *Redes de seguridad financiera: aspectos conceptuales y experiencias recientes en América Latina y el Caribe*. (U.S.A.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2010): 6.

que ayude a mantener la estabilidad financiera y evitar así el **contagio financiero**<sup>1087</sup>. La RSF se define como “*un conjunto de instituciones, procedimientos y mecanismos concebidos con el objeto de contribuir a mantener la estabilidad del sistema financiero y proteger la función de intermediación que desarrollan las entidades financieras y su papel en el sistema de pagos nacional*”,<sup>1088</sup> cuyo objetivo es “*reducir la probabilidad de quiebras de entidades financieras y, cuando a pesar de todo estas ocurren, procura evitar el contagio a otras instituciones para salvaguardar la fortaleza del sistema*”<sup>1089</sup> y se justifica “*en el intento de minimizar los impactos de las fallas de mercado relacionadas con la asimetría de la información con la que cuentan la institución financiera, los entes de supervisión y el público*”.<sup>1090</sup>

El papel de las instituciones dentro de esta red es de vital importancia, ya que de ellas dependerá su éxito, para ello tienen que contar con funciones y objetivos bien establecidos así como de los recursos necesarios -a nivel presupuestario y de personal capacitado-.<sup>1091</sup> Además de autonomía funcional que “*es un requisito esencial para que cada una de ellas tenga la capacidad técnica, operativa y económica para cumplir con sus funciones cuando las circunstancias así lo requieran, así como coordinar con las demás entidades de ser necesario*”.<sup>1092</sup> Es importante mencionar que la RSF es un complemento de la adecuada disciplina y buen gobierno corporativo de las entidades financieras y no su sustituto, no busca salvar empresas, sino minimizar los efectos adversos de la quiebra de empresas con influencia sistémica que puede terminar en crisis financieras.

La RSF está compuesta por cuatro grandes mecanismos, a saber<sup>1093</sup>: i. regulación prudencial y supervisión consolidada, ii. el prestamista de última instancia, iii. el esquema de resolución bancaria y iv. el seguro de depósitos, además de un v. elemento llamado fondo de

---

<sup>1087</sup> “(...) el contagio financiero es el proceso por el cual un choque adverso en una institución financiera puede tener consecuencias negativas para los demás. Los choques que se propagan a través de la interconexión indirecta pueden afectar a una amplia gama de instituciones de manera más o menos simultánea. Como resultado, las condiciones del mercado pueden deteriorarse aún más y afectar a un número cada vez mayor de empresas, lo que lleva a una iteración de retroalimentación negativa que aumenta la conmoción inicial y se profundizan tensiones en todo el sistema. Esto puede desencadenar un efecto en cascada”. M. Camacho, I. Cilio y J. Erráez. *Las exposiciones del sistema financiero... op. cit.* pág. 88.

<sup>1088</sup> R, Guerrero, K. Focke y F. Rossini. *Redes de seguridad financiera... op. cit.* pág. 3

<sup>1089</sup> Ibid.

<sup>1090</sup> Ibid. op. cit. pág. 7

<sup>1091</sup> Véase: Ibid. op. cit. pág. 4 y 9.

<sup>1092</sup> Ibid. op. cit. pág. 4

<sup>1093</sup> Véase: Ibid. op. cit. pág. 4 y ss.

capitalización bancaria. Se debe mencionar que por motivos de espacio no se puede analizar con detalle cada uno de los anteriores elementos; sin embargo, es notorio que el presente trabajo está vinculado al primer elemento de la RSF, que corresponde a las características que debe de tener una buena regulación y supervisión económica, en especial, la independencia de las administraciones llamadas legalmente a realizar dichas funciones. Además, se debe mencionar que recientemente se promulgo la Ley N.º 9816 denominada “Ley de Creación del fondo de garantía de depósito y de mecanismos de resolución de los intermediarios financieros” que vendría a fortalecer la RSF costarricense<sup>1094</sup> y será de aplicación a todos los intermediarios financieros supervisados por la SUGEF a excepción del BANHVI y de las mutuales de ahorro y préstamo para los efectos del seguro de depósito.

## 6.2 El Banco Central de Costa Rica (BCCR)

El principal antecedente histórico del Banco Central de Costa Rica se da en el año 1914 con la creación del Banco Internacional de Costa Rica, su principal objetivo fue darle un préstamo al Gobierno para poder hacer frente a sus necesidades fiscales y con ello cumplir sus erogaciones del presupuesto nacional,<sup>1095</sup> el Banco Internacional realizó funciones de banco central entre 1914 y 1936, como el de estabilizador cambiario y de emisor único.<sup>1096</sup>

Este último se convierte en el año 1936 en el Banco Nacional de Costa Rica, ente emisor dotado de atribuciones suficientes para la orientación y el desenvolvimiento de la economía nacional,<sup>1097</sup> “(...) *encomendando a dicho banco una serie de funciones de la más diversa índole. El Banco cumplía las funciones de banco emisor, banco central, de crédito hipotecario, agrícola, ganadero e industrial; tenía a su cargo la liquidación de la caja de conversión, la junta de control de exportaciones, de producción y, además, se había convertido en beneficiario y exportador de café (...)*”<sup>1098</sup>, esto último por haber adquirido varias de las empresas deudoras. También en el año 1936 se creó la Autoridad General de Bancos (más tarde Superintendencia

---

<sup>1094</sup> En este sentido el artículo 1º de la Ley N.º 9816 dispone que “*El objetivo general de esta ley es fortalecer la red de seguridad financiera del sistema financiero nacional, mediante la creación del Fondo de Garantía de Depósitos y de Mecanismos de Resolución para los intermediarios financieros supervisados*”. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90565](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90565) [27-12-2020]

<sup>1095</sup> Véase: Roxana Escoto-Leiva. *Banca Comercial*. 1º ed. 3º reimpr. (Costa Rica: EUNED, 2011), 12.

<sup>1096</sup> Véase: Humberto Jiménez-Sandoval. *Curso de derecho bancario*. 1º ed. 1º reimpr. (Costa Rica: EUNED, 2013), 59.

<sup>1097</sup> Roxana Escoto-Leiva. *Banca Comercial...* op. cit. pág. 12.

<sup>1098</sup> *Ibid.*



General de Bancos), cuya función era supervisar las operaciones realizadas por los bancos y controlar sus balances financieros, que actualmente constituye la Superintendencia General de Entidades Financieras.<sup>1099</sup> En relación con el Banco Nacional, Humberto JIMÉNEZ SANDOVAL explica que:

Mediante Ley de 1945, se reestructuró el Departamento Emisor, indicándose expresamente que es el Banco Central de Costa Rica, por lo que le competen funciones como las de fijar y mantener el valor de la moneda nacional, custodiar las reservas monetarias de la nación, emitir, controlar el medio circulante, las tasas de interés y del crédito bancario, coordinar el sistema bancario, custodiar las reservas excedentes que le depositen los bancos comerciales, y la colaboración con los demás organismos estatales, para procurar la armonía de la política financiera y económica del gobierno; siendo importante señalar que ese mismo año se celebró contrato mediante el cual el Nacional pasó a administrar Tributación Directa, que al año siguiente se le asignó la administración de las Rentas Nacionales por largo tiempo en manos del Costa Rica, que en 1947 se emitió una nueva Ley de la Moneda, y que en 1948, poco antes de la nacionalización bancaria, es creada la Sección de Investigaciones Económicas y Publicaciones del Nacional, así como que se suprime la Superintendencia de Bancos pasando funciones al Ministerio de Economía.<sup>1100</sup>

En 1948 se decreta la nacionalización bancaria<sup>1101</sup> o monopolio de la captación de depósitos del público, basada en “(...) *la filosofía de que el crédito bancario es vital para el progreso del país, lo cual lo convierte en una función pública; que los bancos particulares lucran con los depósitos del público y que esas ganancias no deben estar en manos de unos pocos accionistas sino del pueblo en general*”<sup>1102</sup>, lo anterior produjo, entre otras cosas, “(...) *la necesidad de dotar al nuevo Sistema Bancario Nacional de una integración orgánica adecuada y una orientación eficiente por parte del Estado, se hizo más urgente la necesidad de establecer el Banco Central como órgano independiente y rector de la política económica, monetaria y crediticia del país. Con este propósito se promulgó la Ley 1130, del 28 de enero de 1950, que estableció el Banco Central de Costa Rica con características definidas y propias,*

---

<sup>1099</sup> Ibid. op. cit. pág. 13.

<sup>1100</sup> Humberto Jiménez-Sandoval. Curso de derecho bancario. 1° ed. 1° reimpr. (Costa Rica: EUNED, 2013), 61.

<sup>1101</sup> Véase: Ibid. op. cit. pág. 62.

<sup>1102</sup> Ibid.

que le permitieron, en lo sucesivo, actuar como Órgano Central de la economía del país (...).<sup>1103</sup> Aquella ley se denominaba “Ley Constitutiva del Banco Central de Costa Rica” y rigió hasta el año 1953 cuando se promulgó la primera “Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica” N.º 1552. Posteriormente, se promulgan dos leyes de especial importancia en la actualidad, en 1954, la Ley N.º 1644 “Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional” (LOSBN), que en el año 1995 sufre reformas con la Ley N.º 7558 “Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica” (LOBCCR), que sustituye la N.º 1552 y rige hoy, de tal forma que comenzó a tener forma la banca central y el sistema financiero costarricense.

### 6.2.1. Competencias del BCCR

La doctrina señala que los “*objetivos de la política monetaria de un país como el marco de referencia para determinarlos y alcanzarlos se derivan de la relación entre el banco central y el gobierno*”<sup>1104</sup>, además, pueden existir múltiples objetivos, así “*(...) muchos bancos centrales tienen metas generales, como mantener la estabilidad económica. Entre los objetivos específicos más comunes se encuentran el logro de una inflación moderada y estable, un bajo nivel de desempleo, un rápido crecimiento económico, una estrecha coordinación con la política fiscal y un tipo de cambio estable*”<sup>1105</sup>, además, interesa destacar la idoneidad de la independencia de los bancos centrales, SAMUELSON y NORDHAUS, en referencia al caso norteamericano, señalan que:

Los defensores de la independencia de la Fed responden que un banco central independiente es el guardián de la moneda de un país y el mejor protector contra una inflación galopante. Más aún, la independencia asegura que la política monetaria no se complique con los objetivos de la política partidista, como sucede en ocasiones en países en que el Ejecutivo controla al banco central. Los estudios históricos demuestran que los países con bancos centrales independientes, en general han tenido más éxito en mantener una inflación moderada, que los que tienen bancos centrales bajo el control de funcionarios electos.<sup>1106</sup>

---

<sup>1103</sup> Reseña Histórica del BCCR, disponible en: <https://www.bccr.fi.cr/seccion-sobre-bccr/rese%C3%B1a-hist%C3%B3rica> [29-10-2020]

<sup>1104</sup> Michael Parkin. Economía. 12 ed. (México: Pearson Educación, 2018), 758.

<sup>1105</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica. 19 Ed. (México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, S. A., 2010), 488.

<sup>1106</sup> Ibid. op. cit. pág. 490.

El Banco Central de Costa Rica es una institución autónoma producto del fenómeno de descentralización administrativa, cuyo alcance y significado se precisará más adelante. Cabe hacer mención en este punto que con base en su naturaleza jurídica y las funciones que tiene encomendadas el BCCR, tiene similitud con la forma organizativa de Autoridades Administrativas Independientes (AAI), de hecho, muchos de los bancos centrales como el alemán o el español son típicos ejemplos de AAI. Los bancos centrales son autoridades administrativas que se encargan de ejercer una supervisión en un determinado ámbito y ejercer una función regulatoria, es decir, una producción jurídico normativa y supervisión focalizada tendiente a establecer las “reglas de juego” sobre un sector de referencia, siendo su principal función la *estabilidad de precios*. No es el objetivo del presente trabajo catalogar al BCCR dentro de la categoría de AA; sin embargo, no se puede pasar por alto una estructura similar a las AAI en cuanto a su independencia o especial autonomía, de hecho, como se dijo, esto es un aspecto característico de los bancos centrales y el costarricense no es la excepción. Es por ello que al formar parte del aparato regulatorio, es imprescindible realizar un análisis comparativo en relación con las AAI.<sup>1107</sup>

El Banco Central de Costa Rica cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, y forma parte del Sistema Bancario Nacional<sup>1108</sup>, por ello, del sistema financiero, su objetivo es pacífico con la doctrina y el Derecho comparado, en cuanto busca principalmente mantener la estabilidad interna y externa de la moneda nacional<sup>1109</sup>, con ello ejerce como es propio de este tipo de entes una supervisión macroprudencial en cuanto asegura la conversión de la moneda a otras monedas sin detrimento, es decir, regula el tipo de cambio. El BCCR tiene establecidas

---

<sup>1107</sup> Otras de las administraciones que en Costa Rica se corresponde con el sistema de regulatorio por AAI es la ARESEP y la SUTEL pero al no pertenecer estas últimas al denominado sector financiero no serán objeto de análisis del presente trabajo de investigación.

<sup>1108</sup> “*El Banco Central de Costa Rica es una institución autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que forma parte del Sistema Bancario Nacional*”. Artículo 1 de la LOBCCR. N.º 7558.

<sup>1109</sup> “*El Banco Central de Costa Rica, es una entidad técnica que se configura como institución autónoma en virtud de lo dispuesto en el artículo 189 inciso a) de la Constitución Política, cuya única atribución constitucionalmente establecida es la regulación monetaria (...) la existencia de una competencia del Banco Central de Costa Rica, para regular –y eventualmente intervenir- en el mercado cambiario, así como la posibilidad -en el supuesto de que tenga que realizar tal intervención-, para definir los límites de su actuación, lo que incluye, la fijación de lineamientos que reglamenten su participación directa mediante la compra y/o venta de divisas, con el objetivo de mantener la estabilidad del sistema (ver sentencia 2000-00728 de las 14 horas 03 minutos del 21 de enero del 2000). Sin duda lo anterior está en línea con los objetivos principales del Banco Central que le fijan un papel relevante en el mantenimiento del orden público económico a través –entre otros- del logro de la estabilidad en el valor interno y externo de la moneda nacional; el aseguramiento de la convertibilidad, y la moderación de las tendencias inflacionistas o deflacionistas que puedan surgir en el mercado monetario (...)*” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 07938 del 6 de junio de 2014.

sus **funciones esenciales** en el artículo 03 de la LOBCCR, esta las debe llevar a cabo para la consecución de aquel fin u objetivo principal (estabilidad de precios), que en lo que interesa son:

- La promoción de condiciones favorables al robustecimiento, la liquidez, la solvencia y el buen funcionamiento del Sistema Financiero Nacional.
- La determinación de políticas generales de crédito y la vigilancia y coordinación del Sistema Financiero Nacional.
- El establecimiento de las regulaciones para la creación, el funcionamiento y el control de las entidades financieras.
- La colaboración con los organismos de carácter económico del país, para el mejor logro de sus fines.
- El desempeño de cualesquiera otras funciones que de acuerdo con su condición esencial de Banco Central, le correspondan.<sup>1110</sup>

También tiene otros objetivos que son **subsidiarios** al principal, los cuales son: “a) *Promover el ordenado desarrollo de la economía costarricense, a fin de lograr la ocupación plena de los recursos productivos de la Nación, procurando evitar o moderar las tendencias inflacionistas o deflacionistas que puedan surgir en el mercado monetario y crediticio.* b) *Velar por el buen uso de las reservas monetarias internacionales de la Nación para el logro de la estabilidad económica general.* c) *Promover la eficiencia del sistema de pagos internos y externos y mantener su normal funcionamiento.* d) *Promover un sistema de intermediación financiera estable, eficiente y competitivo*”.<sup>1111</sup>

A continuación, se detallará la función principal del BCCR, la cual es definir la política monetaria y cambiaria, además, se puede mencionar que la competencia reglamentaria y la competencia en materia sancionatoria que tiene el BCCR derivan o complementan la primera o principal, funciones que no serán objeto de análisis en el presente trabajo<sup>1112</sup>. En relación con lo anterior el artículo 28 de la LOBCCR dispone que son atribuciones, competencias y deberes de la Junta Directiva del Banco Central, en materia cambiaria:

---

<sup>1110</sup> Véase: artículo 03 de la LOBCCR.

<sup>1111</sup> Artículo 02 de la LOBCCR.

<sup>1112</sup> Véase: Procuraduría General de la República. Dictamen C-142-2010 del 19 de julio de 2010, disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=16353&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=16353&strTipM=T) [30-10-2020]

i) Establecer, con el voto favorable de por lo menos cinco de sus miembros, el régimen cambiario que considere apropiado, ajustándose a las disposiciones legales.

ii) La Junta Directiva podrá establecer un régimen cambiario en el cual, la determinación del tipo de cambio le corresponda efectuarla al Banco Central. En este caso, la fijación deberá hacerla la Junta Directiva con el voto favorable de por lo menos, cinco de sus miembros. También podrá la Junta establecer un régimen cambiario, en el que la determinación del tipo de cambio le corresponda hacerla al mercado. En este caso, podrá adoptar un sistema con intervención del Banco o sin ella.

iii) En el caso en que el sistema que establezca el Banco Central requiera, para el cumplimiento de los fines establecidos en esta ley, la intervención del Banco en el mercado de divisas, la Junta Directiva establecerá los límites de dichas acciones y ejercerá un control sobre ellas.

(...).

c) Dirigir la política monetaria, cambiaria y crediticia de la República y reglamentar de modo general y uniforme, las normas a que los intermediarios financieros deberán ajustarse (...)."

La política monetaria se encarga de mantener la estabilidad de precios y subsecuente estabilidad económica, es el objetivo principal de los bancos centrales; es mantener cierto equilibrio en la tasa de inflación de un país, en Costa Rica se ha encomendado la estabilidad de precios, como es habitual en el Derecho comparado, al Banco Central de Costa Rica (BCCR) sin que el Poder Ejecutivo pierda ciertas potestades. El BCCR es una entidad técnica que se configura como institución **autónoma** en virtud de lo dispuesto en el artículo **189 inciso a)** de la Constitución Política, cuya única atribución constitucionalmente establecida es la regulación monetaria<sup>1113</sup>, específicamente sus facultades relacionadas con la ordenación e intervención cambiaria, se encuentran en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (LOBCCR)<sup>1114</sup>. Sobre el aspecto histórico, la estabilidad de los precios como objetivo principal

---

<sup>1113</sup> Véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 07938 de 2014 Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-615344> [25-06-2020]

<sup>1114</sup> Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Ley N.º 7558. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor=1&nValor2=40928](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor=1&nValor2=40928) [23-06-2020]

de los bancos centrales se dice que:

(...) podríamos situarlo desde muy antiguo, aunque -como los otros objetivos de la política económica- su aparición en los programas económicos gubernamentales data de los últimos decenios. La evolución de los precios ha tenido tradicionalmente un comportamiento cíclico: unas veces, como consecuencia -fundamentalmente- de los períodos de escasez derivados de las guerras, los precios subían y se provocaba inflación, y otras, durante los períodos de recesión, el nivel de los precios tendía a estabilizarse o a bajar. Dado que hasta la mitad del siglo XX el principal problema económico había sido el desempleo, la historia de la política macroeconómica moderna, que arranca de J. M. Keynes, centró su atención en el problema del empleo. La deflación vivida en la década de los treinta no hacía presagiar un fenómeno inflacionario permanente. Con esta perspectiva, los gobiernos de muchos países encontraron la excusa para ser muy generosos a la hora de imprimir dinero, de forma que los precios tendieron a subir casi ininterrumpidamente desde la Gran Depresión de los años treinta. Hacia finales de los sesenta, la inflación aumentó en numerosos países occidentales, como consecuencia de una etapa previa de fuerte crecimiento económico. Pero es en la década de los setenta, y sobre todo a partir de los shocks energéticos de 1973-1974 y 1979-1980, cuando la lucha antiinflacionista se convirtió en un objetivo de primera magnitud de la política económica, al alcanzar muchos países industrializados tasas de inflación de dos dígitos. El proceso de desinflación ha sido muy largo y las expectativas generadas han sido difíciles de romper. La inflación ha llegado a parecer un fenómeno inevitable de la sociedad actual. Sin embargo, como se está demostrando, en estos últimos años, puede y debe controlarse, ya que, entre otros efectos negativos, distorsiona el sistema de precios relativos, que es el sistema de información más importante en una economía de mercado.<sup>1115</sup>

Por lo anterior, se encomienda a un Banco Central regular tan delicado aspecto macroeconómico. El numeral 2° de la LOBCCR establece que *“el Banco Central de Costa Rica tendrá como principales objetivos, mantener la estabilidad interna y externa de la moneda nacional y asegurar su conversión a otras monedas”*, es importante recalcar que ese es su

---

<sup>1115</sup> Juan R. Cuadrado Roura et al. Política Económica: Elaboración, objetivos e instrumentos. 4° Ed. (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, S. L., 2010): 167-168

objetivo principal, siendo los demás subsidiarios o complementarios y se pueden llevar a cabo siempre que no afecten el principal, como la promoción del ordenado desarrollo de la economía costarricense y la estabilidad económica general.

En relación con lo anterior, la Sala Constitucional ha establecido que la competencia del BCCR es *“para regular –y eventualmente intervenir- en el mercado cambiario, así como la posibilidad -en el supuesto de que tenga que realizar tal intervención-, para definir los límites de su actuación, lo que incluye, la fijación de lineamientos que reglamenten su participación directa mediante la compra y/o venta de divisas, con el objetivo de mantener la estabilidad del sistema”*<sup>1116</sup> y continúa diciendo que *“sin duda lo anterior está en línea con los objetivos principales del Banco Central que le fijan un papel relevante en el mantenimiento del **orden público económico** a través –entre otros- del logro de la estabilidad en el valor interno y externo de la moneda nacional; el aseguramiento de la convertibilidad, y la moderación de las tendencias inflacionistas o deflacionistas que puedan surgir en el mercado monetario”*<sup>1117</sup>. Por lo anterior, queda demostrada la influencia decisiva que lleva a cabo el BCCR para influir en variables macroeconómicas e incluso, intervenir de manera excepcional<sup>1118</sup> en los mercados bajo ciertos supuestos, cuya metodología de aplicación, dicho sea de paso, han sido declarados de carácter confidencial con el posterior respaldo del Alto Tribunal Constitucional<sup>1119</sup>. Por otro lado, el BCCR en el uso de su competencia, desarrolla y publica

---

<sup>1116</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 2000-00728 del 21 de enero de 2000. Criterio reiterado en la Resolución N.º 07938-2014 de la misma Sala.

<sup>1117</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 07938-2014. (negrita no es del original)

<sup>1118</sup> *“los instrumentos a través de los cuáles el Banco Central puede hacer efectivo el Programa Monetario han sido restringidos por la actual Ley Orgánica. Algunos pasaron de ser ordinarios a extraordinarios. Es así como, el establecimiento de límites globales al crecimiento porcentual de las carteras de crédito e inversiones, pasó a formar parte del capítulo de instrumentos temporales. De esta forma solamente pueden ser aplicados como mecanismos extraordinarios. Lo anterior se desprende del contenido del artículo 77 que los define de la siguiente forma: “Cuando la economía manifieste un desequilibrio que, a juicio de la Junta Directiva, no pueda ser controlado o compensado mediante los instrumentos de política monetaria que la presente ley establece, podrá usar, con carácter transitorio, los instrumentos que este capítulo indica. Para tomar estas medidas, se requiere del voto favorable de, por lo menos, cinco miembros de la Junta Directiva. Una vez adoptadas, esta deberá informar, inmediatamente, a la Asamblea Legislativa sobre las causas que la llevaron a tomarlas y las consecuencias que espera de ellas. Una vez utilizado cualquiera de los instrumentos descritos en este capítulo, no podrá utilizarse nuevamente este instrumento hasta después de transcurrido un año desde su último día de vigencia.” Así, para el establecimiento de los límites al crecimiento porcentual de las carteras de crédito -ya no como meta, sino como orden para todas las instituciones supervisadas por la SUGEF-, el Banco Central debe seguir el procedimiento señalado en el numeral supra transcrito”*. Dictamen de la PGR C-078-1999 del 23 de abril de 1999.

<sup>1119</sup> Ibid.

anualmente el “Programa Monetario”<sup>1120</sup> con base en el artículo 14 inciso b) de la LOBCCR, en el que realiza la programación macroeconómica para cada año, en palabras de Rodrigo CUBERO BREALEY, actual presidente del BCCR:

La programación macroeconómica es un ejercicio mediante el cual el Banco Central elabora un diagnóstico sobre la situación internacional y nacional, prepara sus proyecciones macroeconómicas con base en la mejor información disponible, evalúa su meta de inflación, y plantea los lineamientos de política monetaria que ha de seguir para el cumplimiento de esa meta. En el Programa Macroeconómico, por tanto, el Banco Central analiza la realidad macroeconómica y **toma una posición de política monetaria**. De esta forma, el Programa Macroeconómico no busca hacer un análisis exhaustivo de todas las políticas y medidas que el Banco Central ha adoptado o prevé adoptar en relación con otras funciones que la ley le asigna, como la promoción de la estabilidad y eficiencia del sistema financiero o la profundización del sistema de pagos. **Su enfoque es en la coyuntura, en las proyecciones macroeconómicas, y en la política monetaria.**<sup>1121</sup> (negrita no es del original)

Desde el punto de vista normativo, el contenido de la programación macroeconómica se encuentra en el artículo 20 de la “Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos” -en adelante LAFRPP- N.º 8131, que dice que *“La programación macroeconómica consistirá en la evaluación y proyección del estado de la economía que, con fundamento en las principales variables económicas y sociales, tendrá el objetivo de formular directrices y lineamientos generales que procuren un alto grado de coordinación entre las políticas en el campo macroeconómico, respetando la autonomía del Banco Central de Costa Rica en materia cambiaria y monetaria (...)”*<sup>1122</sup>, vemos como dicho artículo respeta o es acorde con la autonomía del BCCR en el ámbito de su competencia.

Ahora cabe preguntarse hasta qué punto -en realidad- el Poder Ejecutivo puede emitir

---

<sup>1120</sup> La versión actual denominada “Programa Macroeconómico 2020-2021” fue aprobado mediante artículo 12 del acta de la sesión 5914-2020, del 29 de enero de 2020, el mismo está disponible en: <https://www.bccr.fi.cr/seccion-publicaciones/publicaciones/programas-macroecon%C3%B3micos> [consultado el 25/03/2020]

<sup>1121</sup> Banco Central de Costa Rica. Programa Macroeconómico 2020-2021. (San José: BCCR, 2020): 1. En este documento la Junta Directiva del Banco Central afirma su compromiso con la estabilidad de precios, como pilar fundamental de la estabilidad macroeconómica y, para el bienio 2020-2021, establece su meta de inflación de mediano plazo, en 3% con un margen de  $\pm 1$ .

<sup>1122</sup> Artículo 20 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. N.º 8131.



directrices vinculantes al BCCR para la fijación de la política monetaria en determinado sentido y su implementación, la Procuraduría General de la República (PGR) en el Dictamen C-078-1999 se ha referido al tema de la potestad de dirección del Poder Ejecutivo y su relación con el concepto de autonomía del BCCR y de los bancos del Estado; comenta la PGR:

Tal y como se ha venido insistiendo, la potestad de dirección del Poder Ejecutivo sobre los entes autónomos, es derivada directamente de la Carta Magna. Consecuentemente, **no es posible oponer una competencia atribuida legalmente al Banco Central, frente a otra que tiene fundamento constitucional. Ello no significa, en todo caso, que ambas sean incompatibles, porque operan en ámbitos que, aunque tienen puntos de coincidencia, se establecen en planos diferentes.** La Ley Orgánica del Banco Central le atribuye a éste, como institución autónoma (art. 1º) una serie de competencias dentro de las que se encuentra la definición y el manejo de la política monetaria y cambiaria y la determinación de las políticas generales de crédito (arts. 3 incisos c) y g), 28 inciso c) y 29 inciso d)). De la lectura de esos numerales, así como especialmente del 79, se desprende que **el Banco Central tiene, dentro de sus competencias, la determinación de las políticas cambiarias, monetarias y de crédito**, las cuales deben ser ejercidas con criterios de generalidad, sea para todas las instituciones financieras. No es posible, consecuentemente, que se fijen políticas que afecten a sólo unas cuantas de ellas.<sup>1123</sup>

Entonces un método más o menos sencillo, para delimitar el margen de influencia del Poder Ejecutivo en relación con el BCCR, sería tener claro el concepto de política económica antes comentado, así cuando un determinado acto emanado de dicho poder (como lo son generalmente las directrices) no tenga “naturaleza de política económica”, podría tratarse de una injerencia en el ámbito de competencia, ya sea del BCCR cuando trata específicamente de las políticas cambiarias, monetarias y de crédito o bien, estaremos dentro de la competencia de algún otro ente regulador, llámense superintendencias o el CONASSIF, los cuales también tienen competencias establecidas legalmente y cierta independencia, y en ese caso, el Poder Ejecutivo vería su influencia reducida, afirmación que no es del todo acertada en nuestro modelo regulatorio vigente como se verá en breve.

---

<sup>1123</sup> Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica N.º OJ-046-1999 del 23 de abril de 1999.

Como se mencionó, el BCCR emite el “programa monetario”, el cual sería un plan a nivel a macroeconómico, pero en principio, no es de acatamiento obligatorio, la PGR se ha pronunciado al respecto y ha dicho que *“puede conceptualizarse el Programa Monetario, en forma muy simple, como el plan de trabajo del Banco Central, visualizando cómo se van a comportar los diferentes elementos económicos. Por tratarse de un Plan, lo dispuesto en él como metas u objetivos, no es vinculante para los diversos agentes económicos”*<sup>1124</sup> es así como los bancos ya sean públicos o privados quedan enterados de las metas fijadas por el BCCR y deciden voluntariamente si se ajustan o no al programa monetario; sin embargo, el tema se complica cuando la Presidencia de la República, utilizando su poder de dirección, emite una directriz, para que los bancos comerciales del Estado (también entes autónomos) se sometan al programa monetario, en este sentido la PGR ha argumentado que:

(...) en virtud de la aplicación del principio de unidad estatal que permite el ejercicio de la potestad de dirección que puede ejercer el Poder Ejecutivo frente a los entes autónomos, y con el objeto de mantener la coherencia de la política estatal, es que no resulta inconstitucional o ilegal, que dicho Poder le indique mediante directriz a sus Bancos Estatales que sigan las metas propuestas por el Banco Central a través del Programa Monetario. De esta forma, la diferencia que surgiría entre los Bancos del Estados y los otros sectores, es que a los jefes de los primeros, repetimos, por su naturaleza jurídica y en virtud de la potestad de dirección del Poder Ejecutivo, le serían aplicables lo dispuesto en los artículos 98 y 100 de la Ley General de la Administración Pública. Conforme con los citados numerales, pueden cumplir o incumplir la directriz, y en este último supuesto, si no es debidamente justificado el incumplimiento, sus directores quedan sujetos a posibles sanciones.<sup>1125</sup>

Es decir, cuando el Poder Ejecutivo emita una directriz que ordene ajustarse a los bancos públicos “al plan” del BCCR, cuando establezca un área de preferencia para el crédito personal<sup>1126</sup> (por ejemplo, el sector vivienda) o en casos especiales de medidas económicas

---

<sup>1124</sup> Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica N.º OJ-046-2015 del 13 de mayo de 2015, (reiterado en la OJ-084-2017 del 17 de julio de 2017).

<sup>1125</sup> Ibid.

<sup>1126</sup> *“En la determinación de la preferencia de los sectores que se beneficiarían con los créditos de la banca estatal, tampoco hay invasión de competencias del Poder Ejecutivo frente a las del Banco Central. Este último, según ya se señaló, no le puede indicar a una o varias instituciones financieras quiénes serían los sujetos beneficiarios preferentemente del acceso al crédito, porque, según ya se indicó, su competencia está determinada por la generalidad de las medidas que adopte. Es por ello que cada institución financiera debe ser la que*

ante una contingencia nacional, los bancos estatales se encuentran facultados según el ordenamiento jurídico para rechazar fundadamente la directriz, según los artículos indicados, pero en el plano de la realidad, lo anterior difícilmente ocurre, ya que el no acatamiento podría significar la destitución de los directores del banco, según lo establece la misma LGAP. Por otro lado, la misma PGR apunta que tal facultad puede fundamentarse, aplicando el criterio antes explicado, que:

(...) la regulación de la mayor parte de los aspectos que atañen al sistema bancario es, generalmente, determinada por el Banco Central, como parte de su política crediticia. Empero, cabe observar que la Ley Orgánica del Banco Central no consagra en su favor la posibilidad de fijar la orientación de crédito por sectores de actividad o poblacionales. Luego, puede estimarse que este punto no es estrictamente de índole técnica, sino de **política económica**, por cuanto **se trata de establecer un vínculo entre objetivos económico-sociales y la necesaria asistencia crediticia hacia ellos**. Es esa consideración la que justifica, en criterio de la Procuraduría, que el Poder Ejecutivo pueda orientar la actuación de la banca estatal, señalando sectores prioritarios para el crédito oficial.<sup>1127</sup> (negrita no es del original)

Vemos entonces como el Poder Ejecutivo tiene plenas competencias para influir en el colocamiento del crédito “oficial” mediante la **política económica** y de hecho lo hace mediante la banca estatal que en nuestro país representa la mayor parte del mercado, ahora bien, sobre el punto si el Poder Ejecutivo puede dar órdenes al BCCR a la hora del establecimiento o formulación de la programación macroeconómica, es decir, la política monetaria y con ello

---

*determine -en el tanto el Banco Central no fije una política general en esa materia- la orientación que se le dará al crédito. En el caso de los Bancos Estatales, por su naturaleza, y en virtud de la potestad de dirección que le otorgó la Constitución al Poder Ejecutivo, es que éste los puede orientar en la definición de los sectores que considera que requieren, con mayor urgencia, de acceso al crédito de dichos entes, en aplicación también de la competencia que ostenta, con arreglo a los principios que se desprenden del artículo 50 de nuestra Constitución Política. En otras palabras, determinar qué actividades o sectores deben ser beneficiarios del crédito, es una decisión que está estrechamente vinculada con la política económica. Puesto que la definición de políticas estatales corresponde a los poderes políticos, se sigue que compete a dichos poderes determinar selectivamente las actividades económico-sociales que consideran deben ser promovidas, en razón del interés público presente en ellas, así como los sectores sociales que serán favorecidos. Esta determinación abarca el precisar hacia dónde se orienta el apoyo estatal a la iniciativa privada. Una ayuda que, en todo caso, debe comprender siempre los sectores sociales más desfavorecidos en virtud de los imperativos del Estado Social de Derecho, y concretamente de los principios fundamentales de solidaridad y justicia social, que informan el ordenamiento. El crédito oficial es una manifestación de la **acción administrativa de fomento** propia del Estado, particularmente porque se trata de crédito a más largo plazo y de condiciones de amortización normalmente más ventajosas que el privado”.* Dictamen de la PGR C-078-1999 del 23 de abril de 1999.

<sup>1127</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C-078-1999 del 23 de abril de 1999.

socavar la autonomía del BCCR, creemos que es más complejo, aunque a simple vista no parece compatible con nuestro sistema de economía social de mercado, creemos que de ser así tendría sesgos de una economía dirigida o centralizada y atentaría contra la estabilidad de precios, el dictamen de la PGR C-078-1999 que se comentó, no se refiere al tema y agota su análisis en relación con la banca pública en los términos dichos, en todo caso, estamos realmente ante un tema diverso que es la autonomía del Banco Central; sin embargo, para concluir la presente sección, podemos traer a colación a manera de síntesis, lo dispuesto por la PGR, al hacer referencia a la jurisprudencia constitucional, lo dicho en la Opinión Jurídica N.º OJ-046-2015 de 13 de mayo de 2015:

- La potestad del Gobierno alude a la determinación de políticas, metas y medios generales, “más o menos discrecionales”.
- Por el contrario, la administración implica la realización de aquellas políticas, metas y medios generales, utilizando los medios que el ordenamiento atribuye.
- La autonomía es una garantía esencialmente frente al Poder Ejecutivo.
- Esta garantía comprende la posibilidad de ejecutar las tareas asignadas por la ley y dar cumplimiento a las obligaciones legales.
- No obstante, la Asamblea Legislativa está imposibilitada para disponer que otros órganos, incluyendo el Poder Ejecutivo, intervengan o afecten la independencia administrativa.
- Resulta inconstitucional el control del ente por razones de oportunidad o la pretensión del Poder Ejecutivo para actuar como director de la gestión del ente autónomo.
- El establecimiento de controles (autorización) al ejercicio de la actuación administrativa por parte del Ente, es inconstitucional.
- El contenido propio de la dirección es fijar las condiciones generales de actuación, que excedan del ámbito singular de actuación de cada Ente. La directriz tiene carácter normativo, por lo que debe ser general en su contenido y ámbito.
- De lo que se deriva que las directrices no pueden dirigirse a una o más instituciones individualmente consideradas, sino a todas las entidades autónomas o a categorías genéricas de ellas.
- No obstante que la emisión de directrices deriva del poder de dirección, su cumplimiento es materia de administración, por lo que es responsabilidad exclusiva

del ente dirigido.

- En consecuencia, pueden existir directrices sobre materia presupuestaria, a condición de que sean generales.<sup>1128</sup>

De lo anterior puede resaltarse que el BCCR tiene atribuida la competencia exclusiva<sup>1129</sup> de definir la política monetaria y cambiaria, al ser BCCR una institución autónoma, posee ciertas garantías formales de independencia, entre ellas, la posibilidad de negarse fundadamente de obedecer directrices; no obstante, definir la política monetaria es una atribución del Poder Ejecutivo, en ese sentido, cuando dicho Poder establezca (vía directriz) la colocación de crédito en determinado sentido, se ha interpretado que corresponde al ámbito de la política económica y por ello, el BCCR no puede dejar de observar, además, los bancos comerciales deberán de obedecer dichos lineamientos o cuando el mismo Poder Ejecutivo dispondrá sujetarse al “Plan económico” al menos en materia de crédito. Por último, tanto el BCCR como los bancos comerciales del Estado son entes autónomos, por ello están sujetos al Poder Ejecutivo en materias de gobierno, por lo tanto, deben observar los lineamientos presupuestales, aspectos que se detallarán más adelante.

### **6.2.2. Autonomía (“independencia”) del BCCR**

Se hará a continuación, un breve análisis de las coincidencias o características del BCCR que se corresponden con las propias de las AAI, no es un estudio general, el cual está reservado para las superintendencias, únicamente se verá la independencia del BCCR en relación con: i. a nivel presupuestario o financiero, ii. a nivel personal o subjetivo y iii. A nivel funcional u operativo.

#### **6.2.2.1. A nivel presupuestario o financiero**

Como se analizó en el capítulo II del presente trabajo, la independencia financiera se puede incluir en la denominada independencia institucional u orgánica, en la que se analiza

---

<sup>1128</sup> Véase: Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica N.º OJ-088 -2015 del 12 de agosto de 2015, citada en Opinión Jurídica N.º OJ-084-2017 del 17 de julio de 2017.

<sup>1129</sup> “A pesar de la evolución que ha sufrido la banca central, el Banco Central mantiene el ejercicio del poder de dirección, supervisión y vigilancia en materia cambiaria; de esta forma, la actividad cambiaria continúa enmarcada directa y casi exclusivamente por el Banco Central”. Procuraduría General de la República. Dictamen C-142-2010 del 19 de julio de 2010.

fundamentalmente la naturaleza jurídica del ente regulador como AAI, se analizaron a saber: i. la personalidad jurídica, ii. la colegialidad del órgano directivo, iii. la autoorganización y iv. el presupuesto y financiamiento. En la presente sección se omitirá analizar los tres primeros aspectos del BCCR por haberse hecho en diversas ocasiones (como institución autónoma que es) y en relación con las superintendencias más adelante, por lo que se comentará únicamente lo relativo a la independencia financiera que detenta el BCCR, para ello se desarrollan los aspectos sobre i. la elaboración y defensa del presupuesto, y ii. la posibilidad de financiamiento autónomo.

Sobre la elaboración y defensa del presupuesto del BCCR, es necesario partir de los presupuestos de la República, ya que se tiene que hacer la diferencia entre el presupuesto del Gobierno central, cuyo procedimiento se encuentra establecido en los artículos 178 y 181<sup>1130</sup> en relación con el artículo 140 inciso 15)<sup>1131</sup> de la Constitución Política y se consolida en la Ley de Presupuesto Nacional y por otro lado, en los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas, ya que según el artículo 184 de la Constitución es un deber y atribución de la Contraloría General de la República “(...) *examinar, aprobar o improbar los presupuestos*” de dichos entes y de igual forma le corresponde “*fiscalizar su ejecución y liquidación*”. Es por lo anterior que el artículo 28 inciso m) de la LOBCCR dispone que es competencia y deber de la Junta Directiva del BCCR:

Acordar el presupuesto anual de la Institución y los presupuestos extraordinarios. Ambos requerirán la aprobación de la Contraloría General de la República. Asimismo, podrá dictar sus propias políticas en materia de clasificación y valoración de puestos; para ello, tomará en cuenta las particularidades y necesidades específicas de las funciones realizadas por sus órganos, dependencias y órganos desconcentrados.

Dado el anterior articulado, se desprende que al ser el BCCR una institución autónoma, goza de cierto grado de independencia presupuestal frente al Gobierno, pudiendo defender su

---

<sup>1130</sup> Artículo 181 Constitución Política. “*El Poder Ejecutivo enviará a la Contraloría la liquidación del presupuesto ordinario y de los extraordinarios que se hubieran acordado, a más tardar el primero de marzo siguiente al vencimiento del año correspondiente; la Contraloría deberá remitirla a la Asamblea, junto con su dictamen, a más tardar el primero de mayo siguiente. La aprobación o improbación definitiva de las cuentas corresponde a la Asamblea Legislativa*”.

<sup>1131</sup> Artículo 140 Constitución Política. “*Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: [...] 15) Enviar a la Asamblea Legislativa el Proyecto de Presupuesto Nacional en la oportunidad y con los requisitos determinados en esta Constitución*”.

proyecto de presupuesto, mediante los procedimientos establecidos, ante la Contraloría General de la República.

Sobre el financiamiento autónomo, el BCCR no cuenta con la habilitación legal para cobrar por sus servicios, ya que su actividad recae como se explicó, en la fijación de políticas económicas a nivel macroprudencial y no sobre un determinado sector de referencia, únicamente puede recibir dineros derivados de costo administrativo de determinados trámites solicitados por los regulados.<sup>1132</sup> Lo anterior es una importante diferencia en relación con sus órganos de desconcentración máxima, es decir, las superintendencias, ya que en el año 2019 se estableció que los regulados deben de sufragar el 50% de los gastos de estos últimos, lo cual se explica con mayor detalle en otro apartado.

#### **6.2.2.2. A nivel personal o subjetivo**

Se analiza en esta sección, la independencia personal del BCCR en relación con la i. elección de sus miembros directivos, ii. incompatibilidades, inhabilidades y otras restricciones. iii. duración predeterminada del mandato y remoción por justa causa.

Antes de mencionar la forma en que se hace la elección de sus miembros directivos, se debe mencionar la conformación de la Junta Directiva del BCCR. Según lo dispuesto en el artículo 17 de la LOBCCR, el Banco Central de Costa Rica se integra bajo la dirección de una Junta Directiva conformada por siete miembros, a saber:

- Un presidente.
- Seis personas de absoluta solvencia moral y con amplia capacidad y experiencia en materia económica, financiera, bancaria y de administración.
- El ministro de Hacienda, quien tendrá derecho a voz, pero no a voto.<sup>1133</sup>

El presidente, al igual que los otros seis miembros de la Junta Directiva, debe de cumplir con lo dispuesto en el artículo 18 LOBCCR que contiene algunas condiciones “indispensables”,

---

<sup>1132</sup> Por ejemplo en el artículo 171 de la LRMV se establece que el CONASSIF puede “t) Establecer, vía reglamento, cánones o tarifas para trámites o servicios específicos, tales como, pero no limitados a, los trámites de autorización, registros, y certificaciones o constancias que deban emitir las superintendencias a solicitud de los regulados, supervisados o fiscalizados, o de terceros, todo de conformidad con el ordenamiento jurídico. Los montos establecidos para estos cánones deberán reflejar el costo del servicio y serán transferidos al Banco Central de Costa Rica”.

<sup>1133</sup> Véase el artículo 17 de la LOBCCR N.º 7558 reformado por la Ley N.º 9670 del 28 de febrero de 2019.

además de las previstas en el inciso c) del artículo 17, para ser miembro de la Junta Directiva, a saber: a) ser mayores de treinta años de edad. b) ser costarricenses y c) ser de reconocida y probada honorabilidad.

La LOBCCR contempla seis personas para conformar la Junta Directiva bajo los dos tipos de requisitos indispensables, 1) *absoluta solvencia moral* y 2) *amplia capacidad y experiencia en materia económica, financiera, bancaria y de administración*. El primero de ellos es un requisito referente a cualidades personales de difícil de definición, ya que la moral no deja de ser un criterio subjetivo y proclive a la arbitrariedad de quienes juzgan, por lo que en el fondo no es más que una fórmula vacía. El segundo requisito busca imponer criterios objetivos cuya verificación no tendría mayor dificultad, ya que se reduce a un tema de currículum en el que los atestados académicos y principalmente, la experiencia en el sector, serían determinantes.

Estos seis miembros serán nombrados por el Consejo de Gobierno y le corresponde a la Asamblea Legislativa en un plazo de treinta días naturales para ratificar u objetar el nombramiento del Consejo de Gobierno. En caso de que en ese lapso se produzca objeción, se tendrán por ratificados tácitamente.

Cabe destacar la presencia del Ministro de Hacienda o quien ejerza temporalmente esa cartera en ausencia del titular, en la Junta Directiva del BCCR el cual es designado según el artículo de 139 de la Constitución Política que en lo que interesa dispone: “*Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República: 1) Nombrar y remover libremente a los Ministros de Gobierno; (...)*” bajo los únicos requisitos del artículo 142 ibid. de ser 1) *Ser ciudadano en ejercicio; 2) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con diez años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad; 3) Ser del estado seglar; 4) Haber cumplido veinticinco años de edad*”. Por lo que no hay duda de que se trata de un puesto de confianza de carácter político.

Lo interesante es que el Ministro de Hacienda desarrolla una función dentro de la Junta de consejero y principalmente de control político, ya que indiferentemente de los méritos y cualidades que pueda ostentar, no es lo usual que sea especialista en la materia de macroeconomía y derecho bancario, y un ministro de Hacienda no deja nunca de ser un brazo



fuerte de la Presidencia de la República y así queda evidencia en el recientemente reformado artículo 17 de la LOBCCR inciso b) al establecer que el ministro de Hacienda es quien *tendrá derecho a voz pero no a voto*; sin embargo, dado que no puede delegar esta representación específicamente, lo usual es que no asista, por otro lado, podría ejercer control en la regulación económica del país por medio del CONASSIF, ya que también tiene presencia en la Junta Directiva de ese último consejo, pero ahí además del derecho de voz, tiene derecho de voto.

En cuanto a los impedimentos para ser miembros de la Junta Directiva del BCCR se encuentra en el artículo 19 de la LOBCCR que contempla cuatro supuestos distintos, primero, *“Las personas que hayan sido declaradas culpables en la vía judicial, durante los cinco años anteriores a su nombramiento, en una demanda ejecutiva fundada en el atraso o la falta de pago de obligaciones propias con cualquiera de las entidades financieras sujetas a la fiscalización de la Superintendencia”* (inc. a). Segundo *“las personas que no estén al día en el pago de sus obligaciones con las entidades supervisadas por el Sistema Financiero Nacional”* (inc. b). Tercero, *“las personas que estén ligadas entre sí, por parentesco por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive”*. (inc. c). Y cuarto, *“Quienes sean socios de la misma sociedad, en nombre colectivo o de responsabilidad limitada, o formen parte del mismo directorio de una sociedad por acciones (...)”* (inc. d), además, este último numeral indica *in fine* que *“(...) cuando, con posterioridad a sus nombramientos, se presentare una de estas incapacidades, caducará el nombramiento del miembro de menor edad. Asimismo, cesará en el nombramiento la persona nombrada, cuando se presentare alguna de las situaciones detalladas en los dos primeros incisos de este artículo”*.

En relación con la causal del inciso c) del artículo 19 de la LOBCCR se promulgó el Reglamento N.º 1391 (del 20/01/2018) denominado *“Procedimiento para verificar el estado de cumplimiento de las obligaciones crediticias con las entidades financieras supervisadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 19, literal B y 21 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica”*. En cuanto las incompatibilidades para desempeñar el cargo de miembro de la Junta Directiva del BCCR, las encontramos en el artículo 20 de la LOBCCR, dispone que no pueden ser directivos:

- Los miembros o empleados de los Supremos Poderes o quien lo sustituya en sus ausencias temporales y quien desempeñe cargos públicos no remunerados por el

Estado, con excepción del ministro de Hacienda o quien lo sustituya, conforme con el inciso b) del artículo 17 de esta ley.

- Gerente, personero o empleado del propio Banco Central.
- Los accionistas y miembros de la Junta Directiva o del consejo directivo de una de las entidades sujetas a la fiscalización de la SUGEF, de la SUPEN o de la SUGEVAL o quienes, a la fecha de su nombramiento, tengan a sus padres, hermanos, cónyuges o hijos en esa condición, en las entidades dichas. Por integración hay que añadir a la SUGEVAL con base en la incompatibilidad del inciso siguiente.
- Gerente, personero o empleado de entidades financieras sujetas a la fiscalización de los entes mencionados en el inciso anterior.
- Funcionario de organismos financieros o bancarios, internacionales y regionales.
- Por último, se contempla que cuando con posterioridad al nombramiento, se comprueba la existencia previa de alguno de los anteriores impedimentos, caducará la designación de miembro de la Junta.<sup>1134</sup>

Por su lado, las prohibiciones de los miembros de la Junta Directiva del BCCR están contempladas en el artículo 23 de la LOBCCR, es decir, aquellas obligaciones de no hacer que se imponen una vez han sido nombrados, concretamente, no podrán participar en actividades político-electorales, salvo con la emisión de su voto y en las que sean obligatorias por ley. Esta prohibición es aplicable al gerente, al subgerente, al superintendente y al intendente de la SUGEF, al superintendente y al intendente de Pensiones, al superintendente y al intendente de la SUGEVAL, al auditor y al subauditor internos del BCCR, de la SUPEN, SUGEVAL y de la SUGEF.

Sobre la duración predeterminada del mandato, se debe indicar que el presidente del Banco Central es nombrado según lo regulado en el artículo 17 de la LOBCCR, es decir, por parte del Consejo de Gobierno, cada cuatro años, transcurridos los primeros doce meses desde el inicio del mandato constitucional del presidente con posibilidad de ser nombrado sucesivamente sin límite de mandatos. Los nombramientos de seis miembros de la Junta Directiva nombrados por el Consejo de Gobierno son por períodos de noventa meses y se nombra uno cada dieciocho meses, pudiendo ser reelegidos. En caso de que un miembro de

---

<sup>1134</sup> Véase: Artículo 20 de la LOBCCR.

la Junta se aparte del cargo por cualquier motivo, su sustituto, quien deberá seguir el mismo proceso de selección, será nombrado únicamente por el período que faltare por cumplir al miembro sustituido.

En cuanto al ministro de Hacienda, solo basta recordar que son nombrados por cuatro años, según un periodo presidencial y que se trata de puesto político y de confianza, por lo tanto, se puede remover a discreción del presidente, cesando así su participación en la Junta Directiva del BCCR. No existe un límite constitucional para eventuales nombramientos de una persona en el cargo de Ministro de Hacienda, más allá de los establecidos para el resto de ministros de Gobierno.

Las causas de cese de los miembros de la Junta Directiva del BCCR están establecidas en el artículo 21 de la LOBCCR, como se dijo, una de las características de las administraciones independientes son las causas tasadas de destitución de los miembros directivos de las mismas, en correspondencia con ello, se indica en el citado artículo que en principio, *“los miembros de la Junta serán inamovibles durante el período para el cual fueron designados”*. A pesar de ello, existen situaciones graves y excepcionales (reconocidas en doctrina como “causas justas” o calificadas) en que se cesarán o desvincularán a los miembros de la Junta Directiva del Banco, a saber:

- a) El que dejare de ofrecer los requisitos establecidos en el artículo 18 o incurriere en alguna de las prohibiciones del artículo 20.
- b) El que se ausentare del país por más de dos meses sin autorización de la Junta. La Junta no podrá conceder licencias por más de tres meses.
- c) El que, por cualquier causa no justificada debidamente, hubiere dejado de concurrir a tres sesiones ordinarias consecutivas.
- d) El que infringiere alguna de las disposiciones contenidas en las leyes, los decretos o los reglamentos aplicables al Banco o consintiere su infracción.
- e) El que fuere responsable de actos u operaciones fraudulentas o ilegales.
- f) El que, por incapacidad, no hubiere podido desempeñar su cargo durante seis meses.
- g) El que fuese declarado incapaz.<sup>1135</sup>

---

<sup>1135</sup> Artículo 21 de la LOBCCR.

Cuando alguna de las causales anterior se acredite o de las señaladas en el artículo 19 de la misma ley, la Junta Directiva realizará un informe al caso y dará aviso al Consejo de Gobierno para que sea este el que determine si es procedente separar al directivo y designar un sustituto, para lo que tendrá un plazo de quince días. En cuanto a la remoción del presidente del BCCR, además de las contenidas en el artículo 21 *ibid.*, se establece una causal extra que es el incumplimiento grave y manifiesto de sus deberes. Lo cual, como se explicó en su momento, es una causal muy amplia para fundamentar una eventual remoción.

### **6.2.2.3. A nivel funcional u operativo**

Se analizarán, en relación con la independencia funcional del BCCR, las facultades de i. supervisión y facultades revocatorias del Ejecutivo, ii. representación judicial y iii. iniciativa legislativa del ente autónomo. Sobre la independencia funcional del BCCR cabe decir que a pesar de ser una institución autónoma, lo cual implica que no puede recibir órdenes o instrucciones directas del ejecutivo, sí está sujeta a una serie de normas que buscan planificar y coordinar su actuación en relación con el Gobierno central, que se estudian en tema de la actividad administrativa de planificación.

En cuanto a la supervisión y facultades revocatorias del Poder Ejecutivo en relación con la actuación del BCCR, se dispone que los miembros de la Junta del BCCR, en el artículo 22 de la LOBCCR, “*desempeñarán su cometido con absoluta independencia del Poder Ejecutivo y serán, por tanto, los únicos responsables de su gestión*”.<sup>1136</sup> De lo anterior observamos la explícita referencia sobre la independencia que gozan; sin embargo, se echa de menos la falta de precisión en la técnica de redacción legislativa, ya que no se dice independencia para qué o respecto de quién. Está pretendida independencia, más allá de la influencia que pueda ejercer el ejecutivo, se ideó fundamentalmente en función de la responsabilidad patrimonial (personal) por los actos que autorice la Junta Directiva del BCCR, exonerando así al Gobierno central.

La Junta Directiva del BCCR, según el artículo 24 de la LOBCCR, se reúne en sesión ordinaria una vez por semana, con el propósito exclusivo de estudiar la situación económica

---

<sup>1136</sup> Esto sin perjuicio de la responsabilidad personal en que incurran por pérdidas ocasionadas al Banco, cuando se derivan de actos que hayan autorizado sobre operaciones prohibidas por ley, salvo aquellos que hayan dejado constancia de su voto disidente que quedarían exentos de responsabilidad.

nacional y en relación con las demás actividades de su competencia, una vez por mes. Además, de las sesiones extraordinarias, cada vez que sean convocadas al efecto, de acuerdo con los reglamentos internos. Es así cómo se forma su propio criterio y emite las directrices económicas que consideren necesarias. No existe un control formal *ex post* de las directrices que emita el Banco Central por parte del Poder Ejecutivo; sin embargo, dada la vinculación del BCCR con la política, es común que se mantengan niveles de inflación o tasas de interés artificiales, desatendiendo demás criterios técnicos.

El BCCR, al ser institución autónoma con personalidad jurídica y patrimonio propio cuenta con capacidad procesal y de legitimación procesal<sup>1137</sup> activa y pasiva para representar sus propios intereses ante los Tribunales<sup>1138</sup>. En aquellos casos en que el BCCR sea parte actora o demandada, la función de representación recae sobre el presidente del BCCR, así lo establece, el artículo 29 *in fine* de la LOBCCR: *“El Presidente tendrá la representación legal, judicial y extrajudicial del Banco Central, con las facultades que, para los apoderados generalísimos, determina el artículo 1253 del Código Civil”*.

En cuanto a la posibilidad de que el BCCR tenga iniciativa legislativa, se debe indicar que en Costa Rica, aparte de la que le corresponde a los diputados, es una competencia constitucional dada al presidente y al ministro del ramo conjuntamente como lo dispone el artículo 140 inciso 5) de la Constitución Política, con ello queda vedada la posibilidad de que una administración pública del tipo que sea pueda presentar directamente los proyectos de ley que desee que se consideren para su aprobación en el Parlamento. Lo que sucede en la práctica es que el ministerio o institución pública nombra una comisión redactora dentro de su organización, ya una vez con el visto bueno del jerarca de la administración, se envía el proyecto a Casa Presidencial para que sea el Ejecutivo el que valore su viabilidad en el contexto político, económico y social del momento, en caso de que desee hacer modificación, lo puede hacer para finalmente decidir si lo firma y lo envía a la Asamblea Legislativa o en caso contrario, lo archiva.

---

<sup>1137</sup> Véase: Artículos 9 y 10 del Código Procesal Contencioso Administrativa.

<sup>1138</sup> Véase: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 1148-A-S1-2013 del nueve de septiembre de dos mil trece.

Finalmente, dentro de la independencia funcional, se puede catalogar lo que se ha denominado **protección legal del regulador**. En el anterior sentido el artículo 177 bis de la LRMV es una de las reformas más recientes<sup>1139</sup> e innovadoras, se promulgó para satisfacer un estándar internacional que es la protección legal del regulador. Ante la interposición de una demanda por responsabilidad civil o penal en lo personal por parte de un administrado o en denuncias administrativas. Por lo que en una primera interpretación literal se deja por fuera las demandas interpuestas por los no administrados, por ejemplo, la Procuraduría de la Ética o la CGR cuando denuncian ante el Ministerio Público o cuando sea otra institución pública la que demande.

Sujetos protegidos:

- Alguno de los miembros del CONASSIF,
- Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, el gerente y el subgerente del Banco Central,
- Los superintendentes e intendentes del Sistema Financiero Nacional,
- Los funcionarios de las superintendencias con poder de decisión en materia de supervisión financiera y
- Los órganos directores de los procedimientos administrativos sancionatorios.

Presupuesto objetivo:

- Actos o conductas relacionados con el ejercicio de sus deberes, funciones o atribuciones relacionados o resultantes de la actividad de supervisión o regulación financieras.

La protección legal del regulador contempla la completa defensa judicial, por medio de sus asesorías jurídicas respectivas. En caso de un eventual conflicto de interés para la asesoría jurídica en la que recaiga la defensa, esta deberá ser asumida por alguna de las demás asesorías jurídicas del Banco Central, de las superintendencias o del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, según corresponda. La defensa incluirá, entre otros, la constitución de las fianzas, efectos de medidas cautelares, honorarios de notarios externos y peritos y rendición de garantías. Estos mismos costos de defensa serán también cubiertos por las instituciones indicadas, cuando alguna de las personas cubiertas por este artículo sea

---

<sup>1139</sup> Artículo adicionado por el artículo 8° de la Ley N.º 9746 del 16 de octubre de 2019.

requerida ante otras instancias administrativas o comisiones legislativas, aun cuando el acto administrativo no haya sido declarado nulo mediante sentencia firme en sede judicial.<sup>1140</sup>

El CONASSIF, el BCCR o los órganos de supervisión del Sistema Financiero Nacional, según corresponda, asumirán, en caso de que sea requerida expresamente la protección legal por las personas indicadas, para ellos se facultó a las asesorías jurídicas del BCCR y de sus órganos desconcentrados, para que ellos mismos ejerzan la defensa de los servidores y exservidores de las entidades que representan, para ello pueden contar con la asesoría técnica de las demás dependencias administrativas de la institución.

En caso de declararse el actual o antiguo funcionario o servidor público, responsables en lo personal, en sede judicial, por los hechos que se le imputen en la demanda y en el tanto quede demostrado judicialmente que el servidor o funcionario actuó con dolo o culpa grave, tendrá personalmente pagar las sumas a que sea condenado y reintegrar a los órganos o las entidades que asumieron los costos de su defensa, la totalidad de los recursos invertidos en ellos. Lo anterior concuerda con el artículo 199 de la LGAP que dispone:

1. Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.
2. Estará comprendido en tales casos el funcionario que emitiere actos manifiestamente ilegales y el que los obedeciere de conformidad con esta ley.
3. Habrá ilegalidad manifiesta, entre otros casos, cuando la Administración se aparte de dictámenes u opiniones consultivos que pongan en evidencia la ilegalidad, si posteriormente se llegare a declarar la invalidez del acto por las razones invocadas por el dictamen.
4. La calificación de la conducta del servidor para los efectos de este artículo se hará sin perjuicio de la solidaridad de responsabilidades con la Administración frente al ofendido.

Para ello se establece un deber a los jueces civiles y penales de analizar expresamente la existencia de culpa o dolo en la conducta del funcionario o exfuncionario al resolver las demandas a las que se refiere el artículo 177 bis, que a su vez concuerdan con el artículo 200

---

<sup>1140</sup> Véase: Artículo 177 bis de la LRMV.

de la LGAP que dice en su inciso primero que “*Siempre que se declare la invalidez de actos administrativos, la autoridad que la resuelva deberá pronunciarse expresamente sobre si la ilegalidad era manifiesta o no, en los términos de artículo 199*” y en segundo que “*En caso afirmativo, deberá iniciar de oficio el procedimiento que corresponda para deducir las responsabilidades consiguientes*”. Con lo anterior se cumple con uno de los principios de Basilea III, respetando el resto de la normativa interna del país.

### **6.3 El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF)**

Se analizarán en el presente apartado, los puntos más importantes del CONASSIF como eje transversal del sistema regulatorio financiero en Costa Rica, lo cual es de suma importancia para los posteriores análisis sobre la independencia de las superintendencias. Entender el rol que desempeña el Consejo en relación con las superintendencias es indispensable en la línea argumental que seguimos para ello, en primer lugar, se mencionarán aspectos relativos a la creación y la estructura interna del CONASSIF, seguidamente, se mencionarán los aspectos más importantes sobre la competencia normativa de dicho Consejo.

#### **6.3.1 Creación y estructura interna del CONASSIF**

El CONASSIF fue creado en el año 1998 por la Ley Reguladora del Mercado de Valores N.º 7732, es un órgano colegiado cuyo fin según su propia visión es “*dotar de uniformidad e integración a las actividades de regulación y supervisión del Sistema Financiero Costarricense. De esta forma se unificaron en un solo cuerpo colegiado las competencias que antes tenían cada uno de los Consejos Directivos de los Órganos Supervisores*”<sup>1141</sup>. El artículo 169 de la LRMV establece la composición del CONASSIF de la siguiente manera:

1.- **Cinco miembros**, que serán designados por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, por mayoría de al menos cinco votos de sus miembros. Una vez electos permanecerán en sus cargos por un periodo de cinco años y podrán ser reelegidos por una sola vez. Estos no pueden ser funcionarios públicos nombrados en el momento de su designación por lo que tendrían que renunciar previamente; sin embargo, para los efectos de este requisito no se reputarán funcionarios públicos quienes se dediquen a la docencia. Es importante recalcar que entre ellos se nombrará al presidente del

---

<sup>1141</sup> “Quiénes somos” Tomado de <http://www.conassif.fi.cr/quienessomos/> [02/11/19]



CONASSIF por periodos de dos años pudiendo ser reelegidos, es así que este cargo no puede ser ejercido por el presidente del BCCR o por el Ministro de Hacienda.

2.- El **Ministro de Hacienda** o, en su ausencia, un viceministro de esa cartera. A diferencia de la presencia del del ministro en la Junta Directiva del BCCR en el Consejo Nacional este cuenta con voto y puede delegar la función en algún viceministro de la misma cartera. Con ello es claro que desempeña un rol más activo en la toma de los acuerdos.

3.- El **Presidente del Banco Central de Costa Rica** o el Gerente. Un aspecto interesante de la figura del presidente del BCCR al igual como pasa con el Ministro de Hacienda es que ambos participan en la designación de los cinco miembros “ordinarios” del Consejo Nacional, en el caso del primero de ellos con derecho a voto, por lo que son miembros de un órgano colegiado designado en parte por ellos mismos. Está cuestión plantea interesantes cuestionamientos en relación con la probidad y la influencia política que pueden ejercer estos miembros sobre los demás.<sup>1142</sup>

Se debe mencionar que *“El Superintendente General de Entidades Financieras, el Superintendente General de Valores y el Superintendente de Pensiones, asistirán a las sesiones del Consejo nacional, con voz pero sin voto. No obstante, el Consejo Nacional podrá sesionar únicamente con la presencia de sus miembros, cuando así lo acuerde”*.<sup>1143</sup> Por último, hay que mencionar que para conocer los temas relativos a la Superintendencia de Pensiones, el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero estarán integrados de la siguiente forma, cinco miembros, que no serán funcionarios públicos, los cuales serán designados por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, el ministro de Trabajo o su representante en lugar del ministro de Hacienda, el presidente del Banco Central de Costa Rica o el gerente, un miembro nombrado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, con base en una terna propuesta por la Asamblea de Trabajadores del Banco Popular y de Desarrollo Comunal.

---

<sup>1142</sup> Véase: artículo 169 de Ley Reguladora del Mercado de Valores. N.º 7732.

<sup>1143</sup> Artículo 169 *in fine* de la LRMV. N.º 7732.

Los miembros de la Junta Directiva del CONASSIF también están sujetos a una serie de prohibiciones e incompatibilidades. El artículo 170 de la LRMV utiliza la técnica de la remisión para establecer que *“a los miembros del Consejo nacional se les aplicarán los requisitos, los impedimentos, las incompatibilidades, las causas de cese, responsabilidad, prohibición y remuneración, establecidos en los artículos 18 a 24 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica”*. Para asegurar el cumplimiento por parte de los miembros del CONASSIF de lo dispuesto en los artículos 18 a 24 de la LOBCCR, los cuales ya fueron analizados, se promulgó el *“Procedimiento para verificar el cumplimiento de los artículos 19 (b) y 21 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y los artículos 170 y 172 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores”*. Del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, mediante artículo 11, numeral 2, del acta de la sesión 73-99, celebrada el 18 de febrero de 1999<sup>1144</sup> El artículo 170 de la LRMV establece la dieta del presidente del Consejo Nacional, diciendo que *“En virtud de sus funciones de dirección y coordinación, el presidente del Consejo nacional devengará dietas por un cincuenta por ciento (50%) más de las que devengan los demás directores”*.

La estructura interna del CONASSIF está compuesta por una junta directiva, en los términos recién señalados, además tiene una asesoría legal, económica y macroprudencial, y una auditoría interna. En cuanto a los objetivos de la asesoría jurídica están *“(...) asesorar oportuna, eficaz, y eficientemente al CONASSIF mediante la revisión de los documentos de agenda y la asesoría jurídica durante las sesiones que realice. Efectuar análisis y estudios técnicos sobre los temas y materias que se encarguen a la asesoría legal. Elaborar informes y recomendaciones sobre los recursos de apelación que sean presentados al CONASSIF contra decisiones de los Superintendentes de SUGEF, SUGEVAL, SUPEN y SUGESE. Atender todas las tareas no programadas que sean sometidas a su conocimiento y análisis”*.<sup>1145</sup>

Los objetivos de la asesoría económica y financiera son *“asesorar en materia de regulación y supervisión del sistema financiero con el fin de contribuir a que el Consejo mantenga la estabilidad del sistema financiero y cumpla con otros objetivos que la legislación le asigna”*. En forma más concretas los funcionarios de esa oficina deben:

---

<sup>1144</sup> CONASSIF. Acta de la sesión 73-99, celebrada el 18 de febrero de 1999. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41057&nValor3=87328&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41057&nValor3=87328&strTipM=TC) [05/10/19]

<sup>1145</sup> “Quiénes somos” Tomado de <http://www.conassif.fi.cr/quienessomos/> [05/11/2019]

a) Asesorar a los miembros del Consejo a efecto de que la regulación y las políticas de supervisión cumplan con el marco jurídico nacional y tomen en cuenta los principios internacionales aplicables, b) Coordinar o asesorar grupos de trabajo conformados por otros asesores del Consejo, funcionarios de las Superintendencias, Banco Central de Costa Rica y otras instituciones a efectos de cumplir con encargos del Consejo, ejecutar procesos internos, y desarrollar estudios, investigaciones, proyectos, normativa o políticas de supervisión, c) Asistir a las sesiones del Consejo con el propósito de exponer resultados de encargos realizados y asesorar sobre asuntos de su competencia, d) Asesorar y resolver consultas verbales o escritas y elaborar informes relativos a procesos sustantivos competencia del Consejo en materia de regulación y supervisión, e) Participar, cuando sea requerido por la Asesoría Legal o el Consejo, en los estudios respecto a la resolución de los recursos administrativos planteados.<sup>1146</sup>

Los objetivos de la asesoría macroprudencial son analizar el sistema financiero costarricense para identificar posibles riesgos sistémicos, así como los mecanismos de transmisión de esos riesgos y promover el desarrollo de políticas macroprudenciales. Específicamente, la asesoría macroprudencial busca: i) fortalecer la estructura de gobernanza para el manejo de la política macroprudencial en Costa Rica, promoviendo acuerdos interinstitucionales con los entes participantes; ii) fortalecer el papel del CONASSIF y las superintendencias en la implementación de las políticas macroprudenciales; iii) desarrollar herramientas e instrumentos macroprudenciales para analizar el sistema financiero costarricense e identificar posibles riesgos sistémicos y iv) promover un marco transparente, ágil y consistente con los requerimientos de confidencialidad establecido por la Ley para la Generación de Información y Estadísticas.<sup>1147</sup>

Por último, pero no menos importante, dentro de la estructura interna, el artículo 171 bis de la LRMV. N.º 7732 dispone que el CONASSIF cuenta con una auditoría interna cuya función principal es la de comprobar el cumplimiento, la suficiencia y la validez del sistema de control interno establecido por la administración de la SUGEF, la SUGEVAL, la SUGESE y la SUPEN. Aquella dependerá directamente del CONASSIF y funciona bajo la dirección de un auditor interno, nombrado por su Consejo con el voto de al menos cuatro de sus miembros, de

---

<sup>1146</sup> Ibid.

<sup>1147</sup> Ibid.

conformidad con los procedimientos de la Contraloría General de la República, establecidos en la Ley General de Control Interno, N.º 8292, de 31 de julio de 2002. A este funcionario se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 18, 19, 20 y 21 de la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, N.º 7558, de 3 de noviembre de 1995.

Para la remoción del auditor interno se sigue lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y requiere el voto de por lo menos cuatro miembros del Consejo Nacional. Estos votos son nominales y se tendrán que razonar, dejando constancia en actas. El auditor interno tiene el deber de asistir a las sesiones del Consejo Nacional, en las que tiene voz, pero no voto.

### **6.3.2. La potestad normativa del CONASSIF**

Las funciones del Consejo Nacional se encuentran establecidas en la LRMV. N.º 7723, numeral 171, que es una ley como su nombre lo indica, creada para regular el mercado de valores comercializados en bolsa, de este detalle se extrae que el CONASSIF no cuenta con un ley orgánica o constitutiva como si lo tiene el Banco Central (donde dicho sea de paso, deberían estar contempladas sus funciones) o como la mayoría de entes autónomos; sin embargo, como se adelantó tiene una amplio abanico de funciones, las cuales originalmente fueron pensadas para ser llevadas a cabo por entes reguladores especializados en el sector de referencia, siguiendo el modelo de regulación sectorial.

Se pueden dividir las principales funciones del CONASSIF en dos grandes ámbitos, la primera tendiente a i. ejercer la potestad normativa o “reglamentaria” y ii. actuar como superior de las superintendencias. Para llevar a cabo esta segunda función realiza labores de fiscalización, supervisión, nombramientos, autorización, aprobación entre otros, que serán objeto de posterior análisis. En las siguientes líneas interesa analizar los alcances de la llamada potestad reglamentaria del CONASSIF (ya que en realidad no son reglamentos en sentido estricto, sino actos administrativos externos y de alcance general).

En tono con lo anterior, hay que mencionar que en Costa Rica las superintendencias no tienen todas las funciones o competencias señaladas por la doctrina para las administraciones reguladoras y supervisoras, como las arbitrales o normativas que se materializan mediante actos administrativos. Así el acto administrativo es uno de los medios, pero no el único en que

la Administración manifiesta su voluntad unilateral, ya que existen otros tipos como los actos de gobierno o políticos, por ejemplo. Estos pueden tener efectos generales, es decir, son de aplicación obligatoria para la totalidad de la población o un gran sector, o de aplicación individual, en relación con un solo administrado. Lo anterior, tratándose de actos administrativos externos, a diferencia de los actos administrativos internos que no afectan a los administrados salvo en beneficio.

Antes de exponer que se ha dicho sobre la potestad reglamentaria del CONASSIF, se puede realizar un repaso breve aspectos generales de los reglamentos. Para Ricardo RIVERA ORTEGA: “(...) *la atribución de la potestad reglamentaria a la Administración responde a un orden de consideraciones, de carácter pragmático y jurídico. Desde el punto de vista puramente pragmático, es preciso reconocer que el legislador no puede abordar por sí solo la regulación de todas las materias que lo requieren en una sociedad tremendamente compleja como la nuestra*”.<sup>1148</sup> El fundamento jurídico para el caso costarricense se encuentra en el artículo 140 inciso 3) y 18) de la Constitución Política como una atribución del Poder Ejecutivo, cabeza de la administración pública o Gobierno central del Estado. Para Ramón MARTÍN MATEO, los reglamentos “*son regulaciones administrativas de carácter general, es decir, son normas jurídicas. Los Reglamentos están sujetos a los dictados de la legalidad, deben respetar las disposiciones emanadas de los escalones normativos superiores e ir prolongando sus efectos hacia situaciones concretas, a través, quizá, de sucesivos escalones intermedios*”,<sup>1149</sup> lo anterior es acorde con la idea que los reglamentos están para complementar la Ley.

Contrario a lo que sostiene la doctrina mayoritaria sobre la diferencia entre el reglamento y el acto administrativo<sup>1150</sup>, en nuestro Derecho administrativo, tal diferencia no tiene sustento jurídico, al contrario, el artículo 120 de la Ley General de Administración Pública dispone que “*para los efectos de clasificación y valor, los actos de la Administración se clasifican en externos e internos, según que vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado*”. Por lo que en Costa Rica, los Reglamentos se clasifican como actos administrativos, lo anterior toma gran

---

<sup>1148</sup> Ricardo Rivera-Ortega. Derecho administrativo económico. 8 ed. (España: Marcial Pons, 2018), 68.

<sup>1149</sup> Ramón Martín-Mateo. Manual de Derecho Administrativo. 22 ed. (España: Thomson Aranzadi, 2003), 103.

<sup>1150</sup> Véase: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo I. 11 ed. (España: Civitas, 2002), 185-188.

importancia para los efectos de nuestra investigación, ya que la potestad reglamentaria de la que gozan las superintendencias, se puede analizar desde la teoría del acto administrativo que son usualmente denominados en el sistema regulatorio costarricense como **acuerdos**, tal potestad normativa se analizará, con ayuda de la jurisprudencia nacional, en breve.

La doctrina más autorizada ha clasificado de diversa forma los reglamentos, por ejemplo, MARTÍN MATEO los distingue en cuanto a sus destinatarios en reglamentos generales y especiales, los primeros son “*normalmente reglamentos de policía, son aquellos dirigidos a todos los ciudadanos, han de ser cumplidos por los nacionales o por todos los sujetos que actúan en un Estado. No se precisan características singulares de tales sujetos, aunque puede quedar en manos de los mismos el colocarse o no en las circunstancias que determinan la aplicación del Reglamento*”<sup>1151</sup> y los segundos, “*son dirigidos a quienes están en una singular relación con la Administración, a los que están en las denominadas relaciones especiales de sujeción. Aquí la Administración tiene un ámbito mayor de disponibilidades reglamentarias en cuanto a los límites de propiedad y libertad, en cuanto al ejercicio de sus poderes frente a los ciudadanos, al entenderse que **han sido estos lo que libremente se han situado en una situación especial con la Administración, voluntariamente decidida, que les hace someterse a todo lo que reglamentariamente se dicte***”<sup>1152</sup>, esta última clasificación es de especial importancia para los efectos del presente trabajo.

Siguiendo al citado autor, en cuanto a su relación con la ley, los reglamentos pueden ser ejecutivos o independientes. Los ejecutivos “*desarrollan lo establecido en la Ley, normalmente por autorización o mandato expreso de la misma*”.<sup>1153</sup> Por su lado, los reglamentos independientes “*no se conectan inmediatamente con la Ley, sino que operan sus disposiciones sobre ámbitos distintos de los regulados por las Leyes y de acuerdo con las autorizaciones explícitas o implícitas que permitan a la Administración desarrollar sus propias competencias y cometidos*”.<sup>1154</sup> Comprender la diferencia entre ambos tipo de reglamentos tiene una relevancia crucial a nivel práctico y jurídico, en este sentido se indica que:

---

<sup>1151</sup> Ramón Martín-Mateo. Manual de Derecho Administrativo. op. cit. pág. 106-107.

<sup>1152</sup> Ibid. op. cit. pág. 107.

<sup>1153</sup> Ibid. op. cit. pág. 107.

<sup>1154</sup> Ibid.

Aun cuando por lo que se ha dicho todos los Reglamentos pueden, de un modo u otro, considerarse ejecutivos en el sentido de desarrollar una o varias leyes, las diferencias entre un Reglamento ejecutivo y uno independiente residen, de un parte en el elemento formal derivado de la inmediata conexión de la norma del Gobierno a una Ley antecedente y, de otra parte, en el contenido material que incorpore el Reglamento. De esta forma, el Reglamento ejecutivo, también llamado normativo, se define por venir a ejecutar, desarrollar, complementar o pormenorizar una ley o disposición normativa con fuerza de ley, o una a varios de sus preceptos (...) Por el contrario, el Reglamento independiente, también llamado organizativo, no completa la función normativa de la ley y no aparece necesariamente como complementario de ella, aunque sea la ley quien habilite a su dictado, siendo admisible únicamente tras la Constitución de los ámbitos puramente organizativos o en marco de **las relaciones de sujeción especial**, pero no cuánto se trate de regular abstractamente derechos y obligaciones de los ciudadanos en situación de sujeción general (...).<sup>1155</sup>

Para finalizar con esta clasificación, se tienen dos categorías más de reglamentos, los reglamentos en cuanto a los titulares, se pueden dividir en reglamentos estatales y reglamentos locales<sup>1156</sup> y en cuanto a su jerarquía, se pueden distinguir diversos tipo de reglamentos, en función de la jerarquía que puedan tener en la pirámide normativa, "(...) *la jerarquía normativa de los Reglamentos es importante en cuanto a las posibilidades de modificación o de derogación de unos Reglamentos por otros*".<sup>1157</sup> Se admite con esta clasificación que puede existir reglamentos de diverso peso normativo, así se sostiene que los denominados reglamentos ejecutivos, en razón del sujeto que los emite, tendrán mayor jerarquía que los reglamentos de las AAI o por el contrario, se trata de una cuestión de competencia, entonces los reglamentos, según la anterior clasificación, especiales e independientes se impondrán ante los demás, esta cuestión se abordará con posterioridad con la discusión en torno las competencias normativas de las AAI.

Una clasificación más simple de los reglamentos que se puede observar en la jurisprudencia nacional, es la tradicional distinción entre reglamentos ejecutivos y reglamentos

---

<sup>1155</sup> Ibid. op. cit. pág. 107-108.

<sup>1156</sup> Véase: Ibid. op. cit. pág. 108.

<sup>1157</sup> Ibid. op. cit. pág. 109.

autónomos, que se pueden subdividir en dos tipos, a saber, los reglamentos de organización y reglamentos de servicio<sup>1158</sup>, a esta clasificación tradicional se le puede añadir un tercer tipo que la Sala Constitucional le suele llamar reglamento delegado,<sup>1159</sup> ahora bien, más recientemente y de acuerdo con lo visto, se ha traído a colación, precisamente en relación con la potestad reglamentaria de los entes reguladores y supervisores, el denominado reglamento independiente. Estas dos últimas clasificaciones, reglamentos autónomos e independientes, han sido objeto de discusión académica, el primero de ellos fue traído al sistema jurídico nacional por la Sala Constitucional y el segundo por la Sala Primera.

Se puede mencionar que la Sala Constitucional ha tratado los conceptos de reglamento autónomo y el de reglamento independiente, como un mismo tipo de reglamento, así la Sala Constitucional tempranamente en redacción, Luis Paulino MORA MORA sostuvo la existencia de *“reglamentos independientes o autónomos de cualquier disposición legislativa, y relativos a materias de competencia del Poder Ejecutivo no reguladas por ley, o reguladas parcialmente. Entre estos pueden figurar los llamados reglamentos de organización, que se refieren a la institución y estructura de los diversos oficios públicos. Derivado de lo anterior puede definirse la materia propia de los reglamentos: la materia administrativa (...)”*.<sup>1160</sup> Con lo anterior se puede ver que en realidad, se hace referencia únicamente al reglamento autónomo de organización o servicio y no al reglamento independiente en los términos que se expondrán a continuación (clasificado acá como reglamento delegado o independiente). En relación con la

---

<sup>1158</sup> “Así, los primeros (los de organización y funcionamiento) están referidos al ámbito interno de la estructura organizacional de la Administración, con lo cual no pueden afectar derechos de terceros; y los segundos (los de servicio) pueden regular el ejercicio de los derechos administrativos (creados por el poder administrador mediante un acto administrativo autorizado por ley) frente al sujeto privado que los titula, una vez que ha entrado en contacto con la Administración o se ha convertido en usuario de sus servicios. Surge así un nuevo orden jurídico, con la finalidad de hacer posible el mejor funcionamiento del servicio, en beneficio de ambas partes interesadas en su prestación (el jerarca administrativo y el particular usuario). Se trata de reglamentos que crean regímenes de sujeción especial y que vienen a limitar los derechos administrativos de los ciudadanos que han entrado en relación con la Administración; pero se reitera, sin que puedan imponer regulaciones atinentes al ejercicio de las libertades públicas y los derechos” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17599-2006 del 6 de diciembre de 2006.

<sup>1159</sup> Este criterio de clasificación puede verse, entre otras, en las resoluciones N.º 749-F-04 de las 9 horas 30 minutos del 10 de setiembre de 2004 y N.º 100-F-S1-2010 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veintiséis de agosto de dos mil diez, ambas de la Sala Primera, así como precedentes N.º 2005-14286 de las 14 horas con 45 minutos del 19 de octubre de 2005, N.º 2007-02063 de las 14 horas 45 minutos del 14 de febrero de 2007, o bien en el N.º 2006-17599 de las 15 horas 06 minutos del 6 de diciembre de 2006, todos de la Sala Constitucional.

<sup>1160</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 05227-1994 del 13 de setiembre de 1994, criterio reiterado en la resolución N.º 09236-1999 del 23 de noviembre de 1999 de la misma Sala.



arquitectura del sistema regulatorio nacional en sector financiero, la sentencia 1000-F-S1-2010 de la Sala Primera lo explica de manera muy lúcida de la siguiente manera:

En forma general, respecto de la estructura competencial establecida en el ordenamiento jurídico en materia de supervisión, concepto que se encuentra integrado por la fiscalización y la regulación. Para cumplir con estas funciones, el legislador optó por distribuir las distintas competencias que conforman estas potestades en una serie de órganos adscritos al Banco Central de Costa Rica. Para efectos de fiscalizar determinadas actividades, debido a su importancia en la sociedad, creó cuatro superintendencias, bajo la figura de órganos de desconcentración máxima, a saber, la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia de Pensiones y, recientemente, la Superintendencia General de Seguros. De estas, las dos últimas cuentan con personalidad jurídica instrumental. Desde el punto de vista orgánico, cada una de estas cuentas con un superintendente, que actúa como jerarca en materia administrativa. A estas les corresponde, según la materia, verificar el cumplimiento, por parte de las entidades fiscalizadas, de las disposiciones que integran los respectivos subsistemas normativos, así como la estabilidad del sistema, en lo que les corresponde según su ámbito competencial. Junto con las superintendencias, mediante la LRMV se creó, además, un órgano denominado Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. A éste se le asigna, principalmente, la función de regulación del sistema (171 LRMV), para lo cual se le otorga una potestad reglamentaria. Respecto de esta última, conviene aclarar que, con algunas excepciones, implica una actuación compleja, similar al acto complejo, en la medida en que es competencia de cada una de los órganos desconcentrados, el proponer el texto de la normativa infralegal.<sup>1161</sup> (Negrita no es del original).

Como atinadamente lo sugiere la Sala Primera en un inicio la potestad normativa fue pensada para ser llevada a cabo por los cuatro órganos con desconcentración máxima del BCCR, fue luego cuando se pensó en el CONASSIF para *“regular el sistema”* cuando en realidad se le otorgó ni más ni menos, que la potestad normativa en materia de regulación económica. Así las cosas, las cuatro superintendencias lo que realizan en la práctica son

---

<sup>1161</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 1000-F-S1-2010 del 26 de septiembre de 2010.

proyectos de reglamento y los remiten para que el Consejo los apruebe, es por ello que la Sala Primera indica que es un acto complejo, que según entiende Eduardo ORTIZ ORTIZ es:

[E]l formado por la voluntad de dos o más sujetos u órganos actuando para un mismo fin y con igual contenido o efecto jurídico: el decreto conjunto del presidente y del ministro, el acuerdo entre dos o más Municipios para prestar u organizar un servicio público entre dos o más cantones, etc. El acto complejo emana de un órgano complejo, que es el formado por los dos o más que lo dictan y la falta de cualquiera de éstos anula el acto por falta de sujeto tanto como por falta de voluntad. Igualmente ocurre cuando se anula la participación de cualquiera de los órganos necesarios. El acto es de complejidad externa cuando emana de varios entes e interna cuando emana de varios órganos: es igual la importancia de participación de cada órgano a la del otro u otros, y desigual, cuando no lo es. Así, hay complejidad igual en el acuerdo de varios municipios porque todos pueden hacer lo mismo en el orden que quieran para lograrlo, en tanto que es desigual la que se da en el acto del presidente y ministro porque éste generalmente propone y el presidente acepta.<sup>1162</sup>

Podemos ver como esta línea argumental queda probada en el artículo 171 inciso b) LRMV al disponer que le compete al CONASSIF “*aprobar las normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que, conforme a la ley, deben ejecutar la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones*”. Es así como abarca en términos generales bajo su competencia, todos los ámbitos comunes de la regulación económica y se convierte en un regulador multisectorial, además, por si no quedaba del todo claro, el inciso s) dispone que CONASSIF debe “*ejercer las demás atribuciones conferidas en las leyes respectivas, sobre los sujetos supervisados por la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones*”, pudiendo delegar el conocimiento de determinados asuntos a comisiones compuestas por parte de sus mismos miembros.<sup>1163</sup>

---

<sup>1162</sup> Eduardo Ortiz-Ortiz. “*Clasificación de los Actos Administrativos, Tesis N.º 21*” en Derecho Administrativo, Tomo 2. (Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976), 10.

<sup>1163</sup> Artículo 171 *in fine* de la LRMV.

Dentro de algunas regulaciones en particular, que el artículo 171 LRMV expresamente pide al CONASSIF emitir, podemos mencionar lo relativo: a la *fusión o transformación de las entidades financieras* (inciso e), sobre la *constitución, el traspaso, registro y funcionamiento de los grupos financieros* (inciso f), definir *cuáles personas físicas o jurídicas, relacionadas por propiedad o gestión con los sujetos fiscalizados, se considerarán parte del mismo grupo de interés económico* (inciso n). En cuanto a regulación en materia de contabilidad, se le otorga al CONASSIF, la competencia para emitir normativa que cubre a la totalidad de entes regulados por las cuatro superintendencias, es así como aprueba *disposiciones relativas a las normas contables y de auditoría* (inciso ñ), lo referente a la *periodicidad, el alcance, los procedimientos y la publicación de los informes rendidos por las auditorías externas de las entidades fiscalizadas* (inciso o) y las *normas aplicables a las auditorías internas de los entes fiscalizados*, (inciso p). Estas normas últimas son concordantes, por lo general, con las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF).

En una reciente reforma al artículo 171 LRMV, se establece que el CONASSIF reglamentará el *“intercambio de información y cooperación que pueden realizar entre sí las diferentes superintendencias, ya sea para efectos de supervisión consolidada prudencial, de conducta de mercado, para la cooperación internacional con base en acuerdos suscritos con homólogos extranjeros o cualquier otro aspecto que considere importante para el cumplimiento de las funciones”* (inciso i).

Otros dos aspectos importantes son la atribución de *“Establecer, vía reglamento, cánones o tarifas para trámites o servicios específicos, autorización, registros, y certificaciones o constancias. al costo del servicio y serán transferidos al Banco Central”* (inciso t), lo cual puede generar ayudar a disminuir costos y en relación con el sistema de pensiones *“aprobar las normas garantes de la supervisión y el resguardo de la solidez financiera de los regímenes de pensiones del Poder Judicial y cualesquiera otros creados por ley o convenciones colectivas”* (inciso q).

Dicho lo anterior, puede entrarse a analizar la naturaleza jurídica que se le ha dado a las normas o reglamentos que emite el ente regulador financiero en Costa Rica, es decir, el CONASSIF y secundariamente las superintendencias. Los llamados “acuerdos” en sentido estricto son actos administrativos, pero según su naturaleza son reglamentos, ya que sin duda,

innovan el ordenamiento jurídico y no se agotan a la aplicación concreta de un caso, sino que son generales, desatendiendo la clásica diferencia entre acto y reglamento.

Ya se dijo que la emisión de reglamentos ejecutivos es una atribución exclusiva del Poder Ejecutivo, que estarían en “cúspide jerárquica” del reglamento y en cuanto a la potestad de emitir reglamentos autónomos, la tiene tanto la Administración central o como la descentralizada (entes autónomos), se ha entendido que es una consecuencia necesaria y lógica de la autonomía administrativa, la potestad de autoorganización sin que medie una norma previa que los autorice.<sup>1164</sup> Entonces, cabe preguntarse, qué justifica jurídicamente que el CONASSIF tenga potestad normativa materializada a través de la emisión de los mencionados acuerdos.

Aquella se sostuvo originalmente por la Sala Constitucional en la resolución N.º 17599-2006 en referencia al ámbito de los reglamentos autónomos o independientes “(...) *los cuales tienen su ámbito circunscrito a la organización y funcionamiento de las dependencias administrativas (límite en razón de la materia); y aun cuando no están subordinados a la ley, deben respetar el orden jerárquico; y, como se había indicado, no puedan afectar o regular el ejercicio de derechos fundamentales*”.<sup>1165</sup> Así se consideró en esta sentencia que el CONASSIF, al ser el órgano de dirección del sistema financiero nacional, a pesar de no tener ningún nivel de autonomía, tiene en virtud de ley potestad reglamentaria. Lo anterior se fundamenta en palabras de la Sala “(...) *más que un régimen de sujeción especial, es que debemos entenderlo como un régimen jurídico especial, en tanto la primera advocación hace alusión a la definición originaria (de privación o reducción de la libertad personal), que, no es admisible en nuestro sistema jurídico constitucional*”.<sup>1166</sup> En este sentido señala para el caso concreto que:

---

<sup>1164</sup> Véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17599-2006 del 6 de diciembre de 2006.

<sup>1165</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17599-2006 del 6 de diciembre de 2006.

<sup>1166</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17599-2006 del 6 de diciembre de 2006. Sobre las relaciones de sujeción especial detalla que “*Debemos entender que las mismas se originan con ocasión de una relación jurídico administrativa (esto es, en la que son parte la Administración y un particular) sustentadas en un acto o contrato administrativo de duración o de permanencia en el tiempo –artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública– en tanto no es posible derivar una relación jurídica de un acercamiento esporádico o fugaz, de donde lo requerido es una situación de mayor proximidad con la Administración, que la distingue del resto de la ciudadanía, y de ahí la denominación de “especial”, pero advirtiéndose que no es necesario que el particular se inserte en la estructura organizacional de la Administración; y la consecuencia inmediata es la generación de un régimen jurídico distinto, en el que los derechos fundamentales deben ser aplicados e*

(...) en la medida en que las Superintendencias ejercen sus funciones en relación con diversos agentes financieros, a los cuales supervisan, fiscalizan y vigilan, la regulación del funcionamiento de esas Superintendencias implica formación secundaria del ámbito sobre el cual actúa la supervisión. Regulación que está en función del mercado respectivo, según se trate de valores, pensiones o intermediación financiera, y la participación de cada uno de los agentes previstos por ley para cada una de estas Superintendencias. De modo que, no está referido únicamente a la entidad fiscalizada, sino también respecto a quienes participen en dichos mercados y entren en una relación de relevancia con ésta, por los efectos que producen en su actividad supervisada por las Superintendencias.<sup>1167</sup>

Lo anterior añade un elemento antes explicado correspondiente a las relaciones de sujeción especial dentro de la regulación económica, así este tipo de *régimen jurídico especial* es uno de los presupuestos de los actos normativos emitidos por los entes reguladores. Posteriormente, en el fallo 1000-F-S1-2010 de la Sala Primera, en redacción de GONZÁLEZ CAMACHO, ha reconocido la competencia reglamentaria que por vías legales se puede asignar a entes con competencias especializadas en determinadas materias, razón por la cual, se les confiere la atribución de reglamentar una ley.

La Sala Primera ha denominado reglamentos independientes<sup>1168</sup> a aquellos que se refieren a las materias reservada a la ley formal, la derogan o modifican, como si fueran leyes emitidas por el Poder Legislativo. En ambos casos, se requiere siempre de la autorización legal concreta, expresa y manifiesta. En tales casos, ha señalado la Sala Primera:

**La materia que puede ser desarrollada por estas normas es, únicamente, aquella para la cual el legislador le facultó en forma expresa, mediante la asignación de una competencia específica.** En esto se diferencian, de manera radical, del reglamento ejecutivo, el cual puede abarcar la totalidad de la regulación contenida en la ley. Así, en tanto en el primer caso la habilitación es específica y derivada, en el segundo

---

*interpretados de manera que permitan a la Administración la consecución del fin público que justifica la existencia misma de esa relación jurídica especial, sin que pueda traducirse en un régimen de privación de libertad –como su antecesora–.* Ibid.

<sup>1167</sup> Ibid.

<sup>1168</sup> Véase: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 1000-F-S1-2010 del 26 de septiembre de 2010.

es genérica y autónoma, según se indicó. Por ello, **la administración descentralizada u órgano adscrito a esta**, al que se le asigne esta competencia –la de reglamentar-, únicamente podrá normar aquello para lo cual fue expresamente autorizado en la ley, sometido a las reglas contenidas en la LGAP.<sup>1169</sup> (negrita no es del original)

Producto de lo anterior se puede decir que estos últimos reglamentos independientes difieren de los reglamentos “autónomos o independientes” antes mencionados, los reglamentos independientes no se basan principalmente en la existencia de una relación de sujeción especial, sino que fundamentan su validez en la atribución legal concreta, expresa y manifiesta, al ser también muy distintos que los reglamentos ejecutivos, se dice expresamente que pueden ser llevados a cabo por los entes autónomos, así como por sus entes adscritos, siempre y cuando cumplan con la habilitación legal. Se trata así de un asunto de competencia, la cual siempre se da por medio de una ley. El anterior criterio fue recogido en parte por la Sala Constitucional, pero en esta ocasión se denominó como reglamento delegado.

La resolución 05966-2011 del 11 de mayo de 2011 de la Sala Constitucional ha argumentado, en ocasión de un recurso de inconstitucionalidad contra un reglamento aprobado por el CONASSIF, la inexistencia de una indebida delegación legislativa<sup>1170</sup>, *contrario sensu*, existe la posibilidad jurídicamente hablando que el Poder Legislativo delegue la potestad de regular en un ente especializado mediante una ley formal, así este último puede emitir una especie de reglamentos delegados. Así pueden ser de dos clases: 1) los que cubren o tratan materias reservadas a la ley; 2) los que dejan sin efecto y sustituyen una ley. Estos últimos

---

<sup>1169</sup> Ibid.

<sup>1170</sup> “Así, obsérvese, en primer término, que la Asamblea Legislativa, en ningún momento, ha delegado, indebidamente, su potestad de legislar. Esto, ya que, la referida Asamblea -haciendo uso de su potestad discrecional para regular y, atendiendo a la conveniencia política imperante en su momento-, señaló en el transitorio IX en cuestión, que la regulación y supervisión que la SUGEVAL efectúe sobre las bolsas de productos, debe de realizarse tomando como parámetro las normas y principios establecidos en la Ley Reguladora del Mercado de Valores “que le sean racionalmente aplicables”; es decir, aquellas normas que resulten compatibles y conducentes con la materia bajo estudio. No observamos, por consiguiente, la forma en que la SUGEVAL se podría apartar de lo preceptuado por el legislador, cuando los parámetros para el ejercicio de las citadas potestades de regulación y supervisión se encuentran establecidos, aunque de manera indeterminada, por la ley. De ningún modo, se podría, entonces, sostener que tal órgano regula a las bolsas de productos de una forma discrecional y “a su antojo”, tal y como alega infundadamente el accionante. De otra parte, debe de tomarse en consideración que han sido, precisamente, razones de orden público, las que han llevado al legislador, mediante el transitorio IX, a otorgarle a la SUGEVAL una competencia en materia de regulación y supervisión sobre las bolsas de productos. Sobre ese particular, debe observarse que dada la importancia del sistema financiero para la estabilidad económica de un país, los diversos mercados, especialmente, el mercado de productos, debe de estar sometido a un especial y estricto régimen de regulación y supervisión”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 05966-2011 del 11 de mayo de 2011.

reglamentos no están permitidos en el sistema jurídico costarricense; no obstante, es posible cuando una delegación legislativa (parcial) está sometida límites muy estrictos de la mano del principio de legalidad administrativo, así *“la Ley está habilitada a imponer, al menos en sus aspectos básicos, de manera que los regulados sepan desde la propia lectura de la Ley, el alcance mínimo y máximo de las regulaciones que deben cumplir, sobre todo porque la reglamentación incluye restricciones, sanciones y procedimientos regulatorios. Los detalles y procedimientos que desarrollan la Ley, si podrían, en cambio, delegarse y desarrollarse en un Reglamento, pero solamente cuando la propia Ley definiera sus aspectos y alcances básicos de la regulación y no los remitiera genéricamente a regulaciones paralelas pero distintas de la que se reglamenta”*.<sup>1171</sup> Es por ello que en el caso concreto, la Sala Constitucional resolvió que la atribución legal para emitir reglamentos delegados no se puede llevar a cabo mediante una delegación legislativa abierta ni por un transitorio de ley,<sup>1172</sup> al incumplir los requisitos señalados.

Con todo lo visto, se puede concluir que la potestad normativa o reglamentaria que tiene el CONASSIF, nunca se ha puesto en duda por los Tribunales nacionales, al contrario, su justificación es variada, no existe un único criterio, de hecho es disímil como se expuso con la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Primera, con todo ello, se puede extraer tres características fundamentales de los reglamentos delegados o independientes, clasificación dada a los “actos administrativos regulatorios” en Costa Rica, comúnmente llamados “acuerdos”, estas características son:

---

<sup>1171</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 05966-2011 del 11 de mayo de 2011.

<sup>1172</sup> “(...) esta Sala ha señalado también que esto es así cuando la Ley mínimamente establece los parámetros regulatorios que permitan contrastar en la vía ordinaria la conformidad o no del texto reglamentario con la Ley. Caso distinto es el de la delegación legislativa abierta, esto es, cuando el legislador delega discrecionalmente la regulación de una materia reservada a él, sin fijar los alcances y parámetros de esa regulación e incluso abriendo el espacio para establecer requisitos de acceso a una actividad, sanciones, prohibiciones, etc., que no vienen definidos ni siquiera mínimamente en la Ley, sino que se delegan genérica y discrecionalmente en una entidad administrativa que tiene por objeto regular materias afines (valores y sistema financiero) pero diversas a la que aquí se trata (comercio, productos). En estos casos, el juez ordinario se encuentra con pocos parámetros para contrastar la legalidad de la reglamentación, por cuanto la Ley misma no establece esos parámetros, sino que los establece de manera muy genérica al señalar únicamente como tales: “(...) las normas y principios conferidos en esta ley que les sean racionalmente aplicables”. De manera que se delega genéricamente en una Superintendencia de Valores (o Consejo, para estos efectos), la reglamentación de una materia distinta –la comercialización de productos– a la de su competencia propia. Tanto es así, que ni siquiera el legislador considera que les alcanza a aquellas, porque el mismo legislador delega en norma separada –un transitorio de la Ley– la reglamentación por la SUGEVAL (o el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero) del comercio de productos”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 05966-2011 del 11 de mayo de 2011.

- i. Se dan por lo general en virtud de un régimen jurídico especial (relación de sujeción especial).<sup>1173</sup>
- ii. Se produce como resultado de la técnica de delegación legislativa que no puede ser abierta y está sujeta límites precisos.<sup>1174</sup>
- iii. Se requiere siempre de la autorización legal concreta, expresa y manifiesta que le otorgue la competencia de emitir determinados reglamentos a una administración pública especializada.<sup>1175</sup>

De tal forma, se ha entendido la competencia para llevar a cabo la regulación económica del sector financiero en Costa Rica; no obstante, quedan varias discusiones académicas por tratar, como el nivel o rango normativo jerárquico de los reglamentos delegados o independientes en relación con los reglamentos ejecutivos, ¿están acaso aquellos por debajo de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo? o por el contrario, ¿están a un mismo nivel en virtud de la competencia legal del ente regulador?, está cuestión y otras relacionadas con el proceso regulatorio, como se dijo, serán brevemente abordadas cuando se trate la competencia normativa de las AAI.

## **7. Aspectos generales de la supervisión del sector financiero**

Tal y como señalan Gaspar Ariño Ortiz y Juan Miguel de la Cuétara “(...) *la regulación económica de sectores estratégicos se define por una misión, misión de la cual se responsabiliza al regulador específico del sector*”.<sup>1176</sup> Es por ello que las leyes que crean entes reguladores y supervisores son cuidadosas en delimitar los misiones u objetivos de estos. Se verá en el siguiente cuadro las “misiones” encomendadas a las cuatro superintendencias financieras.

---

<sup>1173</sup> Véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17599-2006 del 6 de diciembre de 2006.

<sup>1174</sup> Véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 05966-2011 del 11 de mayo de 2011.

<sup>1175</sup> Véase: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 1000-F-S1-2010 del 26 de agosto de 2010.

<sup>1176</sup> Gaspar Ariño Ortiz y Juan Miguel de la Cuétara. Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos. Cuadernos de Derecho Público, N.º 9 (enero-abril, 2000): 19.



Superintendencia	Misión u objetivos
<p><b>SUGEF</b></p>	<p><b>Artículo 119 de la LOBCCR. N.º 7558.</b> Supervisión y fiscalización de la Superintendencia.</p> <p>Con el <b>propósito</b> de velar por la <b>estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del Sistema Financiero Nacional</b>, la Superintendencia ejercerá sus actividades de <b>supervisión y fiscalización</b> sobre todas las entidades que lleven a cabo intermediación financiera, con estricto apego a las disposiciones legales y reglamentarias, velando por que cumplan los preceptos que les sean aplicables.</p> <p>En relación con la operación propia de las entidades fiscalizadas y el registro de sus transacciones, <b>la Superintendencia estará facultada para dictar las <u>normas generales</u></b> que sean necesarias para el establecimiento de sanas prácticas bancarias, todo en salvaguarda del interés de la colectividad.</p> <p>Para efectos de dictar y aplicar las normas de su competencia, la Superintendencia podrá establecer categorías de intermediarios financieros, en función del tipo, tamaño y grado de riesgo de esos intermediarios.</p> <p><b>Las normas generales y directrices dictadas por la Superintendencia serán de observancia obligatoria para las entidades fiscalizadas. (...)</b></p>
<p><b>SUGEVAL</b></p>	<p><b>Artículo 3 de la LRMV. N.º 7732.</b> Creación y funciones.</p> <p>Créase la Superintendencia General de Valores, denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica. <b>La Superintendencia velará por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines.</b> Regirá sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables. (...)</p> <p>La Superintendencia <b>regulará, supervisará y fiscalizará</b> los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados con ellos, según lo dispuesto en esta ley. (...)</p>

<p><b>SUGESE</b></p>	<p><b>Artículo 29 de la LRMS. N.º 8653.</b> Objetivos y funciones de la Superintendencia General de Seguros</p> <p><b>La Superintendencia tiene por objeto velar por la estabilidad y el eficiente funcionamiento del mercado de seguros, así como entregar la más amplia información a los asegurados.</b> Para ello, <u>autorizará, regulará y supervisará</u> a las personas, físicas o jurídicas, que intervengan en los actos o contratos relacionados con la actividad aseguradora, reaseguradora, la oferta pública y la realización de negocios de seguros. (...)</p>
<p><b>SUPEN</b></p>	<p><b>Artículo 32 de la Ley del RPPC N.º 7523.</b> Regulación del régimen.</p> <p>El Régimen de Pensiones será regulado y fiscalizado por una Superintendencia de Pensiones, como órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales, y adscrito al Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia de Pensiones <b>autorizará, regulará, supervisará y fiscalizará</b> [...]</p> <p><b>Artículo 36 de la Ley del RPPC N.º 7523.</b> Supervisión de los otros regímenes de carácter público.</p> <p>En materia de supervisión y <b>resguardo de la solidez financiera de los regímenes de pensiones</b> creados por ley o convenciones colectivas, la Superintendencia tendrá las siguientes facultades:</p> <p>a) <b>Velar por el equilibrio actuarial de los regímenes administrados y dictar las resoluciones correspondientes.</b></p> <p>b) Supervisar la inversión de los recursos administrados y dictar políticas respecto de la composición y valoración de cartera de inversiones.</p> <p>c) Comprobar la correcta y oportuna imputación de los aportes en las cuentas de los afiliados. (...)</p>

Elaboración propia con base en las citadas leyes. Negrita y subrayado no es del original.

## 7.1. Fallos específicos del mercado financiero

Se explicarán a continuación, dos fallos del mercado que se dan en el mercado financiero, a saber, los ciclos económicos y riesgo sistémico, que pueden derivar en crisis financieras sistémicas.

### 7.1.1. Los ciclos económicos

El estudio de los ciclos económicos, también conocido como ciclo de negocios<sup>1177</sup>, es un tema crucial en macroeconomía, numerosos autores han intentado explicar por qué se producen y cómo es que sus efectos adversos para sociedad se pueden disminuir; sin embargo, no existe una teoría generalmente aceptada del ciclo económico, pero si presentan rasgos comunes que permiten su estudio sistemático<sup>1178</sup>, para Arthur BURNS y Wesley MITCHELL en su definición clásica los ciclos económicos son “(...) *una forma de fluctuación que se encuentra en la actividad económica agregada de las naciones que organizan su trabajo principalmente en empresas: un ciclo consiste en expansiones que ocurren al mismo tiempo en múltiples actividades económicas, seguidas de recesiones, contracciones y recuperaciones igualmente generalizadas, que se entrelazan con la fase expansiva del siguiente ciclo; esta secuencia de cambios es recurrente pero no periódica; en duración, los ciclos económicos varían desde más de un año a diez o doce años; no son divisibles en ciclos más cortos de carácter similar cuyas amplitudes se aproximen a la propia.*”<sup>1179</sup>

Se trata básicamente de una fluctuación o alternancia entre los periodos de expansión (mayor demanda de productos, más empleo, crecimiento natural del PIB, etc.) y los de recesión económica<sup>1180</sup>, se afirmaba incluso que “*el ciclo económico es un rasgo persistente de la economía*”<sup>1181</sup>, ante esta realidad, la política económica de los países, desde la Gran Depresión, han seguido el método de intervención keynesiano durante la recesión; no obstante, estudios posteriores han puesto la mirada a las acciones que se deberían de tomar

---

<sup>1177</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 373. Para quienes “*Las fluctuaciones de corto plazo en la producción, el empleo, las condiciones financieras y los precios, lo que se conoce como el ciclo de negocios*”.

<sup>1178</sup> Véase: Felipe Larraín y Jeffrey Sachs. *Macroeconomía en la economía global.* 3° Ed. (Chile: Pearson educación, 2013), 190.

<sup>1179</sup> Arthur Burns y Wesley Mitchell, *Medición de los ciclos económicos.* (Nueva York: NBER, 1946): 3. citados por Felipe Larraín y Jeffrey Sachs. *Macroeconomía.. op. cit.* pág. 191.

<sup>1180</sup> Véase: Paul Krugman, Robin Wells, Kathryn Graddy. *Fundamentos de economía. op. cit.* pág. 299

<sup>1181</sup> Ibid.

durante los periodos expansivos del ciclo entre ellos el economista Milton FRIEDMAN que señala que es “*importante frenar las expansiones y combatir las depresiones*”<sup>1182</sup>, esto para prevenir y mitigar los embates negativos del ciclo.

Los períodos prolongados de expansión también generan otro tipo de problemas, N. Gregory MANKIW señala, como un principio de la economía, que la sociedad enfrenta con el ciclo económico “*la disyuntiva entre inflación y desempleo*”<sup>1183</sup>, ya que durante los tiempos de auge económico, la demanda de bienes y productos se incrementa a tal punto que las empresas incrementan paulatinamente los precios y para aumentar la productividad contratan más empleados llevando así a niveles muy bajos los índices de desempleo<sup>1184</sup> (se habla del pleno empleo o que la tasa es friccional), pero el aumento generalizado de precios<sup>1185</sup> prolongado a corto o mediano plazo genera un problema económico llamado inflación<sup>1186</sup>, la que atenta contra la estabilidad de precios<sup>1187</sup>, que es una de las metas a evitar de la política económica<sup>1188</sup> y la principal tarea de los bancos centrales. Por lo que “*en un periodo de uno o dos años, varias de las políticas económicas influyen en la inflación y el desempleo en sentidos contrarios*”<sup>1189</sup>, es inevitable que para reducir los niveles de inflación, entre otras medidas, que se aumentan las tasas de interés o Tasa de Política Monetaria<sup>1190</sup> (con ello se reduce el

---

<sup>1182</sup> Milton Friedman citado en: Paul Krugman, Robin Wells, Kathryn Graddy. *Fundamentos de economía. op. cit.* pág. 311.

<sup>1183</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía... op. cit.* pág. 15.

<sup>1184</sup> Véase: Ibid.

<sup>1185</sup> “*Para rastrear los precios, los estadísticos del gobierno construyen índices de precios, que son medidas del nivel general que éstos alcanzan. Un ejemplo importante es el índice de precios al consumidor (IPC), que mide la tendencia en el precio promedio de los bienes y servicios que adquieren los consumidores. (...) Los economistas miden la estabilidad de precios observando la inflación, o la tasa de inflación*”. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 380.

<sup>1186</sup> Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 380-381. Explica que la tasa de inflación mide la tasa de cambio de los precios de un año con relación al siguiente. Un nivel alto de inflación va en contra de uno de los objetivos macroeconómicos que es la **estabilidad de precios**, la cual es una tasa de inflación baja y estable.

<sup>1187</sup> “*La estabilidad de precios es importante porque, para que un sistema de mercado funcione sin problemas, es necesario que los precios reflejen adecuadamente la información sobre la escasez relativa los bienes. La historia ha demostrado que una alta inflación impone muchos costos —algunos visibles y otros ocultos— a una economía. Con una alta inflación, los impuestos se vuelven muy variables, el valor real de las pensiones de la gente se erosiona, y la gente gasta recursos reales para evitar quedarse con rublos o pesos que se deprecian*”. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía... op. cit.* pág. 381.

<sup>1188</sup> Junto con los objetivos de lograr niveles bajos desempleo y mantener un crecimiento económico adecuado.

<sup>1189</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía. op. cit.* pág. 15.

<sup>1190</sup> Todo lo contrario, sucede en los periodos de recesión, por ejemplo, en nuestro país la recesión económica asociada a la pandemia del COVID-19 produjo que el BCCR redujera la Tasa de Política Monetaria la cual influye en la baja de otros tipos de tasa de interés para ayudar a la “reactivación económica”, es decir, como venimos señalando tratar ayudar a suavizar el ciclo económico. Sobre esta medida del BCCR véase: Patricia Leitón. “Banco Central realiza fuerte recorte en su tasa de política monetaria para paliar efectos de covid-19” Noticia de

incentivo para solicitar créditos ergo cantidad de circulación de divisas en el mercado) y al disminuir los precios, se genera nuevamente mayor porcentaje de desempleados.

Podemos en este punto mencionar algunas de las razones que se han señalado como las principales responsables de la última gran crisis financiera sistémica de la historia reciente, el llamado “crack” financiero de 2008, originada en los Estados Unidos, a saber: i- política económica expansiva sostenida, ii- desregulación financiera e iii- instrumentos derivados y transferencia del riesgo. No se trata de un solo factor que haya sido determinante, sino de una conjunción de los mismos, que desembocaron en la insostenibilidad de algunas entidades financieras de gran peso (por ejemplo, Lehman Brothers) y de la transmisión de las pérdidas gracias a la interconexión y el contagio financiero, es decir, el riesgo sistémico que explicaremos en breve.

Como mencionamos en los periodos de expansión económica se da un aumento generalizado de los precios y de la productividad de las empresas, es ahí donde el Estado -ya sea el ejecutivo mediante la política económica o el banco central mediante la política monetaria- debería de tomar medidas contracíclicas, todo lo contrario sucedió en los Estados Unidos en el periodo que va desde finales de los años 80 hasta el fines del 2007, puesto que se mantuvo una política monetaria expansionista que propició los altos niveles de liquidez - mayor dinero en el mercado-<sup>1191</sup>, bajando las tasas de interés y promoviendo el crédito barato, fomentado así el alto consumo y con ello se incrementó el déficit en la cuenta corriente de la balanza de pagos -se importaba más de los que se exportaba<sup>1192</sup>- y por otro lado, se dio el aumento del déficit fiscal con la reducción de impuestos en 2001 y finalmente, el aumento del gasto público.<sup>1193</sup>

El nivel del incremento de precios aunado a una percepción de la economía muy optimista<sup>1194</sup> resultó en la creación de una burbuja inmobiliaria, se dieron mayores facilidades

---

“La Nación” del 16 marzo de 2020. Disponible en:<https://www.nacion.com/economia/politicaeconomica/bancocentralrealizafuerterecorteensutasade/MQLUJRGYQJBJ5NPGQXO6OOCRRM/story/> [11-05-2020]

<sup>1191</sup> Véase: Sandra Manuelito, Filipa Correia y Luis Felipe Jiménez. “La crisis sub-prime en Estados Unidos y la regulación y supervisión financiera: lecciones para América Latina y el Caribe. (Chile)” En Serie Macroeconomía del desarrollo. Publicación de las Naciones Unidas y la CEPAL. (febrero, 2009): 9.

<sup>1192</sup> Véase: S. Manuelito, F. Correia y L. Jiménez. *La crisis sub-prime... op. cit.* pág. 12.

<sup>1193</sup> Ibid. op. cit. pág. 11.

<sup>1194</sup> Véase: Ibid. op. cit. pág. 12.

en la otorgación de créditos hipotecarios que “(...) *no necesariamente fue la más eficiente, puesto este se dirigió hacia los sectores que estaban en posición de pagar mayores tasas de interés y que a la postre resultaron tener riesgos asociados mayores a lo inicialmente estimulado*”<sup>1195</sup>, al estallar la crisis se vio en realidad que las garantías dadas -las viviendas- se encontraban sobrevaloradas<sup>1196</sup> y que las personas beneficiarias de aquellos préstamos no tenían capacidad real de pago, a esto es lo que se denomina los **créditos o hipotecas sub-prime**<sup>1197</sup>, por ello se afirma que “*un segmento relativamente reducido del crédito total logró contaminar al resto del sistema financiero y generar una crisis de alcance sistémico*”<sup>1198</sup>.

Lo anterior no hubiera sido posible de no ser gracias a una marcada tendencia de **desregulación financiera**, a la política monetaria expansiva se le sumó la desregulación del sector financiero, principalmente durante el periodo de Alan Greenspan como presidente de la *Federal Reserve* (Fed) que se caracterizó por la confianza en la disciplina y la autorregulación de las entidades financieras<sup>1199</sup>. De esta forma, por un lado, “*a inicios de la década de los noventa, la Fed redujo a cero el coeficiente de encaje legal bancario para todas las cuentas a excepción de las cuentas corrientes, y permitió a los bancos invertir el monto del encaje legal en el mercado de dinero (...)*”<sup>1200</sup> y por otro lado, “*detrás del significativo incremento en el crédito hipotecario en los Estados Unidos subyace el sostenido aumento en el monto de contratos derivados (...)*”<sup>1201</sup>, veamos con este último aspecto.

Los bancos comerciales captan los ahorros de millones de personas, las cuales los depositan libremente en sus cuentas corrientes y de ahorros, y reciben a cambio un pequeño porcentaje de intereses, los bancos usan ese dinero en conjunto a su vez para realizar créditos, poniendo en contacto las provisiones de ahorros con las personas con necesidad de financiación, a estos últimos se les cobra una tasa de interés más elevada, con ese dinero se

---

<sup>1195</sup> Ibid. op. cit. pág. 17.

<sup>1196</sup> Véase: Ibid. op. cit. pág. 18.

<sup>1197</sup> S. Manuelito, F. Correia y L. Jiménez. *La crisis sub-prime... op. cit.* pág. 17. Y añaden los autores que “*Por crédito sub-prime se entiende el segmento de crédito concedido a personas con mayor riesgos crediticio -o, incluso que no son sujetas de crédito- y que, **bajo condiciones normales de aplicación de las normas y las prácticas internas de control del riesgo**, sólo es otorgado a tasas de interés más elevadas y condiciones más estrictas. Este grupo de personas tiene por lo general una situación laboral más inestable y **los montos de crédito implican una elevada carga del servicio de la deuda***” Ibid. (negrita no es del original)

<sup>1198</sup> S. Manuelito, F. Correia y L. Jiménez. *La crisis sub-prime... op. cit.* pág. 18.

<sup>1199</sup> Véase: S. Manuelito, F. Correia y L. Jiménez. *La crisis sub-prime... op. cit.* pág. 16.

<sup>1200</sup> Ibid.

<sup>1201</sup> Ibid. op. cit. pág. 14.

les paga los intereses a los ahorrantes y los demás costos operacionales y de transacción del banco, al porcentaje que genera o gana el banco por realizar esta operación, llamada **multiplicador del dinero**, se denomina “margen de intermediación financiera”, hasta aquí el modelo tradicional de banca, el cual puede tener una metodología de análisis del riesgo, a la hora de analizar el otorgamiento de los créditos, más o menos sencilla y por lo general, con suficiente regulación preestablecida.

El anterior modelo se complica cuando los bancos buscan a su vez aumentar su nivel de liquidez para poder seguir otorgando más créditos sin depender exclusivamente de los ahorros confiados, para ello comercializan<sup>1202</sup> los flujos financieros futuros llamados derivados -ya que su valor depende de un activo subyacente, en este caso los créditos bancarios- los cuales pueden ser transados en el mercado bursátil de forma estandarizada o *over-the-counter* (OTC) que son derivados extrabursátiles, todo ello mediante sofisticados contratos financieros, por ejemplo, los contratos *swap* que son “*un acuerdo entre dos partes para intercambiar flujos financieros futuros. El acuerdo establece las fechas en que estos flujos deben ser pagados y el modo en que deben ser calculados. El cálculo de estos activos financieros involucra valores futuros de una o más variables de mercado*”, estos mecanismos contienen un riesgo relativo al valor final o la calidad real del activo financiero subyacente por este motivo es la regla que se busque transmitir el riesgo a terceros interesados en asumirlo mediante un pago, a este modelo se le conoce como **originate-and-distribute**<sup>1203</sup>, de esta forma:

Desde un sistema en que las instituciones financieras concedían el crédito, evaluaban el riesgo de las operaciones crediticias y luego diversificaban ese riesgo mediante la transferencia parcial del mismo a otras instituciones o a través de la gestión de portafolio, se pasó a un sistema en que ellas no se hacían cargo del riesgo asociado al crédito otorgado por ellas mismas. Aunque estas instituciones se mantenían como generadoras del crédito, este se titularizaba y los títulos financieros resultantes eran posteriormente vendidos a terceros. Por lo tanto, el sistema bancario tradicional se

---

<sup>1202</sup> Mediante los collateralized debt obligations (CDO) que son los “*bonos resultantes de la securitización de un portafolio de instrumentos de deuda (activo subyacente) que se emiten en tramos (“tranches”) con distintas características de riesgo y rendimiento asociado. Los CDO son vendidos a terceros y, así, posibilitar la transferencia, efectiva o sintética, de portafolios de créditos riesgosos a inversionistas*” esos bonos son vendidos a la Structured Investment Vehicles (SIV). S. Manuelito, F. Correia y L. Jiménez. *La crisis sub-prime en Estados Unidos... op. cit.* pág. 45.

<sup>1203</sup> Véase: S. Manuelito, F. Correia y L. Jiménez. *La crisis sub-prime ... op. cit.* pág. 17.

transformó en un sistema cuyo modelo de negocio se basa en la transacción del riesgo en el mercado financiero.<sup>1204</sup>

Ahora bien, el contrato más utilizado para transmitir el riesgo de las operaciones mencionadas fueron los contratos *forward* y los contratos derivados de crédito que vistos desde su lado positivo “*aumentan la liquidez del mercado de crédito, al permitir a los agentes realizar operaciones sobre riesgos que antes no se podían realizar debido a su baja liquidez del mercado: disminuir costos de transacción y disminuir las ineficiencias derivadas de barreras regulatorias*”<sup>1205</sup>, lo anterior con todos los riesgos inherentes señalados. Estos y otros aspectos causaron la crisis.

Por otro lado, existen autores que desde una posición más crítica dicen que en realidad los ciclos son un mal y un efecto necesario para el mantenimiento del sistema capitalista no ajustado a la economía real, entre ellos destaca Vicente VERDÚ, quien establece sin caer en teorías conspirativas, un paralelismo entre las guerras mundiales y las crisis económicas financieras<sup>1206</sup> -que son ciclos económicos recesivos fuertes y prolongados-, las cuales deben de ocurrir periódicamente -según el autor máximo cada medio siglo- de forma necesaria para que el sistema financiero pueda reformarse y equilibrarse, creciendo en cada ocasión en poder, beneficios y posición de dominio.<sup>1207</sup> En palabras del citado autor:

Si no se ha registrado la declaración de una Tercera Guerra Mundial ha sido sólo, ahora podemos decirlo, porque cuando esperábamos una declaración solemne que iniciara el combate, ha sonado la calderilla de las *subprime* y también, a diferencia de las dos grandes conflagraciones anteriores -a diferencia de todas las guerras- la presente acometida no produce efectos que afecten directamente a las instalaciones. Eliminar al enemigo siempre conlleva arruinarlo económicamente y esta acción se concreta en el estrago de sus factorías, sus campos, sus armas y sus visiones. Hoy, en cambio, la economía financiera lo es casi todo y la eliminación del contrario no necesita ser física

---

<sup>1204</sup> Ibid.

<sup>1205</sup> Ibid. op. cit. pág. 52.

<sup>1206</sup> Véase: Vicente Verdú. *El capitalismo funeral: La crisis o la Tercera Guerra Mundial*. España: ANAGRAMA, 2009.

<sup>1207</sup> Véase: Vicente Verdú. *El capitalismo funeral... op. cit.* pág. 62.



si es monetaria, si es fiduciaria y no material dentro del mismo sistema de lo impalpable.<sup>1208</sup>

Basta con traer a colación lo que los medios de comunicación han denominado en los recientes años como la “guerra comercial” entre los Estados Unidos de América y la República Popular de China para ejemplificar la anterior cita, dicha “guerra” se traduce en una carrera arancelaria sobre determinadas importaciones entre los citados países<sup>1209</sup> (lo cual significó el desplome de los mercados internacionales<sup>1210</sup>) entre otros métodos para “minar” el camino expansionista en lo económico que ha seguido el “gigante asiático” y con ello, evitar o retrasar la pérdida de la hegemonía norteamericana<sup>1211</sup> en el orden económico internacional, lo cual también trae consecuencias para la periferia<sup>1212</sup> y los consumidores finales que terminan pagando el alza artificial de los precios.

Para continuar con el análisis de los riesgos de crisis relacionadas al ciclo económico podemos mencionar que son características entonces del mismo ciclo, su inevitabilidad y su imprevisibilidad, en relación con esta última, Michael PARKIN y Eduardo LORÍA señalan que *“un ciclo económico consiste en las desviaciones periódicas pero irregulares, ascendentes y descendientes de la producción total y de otras medidas de la actividad económica. Los ciclos*

---

<sup>1208</sup> Vicente Verdú. *El capitalismo funeral... op. cit.* pág. 62-63.

<sup>1209</sup> Véase: BBC News Mundo. “Guerra comercial entre Estados Unidos y China: cómo recrudecieron su conflicto con un aumento recíproco de aranceles (y cómo esto desplomó los mercados)” Noticia del 23 agosto de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-49452816> [11-05-2020]

<sup>1210</sup> Véase: BBC News Mundo. “Guerra comercial entre Estados Unidos y China: ¿cómo afecta a las industrias tecnológicas de ambos países?” Noticia del 3 septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49551605> [11-05-2020]

<sup>1211</sup> Véase: Alberto Nadal. “China-EEUU: lucha por la hegemonía mundial” Nota periodística del 31 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/9912203/05/19/ChinaEEUU-lucha-por-la-hegemonia-mundial.html> [11-05-2020]. Para este autor *“No se trata de una guerra comercial. Se trata lisa y llanamente de la lucha por la hegemonía mundial. En el siglo XXI las grandes potencias no se enfrentan entre sí en el campo de batalla. El poder destructivo de la tecnología moderna hace irracional cualquier forma de conflicto armado entre grandes potencias. Los conflictos armados se confinan a lugares donde se ejerce una labor de control de grupos que amenazan la seguridad o a la estabilización de áreas concretas. Las grandes potencias, por el contrario, luchan por la posición hegemónica en el campo económico. La lucha por la hegemonía es algo novedoso para nuestras generaciones. Sin embargo, ha sido una constante en la Historia de la humanidad. Desde siempre ha habido un conflicto por la preeminencia. Este conflicto se disputaba en los ámbitos diplomático, económico y militar. Y como consecuencia de la lucha, una potencia sucedía a otra como hegemón”*. Ibid.

<sup>1212</sup> Véase: Liber Abaci. “La guerra comercial entre Estados Unidos y China: efectos en países de renta media como Colombia” Nota periodística del 29 de enero de 2020. Disponible en: <https://zero.uexternado.edu.co/la-guerra-comercial-entre-estados-unidos-y-china-efectos-en-paises-de-renta-media-como-Colombia/> [11-05-2020]

*económicos no son regulares, previsibles ni repetitivos, como las fases de la luna*<sup>1213</sup> por lo que el riesgo que se produzca una recesión y la eventual crisis siempre debe tenerse en cuenta.

### **7.1.2. El riesgo sistémico**

El riesgo comentado es potencialmente mayor en los mercados financieros, ya que es sistémico, las vicisitudes económicas se pueden convertir en verdaderas tragedias, por ejemplo, como sucede con las corridas bancarias<sup>1214</sup>, fenómeno que se da cuando los ahorrantes “corren” a retirar sus ahorros ante malas noticias o un rumor especulativo, posibilidad -hoy menos usual, gracias a ciertas normas regulatorias, como el de prestamista de última instancia o el seguro de depósitos que veremos en breve- que puede ocasionar la quiebra de bancos y el colapso del sistema financiero en su conjunto, debido a su fuerte interconexión, la cual se puede decir que son *“las relaciones entre agentes económicos que se crearon por las transacciones financieras o los acuerdos de pago, pero específicamente se refiere a los vínculos entre las siguientes instituciones y por medio de ellas: entidades financieras; proveedores de servicios de infraestructura financiera, vendedores y terceras partes vinculadas a dichas entidades”*.<sup>1215</sup>

Lo anterior aplicado en específico al sector financiero se dice que una interconexión financiera *“(...) es la red de exposiciones crediticias, canales de intercambio y otras relaciones y dependencias entre los agentes financieros. Una interconexión constituye una contrariedad porque sirve como conductor del contagio”*<sup>1216</sup>, lo anterior es muy importante tenerlo presente, ya que *“el efecto de un quebranto de una entidad fuertemente conectada puede esparcirse rápida y extensamente por el sistema financiero, hasta el punto en el que puede causar una*

---

<sup>1213</sup> Michael Parkin y Eduardo Loría. Macroeconomía: Versión para Latinoamérica. 9° Ed. (México: Pearson educación, 2010): 93.; En el mismo sentido véase: N. Gregory Mankiw. *Principios de economía... op. cit.* pág. 625.

<sup>1214</sup> N. Gregory Mankiw. *Principios de economía... op. cit.* pág. 625. *“Las corridas bancarias son un problema para los bancos bajo el sistema de banca con reservas fraccionarias. Debido a que un banco sólo tiene en reserva una fracción de sus depósitos, no puede satisfacer las solicitudes de retiro de todos sus depositantes. Incluso si el banco es solvente (lo que significa que sus activos son mayores que sus pasivos), no tendrá a la mano efectivo suficiente para permitir a todos los depositantes el acceso inmediato a su dinero. Cuando ocurre una corrida, el banco se ve obligado a cerrar sus puertas hasta que se reembolsen algunos préstamos bancarios o hasta que algún prestamista de último recurso (...) le proporcione el efectivo necesario para satisfacer a los depositantes”*.

<sup>1215</sup> María Isabel Camacho-Cárdenas, Ivonne Stefanía Cilio-Mejía y Juan Pablo Erráez-Tituana. “Las exposiciones del sistema financiero ecuatoriano: un enfoque desde la teoría de redes (Ecuador)” *Monetaria*, Vol. 38. No.1. (enero-junio, 2016): 86-87.

<sup>1216</sup> M. Camacho, I. Cilio y J. Erráez. *Las exposiciones del sistema financiero... op. cit.* pág. 87.

*inestabilidad financiera mundial*<sup>1217</sup>. Las interconexiones financieras pueden ser de dos tipos: directas<sup>1218</sup> e indirectas.<sup>1219</sup>

Es así como llegamos ante el concepto de riesgo sistémico o sistemático que según José MARTÍNEZ y José CALVO es el riesgo ligado a la evolución del mercado conjuntamente considerado, el cual depende de factores distintos de los propios valores o activos como, por ejemplo, la situación económica general del país o de sector específico del mercado, los tipos de interés, la tasa de inflación y el componente político<sup>1220</sup>. El riesgo sistémico a diferencia del riesgo no sistémico<sup>1221</sup> no puede eliminarse<sup>1222</sup>, también se puede decir que el riesgo sistémico es “*cualquier conjunto de circunstancias que amenazan a la estabilidad o confianza en el sistema financiero*”<sup>1223</sup> en ese sentido “*si bien el origen etimológico de “riesgo” apunta a la idea de incertidumbre, una interpretación más contemporánea asocia el término con la noción de contingencia o proximidad de un daño*”<sup>1224</sup>, el cual ha sido el responsable de varias crisis económicas.

Por lo anterior, en el presente trabajo consideramos que los ciclos económicos y el riesgo sistémico van de la mano y analizados específicamente en el sector financiero son un fallo del mercado, los cuales, como vimos, no han sido tratados en la doctrina económica tradicional como tales, pero por otro lado, en la especializada son vastas las referencias a los

---

<sup>1217</sup> Ibid.,

<sup>1218</sup> “Una interconexión financiera directa se refiere a los vínculos directos entre las entidades a través de las transacciones financieras, obligaciones, contratos y otros acuerdos o relaciones que se documentan de manera explícita o no directamente observable. Las exposiciones de crédito entre bancos se encuentran entre los tipos más básicos de la interconexión directa”. M. Camacho, I. Cilio y J. Erráez. *Las exposiciones del sistema financiero... op. cit.* pág. 87.

<sup>1219</sup> “Una interconexión financiera indirecta se refiere a los canales a través de los cuales se tiene la expectativa de que una entidad afecte a otra entidad, incluso en ausencia de un vínculo directo entre los dos”. M. Camacho, I. Cilio y J. Erráez. *Las exposiciones del sistema financiero... op. cit.* pág. 87.

<sup>1220</sup> Véase: José Antonio Martínez Álvarez y José Luis Calvo González. *Banca y Mercados Financieros*. 2° Ed. (España: Tirant lo Blanch, 2012): 53.

<sup>1221</sup> J. Martínez y J. Calvo. *Banca y Mercados Financieros... op. cit.* pág. 54. Quienes lo definen como: “Es el riesgo específico de una empresa de sufrir oscilaciones de cotización debido a sus condiciones propias, en contraposición al mercado general. Cuantos más activos de diferentes composiciones haya en una cartera menor será el riesgo medio no sistemático ya que cuando la parte no sistemática del riesgo de un activo suba es probable que la de otro baje, cancelándose así (parcialmente al menos) los movimientos no sistemáticos considerados. Este es uno de los motivos para diversificar la cartera de inversión”.

<sup>1222</sup> Véase: J. Martínez y J. Calvo. *Banca y Mercados Financieros... op. cit.* pág. 53.

<sup>1223</sup> Billio, M., M. Getmansky, A. Lo y L. Pelizzon (2010), *Econometric Measures of Systemic Risk in the Finance and Insurance Sectors*, Technical Report, National Bureau of Economic Research. Citados por M. Camacho, I. Cilio y J. Erráez. *Las exposiciones del sistema financiero... op. cit.* pág. 84.

<sup>1224</sup> Miguel Ángel Martín-Mato. *Mercado de capitales: una perspectiva global*. 1° ed. (Buenos Aires, Cengage Learning Argentina, 2011), 390.

estratos que hacen las mismas en la economía de mercado, lo por lo que llegamos a la siguiente conclusión: «Los ciclos económicos son una característica inherente del sistema capitalista y gracias a la globalización económica e interconexión del sistema financiero internacional los periodos estacionarios o de recesión son rápidamente transmisibles, cual enfermedad virológica, lo que ha ocasionado distintas crisis económicas mundiales<sup>1225</sup>, lo anterior es un riesgo siempre latente, es por ello que le denominamos riesgo financiero sistémico y es un evidente fallo del mercado». Veamos así algunos de los modelos de supervisión financiera que los Estados han tratado de implementar a nivel nacional para disminuir el riesgo de crisis.

## **7.2. Tipología de los modelos de supervisión financiera**

La doctrina señala que existen al menos tres formas posibles en que se puede organizar la supervisión del sistema financiero<sup>1226</sup>. Estos modelos se suelen llamar como “diseño institucional” o más figurativamente como la “arquitectura financiera”, para hacer referencia a los distintos entes públicos que participan en la supervisión financiera, así como su configuración, relaciones interadministrativas y su régimen jurídico. Esas tres formas son el i. el modelo funcional o sectorial, ii. el modelo centralizado o de supervisor único y iii. el modelo conocido como “*Twin Peaks*” (en español dos picos) o integrado.

### **7.2.1. El modelo funcional o sectorial**

Se ha indicado por la jurisprudencia nacional que la supervisión es un concepto que engloba la regulación y la fiscalización, la doctrina sostiene que la regulación incluye la actividad de supervisión, se ha sostenido en el presente trabajo que regulación y supervisión son las dos caras de una moneda o que van indefectiblemente a la par, es por esta razón que se considera en el presente trabajo que el modelo de supervisión (y regulación) funcional o sectorial es el mejor de los tres posibles, cabe hacer la aclaración que bajo este modelo supervisor se elaboró la hipótesis de la investigación, aspecto que se debe tener presente.

---

<sup>1225</sup> Para un estudio detallado de la historia de las crisis económicas véase: Marichal Salinas, Carlos. Nueva historia de las grandes crisis financieras: Una perspectiva global 1873-2008. Buenos Aires: Debate, 2010.

<sup>1226</sup> Julio Segura. “Capítulo 3: La supervisión financiera” en Julio Segura (coord.) Reguladores y supervisores económicos independientes: al caso español. (España: Editorial Centro De Estudios Ramón Areces, S. A., 2018): 185.

Relacionado con lo anterior, el autor PIMIENTO ECHEVERRI señala que “(...) *la finalidad misma de la regulación es la de corregir los errores del mercado, principalmente mediante la promoción de la libre concurrencia, en un determinado sector de la actividad económica, para garantizar la protección de los usuarios de los servicios públicos*”.<sup>1227</sup> para poder llevar a cabo la anterior finalidad “(...) *implica necesariamente que dicha actividad esté segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo (...)*”<sup>1228</sup> verbigracia, el sector financiero con las particularidades expuestas en la sección anterior.

De tal forma, estas administraciones sectoriales requieren de experiencia concreta y conocimientos que se caracterizan por el alto grado de tecnicismo, entre otras cualidades que no poseen generalmente los congresos en determinado sector ni la administración pública general, por lo que es usual que a la actividad administrativa que desempeñan, cuando trata sobre determinados sectores de referencia, se le denomine regulación sectorial, para ABAD LICERAS: “(...) *ese grado de especialización se traduce, entre otras consecuencias, en que sus órganos tienen un mayor y mejor conocimiento del sector del mercado, objeto de su actividad, lo que les permite conocer a profundidad todos los aspectos concurrentes en cualquier operación o actividad que pretendan controlar. Además, la concreta experiencia acumulada en un sector se ve reforzada por la disponibilidad de una privilegiada información que se tiene del mismo, acumulada a través del ejercicio de las funciones que legalmente tienen encomendadas*”.<sup>1229</sup> Gaspar ARIÑO ORTIZ y Juan Miguel DE LA CUÉTARA señalan en referencia con este modelo regulatorio que:

La regulación tiene que aportar claridad y previsibilidad a la evolución de estos sectores, tiene que facilitar la realización de planes de negocio y promover la inversión en ellos, tiene que definir el nuevo «tablero de juego» de cara al futuro, de una manera clara y estable, en la que los operadores puedan confiar. Esto es especialmente necesario cuando además de liberalizar se privatizan antiguas empresas públicas, normalmente

---

<sup>1227</sup> Julián Andrés Pimiento-Echeverri. “La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 9. (primer semestre, 2013): 23.

<sup>1228</sup> Ibid.

<sup>1229</sup> José María Abad-Liceras. “*El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español*,” en *La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico-práctica*. (España: Dykinson, 2009), 75

monopólicas, que operaban en el sector. Al privatizar, se llama en muchas ocasiones al capital internacional para que invierta en el país, sector y empresa de que se trata; y éste analiza su inversión en función, entre otras cosas, de la regulación bajo la cual ha de actuar la empresa en la que se invierte.<sup>1230</sup>

El modelo de supervisión sectorial fue el predominante en casi todos los países desarrollados hasta finales de los años 20, cabe señalar que todavía no desaparece del todo, de hecho, se mantiene en un país de gran influencia para el nuestro como es España y valga también adelantar, que el sistema costarricense presenta algunas características del mismo. Señala Julio SEGURA en relación con al modelo funcional que *“las actividades financieras básicas eran desempeñadas por instituciones distintas, las entidades de crédito, las compañías de seguros y los mercados de valores eran actividades con pocos elementos en común”*<sup>1231</sup> dadas aquellas circunstancias, el modelo funcional fue muy útil, ya que se llegó a acumular gran experticia en cada uno de los sectores de referencia por parte del ente regulador.

Con la incursión de los conglomerados financieros a finales de los años 20, aquel modelo fragmentado de supervisión sectorial se vio en la encrucijada de hacerle frente a empresas que realizaban simultáneamente las tres actividades financieras principales, a saber, la de ahorro y crédito, bursátil y seguros. Salieron a la luz varias críticas al modelo en cuestión, siendo la principal, de cara a las crisis económicas, el necesario cambio de enfoque en la supervisión a uno centrado en los **riesgos sistémicos**, ya que se cayó en cuenta de que el sistema financiero se encuentra íntimamente relacionado e interconectado y no se puede tratar los distintos sectores de manera individual, dentro de los principales problemas del modelo se señala *“la coordinación permanente y muy intensa entre las tres instituciones supervisoras, lo que implica sobrecostos para las empresas (...), pérdidas de tiempo, limitaciones en la valoración conjunta del conglomerado (...)”*<sup>1232</sup>, entre otros.

El autor Julio SEGURA, por su lado, señala en relación con las anteriores críticas que dieron *“(...) lugar a la necesidad de algún tipo de consejo coordinador de las tres instituciones*

---

<sup>1230</sup> Ariño Ortiz, Gaspar y De la Cuétara, Juan Miguel. “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos (España)”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9 (enero-abril, 2000): 13.

<sup>1231</sup> Julio Segura. *La supervisión financiera... op. cit.* pág. 185.

<sup>1232</sup> Julio Segura. *La supervisión financiera... op. cit.* pág. 185.

*supervisoras lo que termina siendo ineficaz o conduciendo a otro modelo supervisor. Si el consejo coordinador no tiene capacidad de tomar decisiones vinculantes para los supervisores sectoriales, la ineficacia de la coordinación se verá muy limitada; si, por el contrario, el consejo tiene dicha capacidad, el modelo se convierte, en la práctica, en uno de supervisión único*<sup>1233</sup>, este último aspecto es de total aplicación para el caso costarricense, el modelo supervisor único se detallará en seguida.

### **7.2.2. El modelo centralizado o de supervisor único**

El modelo centralizado o de supervisor único, como su nombre lo indica, es aquel en el que un único ente se encarga de regular distintos sectores, que pueden ser muy complejos y distintos entre sí, como pueden ser los diversos mercados financieros; sin embargo, hay otros en los que la regulación centralizada no presenta tantos problemas como puede ser el sector comprendido por los servicios públicos. Lo anterior se debe, como se señaló oportunamente, por las distintas razones materiales en las que se basa y fundamenta cada regulación. La falta o dificultad de la coordinación entre reguladores sectoriales en ocasiones desembocaron en el modelo de regulador único, esto en aras de mejorar los canales de comunicación y el tiempo de respuesta ante las eventuales e inminentes crisis económicas de carácter cíclico. Esto motivó la reforma en modelo regulatorio británico en 1997<sup>1234</sup> y también fue una de las ideas para la reforma en la regulación costarricense con la creación del CONASSIF en 1998.<sup>1235</sup>

Pero como suele ocurrir, de las soluciones suelen derivarse múltiples problemas de otro tipo y es que el modelo centralizado padece de una falencia intrínseca y es el conflicto de interés que suscita entre la supervisión de solvencia<sup>1236</sup> y la supervisión de conducta<sup>1237</sup> (esto es el gobierno corporativo, la protección a los inversionistas, entre otros) que se revela sobre todo en periodos de crisis económica. Por lo que se afirma que:

---

<sup>1233</sup> Julio Segura. *La supervisión financiera...* op. cit. pág. 186.

<sup>1234</sup> Ibid.

<sup>1235</sup> El CONASSIF fue creado en 1998 por el artículo 169 de la Ley N.º 7732. Dice este último que “*Integración la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones funcionarán **bajo la dirección** de un órgano denominado Consejo nacional de supervisión del sistema financiero...*” (negrita no es del original)

<sup>1236</sup> “*Lo relevante, desde el punto de vista de la solvencia, es que la entidad de crédito goce de una posición financiera saneada y sólida: un nivel adecuado de recursos propios y que tenga las reservas y las provisiones suficientes para hacer frente a los riesgos previsibles del negocio y a situaciones críticas*” Julio Segura. op. cit. Pág. 186.

<sup>1237</sup> “*Lo relevante para el supervisor de conducta es que las actuaciones de la empresa en los mercados y en sus relaciones con los clientes cumplan las exigencias regulatorias*”. Julio Segura. op. cit. Pág. 186.

En situaciones de crisis es impensable que un supervisor único no sacrifique el objetivo de buen comportamiento a la preservación de la solvencia y de la estabilidad sistémica. (...) Y no se trata de un problema de incompetencia técnica o de infravaloración de la importancia de la transparencia y la protección de los inversores, sino de que resulta inevitable que la percepción de agudos problemas de corto plazo, de solvencia, predomine sobre aspectos como el riesgo reputacional de los supervisados o la adecuación de las decisiones de inversión a los perfiles de riesgo de los inversores, que son problemas cuyos efectos se materializan a medio y largo plazo, aunque no sean por ello menos importantes para la estabilidad financiera como ha demostrado la reciente crisis.<sup>1238</sup>

Otra dificultad que presenta el modelo centralizado es su tamaño y poder que puede llegar a ser excesivo, dificultando su coordinación interna y con ello su eficiencia. Dada la anterior crítica se vio en la necesidad de implementar un mejor modelo que atendiera principalmente el problema del conflicto de interés; sin embargo, existen otros argumentos de peso para ello, en resumen, son los siguientes:

- La creciente necesidad de mejorar la supervisión para hacer frente a los procesos de consolidación de instituciones y la desaparición de fronteras entre sectores.
- El máximo aprovechamiento posible de las economías de escala y alcance.
- Los problemas derivados de la escasa cooperación y de la dificultad de comunicación entre supervisores, más acentuada en el caso de que surjan problemas.
- La minimización de las lagunas y en su caso, de solapamientos entre supervisores.
- La necesidad de reestructuración de las agencias supervisoras como consecuencia de una crisis previa que precipita el proceso de cambio.
- Otras circunstancias relacionadas con diferentes fallos en supervisión y regulación.<sup>1239</sup>

### **7.2.3. Modelo Twin-Peaks o consolidado.**

El modelo *Twin Peaks* es en la actualidad el más acabado, producto de la reformulación de la “arquitectura financiera” debido a las últimas crisis económicas, este trata de superar el

---

<sup>1238</sup> Julio Segura. *La supervisión financiera... op. cit.* pág. 186.

<sup>1239</sup> Martínez y Rose. (2003) International survey of integrated financial sector supervision. Policy Research Working Paper, Banco Mundial. **citado por** Gonzalo Gil y Julio Segura. “*La supervisión financiera: situación actual y temas para debate (España)*” (Banco de España. *Revista Estabilidad Financiera*. N.º 12. 2007): 14.



problema apuntado del conflicto de interés en el regulador único y también los problemas de coordinación y eficiencia de los reguladores sectoriales. El principal precursor en Europa de este modelo es Holanda, aunque en la actualidad la mayoría de países desarrollados (pertenecientes a la OCDE) lo han implementado, por ejemplo, Reino Unido, Francia, Italia y Bélgica, con la gran excepción del sistema español que en opinión de Julio SEGURA tiene hoy en día un “*modelo de funcional mejorado*”.<sup>1240</sup>

Este modelo de organización institucional para la supervisión del sistema financiero, se compone por dos grandes instituciones, en la que se reparten las dos principales tareas, la primera, se encarga de la supervisión de solvencia, siendo por lo general el Banco Central y la segunda tiene la función de supervisar los mercados y los comportamientos de las empresas, a este ente se suele llamar “Autoridad de Mercados Financieros” (AMF) como en el caso holandés<sup>1241</sup>.

Dentro de la solvencia entra tanto la supervisión macroprudencial, esto es la estabilidad financiera en su conjunto, por lo que se monitorea el comportamiento de los tres sectores principales (banca, bolsa y seguros), por lo que dicho concepto se encuentra íntimamente aparejado al de riesgo sistémico y también dentro de la solvencia está la supervisión microprudencial, lo que significa la promoción y supervisión de la solvencia de cada una de las entidades individualmente consideradas (poniendo énfasis claro en aquellas que presentan mayor riesgo sistémico).

Por su lado, la AMF se encarga de supervisar los mercados y los comportamientos de las empresas, esto es supervisar que se cumpla con la regulación vigente en cada uno de los sectores de referencia, por ejemplo, el cumplimiento y los códigos de conducta como lo es el Reglamento de Gobierno Corporativo, la transparencia y acceso a la información relevante, la protección al inversor, todo ello regulado en los respectivos reglamentos, además, incorpora elementos de protección o defensa del consumidor financiero. Parafraseando a Gonzalo GIL y Julio SEGURA, se pueden resumir los aspectos más importantes del modelo Twin Peaks o consolidado de la siguiente forma:

---

<sup>1240</sup> Julio Segura. *La supervisión financiera... op. cit.* pág. 190.

<sup>1241</sup> Véase: Gonzalo Gil y Julio Segura. “*La supervisión financiera: situación actual y temas para debate (España)*” (Banco de España. *Revista Estabilidad Financiera*. N.º 12. 2007): 19.

- A. Se da una consolidación de la supervisión macro y micro prudencial para todas las empresas financieras en una sola institución, esto produce que se puedan superar las fronteras entre los subsectores financieros y se supervisen los conglomerados de manera unitaria, con ello se puede tener una visión general y facilita la toma de decisiones de manera rápida y desde un punto de vista sistémico.
- B. La unificación de supervisión en el BC se puede ver mejorada gracias al análisis macroprudencial y al conocimiento e informaciones al que el BC está acostumbrado; sin embargo, es necesario como ocurrió con el caso holandés, que se cree un “departamento de estabilidad financiera” para diferenciar esta nueva tarea de las que realiza como autoridad monetaria.
- C. La separación de la supervisión de mercados y la supervisión prudencial, siendo que la primera trata sobre la solvencia de las entidades financieras, mientras que la segunda trata sobre la supervisión de las conductas de las entidades (buenas prácticas) y la relación con los clientes e inversores. Dada la diferencia de objetivos conviene tenerla en dos entes distintos. Otro argumento, pero relacionado simbióticamente, es el nivel de discreción o confidencialidad con la que se manejan ambos asuntos, ya que la solvencia siempre se tiene que manejar con extrema confidencialidad para evitar las corridas bancarias, mientras que la supervisión de comportamientos puede ser manejado de manera pública, y de hecho es lo usual, mediante los distintos *check list* públicos y demás métodos que buscan dar acceso a la información general de una entidad financiera a los clientes e inversionistas.<sup>1242</sup>

Se puede concluir de lo anterior que en Costa Rica se tiene un modelo de supervisión sectorial imperfecto, ya que existen cuatro superintendencias especializadas en su sector de referencia; sin embargo, existe un órgano colegiado común, lo que en la práctica convierte el modelo en uno concentrado, con los aspectos negativos señalados, además, es lógico pensar, dado sus aspectos positivos, que el modelo de supervisión *Twin Peaks* es el ideal para el sistema financiero costarricense, con ello se tendrían que llevar a cabo una serie de reformas de gran tamaño, pero se puede señalar que en todos los modelos posibles de supervisión y

---

<sup>1242</sup> Véase: Gonzalo Gil y Julio Segura. “*La supervisión financiera: situación actual y temas para debate (España)*” (Banco de España. *Revista Estabilidad Financiera*. N.º 12. 2007): 20-21.

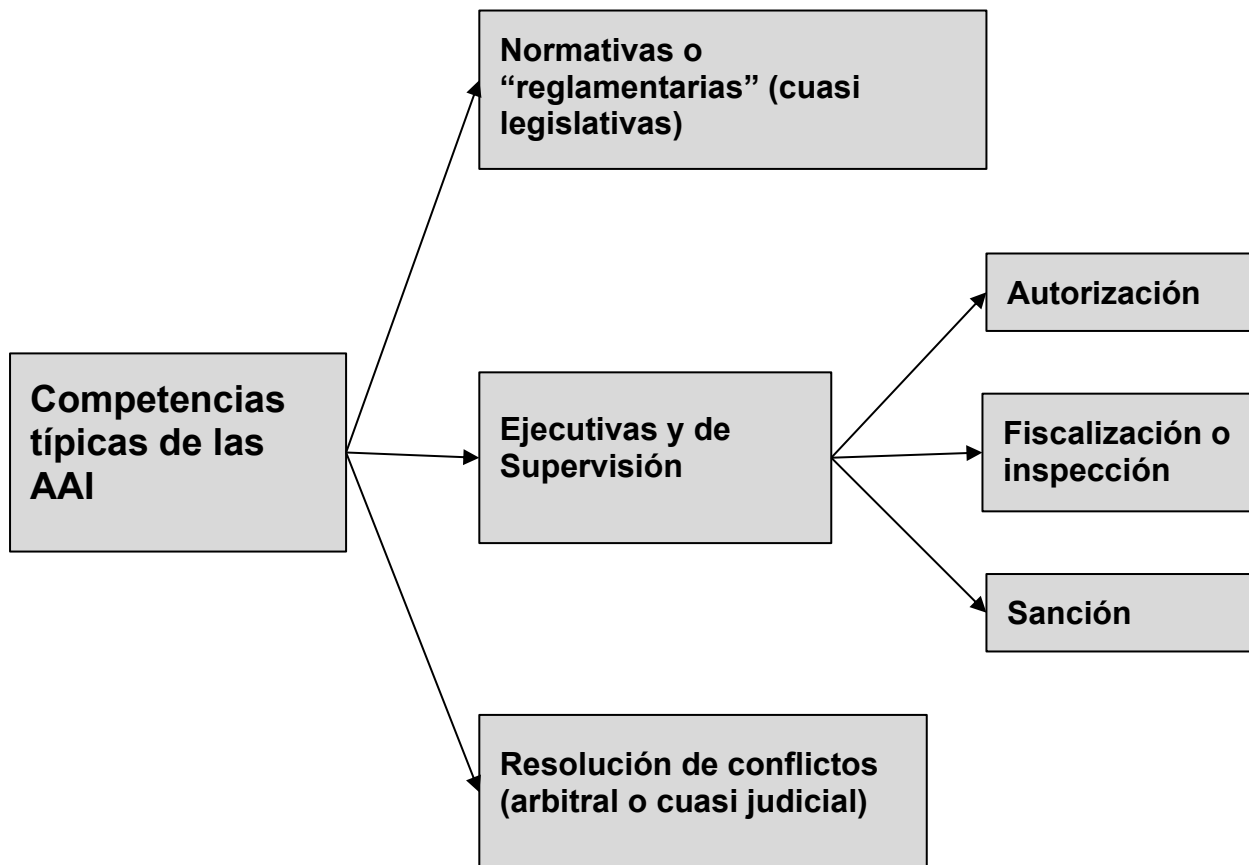
regulación, se comparte una característica común y es la independencia, en los términos expuestos, de la AAI a la que se le encomienda dicha función.

## **8. Las superintendencias frente el modelo regulatorio por AAI**

Se realizará en el presente apartado, un análisis general de las superintendencias en Costa Rica, primero, en relación con las competencias que tienen asignadas y segundo, en relación con su nivel de independencia con base en el modelo regulatorio por AAI expuesto en el capítulo II.

### **8.1. Competencias de las superintendencias financieras**

Se hará aquí un breve esbozo de las tres funciones o competencias que generalmente se le encomiendan a las Autoridades Administrativas Independientes (AAI). La siguiente clasificación abarca algunas otras “subclasificaciones” que podrían considerarse de forma independiente en otros trabajos, la primera, abarca las competencias normativas, “reglamentarias” o cuasi legislativas de las AAI; la segunda, las “competencias ejecutivas y supervisoras” y la tercera, las competencias de resolución de conflictos, arbitral o cuasi judiciales. Un resumen gráfico de lo anterior puede verse a continuación:



Elaboración propia.

La anterior clasificación se ha hecho para los efectos del presente trabajo, por lo que no se corresponde a ninguna previa, sino que es comprensiva de diversas posiciones, en todo caso, se hace a continuación la debida mención de los principales autores que han tratado el tema de las competencias de las AAI y sus contribuciones. Dentro de ellas, una clasificación bastante útil es la realizada por el autor José María ABAD LICERAS, quien hace la diferencia en dos tipos de funciones, la primera, llamada funciones “comunes o generales”, entre las que ubica la siguientes: función normativa, funciones de autorización, funciones de inspección e intervención, funciones consultivas y de asesoramiento, funciones ejecutivas y sancionatorias, y funciones arbitrales<sup>1243</sup> y la segunda, como funciones “singulares o especiales”, las cuales “*son aquellas que incluyen atribuciones específicas, concretas e individualizadas respecto a*

<sup>1243</sup> Véase: José María Abad-Liceras. “*El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español,*” en *La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico-práctica.* (España: Dykinson, 2009), 81-98.

*un determinado organismo regulador y supervisor independientes*<sup>1244</sup> y debido a su extenso número no puede ser detalladas en un trabajo general; no obstante, pone un ejemplo para el caso español, que es la función de “urbanismo e instalaciones nucleares” que lleva a cabo el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), esto incide en la planificación y ordenación territorial de ese país, ya que el CSN tiene la competencia para proponer al Gobierno, las reglamentaciones para uso del suelo (aplicables a nivel nacional), lo anterior en razón de garantizar la mayor seguridad nuclear y radiológica para la ciudadanía.<sup>1245</sup>

Por su lado, de manera más sintética Ramón PARADA dice que las agencias independientes (estadounidenses) desempeñan, por lo general, tres competencias o actividades, a saber, la actividad normativa, la ejecutiva y la cuasi judicial. La primera “se desarrolla dentro de los principios generales fijados por el Congreso y se justifica, de ordinario, el carácter eminentemente técnico de las materias reguladas”.<sup>1246</sup> La segunda actividad “se manifiesta en la gestión de los poderes de intervención, como son las concesiones de licencias y autorizaciones (...)”<sup>1247</sup> y la tercera, la actividad cuasi judicial, es “algo similar a la actividad arbitral y sancionadora en la Administración española, lleva consigo resolver las controversias entre los particulares que por uno u otro motivo entran en conflicto (por ejemplos, en cuanto pretenden las mismas ventajas, licencias, etc.), así como la imposición de sanciones”.<sup>1248</sup> La anterior clasificación es similar a la que se propone, pero con algunas salvedades, por ejemplo, la actividad sancionatoria se ha clasificado dentro de las “competencias ejecutivas y supervisoras”.

Para el autor Gabriel FERNÁNDEZ ROJAS, las funciones de las agencias independientes (estadounidenses) abarcaban desde el diseño y ejecución de complejas políticas o técnicas regulatorias hasta la función de resolver conflictos técnicos y jurídicos,<sup>1249</sup> las cuales las instancias judiciales no estaban habituadas a conocer, eso sí, nunca en

---

<sup>1244</sup> José María Abad-Liceras. *El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores... op. cit.* pág. 98.

<sup>1245</sup> Véase: José María Abad-Liceras. *El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores... op. cit.* pág. 98-101.

<sup>1246</sup> Ramón Parada. *Derecho Administrativo I.* 24° ed. (España: Open, 2014), 346.

<sup>1247</sup> Ramón Parada. *Derecho Administrativo I. op. cit.* pág. 346.

<sup>1248</sup> *Ibid.*

<sup>1249</sup> Fernández-Rojas, Gabriel. *La administración por agencias...* Pág. 182-183.

detrimento de sus competencias constitucionales de conocerlos posteriormente y resolver en sentencia. En el caso francés, siguiendo al mismo autor, las AAI desempeñan múltiples<sup>1250</sup> funciones o competencias, que clasifica en tres, a saber, las competencias *reguladoras*, competencias *supervisoras* y competencias *complementarias* de resolución de conflictos, investigación y asesoramiento. De la anterior propuesta, es de gran importancia para los efectos de la presente investigación que dentro de las funciones “supervisoras”, ubica la competencia para autorizar el ejercicio profesional de una actividad, la vigilancia de la misma y en caso de incumplimiento la competencia sancionatoria.<sup>1251</sup>

### 8.1.1. Competencias normativas o reglamentarias

La primera de las competencias que se han denominado en el presente trabajo como normativas y “reglamentarias” corresponde con la regulación económica en un sentido general, que como se explicó en su momento, atiende fundamentalmente a la producción de normas, por un lado, esta es solo una de las competencias de las AAI y por otro lado, no abarca el concepto de regulación económica que se ha venido afinando a lo largo del presente trabajo de investigación. Se debe tener presente que en Costa Rica, las superintendencias no tienen dentro de sus competencias, la emisión de actos normativos de alcance general, sino que desarrollan una labor consultiva, porque elaboran los proyectos de reglamentación que serán eventualmente aprobados por el CONASSIF, lo anterior no evitará que se analice lo que la doctrina ha señalado en relación con las AAI como entes reguladores, aplicable en todo caso a los “acuerdos” del CONASSIF.

Se debe partir de la premisa que regulación es algo más que reglamentación, por lo que se da por sentado que a este punto se tiene presente dicha cuestión, incluso se ha insistido que la regulación es más que Derecho, “*la regulación no es un instrumento jurídico, sino que se vale de herramientas de esta disciplina para su desarrollo (...)*”<sup>1252</sup>, al conjunto de esas

---

<sup>1250</sup> “En el ejercicio de sus facultades, las autoridades administrativas independientes suelen disponer de una amplia gama de competencias desde las reguladoras y supervisoras, hasta las de resolución de conflictos y elaboración de informes y dictámenes (...)” Gabriel Fernández-Rojas. Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia... op. cit. pág. 355.

<sup>1251</sup> Véase: Gabriel Fernández-Rojas. Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia... op. cit. 357-359.

<sup>1252</sup> Enrique Gil-Botero. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 3. (segundo semestre, 2009): 8. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2570> [11-10-2020]

herramientas jurídicas se le llama Derecho de la regulación o Derecho regulatorio sin que ello implique dejar de lado al Derecho administrativo. En este sentido se coincide plenamente con las siguientes palabras de Enrique GIL BOTERO:

En mi opinión, preguntarse si son lo mismo la regulación y la reglamentación es como cuestionarse si es lo mismo un soneto que una técnica impresionista en la pintura; una cosa es una de las posibles manifestaciones de la poesía clásica, es decir un instrumento mediante el cual ella se manifiesta, y otra cosa, muy distinta, una técnica específica de otro arte (la pintura). Una cosa es uno de los posibles instrumentos normativos (reglamento) y otra cosa, muy diferente, una técnica precisa de política económica. Los reglamentos, con independencia de la concepción doctrinaria que se tenga de ellos, son instrumentos normativos de carácter infra legal. La regulación, por su parte, es una técnica de intervención del Estado en la economía, que comenzó a implementarse en los Estados Unidos desde fines del siglo XIX, con la intención de evitar distorsiones de algunos mercados específicos en los que se observaba la formación de monopolios y, en general, restricciones a la libre competencia. Por estas razones, que no necesitan de mayores profundizaciones ni de concienzudos estudios científicos, sino que, por el contrario, son susceptibles de verificarse de manera elemental e histórica, resulta absurda, en mi opinión, la sola proposición de la inquietud de si regulación es lo mismo que la reglamentación; la respuesta lógica y obvia de ello es que no, que se trata de dos “instituciones” por completo distintas.<sup>1253</sup>

No obstante, lo anterior es una cuestión aún inacabada, en especial, en relación con la llamada competencia reglamentaria de los entes reguladores, así un sector nada desdeñable de la doctrina iusadministrativa se ha ocupado por definir su naturaleza jurídica y ordenarlo dentro del esquema jerárquico de fuentes, es habitual encontrar la controversia entre el poder reglamentario del Poder Ejecutivo y el de dichos entes reguladores, además, alrededor de la diferencia entre los decretos ejecutivos, el reglamento y este último en relación con los demás actos administrativos, diferencia que se apuntará buscando los efectos más pragmáticos.

Dicho lo anterior, se puede evitar entrar en grandes discusiones teóricas; sin embargo, en razón de que la presente investigación supone ser un estudio serio y completo acerca del

---

<sup>1253</sup> Enrique Gil-Botero. *La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación...* op. cit. pág. 9-10.

tema de las AAI como modelo regulatorio, no se puede dejar de mencionar la competencia normativa de estas últimas como característica *sine qua non*. No se pretende ni por asomo realizar un análisis general de la competencia normativa de los entes reguladores, en especial, sobre la naturaleza de los “reglamentos” que emanan, cuyo análisis rebasaría el objeto del presente trabajo, así que para un estudio pormenorizado se remite a los trabajos especializados que son bastantes en la doctrina extranjera<sup>1254</sup>, baste con mencionar que existe cierto consenso en que esta competencia normativa es propia de las AAI, solamente se pretende hacer un pequeño acercamiento al tema.

En los Estados Unidos de América, el poder “reglamentario” (infra legal y distinto a los actos emanados del Congreso y del presidente) se conoce, siguiendo a Alberto B. BIANCHI<sup>1255</sup>, como “*rulemaking*” (que hace alusión más que a la naturaleza jurídica de la norma al procedimiento) que puede ser “formal” o “informal” y una tercera posibilidad llamada “*negotiated rulemaking*”<sup>1256</sup>, en estos procedimientos tiene espacio un periodo indispensable de **consulta pública**, explicando lo anterior, el citado autor dice que “(...) *el origen norteamericano de nuestros nuevos entes reguladores ha llevado a incorporar a su procedimiento la llamada audiencia pública como elemento de protección de los derechos de los usuarios y demás administrados, existiendo un debate doctrinario acerca del rango constitucional que posee la exigencia de llamar a audiencia como requisito del debido proceso*”.<sup>1257</sup>

Lo anterior en el Derecho continental (al menos en el latinoamericano) es una novedad y ha generado cambios<sup>1258</sup>, ya que en muchos ordenamientos ni siquiera se menciona la

---

<sup>1254</sup> Por ejemplo, véase: Édgar González-López. La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017.; Pablo García-Manzano Jiménez de Andrade. Tesis doctoral. “La potestad normativa de las administraciones independientes” España: Universidad Complutense de Madrid, 2015.

<sup>1255</sup> Véase: Alberto B. Bianchi. “La potestad reglamentaria de los entes reguladores (Argentina)”. *Revista de Derecho Administrativo económico*. N.º 16. (enero-junio, 2006): 87-90. Disponible en: <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4848> [08-10-2020]

<sup>1256</sup> “*El “Reg-Neg como se le denomina informalmente, constituye un intento por eliminar la impugnación judicial de los reglamentos y consiste en que la agencia administrativa ante un planteo de los afectados por la norma una vez que el texto ha sido publicado, acuerdan con éstos el texto final. Este procedimiento ha recibido aprobación judicial y legislativa*”. Alberto B. Bianchi. *La potestad reglamentaria de los entes reguladores... op. cit.* pág. 90.

<sup>1257</sup> Alberto B. Bianchi. *La potestad reglamentaria de los entes reguladores... op. cit.* pág. 90.

<sup>1258</sup> Véase: William Iván Gallo-Aponte y Diego Enrique Pinilla-Rodríguez. “Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. un análisis comparado (Brasil)”. *Revista Direito Público* 17, N.º 93 (julio, 2020): 232. Disponible en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4073> [08-10-2020]



audiencia pública en los textos legales, menos como exigencia del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, en el contexto de la regulación económica y la potestad normativa de las AAI, además, se ha entendido por algún sector de la doctrina que la audiencia previa no es una exigencia constitucional,<sup>1259</sup> al menos en “*supuestos donde la norma de carácter legal o reglamentario no lo disponga con carácter expreso o razonablemente implícito*”<sup>1260</sup>, relegando el mandato constitucional a un Estado *participativo* al ejercicio del voto cada cierto tiempo, aspecto que como se ha señalado se supera bajo los principios ideológicos y los principios instrumentales de la regulación económica.<sup>1261</sup> En Costa Rica sobre el tema de la publicidad de las normas y la posibilidad de publicación previa el Tribunal Contencioso Administrativo se ha referido en los siguientes términos:

Nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 121, señala que los actos de alcance general se llamarán decretos y cuando éstos tengan un alcance normativo se denominarán reglamentos. Con respecto a la eficacia de los actos administrativos, el artículo 140 del indicado cuerpo normativo establece que éstos sólo producirán efectos en perjuicio del administrado, después de su comunicación, siendo así que para ser impugnables en sede administrativa o jurisdiccional, el acto deberá ser eficaz. Por su parte, el artículo 240 del mismo cuerpo normativo dispone que los actos de alcance general se comunicarán mediante publicación, lo cual debe complementarse con la norma del artículo 361 de dicha Ley, en tanto **prevé la posibilidad de comunicación previa en el proceso de elaboración de las normas de alcance general**. Todo lo anterior, a fin de dar seguridad a todos los sujetos que potencialmente podrían ser afectados por sus alcances. La publicación como mecanismo legal para asegurar su comunicación y por ende su eficacia, parte del principio de publicidad que da origen al artículo 129 de la Constitución Política”<sup>1262</sup> (negrita no es del original)

---

<sup>1259</sup> Véase: Alberto B. Bianchi. *La potestad reglamentaria de los entes reguladores... op. cit.* pág. 90-91.

<sup>1260</sup> Óscar R. Aguilar-Valdez. “El acto administrativo regulatorio (Estaña)”. *Documentación administrativa*, N.º 267-268. (septiembre 2003 -abril 2004): 299. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5622> [10-10-2020]

<sup>1261</sup> Entre estos últimos, el principio de coordinación y el principio de progresividad. Véase: Bernardo Carvajal-Sánchez. “¿Cómo asegurar calidad regulatoria? (Colombia)” *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 9 (junio, 2013): 51-53. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3494> [08-10-2020]

<sup>1262</sup> Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, en la Resolución N.º 00061-2011 del 9 de marzo de 2011. Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-507425> [10-10-2020]

De tal forma, se debe mencionar para el caso costarricense, que el tema de la “información pública” sí se contempla en la LGAP, en el artículo 361 inciso 3 que versa para lo que interesa de la siguiente manera, “*Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale*”; no obstante, se debe señalar que el BCCR y el CONASSIF como administraciones reguladoras del sistema financiero hacen una interpretación extensiva de dicho artículo para poner en consulta pública todos sus proyectos normativos, en primer lugar, porque el artículo 361 inciso 3 LGAP está redactado para que sea una acción facultativa (no obligatoria), en segundo lugar, está dirigido al Poder Ejecutivo o a un ministerio, naturaleza jurídica que no corresponde al BCCR ni al CONASSIF. Por lo anterior, algunos autores han señalado la necesidad de un procedimiento especial para la elaboración de disposiciones de alcance general (actos, acuerdos, reglamentos, etc.) en el ámbito de la regulación económica.

En el sistema estadounidense de agencias independientes, una crítica habitual contra estas es que tienen, en mayor o menor medida, amplios poderes normativos que rozan con la competencia constitucional del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes (lo cual ocurre de igual forma en las agencias federales, pero como estas están sometidas a la influencia directa del Presidente, en ese caso no presentan mayor problema), en este sentido María SALVADOR señala que “*La competencia normativa de las agencias se puede asimilar a la que nosotros llamamos potestad reglamentaria, puesto que consiste en la producción de normas jurídicas de carácter general (rules) que, salvo alguna precisión, se podrían equiparar con los reglamentos*”<sup>1263</sup>

Aquella discusión se ha traído al Derecho continental y puso el énfasis en la naturaleza jurídica de los reglamentos de los entes reguladores o dicho de forma más general, en la competencia para proferir *actos* normativos de alcance general que puede llamarse reglamentos, circulares, acuerdos, instrucciones, resoluciones o directivas. El nombre que se le dé al acto normativo, en realidad no tiene mucha importancia. Lo que sí importa es que “*se ha cuestionado si estas Circulares especiales y específicas en cuanto a la Administración que*

---

<sup>1263</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005): 111-112.

*las dicta y al alcance que ha de atribuirse las, pueden tener la consideración de norma jurídica objetiva y externa*<sup>1264</sup>, es decir, si se trata de normas con carácter vinculante.

La potestad normativa de las administraciones independientes se encuentra mucho más acentuada y reconocida en los sectores económicos, por ejemplo, en los bancos centrales o las comisiones de valores.<sup>1265</sup> Como ya se adelantó, una parte importante de la regulación económica es la actividad normativa (pero no la única), en la cual se configura una relación de sujeción especial, con ello hace válido prácticamente cualquier acto u orden emitidos para el *sector regulado*. El anterior es el primer argumento para la potestad normativa de las AAI, el más sencillo. El segundo argumento es mucho más complejo, ya que se vale de la teoría de la delegación legislativa<sup>1266</sup> (propia del Estado regulador y supervisor) y del poder habilitador de la ley formal para que dichos entes tengan la suficiente competencia para reglamentar una actividad económica sectorial (válida en ausencia de sujeción especial).

Existe también una estrecha relación entre discrecionalidad y la potestad “reglamentaria”, marcada en los sectores económicos, en este sentido, Juli PONCE SOLÉ dice que se debería hablar de una “escala de discrecionalidad”, distinguiendo la discrecionalidad con base en sus “grados” o “matices” y hace una diferencia en dicha escala en relación con la discrecionalidad normativa y la discrecionalidad de los actos administrativos<sup>1267</sup>; no obstante, en legislaciones como la costarricense en la que el reglamento es equiparable al acto administrativo, tal distinción pierde relevancia. A continuación y siguiendo al citado autor, se distingue la discrecionalidad según i. el sujeto, ii. en razón de la intensidad en la relación ley-

---

<sup>1264</sup> José María Abad-Liceras. “*El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español,*” en *La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico-práctica*. (España: Dykinson, 2009), 82.

<sup>1265</sup> “*Las administraciones independientes, en el sentido más restringido de entes administrativos dotados de personalidad jurídica, autonomía funcional y potestad reglamentaria, son infrecuentes fuera del ámbito del Derecho administrativo económico*”. Gerardo García-Álvarez. “Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 171. (septiembre-diciembre, 2006): 140.

<sup>1266</sup> Para el caso de los Estados Unidos la discusión giró en torno a la delegation doctrine vs. nondelegation doctrine, no obstante: “*La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, que también ha venido alternando estas dos interpretaciones, así como la doctrina científica, admiten hoy la Subdelegación de competencias normativas en otros órganos distintos del Congreso, ya que entienden que las complejas y variadas necesidades normativas de las sociedades modernas superan la capacidad del Parlamento*”. María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005), 111.

<sup>1267</sup> Juli Ponce-Solé. “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 162. (septiembre-diciembre, 2003): 104.

reglamento, iii. según el aspecto temporal y iv. en función del contenido de la reglamentación.<sup>1268</sup>

La discrecionalidad reglamentaria *según el sujeto que la ejerce*, se puede dividir en la ejercida por los Gobiernos (a nivel local, autonómico -para el caso español- y a nivel estatal)<sup>1269</sup>, la ejercida por los ministros<sup>1270</sup> y la ejercida por las Autoridades independientes. Interesa por obvias razones, detenerse en estos últimos sujetos. Dentro de las razones para la creación de las AAI está la intención de ser neutrales y adquirir un alto grado de conocimiento en el sector que les atañe, además de estar dotadas de mecanismos que eviten su captura. Así el citado autor señala que para un adecuado ejercicio de los poderes normativos o reglamentarios de las AAI, lo siguiente:

(...) la inevitable existencia de discrecionalidad ha de exigir el reforzamiento de los aspectos procedimentales y la motivación, pues la legitimación de su actividad no podrá anclarse únicamente en su estructura organizativa y su *expertise*, sino también en un ejercicio razonable y razonado de su poder normativo, durante el que los intereses sociales (no sólo de los regulados sino de otros, como consumidores, etc.) tengan la oportunidad de hacerse escuchar y de ser tomados en cuenta.<sup>1271</sup>

En la actualidad, por lo general, no existe un procedimiento especial para la elaboración de normas de alcance general aplicado a las AAI, por lo que se siguen, los procedimientos genéricos. Lo anterior se aborda casi siempre en los trabajos sobre la mejora regulatoria ("*better regulation*") y simplificación administrativa, según lo anteriormente expuesto, baste recordar que la mejora regulatoria se fomenta por organismos internacionales como la OCDE, incluye las mejores prácticas a nivel internacional, como el análisis costo-beneficio (ex ante) y evaluación del impacto regulatorio (ex post)<sup>1272</sup>, entre otras, para que la producción normativa

---

<sup>1268</sup> Juli Ponce-Solé. *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... op. cit.* pág. 105-117.

<sup>1269</sup> Véase: Juli Ponce-Solé. *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... op. cit.* pág. 105-106. Sobre este aspecto es importante mencionar que la potestad reglamentaria se vincula con la función político-constitucional de dirección política atribuida a los Gobiernos nacionales, también llamada como la responsabilidad presidencial sobre el buen funcionamiento de los departamentos administrativos.

<sup>1270</sup> Véase: Juli Ponce-Solé. *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... op. cit.* pág. 107-108.

<sup>1271</sup> Juli Ponce-Solé. *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... op. cit.* pág. 109.

<sup>1272</sup> Véase: Antonio Eduardo Embid-Tello. "Calidad normativa y evaluación ex-post de las normas jurídicas (España)". *Revista general de derecho administrativo*, N.º 50. (2019): Versión en línea sin numerar. Disponible en: [https://iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=421184&texto=](https://iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421184&texto=) [08-10-2020]

sea lo mayormente eficiente (simple, barata, rápida, viable, etc.)<sup>1273</sup> y eficaz. También se pone el énfasis en el procedimiento, así, algún autor habla de un “procedimiento administrativo regulador”, el cual debe ser transparente y facilitar una participación activa de los interesados<sup>1274</sup>, entre otras características.

En el sentido anterior se señala con acierto que los trabajos doctrinarios en la actualidad se centran en determinar “(...) *si el órgano regulador es idóneo para hacer la tarea desde el punto de vista de su composición estructura y funciones, a la luz de los criterios de autonomía, independencia y conocimiento técnico especializado*”<sup>1275</sup>, línea en la que se enmarca el presente trabajo; no obstante, se reconoce la necesidad de futuras investigaciones con un enfoque material o sustancial (orientado a la *calidad normativa*).

Así el autor Óscar R. AGUILAR VALDEZ ha propuesto la teoría del “acto administrativo regulatorio”<sup>1276</sup>, se debe señalar en relación con esta propuesta, que el concepto de acto administrativo es extraño al Derecho norteamericano, por ello, el Derecho regulatorio que se deriva de aquel sistema debe traer al “bagaje técnico-jurídico existente”<sup>1277</sup> determinados conceptos, entre ellos, el acto administrativo, ahora bien, este incluiría entre su estructura, los elementos tradicionales (subjetivos, objetivos y formales)<sup>1278</sup> y producto de la relación triangular de la regulación supondría que “(...) *en la emisión del pertinente acto, se sopesen y analicen los efectos que dicha decisión tendrá en tales sectores. De allí que el acto administrativo regulatorio sea el fruto de una suerte de transacción entre la Administración y los sectores involucrados y no la consecuencia de una imposición unilateral del regulador*”.<sup>1279</sup>

---

<sup>1273</sup> Véase: Eduardo Gamero-Casado. (coord). Simplificación del Procedimiento Administrativo y Mejora de la Regulación. España: Tirant lo Blanch, 2014.

<sup>1274</sup> Juan José Montero-Pascual. “La actividad administrativa de regulación: definición de régimen jurídico (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 12 (segundo semestre, 2014): 38. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3993> [10-10-2020]

<sup>1275</sup> Bernardo Carvajal-Sánchez. “¿Cómo asegurar calidad regulatoria? (Colombia)” *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 9 (junio, 2013): 42. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3494> [08-10-2020]

<sup>1276</sup> Según Óscar R. Aguilar-Valdez el acto administrativo regulatorio, en el contexto del Estado regulador, hace referencia a “*aquellos actos administrativos dictados por las autoridades de regulación y en donde resaltan del nuevo modelo de intervención pública*”. “El acto administrativo regulatorio (España)”. *Documentación administrativa*, N.º 267-268. (septiembre 2003-abril 2004): 290. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5622> [10-10-2020]

<sup>1277</sup> Óscar R. Aguilar-Valdez. *El acto administrativo regulatorio... op. cit.* pág. 290.

<sup>1278</sup> Véase: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de derecho administrativo. 11º ed. (España: Civitas, 2001): 549-566.

<sup>1279</sup> Óscar R. Aguilar-Valdez. *El acto administrativo regulatorio... op. cit.* pág. 298.

Lo anterior introduce elementos del análisis económico del Derecho<sup>1280</sup>, dentro de la teoría del acto administrativo. Se puede señalar para concluir esta idea que añadir de manera obligatoria la publicidad de los proyectos de reglamentación y la audiencia pública puede ayudar también a disminuir el litigio regulatorio y lo que algún sector de la doctrina ha denominado *riesgo regulatorio*.<sup>1281</sup>

Siguiendo con la propuesta de PONCE SOLÉ, tenemos la discrecionalidad en razón a la *relación o intensidad entre Ley y reglamento*<sup>1282</sup>, distingue entre los denominados reglamentos ejecutivos y los reglamentos independientes<sup>1283</sup>, sin ánimo de desarrollar estos tipos de reglamentos, se puede decir que los reglamentos ejecutivos son conocidos también como “secundum legem”, ya que se hacen en virtud una ley previa para esclarecer lo oscuro, impreciso o complementarla, pero sin innovar su contenido, con el objeto de que la ley pueda ser ejecutada. Mientras los reglamentos independientes son conocidos también como reglamentos “praeter legem” y se hacen en ausencia de ley previa, pero que su contenido deriva en todo caso de un mandato constitucional, en este caso el legislador no ha podido o no ha querido pronunciarse o deliberadamente (por su complejidad o controversia) ha decidido no legislar en determinada materia. Para el autor Hugo MARÍN HERNÁNDEZ:

Lo verdaderamente relevante en la noción de reglamento, por tanto, es que éste supone siempre la existencia de la regulación previa de una materia por parte de una norma jurídica de superior jerarquía -Constitucional, ley, reglamento administrativo, etcétera-, la cual precisa de un desarrollo más exhaustivo con carácter general, impersonal y abstracto, independientemente de la posición que dentro de la jerarquía normativa haya de ocupar el conjunto dispositivo reglamentario correspondiente. Así las cosas, también la ley lleva a cabo la función de *reglamentar* -la Constitución Política-; no obstante, lo

---

<sup>1280</sup> Véase: Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.; Robert D. Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.; Alfredo Bullard González. *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Perú: Palestra, 2006.; Gabriel Doménech-Pascual. “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 195. (septiembre-diciembre, 2014): 99-133.

<sup>1281</sup> Véase: Santiago Muñoz-Machado. “Regulación y confianza legítima (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 200. (mayo-agosto, 2016): 141-172.; Santiago Rodríguez-Bajón. “El concepto de riesgo regulatorio: su origen jurisprudencial (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 188. (mayo-agosto, 2012): 189-205. Gaspar Ariño-Ortiz y Juan Miguel de la Cuétara. “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos (España)”. *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9 (enero-abril, 2000): 9-26.

<sup>1282</sup> Véase: Juli Ponce-Solé. *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... op. cit. pág. 110.*

<sup>1283</sup> El concepto y la diferencia entre los reglamentos ejecutivos y los reglamentos independientes, además de los denominados jurisprudencialmente reglamentos “delegados”, serán analizados en relación al sistema jurídico costarricense en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

cual, teniendo en cuenta que el producto normativo del Parlamento recibe la específica denominación de norma legal, la voz reglamento se entiende referida, usualmente, a las normas generales, impersonales y abstractas, con vocación de permanencia en el tiempo, emanadas de órganos distintos del Congreso.<sup>1284</sup>

Según lo anterior, reglamentar es una actividad de producción normativa y poco importa el órgano constitucional o administración del que emane, siempre y cuando reúna las características señaladas. En la discrecionalidad reglamentaria *según el aspecto temporal* se distinguen dos momentos, primero, en ausencia de mandato legal al decidir si ejercer la propia potestad reglamentaria o no<sup>1285</sup>; segundo, tomada la decisión de reglamentar, decidir el contenido del reglamento.<sup>1286</sup> En función de la “naturaleza” o contenido del reglamento se dice, por ejemplo, que *“no es lo mismo un reglamento proveniente del Gobierno con fuertes contenidos de política pública que otro reglamento dirigido a regular un específico sector en función de parámetros esencialmente técnicos. El ámbito discrecional en el primero probablemente será más amplio y la naturaleza de la discrecionalidad ejercida, sin duda, distinta”*.<sup>1287</sup> Este último elemento recuerda la diferencia entre regulación social y regulación económica, en el primer caso, el contenido de los reglamentos será, por lo general, políticas públicas mientras que a la regulación económica le está vedado hacer política.

La potestad reglamentaria de las AAI como competencia o *atribución delegada* presenta dos grandes problemas conceptuales, primero, se señala que el Poder Legislativo no puede o no debería delegar su poder de hacer las leyes, por esta razón cuando se acepta la

---

<sup>1284</sup> Hugo Alberto Marín-Hernández. “Norma regulatoria: ¿mito o realidad? (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 3. (segundo semestre, 2009): 35.

<sup>1285</sup> Acá el citado autor hace tres precisiones. Primero, cuando la Ley no dice nada, en estos casos el titular decide si ejercer la potestad (genérica) o no, en caso de que la Ley indique que la administración deberá hacerlo se trataría más bien de una omisión. Segundo, cuando se manda la elaboración de reglamentos puede haber discrecionalidad en cuanto el momento (el cuándo) ejercer la potestad reglamentaria. Tercero, no hay discrecionalidad ya que la Ley manda elaborar determinados reglamentos y además establece un plazo. Véase: Juli Ponce-Solé. “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 162. (Septiembre-diciembre, 2003): 111-113.

<sup>1286</sup> “Una vez decidido el ejercicio de la potestad reglamentaria y desplegada ésta, el siguiente momento discrecional se configura alrededor de tal ejercicio y del propio contenido de la regulación”. Juli Ponce-Solé. “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 162. (septiembre-diciembre, 2003): 113. Los anterior se vincula con el alcance de la potestad reglamentaria tema que ha sido tratado en otro apartado.

<sup>1287</sup> Juli Ponce-Solé. *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... op. cit.* pág. 116.

incapacidad del Congreso para normar determinados sectores, se suele llamar a la actividad normativa de los entes reguladores cuasi legislativa; segundo, se cuestiona la posibilidad jurídica de que existan entes distintos al Poder Ejecutivo (presidente más el ministro del ramo) con competencia para reglamentar las leyes, a saber los entes reguladores.

La señalada dificultad sobre la competencia de los entes reguladores para la reglamentación de las leyes, se da porque es en principio una competencia constitucional exclusiva del Poder Ejecutivo, por ello, una parte de la doctrina sostuvo que las AAI eran en este aspecto, entre otros, inconstitucionales. La potestad normativa de los entes reguladores estará en todo caso por debajo de los decretos reglamentarios o reglamentos ejecutivos que se promulguen al efecto. En Costa Rica, el anterior precepto se deriva de la Constitución Política, a saber, del artículo 140 inciso 3) que dispone que corresponde al Poder Ejecutivo (Presidente más el ministro del ramo) “(...) sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento” y el inciso 18) del mismo artículo, el cual dispone que el Ejecutivo tiene que “(...) darse el Reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos, y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes”, aspecto que no se puede pasar por alto, lo cual siguiendo el esquema tradicional de jerarquía de las normas, vaciará de contenido y alcance la competencia normativa de las AAI, por ello se ha encontrado una solución en el Derecho regulatorio.

Ampliando la anterior visión, se puede traer a colación lo que es una teoría que se puede denominar, para los efectos del presente trabajo, como la “doble habilitación” o “habilitación concurrente”<sup>1288</sup> (Ley-Reglamento de rango superior), en primer lugar, la habilitación legal es aquella que dota a una AAI de regular determinado sector de la economía y el otro tipo de habilitación, de carácter infra legal, pero de “superior jerarquía” que la competencia atribuida a las AAI en cuanto emisión de normas se refiere, es precisamente la que se da con las agendas regulatorias. Estas últimas también habilitarán a las AAI para emitir normas, aquellas tendrían la naturaleza o forma de reglamento (reglamentando la ley de creación de la AAI) o decreto ejecutivo.

---

<sup>1288</sup> Véase: Gerardo García-Álvarez. “Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 171. (septiembre-diciembre, 2006): 165.



La anterior visión es señalada a propósito de las dudas de constitucionalidad de la potestad reglamentaria de las AAI que surgieron, según Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, “(...) en la mayoría de los casos, en relación con unas normativas que establecen no sólo una clara subordinación de las normas reglamentarias emanadas de las Administraciones independientes respecto a las aprobadas por el Gobierno, superiores en la jerarquía normativa, sino que estas entidades precisarán de habilitaciones expresas y específicas, contenidas en las normas reglamentarias de rango superior”.<sup>1289</sup> Hay autores que rechazan lo anterior y basan la competencia normativa de las AAI únicamente en virtud de la ley<sup>1290</sup>, porque la “doble habilitación” no da a los entes reguladores un ámbito de competencia exclusivo, sino subsidiario y solapado al reglamento ejecutivo, esto presenta varios inconvenientes, como se ha dicho, la regulación es dinámica y compleja, en este sentido se dice que “(...) en muchos casos se trata de normas técnicas muy precisas, que es necesario revisar frecuentemente porque van dirigidas a una realidad cambiante que se transforma a gran velocidad y no siempre en la dirección esperada”.<sup>1291</sup> Así una posición intermedia que atiende a la atribución legal de competencia es la de ABAD LICERAS quien dice que:

La actividad de regulación u ordenación, en cuanto creación normativa, es una función originaria e inherente a poderes públicos ajenos a la Administración independiente. No obstante, esta última está legitimada para dictar sus propias normas de autoorganización, así como aquellas otras para las que esté expresamente habilitada por una norma legal o reglamentaria (generalmente, las que las han creado, aunque esa capacidad normativa suele ser muy limitada). Además, la ordenación en un determinado sector no se limita a una mera actividad normativa, sino que también alcanza a las actuaciones discrecionales que pueden ejercitar las Entidades que integran la Administración independiente, con los efectos conformadores singulares o

---

<sup>1289</sup> Gerardo García-Álvarez. *Los poderes normativos de las administraciones independientes...* op. cit. pág. 144.

<sup>1290</sup> “En esta lógica, si el legislador crea a las administraciones públicas y sus funciones, ¿por qué dentro de éstas no podría atribuir la función de producir normas de contenido general (actos administrativos)? Como se observa, el principal problema radica, entonces, en confundir decretos reglamentarios con reglamentos; estos últimos son un género, dentro del que caben los primeros así como otras manifestaciones normativas de contenido general proferidas por las administraciones públicas, en virtud de la atribución directa de funciones por parte de la ley o de la delegación de funciones de otras instancias administrativas, siempre que se cuente con la autorización de la ley...”. Enrique Gil-Botero. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 3. (segundo semestre, 2009): 13.

<sup>1291</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 112.

generales en los distintos actos que dicten en el ejercicio de las funciones que tienen legalmente atribuidas.<sup>1292</sup>

Volviendo al tema de la competencia en exclusiva de las AAI como entes reguladores, en razón de una ley que así la establece, este es un argumento seguido por varios autores, entre ellos resalta Édgar GONZÁLEZ LÓPEZ<sup>1293</sup> y Tomás de la QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ, este último autor en contra de la subsidiariedad o solapamiento de normas emitidas por las AAI en relación con el reglamento ejecutivo señala que “(...) *el principio de jerarquía no puede justificarlo, pues no estamos en un supuesto en que quepa ampararse en el principio de jerarquía de las normas, sino en el principio de competencia: hay materias que están reservadas a las AAI y solo a ellas les corresponde dictar las reglas conforme a las cuales ha de ajustarse el sector concreto que regulan*”,<sup>1294</sup> además, marca en relación con la idea que una delegación voluntaria de potestades reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo para ejercer una especie de *política regulatoria* que esta no es posible precisamente porque las AAI tienen prohibido hacer cualquier tipo de política<sup>1295</sup>, afirmar lo contrario sería desconocer totalmente la historia y la razón de ser de las AAI.

En el presente trabajo se considera que negar las potestades reglamentarias dadas al Poder Ejecutivo en la Constitución Política sería improcedente, por lo que se prefiere la teoría de la “doble habilitación” con dos matizaciones de importancia. La primera matización que va de la mano con la siguiente, es reconocer un cierto ámbito de competencia propio de la regulación económica y el otro propio dentro del ámbito de la política económica y política monetaria, en este último aspecto no puede existir ninguna limitación a la competencia del Poder Ejecutivo, más allá de las competencias propias del BCCR (política monetaria y cambiaria), en este punto es necesario recordar que la regulación económica se dirige a

---

<sup>1292</sup> José María Abad-Liceras. *El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores... op. cit.* pág. 69.

<sup>1293</sup> Véase: Édgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes.* Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017.

<sup>1294</sup> Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. En prólogo a *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes.* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017), 25. PP. 21-26.

<sup>1295</sup> “*Lo mismo puede decirse de la opinión que expresa con toda claridad de que la potestad reglamentaria que pueden ejercer las AAI no puede justificarse en la delegación de competencias presidenciales para la formulación de políticas generales, dado que precisamente la lógica de estas autoridades radica en no formular políticas*”. Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. en prólogo a *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes.* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017), 25. PP. 21-26.

modificar las condiciones de mercado dañinas o *fallas del mercado*, además, dentro del sector financiero, los múltiples riesgos asociados con base en la neutralidad, la técnica y la discrecionalidad.

El segundo aspecto consiste en reconocer la diferencia entre los actos normativos del Poder Ejecutivo y los actos normativos de las AAI como entes reguladores, tienen en efecto una naturaleza jurídica distinta, no se trata de una cuestión de jerarquía o de competencia exclusiva, coincidimos con Enrique GIL-BOTERO en que “(...) *el decreto reglamentario es una especie del género de los reglamentos que sólo puede ser proferido por el presidente de la República. Existen, entonces, otros reglamentos, que pueden ser proferidos por distintas autoridades administrativas, siempre que éstas cuenten con una habilitación expresa y directa de la ley, o indirecta en el caso de la delegación*”,<sup>1296</sup> es por ello que mediante el decreto reglamentario, el Poder Ejecutivo puede reglamentar una Ley, por otro lado, “(...) *las normas regulatorias de contenido general, en algunos escenarios del derecho comparado, son proferidas por autoridades independientes o autónomas, es decir no pertenecientes a ninguna de las tres ramas del poder público tradicionales*”.<sup>1297</sup>

En el Derecho regulatorio de la mano de la mejora regulatoria han convivido las *agendas regulatorias*<sup>1298</sup> como una especie de planificación donde se traza en líneas generales (vía decreto reglamento ejecutivo por lo general) que debe tomar la política económica del país que influye a las AAI, pero no le impone los medios y tampoco pueden ir en contra de los fines que legalmente tienen encomendadas las AAI, con ello se trata de conseguir también cierta coordinación entre el entramado administrativo. Así con la implantación de agendas regulatorias en Costa Rica<sup>1299</sup>, como en otros ordenamientos jurídicos con un sistema

---

<sup>1296</sup> Enrique Gil-Botero. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 3. (segundo semestre, 2009): 14.

<sup>1297</sup> Enrique Gil-Botero. *La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación... op. cit.* pág. 14.

<sup>1298</sup> “*Tradicionalmente, la agenda consiste en una programación de objetivos, eventos y circunstancias a los que debe orientarse la política regulatoria de un país. De ahí que, la agenda debe ser concreta para cada proyecto que se pretenda regular; sin embargo, existen parámetros generales que acompañan la misma y constituyen instrumentos para lograr la efectividad*”. William Iván Gallo-Aponte y Diego Enrique Pinilla-Rodríguez. “Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. un análisis comparado (Brasil)”. *Revista Direito Público* 17, N.º 93 (julio, 2020): 234.

<sup>1299</sup> “*En Costa Rica el instrumento que más se asemeja al concepto de las Agendas Regulatorias son los Planes Anuales de Mejora Regulatoria, los cuales tienen como fundamento el Reglamento de la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos (Decreto Ejecutivo No 37045-MP-MEIC y sus*

regulatorio aún en gestación, la actividad normativa de las AAI podría compatibilizarse con las potestades constitucionales del Poder Ejecutivo y no verse limitadas en su independencia funcional, al no establecerse los medios o técnicas concretas de la regulación, los cuales pueden cambiar conforme a las necesidades o comportamiento del mercado de referencia.

### 8.1.2. Competencias supervisoras y ejecutivas

El concepto de supervisión carece de una definición generalmente aceptada en la doctrina jurídica, por ello se constituye en un concepto jurídico indeterminado, en este sentido Miguel Díez de los RÍOS FLORES señala que el término “*suele emplearse por el legislador en un sentido amplio y anfibológico, presentando un contorno que no se encuentra claramente definido y que adolece de una cierta indefinición e imprecisión en lo que respecta a los presupuestos y medios disponibles para su ejercicio*”,<sup>1300</sup> por ello es común encontrar en las normas jurídicas varios sinónimos de supervisión, por ejemplo, vigilancia, inspección o fiscalización, que se usan la mayoría de las veces indistintamente; no obstante, indica el citado

---

*reformas). Los planes de mejora regulatoria (Planes de Mejora) son un instrumento que contienen los trámites, servicios y procedimientos a mejorar en un año calendario, así como todas las acciones relacionadas para llevar a cabo esas mejoras, tales como: “objetivos, metas, indicadores, actividades, tiempos de ejecución, responsables y acciones de evaluación y seguimiento” (Art. 19). Para el desarrollo de los Planes de Mejora, los reguladores en Costa Rica pueden incorporar la opinión ciudadana al proceso de mejora continua de los trámites (Art. 19). Para tal efecto, durante el mes de noviembre de cada año se publican para consulta pública en el Sistema Digital Trámites de Costa Rica todos los Planes de Mejora Regulatoria Preliminares; los cuales deberán presentarse en su versión definitiva, en los primeros diez días del mes de diciembre. El Plan de Mejora Anual es una herramienta que el Gobierno de Costa Rica ha institucionalizado al grado tal que debe estar “ligada a los planes operativos institucionales y las metas presupuestarias anuales de cada institución” (Art. 19). El Sistema Digital Trámites da cuenta de Planes de Mejora históricos desde el año 2016 y ya se pueden consultar los planes para el año 2020. Tres reflexiones sobre este ejercicio en Costa Rica son: Primero, el acceso público e histórico de los planes de mejora regulatoria de las instituciones es una práctica interesante y positiva, ya que genera una memoria histórica de los trámites que se han mejorado, esto evita retrabajos o mejoras en sentidos opuestos, de igual forma permitiría identificar y cuantificar las mejoras realizadas en un periodo de tiempo. Segundo, el hacer público la hoja de ruta de cómo se habrán de mejorar los trámites, es un ejercicio de rendición de cuentas importante ya que obliga a las instituciones a llevar a cabo esas actividades o bien, llegado un momento, a señalar por qué no fueron desarrolladas. Tercero, los planes de mejora anuales en Costa Rica tienen un alcance limitado ya que éstos solo contienen mejoras por simplificación de trámites, servicios o procedimientos, lo que únicamente les permite a los interesados tener una visión parcial de los cambios en el escenario regulatorio. Con la experiencia que ya cuenta Costa Rica en el desarrollo de los Planes de Mejora, podría transitar fácilmente a la generación de Agendas Regulatorias unificadas”. Fabiola Olivia Perales Fernández. “Agendas Regulatorias en América Latina: un instrumento de planeación de corto plazo”. [en línea]. Enero 11, 2020. Disponible en: <http://mejoresgobiernos.com/2020/01/11/agendas-regulatorias-en-america-latina-un-instrumento-de-planeacion-de-corto-plazo/> [26-10-2020]*

<sup>1300</sup> Miguel Díez de los Ríos Flores. “La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores” en Los mercados financieros. 2° ed. (España: Tirant lo Blanch, 2017), 462

autor, para los efectos que aquí interesan, una acepción ligada al sector económico financiero, en esta línea, supervisión adquiere un significado más o menos preciso, a saber:

El concepto de supervisión hace referencia a la labor de vigilancia de la actividad económica que realiza el Estado con el fin de salvaguardar determinados objetivos asignados y prevenir o evitar actuaciones incorrectas. Se trata de una actividad reglada, cuyo alcance, contenido y finalidad vienen determinados por la ley y comprende un amplio elenco de facultades y potestades de vigilancia y control que se otorgan normalmente a una autoridad u órgano administrativo. El ámbito de la vigilancia y control administrativos engloba cuatro tipos de competencias o funciones: la concesión de autorizaciones o licencias para el desarrollo de la actividad regulada, la vigilancia del cumplimiento de las normas prudenciales y de conducta, el establecimiento de mecanismos encaminados a hacer cumplir las normas o a sancionar su no observancia y, finalmente, la gestión de situaciones de crisis o de dificultad financiera de las entidades reguladas.<sup>1301</sup>

Se puede observar que la actividad de supervisión se divide en al menos cuatro partes, esquema que se ha seguido, a saber: la autorización, la vigilancia o supervisión en sentido general, la sanción en caso de inobservancia o incumplimiento de la regulación, por último, el cuarto elemento, relativo a la intervención ante crisis, tema que no será abordado por ser propio del Derecho concursal o en su caso entrarían a operar los mecanismos de la red de seguridad financiera, antes mencionados, como la garantía de depósitos, el prestamista de última instancia, la reestructuración y por último, la resolución.

Para el autor David BLANQUER, la inspección es una categoría general del tipo de controles y la supervisión sería una “*subcategoría o ramificación del tronco común de las actividades de vigilancia y comprobación de la obediencia al Derecho*”.<sup>1302</sup> Es difícil hacer una clara diferencia entre ambos conceptos, pero se puede decir que el término inspección es más general y se aplica a muchos ámbitos, como el Derecho ambiental, la inspección laboral y en el sector de la salud pública, entre otros; por su lado, el término supervisión se vincula con los

---

<sup>1301</sup> Miguel Díez de los Ríos Flores. “*La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores*” en Los mercados financieros. 2º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2017), 461.

<sup>1302</sup> David Blanquer-Criado. La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas). (España: Tirant lo Blanch, 2018), 79.

sectores económicos regulados, en la que se encuentra una relación de sujeción especial con las empresas, por lo que es muy común hablar del sector supervisado o fiscalizado. Por último, cabe destacar que a la par de las competencias supervisoras están las competencias ejecutivas más tradicionales llevadas a cabo por la Administración, en este sentido María SALVADOR ubica una serie de competencias que las clasifica como “ejecutivas” de las cuales destaca cuatro, a saber:

- La primera, el otorgamiento de licencias, concesiones, permisos o cualquiera que sea el título habilitante para actuar en el sector regulado;
- la segunda, el establecimiento de sanciones o gravámenes que afecten a la libertad de los sujetos regulados;
- la tercera, la concesión de beneficios, ayudas, excepciones o privilegios para casos concretos y
- la cuarta, la fijación del precio de los servicios que los particulares prestan en el ámbito regulado”.<sup>1303</sup>

#### **8.1.2.1. Autorización administrativa**

Las autorizaciones administrativas son una especie del género de títulos habilitantes (concesiones, autorizaciones y permisos)<sup>1304</sup> que en uso del derecho exorbitante del Derecho privado tienen encomendado distintas Administraciones; para ARROYO y MONGE “*el título habilitante constituye una garantía de seguridad jurídica en el acceso del mercado, que opera tanto a favor de los accedentes al mercado, como en beneficio del ordenamiento en general, de manera que se cumpla con lo establecido en la ley*”.<sup>1305</sup> En este caso se busca salvaguardar el orden público económico y la seguridad de los ahorrantes e inversionistas. La autorización puede ser vista como un acto administrativo con doble alcance jurídico<sup>1306</sup>, en primer lugar, como título habilitante que permite ejercer una actividad legalmente; en segundo lugar, supone que la actividad estará sujeta en mayor o menor grado a una fiscalización o control; para Ernesto JINESTA, la autorización:

---

<sup>1303</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 112.

<sup>1304</sup> Jennifer Isabel Arroyo-Chacón y José Francisco Monge-Fonseca. “La regulación de las telecomunicaciones y títulos habilitantes en el ordenamiento jurídico costarricense (Costa Rica)”. *Revista Judicial*, N.º 114. (diciembre, 2014): 192-194.

<sup>1305</sup> J. I. Arroyo y J.F. Monge. *La regulación de las telecomunicaciones y títulos habilitantes... op. cit.* pág. 192

<sup>1306</sup> J. I. Arroyo y J. F. Monge. *La regulación de las telecomunicaciones y títulos habilitantes... op. cit.* pág. 200.

Como acto de habilitación cubre, las autorizaciones otorgadas al administrado por razones de orden público (autorización para la construcción o edificación, para abrir una farmacia, autorización a personas jurídicas, etc.). Es un acto administrativo por el cual la administración pública le concede al administrado la potestad de ejercer derechos preexistentes después de una apreciación discrecional de su oportunidad y, de una apreciación discrecional de su oportunidad y utilidad respecto del interés general. La autorización en tal supuesto obedece a una petición expresa del administrado, pero que, generalmente, es discrecional en cuanto a motivo y contenido. Como acto de fiscalización o control es una declaración de voluntad administrativa constitutiva o de remoción de obstáculos preexistentes para superar los límites que el ordenamiento jurídico le pone al libre desenvolvimiento de la actividad pública. Es un acto de control, puesto que por su medio un órgano o ente faculta a otro para que dicte un acto, despliegue una actividad o realice un comportamiento. En estos casos, antes de la emisión del acto administrativo definitivo, se debe dictar un acto autorizante, puesto que el primero sin el segundo es relativamente nulo, la autorización integra la voluntad administrativa y su omisión sólo puede ser subsanada por confirmación expresa y posterior.<sup>1307</sup>

La actividad de autorización se deriva también, como ya se expuso, de la actividad de policía, en las actividades económicas que nos ocupan, las autorizaciones previas son indispensables, no existe hoy la posibilidad de considerar una actividad financiera dentro de las denominadas actividades comunicadas<sup>1308</sup> y se suelen denominar en este campo como autorización de ingreso al mercado.

Tenemos los siguientes ejemplos de autorización de ingreso al mercado, para el caso de la actividad de intermediación financiera<sup>1309</sup> el artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (LOBCCR) establece que “(...) *únicamente pueden realizar intermediación financiera en el país las entidades públicas o privadas, expresamente*

---

<sup>1307</sup> Ernesto Jinesta. Tratado de Derecho Administrativo. San José, Costa Rica: Editorial Diké, 2002. Citado por J. I. Arroyo y J. F. Monge. *La regulación de las telecomunicaciones y títulos habilitantes... op. cit.* pág. 200.

<sup>1308</sup> véase infra.

<sup>1309</sup> “(...) *se entiende por intermediación financiera la captación de recursos financieros del público, en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de crédito o inversión en valores, independientemente de la figura contractual o jurídica que se utilice y del tipo de documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las transacciones (...)*” art. 116

*autorizadas por ley para ello, previo cumplimiento de los requisitos que la respectiva ley establezca y previa autorización de la Superintendencia. La autorización de la Superintendencia deberá ser otorgada cuando se cumpla con los requisitos legales*". Además, el artículo 141 bis de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (LOSBN)<sup>1310</sup> contempla la posibilidad que un banco extranjero pueda establecer una sucursal bancaria y realizar las actividades bancarias (intermediación financiera) en el país previa autorización.

Cabe adelantar un tema que se mencionará con mayor detalle y es que se debe tener presente que aunque en determinados artículos como el mencionado 116 de la LOBCCR diga que tal o cual actividad le corresponde a la superintendencia (la SUGEF en este caso), vía reformas parciales a la ley esas actividades se trasladan, más que todo competencias decisorias, al CONASSIF (como el artículo 141 bis de la LOSBN) y las superintendencias trabajarán de conformidad con los reglamentos que apruebe esta última.

La entrada al mercado bursátil también tiene su régimen de ingreso al mercado mediante autorización previa, pero en este caso, la superintendencia encargada (la SUGEVAL) tiene mayores competencias, así se deduce del artículo 8 inc. k) de la Ley Reguladora del Mercado de Valores (LRMV) que establece como una atribución del superintendente *"autorizar el funcionamiento de los sujetos fiscalizados y la realización de la oferta pública e informar al Consejo Nacional sobre tales actos"*. El artículo 28 ibid. dice explícitamente que corresponde a la SUGEVAL autorizar el funcionamiento de una bolsa de valores, los artículos 66 y 74 ibid. establecen que corresponde a la SUGEVAL autorizar el funcionamiento de los fondos de inversión, entre otros.

En cuanto al acceso al mercado de riesgos o de seguros que *"consiste en aceptar, a cambio de una prima, la transferencia de riesgos asegurables a los que estén expuestas terceras personas, con el fin de dispersar en un colectivo la carga económica que pueda generar su ocurrencia"*<sup>1311</sup>, la autorización se da por parte de la SUGESE, con base en los reglamentos vigentes emitidos por CONASSIF a los efectos, el artículo 2 de la "Ley Reguladora del Mercado de Seguros" N.º 8653 dispone que *"(...) la actividad aseguradora y la actividad*

---

<sup>1310</sup> Artículo 141 bis de la "Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional" N.º 1644. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29302&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29302&nValor3=0&strTipM=TC) [22-10-2020]

<sup>1311</sup> Artículo 2 de la "Ley Reguladora del Mercado de Seguros" N.º 8653.



*reaseguradora solo podrán desarrollarse en el país por parte de entidades que cuenten con la respectiva autorización administrativa emitida por la Superintendencia General de Seguros (...)*” en concordancia con el artículo 7 *ibid.*, así expresamente el artículo 3 de la misma ley dice que *“solamente podrán realizar oferta pública de seguros y negocios de seguros quienes cuenten con autorización para ello (...)*”, esta actividad se conoce como intermediación de seguros.<sup>1312</sup>

En relación con las sociedades corredoras de seguros y sus corredores, dispone el artículo 22 de la citada ley que *“para poder iniciar operaciones, la sociedad corredora requiere la autorización administrativa emitida por la Superintendencia”*. Por último, el artículo 29 inciso a) *ibid.* dispone que le corresponde la SUGESE *“autorizar, suspender, cancelar y otorgar las licencias y autorizaciones administrativas, de conformidad con esta Ley, a los sujetos supervisados”*. Entre otros ejemplos, se puede observar en este punto como la administración supervisora tiene atribuidas funciones autoritativas, pero estas van de la mano con la fiscalización y con la retirada o revocación de la autorización, lo cual tiene un carácter sancionador.

Pero la autorización administrativa no solo trata sobre el acceso al mercado, existe una infinidad de autorizaciones que se hacen necesarias en las actividades sometidas a la regulación económica, como se explicó, este tipo de regulación configura internamente la actividad económica de inicio a fin. Siguiendo con los ejemplos, en el mismo sector bursátil, el artículo 10 de la LRMV dice que solo podrán ser objeto de oferta pública en el mercado primario las emisiones de valores en serie autorizadas previamente por la SUGEVAL, respetando el correspondiente reglamento. El artículo 67 de la LRMV dispone en relación con el control de las sociedades administradoras de fondos de inversión que cualquier cambio *“(...) deberá ser autorizado, previamente, por la Superintendencia y comunicarse con anterioridad a los inversionistas de cada fondo administrado, en el domicilio que ellos hayan señalado ante la sociedad administradora”*. El artículo 8 inciso h) de la LRMV dispone que corresponde a la

---

<sup>1312</sup> *“Solo podrán realizar intermediación de seguros los intermediarios de seguros autorizados debidamente de conformidad con esta Ley. Se consideran intermediarios de seguros los agentes de seguros, las sociedades agencias de seguros, las sociedades corredoras de seguros y los corredores de estas últimas. Las sociedades agencias de seguros y sociedades corredoras de seguros, solo podrán desarrollar la actividad de intermediación por medio de agentes de seguros y corredores, respectivamente...”* Artículo 19 de ley “Ley Reguladora del Mercado de Seguros” N.º 8653.

SUGEVAL autorizar las disminuciones y los aumentos de capital en las bolsas, centrales de valores, sociedades administradoras de fondos, sociedades de compensación y liquidación y demás sujetos fiscalizados, con algunas excepciones.<sup>1313</sup>

Según el artículo 20 de Ley N.º 8653 que utiliza el término licencia en lugar de autorización, a la SUGESE le corresponde otorgar licencias a los agentes y corredores de seguros, dicha licencia *“autorizará a la persona a fungir como intermediario en el ramo o los ramos de seguro que correspondan; su emisión no implica responsabilidad alguna frente a terceros, por parte de la Superintendencia, en relación con ese acto”*.<sup>1314</sup> Por último, la SUPEN según el artículo 38 inciso e) de la Ley “Régimen Privado de Pensiones Complementarias” N.º 7523 tiene la atribución de *“(…) autorizar la apertura y el funcionamiento de los entes de acuerdo con lo establecido en esta Ley y las normas dictadas por el Consejo Nacional. El Superintendente informará al Consejo Nacional de las autorizaciones concedidas”*.

#### **8.1.2.2. Supervisión (vigilancia, inspección o fiscalización)**

Se les atribuye normalmente a las AAI, la competencia de inspección y control con el fin de supervisar una actividad económica regulada, para lograr dicho objetivo explica María SALVADOR, que la facultad más importante que deben tener es la *“(…) de obtener información, básicamente solicitando documentos, testimonios, e informes periódicos a los sujetos regulados. Asimismo, la agencia puede iniciar todas las investigaciones que le parezcan pertinentes en orden a comprobar que la actividad de los sujetos regulados se adecua a lo establecido en las normas. Las facultades concretas de inspección vienen determinadas en la ley de creación de la agencia y todas ellas son susceptibles de control judicial”*.<sup>1315</sup> Lo anterior; sin embargo, es sólo una faceta de la supervisión, algún autor encuentra al menos tres distintas, a saber, i. las facultades encaminadas a la obtención de

---

<sup>1313</sup> *“Autorizar las disminuciones y los aumentos de capital de bolsas, centrales de valores, sociedades administradoras de fondos de inversión, sociedades de compensación y liquidación y demás personas jurídicas sujetas a su fiscalización, salvo las entidades fiscalizadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras, los emisores y puestos de bolsa. La autorización para disminuir y aumentar el capital de los puestos de bolsa corresponderá a las bolsas, las cuales deberán exigir el cumplimiento de los requisitos de capital establecidos reglamentariamente por el Consejo Nacional para los puestos de bolsa”*. Asamblea Legislativa. Artículo 8 inciso h) de la LRMV.

<sup>1314</sup> Asamblea Legislativa. Artículo 20 de ley “Ley Reguladora del Mercado de Seguros” N.º 8653 del 22 de julio de 2008.

<sup>1315</sup> María Salvador-Martínez. Autoridades independientes. (España: Ariel, 2005), 113.

información<sup>1316</sup> ii. las facultades encaminadas a exigir o acordar la realización de una determinada actuación<sup>1317</sup> y iii. las facultades encaminadas a solicitar el auxilio de terceros.<sup>1318</sup> Se verán a continuación algunos ejemplos tomados de la normativa costarricense que pone énfasis a la primera de dichas facetas.

Según el artículo 131 de la LOBCCR inciso d) le corresponde al superintendente general de entidades financieras “*supervisar las entidades y empresas comprendidas en su ámbito de competencia*”. para ello puede “*ordenar, a las entidades y empresas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia, la publicación adicional de los estados financieros o cualquier otra información cuando, a su juicio, se requieran correcciones o ajustes sustanciales*”, según el artículo 13 inciso k). En el mismo sentido, el artículo 134 ibid. dispone que la SUGEF realizará operaciones de supervisión y vigilancia sobre los entes fiscalizados, el inciso a) de este último numeral dispone que “*podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión o de vigilancia en las entidades fiscalizadas, en el momento que lo considere oportuno (...)*”. Se puede observar cómo los términos supervisión y vigilancia son utilizados como sinónimos y que la actividad de supervisión es un medio para el cumplimiento regulatorio, para lograr ese objetivo la información veraz, oportuna, completa y eficaz es crucial.

Por otro lado, en el mercado bursátil, el artículo 8 de la LRMV en los incisos l), n)<sup>1319</sup>,

---

<sup>1316</sup> “(...) se comprenden las del acceso a libros, documentos o registros, así como el requerimiento de información (por escrito, mediante inspecciones in situ o solicitándola a auditores, órganos de control interno y consultores u otros expertos independientes). En relación con las mismas, se establece de forma expresa la obligación legal, por parte de las personas y entidades requeridas u objeto de inspección, de facilitar los datos e informaciones solicitados” Miguel Díez de los Ríos Flores. “La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores” en Los mercados financieros. 2° ed. (España: Tirant lo Blanch, 2017), 464.

<sup>1317</sup> “(...) requiriendo el cese de prácticas ilegales o de subsanación o corrección, exigiendo la prohibición del ejercicio de la actividad profesional, suspendiendo o limitando las operaciones o actividades, suspendiendo o excluyendo la negociación de un instrumento financiero, remitiendo asuntos para su procesamiento penal, requiriendo la publicación de informaciones, conciliaciones, correcciones o incluso reformulaciones de la información financiera o requiriendo la publicación inmediata de información sobre las actividades relacionadas con el mercado de valores; tales facultades se conciben incluso como medida cautelar”. Miguel Díez de los Ríos Flores. La supervisión, inspección y sanción... op. cit. pág. 465.

<sup>1318</sup> “tales como solicitar el embargo o la congelación de activos o autorizar a auditores o expertos para llevar a cabo verificaciones o investigaciones”. Miguel Díez de los Ríos Flores. La supervisión, inspección y sanción... op. cit. pág. 465.

<sup>1319</sup> “n) Exigir mediante resolución motivada, a los sujetos fiscalizados, sus socios, directores, funcionarios y asesores, información relativa a las inversiones que, directa o indirectamente, realicen en valores de otras entidades que se relacionan con los mercados de valores, en cuanto se necesite para ejercer sus funciones supervisoras y proteger a los inversionistas de los conflictos de interés que puedan surgir entre los participantes en el mercado de valores”.

ñ)<sup>1320</sup> y o)<sup>1321</sup> entre otros, establece la atribución de la SUGEVAL bajo la cabeza de su superintendente de exigir periódicamente información a los sujetos fiscalizados, ya sea para los efectos de la supervisión interna o bien, para poder dicha información a disposición del público, incluso puede sin previo aviso realizar inspección *in situ* “*para revisar los negocios y asuntos de las entidades supervisadas, incluida la inspección de libros, registros, contabilidad y otros documentos*”<sup>1322</sup>, también lo puede realizar con determinadas empresas vinculadas al sujeto fiscalizado.<sup>1323</sup> El artículo 150 de la LRMV dispone de manera más general la obligación de informar, de la siguiente forma:

Con las salvedades previstas en esta ley, la Superintendencia podrá ordenar a los emisores de valores y a cualquier otra entidad relacionada con los mercados de valores, que comunique de inmediato al público, por los medios razonables y proporcionados que la Superintendencia determine, cualesquiera hechos o informaciones que a su criterio sean relevantes para el público inversionista y cuya difusión sea necesaria para garantizar la transparencia del mercado. Si la entidad apercibida se negare injustificadamente a divulgar la información requerida, la Superintendencia podrá hacerlo directamente por cuenta de aquella, y podrá certificar, con carácter de título ejecutivo, el costo de las publicaciones para proceder a su recuperación, sin perjuicio de las sanciones que corresponda imponer al infractor.<sup>1324</sup>

Por su lado, en relación con la actividad supervisora de la SUGESE se utiliza el término “inspección” en el artículo 31 de la LRMS N.º 8653 dispone que “(...) *la Superintendencia podrá llevar a cabo visitas de inspección para revisar los negocios y asuntos de las entidades supervisadas, incluida la inspección de libros, registros, contabilidad y otros documentos, dentro del límite de sus competencias*”. Las labores de supervisión y vigilancia de la SUPEN están contempladas en el artículo 58 de la Ley N.º 7523, así está superintendencia “*podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión, verificación, inspección o vigilancia en las*

---

<sup>1320</sup> “ñ) Exigir, a los sujetos fiscalizados, el suministro de la información necesaria al público inversionista para cumplir con los fines de esta ley”.

<sup>1321</sup> “o) Suministrar al público la más amplia información sobre los sujetos fiscalizados y la situación del mercado de valores, salvo la relativa a las operaciones individuales de los sujetos fiscalizados, que no sea relevante para el público inversionista, según lo determine el Consejo Nacional mediante reglamento”.

<sup>1322</sup> El artículo 8 de la LRMV en los incisos l)

<sup>1323</sup> “La Superintendencia podrá realizar visitas a los emisores y a sus auditores externos, con el fin de aclarar la información de las auditorías, revisar el proceso de colocación de los valores en los mercados organizados y verificar la información referente a la publicidad de sus estados financieros e informes de gobierno corporativo”.

<sup>1324</sup> Artículo 150 de la LRMV.

*entidades reguladas cuando lo considere oportuno (...)*”, por otro lado, el artículo 36 de la citada ley establece que tratándose de otros regímenes de pensiones de carácter público (para resguardar su solidez financiera) como los regímenes de pensiones creados por ley o convenciones colectivas, la SUPEN tendrá las siguientes facultades, todas de carácter supervisor:

- a) Velar por el equilibrio actuarial de los regímenes administrados y dictar las resoluciones correspondientes.
- b) Supervisar la inversión de los recursos administrados y dictar políticas respecto de la composición y valoración de cartera de inversiones.
- c) Comprobar la correcta y oportuna imputación de los aportes en las cuentas de los afiliados.
- d) Definir el contenido, la forma y la periodicidad de la información por suministrar a la Superintendencia sobre la situación financiera de los sistemas, las características y los costos de los servicios en materia de pensiones, todo con el fin de que exista información oportuna y confiable en cuanto a la situación de dichos sistemas.
- e) Velar por la oportuna y correcta concesión de los beneficios a los que tienen derecho los afiliados y la calidad del servicio.
- f) Recibir y resolver las denuncias de los afiliados.
- g) Rendir anualmente un informe sobre la situación financiera de cada régimen de pensiones.
- h) Supervisar el sistema de calificación de la invalidez de los distintos regímenes.<sup>1325</sup>

### **8.1.2.3. Sanciones administrativas**

Las sanciones administrativas van de la mano con la función de supervisión, hay que tener presente que, bajo un buen entendimiento de la regulación económica moderna, la sanción no es un fin deseable, aquella se debe dar solo en casos donde existió un inconfundible deseo de los sujetos regulados de infringir la normativa existente. La imposición de sanciones disciplinarias, siguiendo y respetando el debido proceso administrativo, que no viene al caso analizar en esta ocasión, supone una falla de la regulación y de los mecanismos de *compliance*, antes de ello, la AAI deberá implementar las medidas existentes que buscan

---

<sup>1325</sup> Artículo 36 de ley “Régimen Privado de Pensiones Complementarias” N.º 7.523.

tomar acciones en determinada dirección para evitar las crisis y los mencionados incumplimientos.

Cabe hacer en este momento una precisión conceptual, por actividad sancionatoria se debe entender únicamente las sanciones administrativas, ya que la mayoría de las leyes a la par de las infracciones administrativas, cuyo procedimiento es instruido por la superintendencia correspondiente, colocan un catálogo de acciones tipificadas como delitos, por este motivo se debe tener clara la diferencia entre lo correspondiente al Derecho administrativo sancionador y al Derecho Penal<sup>1326</sup>. Este último campo de estudio, donde se analizan, por ejemplo, los delitos contra el orden público económico, los delitos de uso de información privilegiada, delitos funcionales o los delitos bursátiles, son complejos y escapan del objeto de estudio de un trabajo de este tipo.

El autor Miguel Díez de los Ríos Flores indica que la sanción ligada a la inspección de un mercado, como el de valores, por ejemplo, es el elemento de cierre de todo el sistema regulador y supervisor, así el régimen sancionador “(...) *refuerza la credibilidad en el sistema, incidiendo la imposición de sanciones administrativas en el comportamiento de los sujetos intervinientes gracias a su efecto disuasorio y contribuyendo de este modo a la transparencia de los mercados (...)*”<sup>1327</sup>, como ya se indicó en su momento, a diferencia de la regulación privada, la regulación económica, aunque trate de ser una regulación concertada<sup>1328</sup> y emitida por una autoridad administrativa legítima, es una regulación vinculante, por esta

---

<sup>1326</sup> Véase: Pablo Rando-Casermeiro. La distinción entre el Derecho Penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica. España: Tirant lo Blanch, 2010.

<sup>1327</sup> Miguel Díez de los Ríos Flores. “*La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores*” en Los mercados financieros. 2º ed. (España: Tirant lo Blanch, 2017): 474.

<sup>1328</sup> “*Es precisamente desde la estricta perspectiva del procedimiento administrativo, donde la participación y la colaboración de los ciudadanos en la formación de la decisión administrativa ponen de relieve la superación de la funcionalidad instrumental tradicional del procedimiento administrativo como vehículo para garantizar decisiones administrativas sujetas a Derecho, para concebirlo, además, como mecanismo articulador de la participación y de la ponderación de intereses con el fin de lograr la aceptación consensuada de las decisiones administrativas. Desde esta perspectiva, la decisión administrativa que pone fin al procedimiento se manifiesta como el resultado del diálogo y la negociación entre la Administración y los interesados. Los instrumentos de colaboración y cooperación, expresión del consenso y del acuerdo entre las partes, se alzan como alternativa a la terminación unilateral e imperativa del procedimiento administrativo, allí, sobre todo, donde la Administración ejerce facultades discrecionales y afronta decisiones complejas. Esta perspectiva coloca al procedimiento administrativo como mecanismo de garantía de los derechos e intereses particulares y colectivos de modo que, aparte de instrumento articulado para lograr la eficacia, es al mismo tiempo vía idónea de evitación del conflicto, en la medida en que el procedimiento se alza como mecanismo para lograr decisiones ponderadas que satisfagan los derechos e intereses afectados (...)*” Jorge Agudo-González. “Actuación material e informalidad: El ejemplo de la concertación con la Administración (España)”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 41-42. (2013): 137-138.

razón no se puede renunciar a emitir sanciones en sede administrativa. Como todo régimen sancionador, el del sistema financiero nacional tiene sus particularidades, ya sea en materia de crédito<sup>1329</sup>, bursátil, pensiones o seguros, estas se verán a continuación sin entrar en mayores detalles, la idea es ofrecer un panorama general de las potestades o competencias sancionadoras de las superintendencias.

El BCCR tiene la competencia según el artículo 93 de la LOBCCR Ley N.º 7558 de imponer sanciones, previo informe de la SUGEF, a los entes fiscalizados que realicen operaciones en el mercado cambiario en casos de infracción a la normativa pertinente, ahora bien, la competencia sancionadora de la SUGEF como parte de sus funciones se encuentra contemplada en la citada ley, primero en su forma genérica, el artículo 131 inciso e) dispone que aquella debe “(...) *dictar las medidas correctivas y precautorias, así como las sanciones como consecuencia de las labores de supervisión que realice, a excepción de las que por ley le corresponden al CONASSIF*”. De forma más específica contempla las sanciones en la sección IV en los artículos 151 al 161 de la Ley N.º 7558.

El anterior régimen sancionatorio establece una serie de sanciones en función de la clasificación que tengan las faltas, se puede ver que se derivan de una relación de sujeción especial<sup>1330</sup> previamente establecida entre el supervisor y la empresa supervisada, así se entiende del artículo 155 de la LOBCCR al decir que las sanciones aplican “(...) *cuando la infractora sea una entidad bajo su supervisión (...)*”; no obstante, existen otros supuestos de hecho en los que una superintendencia tiene la competencia de sancionar a un sujeto físico o jurídico, precisamente por ejercer una actividad regulada sin la autorización previa<sup>1331</sup>, por ello

---

<sup>1329</sup> “*El especial régimen jurídico de regulación, supervisión e inspección al que se encuentran sometidas las entidades de crédito, conlleva necesariamente la aplicación de un régimen sancionador igualmente especial, con especificidades propias tanto en lo que se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación, como en materia de infracciones y sanciones, competencia y procedimiento*”. Óscar Meléndez-Huelin. *La supervisión, inspección y sanción... op. cit.* pág. 285-286.

<sup>1330</sup> Véase supra.

<sup>1331</sup> Véase: En el mercado de valores el artículo 157 inciso 13) de la LRMV N.º 7732; En cuanto al mercado de seguros el artículo 42 de Ley LRMS N.º 8653. dispone que “*Sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan, será sancionada con multa hasta de mil veces el salario base, por cada infracción comprobada, la persona, física o jurídica, que realice oferta pública o negocios de seguros, según se definen dichas actividades en el artículo 3 de esta Ley, sin contar con la respectiva autorización administrativa ni, en su caso, con la licencia o el registro correspondiente. Contra el acto cabrán los recursos de revocatoria y de apelación en el plazo de tres días hábiles. No podrán solicitar autorización administrativa para ejercer actividad aseguradora, las entidades que hayan sido sancionadas por ejercicio ilegal de la actividad en los términos de este artículo, esto hasta tanto no se cancele la multa impuesta, de conformidad con el primer párrafo de este artículo*”; En relación a los operadoras de pensiones y capitalización laboral el artículo 30 *in fine* de la “Ley de Protección al trabajador” N.º 7983. dispone

no existe ninguna relación jurídica especial, debido a estos casos, basta con considerar que una Administración puede imponer sanciones siempre y cuando lo contemple una ley formal de manera previa.

*A saber, en el mercado de crédito se establecen unas faltas consideradas como “muy graves” sancionadas con “una multa del uno por ciento (1%) al dos por ciento (2%) de su patrimonio contable vigente al momento en que se determina la existencia de la infracción” (art. 155 inc. a.), las infracciones graves sancionadas con “una multa del cero coma cinco por ciento (0,5%) al uno por ciento (1%) de su patrimonio contable vigente al momento en que se determina la existencia de la infracción” (art. 155 inc. b.) y las infracciones leves sancionadas con “una amonestación privada por escrito, una amonestación pública o una multa por un monto hasta del cero coma cinco por ciento (0,5%) de su patrimonio contable vigente al momento en que se determina la existencia de la infracción, a la entidad o empresa supervisada infractora cuando incurra en actos u omisiones que violen las disposiciones de este capítulo o sus reglamentos y que no estén tipificadas como sanciones graves o muy graves”. (art. 155 inc. c.). Además, se contemplan una serie de sanciones a los miembros del órgano de dirección, el gerente general, los subgerentes o los puestos de similar naturaleza, los representantes legales, y el auditor y subauditor internos de una entidad o empresa supervisada que realicen acciones tipificadas como infracción administrativa, para conocer en detalle los supuestos de hecho se remite a la citada ley.*

Las competencias sancionatorias de la SUGEVAL se encuentran establecidas en la LRMV N.º 7732, su numeral 8 inciso d) *ibid.*, dispone como una de sus atribuciones el “(...) imponer, a las entidades fiscalizadas, las medidas precautorias y las sanciones previstas en el título IX de esta ley, salvo las que le corresponda imponer al Consejo Nacional”. y el inciso q) del mismo artículo dispone que corresponde a la SUGEVAL en cabeza de su superintendente “(...) solicitar al Consejo Nacional la suspensión, intervención y revocación de la autorización del funcionamiento de los entes supervisados y la suspensión o revocación de la autorización

---

que “(...) cuando, a juicio de la Superintendencia, existan indicios fundados de la realización de las actividades reguladas por esta Ley sin la debida autorización, la Superintendencia tendrá, respecto de los presuntos infractores, las mismas facultades de inspección, imposición de medidas precautorias y sanciones, que le corresponden de acuerdo con esta Ley en relación con las entidades fiscalizadas por ella”.



*de la oferta pública*”, siendo estas últimas las medidas más gravosas aparte de las multas que puede llevar a ser muy altas.

Más concretamente, el artículo 149 de la LRMV inciso e) dice que la superintendencia *“en su función de autorización, vigilancia y fiscalización de las sociedades calificadoras”* tendrá la función *“Suspender o cancelar definitivamente la autorización referida en el inciso a) o bien, aplicar las sanciones previstas en esta ley, cuando compruebe que la calificadora ha dejado de cumplir con los requisitos de funcionamiento exigidos por esta ley (...)”*. El artículo 157 de la LRMV es el régimen sancionatorio más general del mercado de valores, inciso 1) contempla las infracciones consideradas como muy graves, aplicable a las bolsas de valores, los puestos de bolsa, las sociedades administradoras de fondos de inversión (sujetos fiscalizados o emisores de valores), a sociedad encargada del sistema de compensación y liquidación de valores o la sociedad encargada del Registro Central de Anotaciones en Cuenta, entre otras. Las sanciones contempladas para las infracciones consideradas muy graves en esta ley difieren bastante en función al supuesto de hecho y de la naturaleza del sujeto fiscalizado, las infracciones consideradas como graves se cuentan el artículo 159 y su sanción en el artículo 160, las infracciones leves se encuentran en el artículo 161 y su correspondiente en el artículo 162, todos artículos de la LRMV N.º 7732.

La SUGESE tiene dentro de sus funciones, según el artículo 29 inciso l) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros N.º 8653. *“(...) imponer las medidas precautorias y sanciones administrativas previstas en esta Ley”*, siguiendo la línea expositiva, la anterior es una función o atribución que se concreta en subsiguientes normas, las cuales contemplan supuestos de hecho específicos y las clasifican como infracciones de distinta gravedad. El artículo 35 de la Ley N.º 8653 dispone que le corresponde al superintendente tomar todas las medidas precautorias y las sanciones administrativas contempladas en la misma ley, con arreglo a los reglamentos que se emita el CONASSIF para los efectos.

Se puede observar una vez más como la actividad sancionatoria va de la mano con la actividad de supervisión o “inspección” así el citado numeral dispone que *“(...) cuando, a juicio de la Superintendencia, existan indicios fundados de que se están realizando sin la debida autorización actividades reguladas por esta Ley, esta tendrá, respecto de los presuntos infractores, las mismas facultades de inspección, imposición de medidas precautorias y*

*sanciones que le asigna esta Ley en el caso de los supervisados*". Para finalizar se debe mencionar que la citada ley contempla al menos tres tipos de sanciones, las sanciones por infracciones muy graves en artículo 37, las sanciones por infracciones graves en el artículo 39 y las denominadas sanciones adicionales del artículo 41, todos de la Ley LRMS N.º 8653.

En relación con la competencia sancionatoria de la SUPEN, se encuentra contemplada en forma general en el Capítulo II "Infracciones y Sanciones" de la Ley "Régimen privado de pensiones complementarias y reformas de la ley reguladora del mercado de valores y del código de comercio" N.º 7523 de los artículos 45 al 57. En relación con el ejercicio de dicha potestad de fiscalización y sanción el numeral 58 de citada ley dispone que "*En las labores de supervisión y vigilancia de la Superintendencia sobre los entes sujetos a su fiscalización, el Superintendente, por sí o por medio de los funcionarios de la Superintendencia, podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión, verificación, inspección o vigilancia en las entidades reguladas cuando lo considere oportuno, a fin de ejercer las facultades que le otorgan esta Ley (...)*"; no obstante, la univocidad del citado artículo, el numeral siguiente señala una repartición de potestades entre la superintendencia y el CONASSIF que el artículo 59 dice lo siguiente: "*Salvo los casos de suspensión, intervención y revocación de la autorización de funcionamiento de un ente regulador, que serán competencia del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, las medidas precautorias y sanciones contempladas en esta Ley serán impuestas por el Superintendente*", de tal forma que las multas por las infracciones administrativas serán impuestas por el superintendente y las sanciones más gravosas o limitativas de derechos como la revocación de la autorización que es competencia del CONASSIF, lo anterior evidencia un notable problema en cuanto a la independencia funcional de las AAI que se detallará más adelante.

### **8.1.3. Competencia de resolución de conflictos**

Tanto las agencias ejecutivas como las agencias independientes en los Estados Unidos son competentes para resolver conflictos, es un procedimiento de naturaleza "cuasi judicial" o "para judicial" que se ha entendido delegado por el Congreso, se conoce como *adjudication*, el cual culmina con un acto concreto ("*order*") que es similar al acto administrativo de tradición francesa, para el caso específico de las agencias independientes, el Tribunal Supremo ha dicho que tal delegación "*de competencias cuasi-judiciales es conforme con la Norma*

*Suprema, siempre que se den determinados requisitos*".<sup>1332</sup> Según PIMIENTO ECHEVERRI: *"La atribución de funciones de resolución de conflictos a autoridades administrativas no es un tema nuevo en el moderno Derecho Administrativo, tiene un doble efecto positivo –rapidez en las decisiones y tecnicidad en las mismas– cuando se cumplen tres condiciones: la existencia de un proceso establecido en la ley, el posterior control de dichas decisiones por la autoridad judicial y que la competencia jurisdiccional atribuida por la ley sea compatible desde el punto de vista sustancial con el campo de actividad de la autoridad administrativa, atendiendo el principio de especialidad"*.<sup>1333</sup>

En este sentido, el autor Aldo MILANO ha argumentado la idoneidad de las AAI para dirimir conflictos o llevar a cabo la función arbitral dentro del sector de competencia de dichas administraciones; no obstante, en Costa Rica ninguna superintendencia objeto del presente estudio realiza dicha actividad<sup>1334</sup>, es decir, carecen de atribuciones legales para arbitrar o resolver controversias de contenido económico entre usuarios y operadoras o entre operadoras.<sup>1335</sup>

Así, la actividad arbitral de la Administración se podría dar en *"todos aquellos casos en que con carácter obligatorio o por sumisión voluntaria de las partes, como ahora suele establecer el legislador, los órganos de la Administración, calificados o no de arbitrales, resuelven controversias entre los administrados"*<sup>1336</sup>, ante tal carencia, existe un vacío en nuestro sistema jurídico relacionado con desarrollo del *arbitraje regulatorio*; no obstante, el proceso arbitral se podría llevar a cabo en cámaras de arbitraje institucional (por ejemplo, la del CICA) o arbitraje *ad hoc* que se rige por la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos (RAC). Lo anterior es un vacío, porque en el estado actual del Derecho regulatorio se entiende que es una actividad de múltiples facetas, en este sentido se explica que:

---

<sup>1332</sup> María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 113.

<sup>1333</sup> Julián Andrés Pimiento-Echeverri. "La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 9. (primer semestre, 2013): 30.

<sup>1334</sup> Véase: Aldo Milano. "La Actividad Administrativa Arbitral. El Caso Costarricense (Argentina)". *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, N.º 24. (diciembre, 2019).

<sup>1335</sup> "En este nuevo marco de referencia la actividad administrativa se pone al servicio de la resolución de conflictos entre diversos operadores del mercado, o entre éstos y los usuarios de los diferentes sectores". Enrique Gómez-Reino y Carnota. "El arbitraje administrativo en el derecho de la competencia (España)". *Revista de Administración Pública*, N.º 162. (septiembre-diciembre, 2003): 8.

<sup>1336</sup> Enrique Gómez-Reino y Carnota. "El arbitraje administrativo en el derecho de la competencia (España)". *Revista de Administración Pública*, N.º 162. (septiembre-diciembre, 2003): 7.

(...) la regulación también puede asumir la forma de actos administrativos de carácter particular de distinto contenido, como los actos que terminan la actuación administrativa de resolución de conflictos que se susciten entre operadores en el marco de las competencias que les haya atribuido el legislador o la delegación del presidente de la República. La regulación se expresa de diversas maneras, ya que se trata no de una forma jurídica, sino de una modalidad de actividad administrativa, cuya finalidad es intervenir en el mercado para equilibrarlo y, por este medio, garantizar la libre competencia y mejorar la prestación de un servicio público; por otro lado, la regulación de un mercado es ante todo técnica, basada en el conocimiento específico del mismo que detentan los expertos comisionados.<sup>1337</sup>

Como ya se ha visto la tradición de las autoridades reguladoras es de origen estadounidense, desde ese sistema jurídico ha ocurrido un fenómeno de recesión primero de los países europeos y luego en nuestra región latinoamericana, lo anterior es importante resaltarlo porque una de las competencias que se le han encomendado a la mayoría de AAI es llamada “cuasi jurisdiccional” en doctrina estadounidense y en nuestro sistema *ius* administrativista se corresponde con la llamada competencia de resolución de conflictos o arbitral. En los sistemas que tienen la atribución a una AAI de la llamada actividad arbitral, se produce una verdadera forma de regulación a través de la resolución de los conflictos suscitados entre operadores, llamada *regulation through adjudication*<sup>1338</sup>, en palabras de Enrique GIL-BOTERO:

(...) la adopción de normas de contenido particular por las entidades reguladoras en los Estados Unidos dio lugar a la comprensión de algunas de ellas como simples (o tradicionales) manifestaciones no de la función administrativa, sino de la judicial. Dicha situación trajo consigo la lógica consideración conceptual de la capacidad de entes de índole administrativa de producir este tipo de decisiones, que al igual que la función de “rulemaking” pareciera justificarse no por razones caprichosas, sino en atención a la capacidad técnica de estos entes y a la correspondiente naturaleza técnica de los

---

<sup>1337</sup> Julián Andrés Pimiento-Echeverri. “La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 9. (primer semestre, 2013): 29.

<sup>1338</sup> Véase: Tomás De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Nuevas perspectivas de la regulación como forma de actividad administrativa. (A propósito del libro de Gómez-Ferrer Rincón La desvinculación como técnica de regulación). (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 211. (enero-abril, 2020): 260

aspectos sometidos a su consideración. De esta manera, la doctrina comenzó a referir, junto a la capacidad de hacer normas, la de “*adjudication*”, también conocida en otros escenarios como “*quasi judicial function*”, por la que se comprendía la adopción de una decisión con efectos interpartes, que podía llegar a servir en el futuro como ilustrativa para otros agentes económicos (regulados) y en general para la evaluación de los alcances de la normatividad de contenido general, que las “agencias reguladoras” también producían.<sup>1339</sup>

La atribución de competencias para resolver conflictos de las AAI como entes reguladores y supervisores tiene su sustento en los mismos argumentos que se han esgrimido para la justificación y razón de ser de la AAI, es decir, su pretendida neutralidad, especialización técnica y la discrecionalidad, así “(...) *el conocimiento técnico del servicio regulado así como la condición de conocedoras y estudiosas del impacto económico de sus decisiones que tienen, al menos conceptualmente, estas entidades administrativas han llevado a que la ley les atribuya la función de dirimir controversias específicas, y el ejercicio de estas actividades ha producido consideraciones y construcciones doctrinarias diferenciales, circunscritas principalmente a la consideración de si se está en ejercicio de funciones típicamente administrativas o, por el contrario, judiciales*”<sup>1340</sup>, aunque en la actualidad el ejercicio de estas funciones en las agencias independientes se ha suavizado y son las agencias ejecutivas las que toman más decisiones de tipo cuasi judicial.<sup>1341</sup>

La función resolución de conflictos de las AAI se ha criticado al señalarse en un inicio que violentaba el Principio de División de Poderes, de tal forma que ante el argumento de una posible invasión de funciones y la llamada deferencia judicial se debe tener presente “(...) *estas decisiones, al igual que las típicamente normativas, tampoco se escapaban de un control jurisdiccional que, como se dijo, se esgrimía como el contrapeso de un importante cúmulo de funciones, con gran impacto económico y en muchas oportunidades también social, cuya*

---

<sup>1339</sup> Enrique Gil-Botero. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial (Colombia)”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 3. (segundo semestre, 2009): 18-19.

<sup>1340</sup> Enrique Gil-Botero. *La valoración jurídica de las manifestaciones normativas...* *op. cit.* pág. 11.

<sup>1341</sup> Véase: María Salvador-Martínez. *Autoridades independientes*. (España: Ariel, 2005): 109.

*legitimidad democrática no se esgrimía en términos tradicionales (representación) sino de capacidad técnica (tecnocracia)”*.<sup>1342</sup>

El autor Juan Carlos CASSAGNE al comentar la jurisprudencia argentina señala que la atribución de funciones de carácter jurisdiccional a órganos de la Administración como los entes reguladores para resolver conflictos suscitados entre particulares, sólo pueden ser constitucionales cuando se cumplan ciertas características, a saber: “*a. que los respectivos órganos de la Administración hayan sido creados por ley, b. su independencia e imparcialidad se encuentren aseguradas, c. el objetivo político y el económico que preside su creación haya sido razonable, d. y sus decisiones estén sujetas a control judicial y suficiente*”<sup>1343</sup>, a estas le añade que dichas controversias no pueden estar regidas por el Derecho común o privado.<sup>1344</sup> La idoneidad de implementar un sistema de resolución de conflictos o de arbitraje administrativo en el seno de un ente regulador es un tema que no puede desarrollarse el presente trabajo dejando el planteamiento listo para un posterior abordaje.

## **8.2. La “independencia” de las superintendencias financieras**

Se hará a continuación, un análisis general sobre la independencia de las cuatro superintendencias financieras en Costa Rica, con base en el tipo ideal construido en el capítulo II del presente trabajo, al finalizar el análisis propuesto como resultado, se tendrá el tipo extraído, es decir, que es lo que realmente se tiene. Lo anterior es posible gracias a que las superintendencias comparten un tronco común o régimen jurídico de gran similitud que permite realizar generalizaciones. Este es el último segmento de este trabajo, con ello se tendrán todos los elementos para poder confirmar o rechazar la hipótesis planteada.

### **8.2.1. Independencia institucional u orgánica**

La independencia institucional se refiere a la arquitectura institucional de una Autoridad Administrativa Independiente (AAI), en este apartado se analizan los siguientes aspectos: i.

---

<sup>1342</sup> Enrique Gil-Botero. *La valoración jurídica de las manifestaciones normativas... op. cit.* pág. 18-19.

<sup>1343</sup> Juan Carlos-Cassagne. “Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores o agencias independientes (Chile)” *Revista de Derecho Administrativo económico*, N.º 16. (enero-junio, 2006): 72. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4846> [22-10-2020]

<sup>1344</sup> Ibid.

personalidad jurídica, ii. colegialidad del órgano directivo, iii. autoorganización y iv. presupuesto y financiación.

### 8.2.1.1. Personalidad jurídica

Ninguna superintendencia en Costa Rica tiene personalidad jurídica propia, todas ellas son órganos de desconcentración máxima adscritos al Banco Central de Costa Rica, así se deriva de las siguientes normas, en cuanto a la SUGEF del artículo 115 de la LOBCCR N.º 7558<sup>1345</sup>, la SUGEVAL del artículo 3 de la LRMV N.º 7732<sup>1346</sup>, la SUGESE del artículo 28 de la LRMS N.º 8653<sup>1347</sup> y la SUPEN del artículo 33 de la ley de “Régimen Privado de Pensiones Complementarias” N.º 7523<sup>1348</sup>.

El hecho de no tener personalidad jurídica propia trae serias consecuencias en cuanto a la independencia de las superintendencias, para explicar este punto se puede traer a colación la Opinión Jurídica 090 del 3 de marzo de 2002, en que la PGR indica que “(...) *la personalidad jurídica determina que la organización sea un centro de acción distinto del Estado. En efecto, el otorgamiento de la personalidad jurídica coloca al organismo en una posición jurídica diferente, por cuanto la personalidad atribuye al ente una serie de derechos y de deberes en forma independiente y lo crea como un centro autónomo de derechos y deberes*”<sup>1349</sup>, por ello las superintendencias pueden estar sometidas a una “*relación de jerarquía o de sumisión orgánica*”.<sup>1350</sup>

Pero incluso en caso de que una Administración tenga personalidad jurídica, se ha señalado que sería procedente una relación de tutela, de confianza, aspecto que se rechaza en relación con las AAI, como se explicará más adelante, así “(...) *es la personalidad jurídica*

---

<sup>1345</sup> “Es de interés público la fiscalización de las entidades financieras del país, para lo cual se crea la Superintendencia General de Entidades Financieras, también denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de desconcentración máxima del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia registrará sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables”.

<sup>1346</sup> “Créase la Superintendencia General de Valores, denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica (...)”

<sup>1347</sup> “Créase la Superintendencia General de Seguros, como un órgano de máxima desconcentración adscrito al Banco Central de Costa Rica, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales (...)”

<sup>1348</sup> “El Régimen de Pensiones será regulado y fiscalizado por una Superintendencia de Pensiones, como órgano de máxima desconcentración, con personalidad y capacidad jurídicas instrumentales, y adscrito al Banco Central de Costa Rica (...)”

<sup>1349</sup> Procuraduría General de la República Opinión Jurídica 090 del 19 de marzo de 2002. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11025&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11025&strTipM=T) [29-08-2020]

<sup>1350</sup> Ibid.

lo que permite, normalmente, que el ente no se integre a la organización ministerial y posea, al contrario, autonomía orgánica”.<sup>1351</sup> El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII se ha referido a la estructura de la supervisión financiera donde destaca la falta de personalidad jurídica de las superintendencias de las siguiente forma:

(...) la **estructura competencial** establecida en el ordenamiento jurídico **en materia de supervisión, concepto que se encuentra integrado por la fiscalización y la regulación. En el desarrollo que ha sufrido la banca central, no se discute que parte importante de ese poder director, supervisor y de vigilancia ha pasado a otros organismos públicos. De esta forma, el legislador optó por distribuir las distintas competencias que conforman estas potestades en una serie de órganos adscritos al Banco Central de Costa Rica.** Para efectos de fiscalizar determinadas actividades, debido a su importancia en la sociedad, creó cuatro superintendencias, en la figura de órganos de desconcentración máxima, a saber, la Superintendencia General de Entidades Financieras (Sugef), la Superintendencia General de Valores (Sugeval), la Superintendencia de Pensiones (Supen) y, recientemente, la Superintendencia General de Seguros (Sugese). De estas, las dos últimas tienen personalidad jurídica instrumental. Desde el punto de vista orgánico, cada una de ellas cuenta con un superintendente, que actúa como jefarca en materia administrativa. Les corresponde, según la materia, verificar el cumplimiento por parte de las entidades fiscalizadas, de las disposiciones que integran los respectivos subsistemas normativos, así como la estabilidad del sistema, en lo que les corresponde según su ámbito competencial.<sup>1352</sup>

El tema de la desconcentración se encuentra regulado en el artículo 83 de la LGAP, el cual parte del principio que “(...) *todo órgano distinto del jefarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley o por reglamento*”<sup>1353</sup>, así la desconcentración puede ser mínima cuando el superior no pueda “a) *Avocar competencia del inferior; y b) Revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte*”<sup>1354</sup> y máxima cuando “*el inferior esté sustraído además, a órdenes, instrucciones o circulares del superior*”<sup>1355</sup>, el citado artículo contiene al final una norma

---

<sup>1351</sup> Ibid.

<sup>1352</sup> Tribunal Contencioso Administrativo Sección VIII. Resolución N.º 00017 - 2017 del 15 de febrero de 2017.

<sup>1353</sup> Ibid.

<sup>1354</sup> Ibid.

<sup>1355</sup> Ibid.



interpretativa que dispone que “(...) *las normas que crean la desconcentración mínima serán de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima serán de aplicación extendida en su favor*”.<sup>1356</sup> Por lo que cabría sostener una interpretación extensiva a favor de la independencia de las superintendencias en el sentido que su desconcentración máxima impida al “jerarca”, además, de abocarse a la competencia del inferior, revisar o sustituir la conducta del inferior, también girar órdenes, instrucciones o circulares. Lo anterior genera problemas, no en relación con el ente del que se encuentra adscrito una Administración, sino de las facultades del presidente de la República, cuestión que se detalla más adelante.

#### **8.2.1.2. Colegialidad del órgano directivo**

Ninguna de las superintendencias financieras en Costa Rica tiene una Junta Directiva propia, son una especie del género de los órganos colegiados que están regulados en los artículos 49 al 58 de la LGAP. Se entiende con Eduardo ORTIZ ORTIZ, que un órgano colegiado es el “(...) *tipo de organización administrativa opuesta a la jerarquía. Puede definirse como la clase de organización que consiste en colocar al frente de una oficina y como titular de la misma a un grupo -y no a un individuo- cada uno de cuyos miembros actúan en plano de igualdad respecto de los otros, el cual adopta resoluciones llamadas deliberaciones, de diversa naturaleza y función, según los principios de la mayoría y de unidad de tiempo y de lugar para resolver, de acuerdo con un ordenamiento jurídico propio y distinto -aunque subordinado- al general del Estado*”.<sup>1357</sup> Es interesante cómo relaciona el hecho de la existencia de un órgano colegiado como némesis del principio de jerarquía, este último aspecto en relación con la existencia del órgano superior como podría ser un ministerio o ente autónomo, lo cual no implica que no puedan existir como órganos adscritos a aquellos.

La falta de juntas directivas especializadas en un sector de referencia, como ocurre nuestro sistema regulatorio, genera varias implicaciones negativas, aparte de las críticas que se han señalado en cuanto al modelo de supervisión concentrado o regulador único, como lo es su exceso de tamaño o poder. Se señala así por la doctrina más acreditada, que a falta de una junta directiva que reúna a especialistas, se comprometen los postulados o presupuestos

---

<sup>1356</sup> Ibid.

<sup>1357</sup> Eduardo Ortiz-Ortiz. Tesis de Derecho Administrativo, tomo II. (Costa Rica: Biblioteca Jurídica Dike, 2002): 105.

básicos de la regulación y la supervisión económica, como la cualificación técnica, que va de la mano con la neutralidad y el buen ejercicio de la discrecionalidad. Así, las superintendencias en Costa Rica se encuentran muy limitadas en cuanto a sus competencias decisorias, que son básicamente las encomendadas a su órgano director unipersonal, a saber, la figura del superintendente. Se puede mencionar en este punto de la exposición que la versión original de la Ley N.º 7558, instauró, por única vez en nuestra historia jurídica, una verdadera AAI, que en cuanto a su antiguo consejo directivo, disponía lo siguiente:

Artículo 122.- Integración del Consejo Directivo La Superintendencia estará dirigida por un Consejo Directivo integrado por: a) Dos miembros de la Junta Directiva del Banco Central, nombrados por esta con el voto de por lo menos cinco de sus miembros, quienes durarán en el cargo cuatro años y podrán ser reelegidos. Estos miembros no podrán ser ni el presidente del Banco Central ni el Ministro de Hacienda; serán nombrados en forma alterna, para que cada dos años termine el período de uno de ellos. Si alguno de estos miembros dejare de ser miembro de la Junta Directiva del Banco, cesará también en sus funciones como miembro del Consejo Directivo de la Superintendencia. b) Dos personas ajenas a la Junta Directiva del Banco Central, nombradas por esta con el voto de por lo menos cinco de sus miembros; quienes durarán en su cargo seis años y podrán ser reelegidos. Estos miembros serán nombrados en forma alterna, para que cada tres años termine el período de uno de ellos y deberán cumplir con los mismos requisitos establecidos para los miembros de la Junta Directiva del Banco Central. c) El Superintendente General o quien ocupe el cargo en su ausencia, será quien presida las sesiones (...).<sup>1358</sup>

Además, el anterior consejo tenía todas las competencias para regular y supervisar el sector bancario del país<sup>1359</sup>. Ahora bien, en la actualidad, las facultades de los superintendentes se encuentran reguladas en cada una de las leyes de creación de las superintendencias, las cuales se han visto radicalmente reducidas. Según el artículo 131 de la Ley N.º 7558, el superintendente de entidades financieras tiene, por ejemplo, la atribución en

---

<sup>1358</sup> Véase: Versión original del artículo 122 de la Ley N.º 7558. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=40928&nValor3=43135&nValor5=179111](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=40928&nValor3=43135&nValor5=179111) [27-10-2020]

<sup>1359</sup> Véase: Versión original del artículo 128 de la Ley N.º 7558. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=40928&nValor3=43135&nValor5=179117](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=40928&nValor3=43135&nValor5=179117) [27-10-2020]

el inciso c) de “(...) *proponer al CONASSIF, para su aprobación, las normas que estime necesarias para el desarrollo de las labores de supervisión y fiscalización*” y en el inciso b) del mismo artículo dispone que debe “(...) *ejecutar los acuerdos del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) y las demás funciones que le señale la ley; además, podrá emitir mandatos o conferir poderes al intendente general y otros funcionarios, incluso durante el proceso de liquidación de cualquier entidad fiscalizada*”. Lo anterior deja en evidencia que en cuanto a regulación económica se refiere, la SUGEF es lo que la doctrina denomina un mero órgano consultivo, dotado de ciertas competencias decisorias y ejecutivas menores.

Dentro de las competencias con carácter decisorio que conserva la SUGEF está, según el artículo 131 de la Ley N.º 7558 inciso j) el de “(...) *ejercer las potestades de máximo jerarca en materia administrativa y de personal. En su calidad de jerarca deberá nombrar, contratar, promover, separar y sancionar al personal de la Superintendencia a su cargo y adoptar las demás medidas internas que correspondan a su funcionamiento. Tratándose del personal de la Auditoría Interna, el superintendente deberá consultar al auditor interno. En materia de personal, el superintendente agota la vía administrativa*”. Esto es manejar el tema del personal interno, por otro lado, tiene encomendada la función, según artículo 131 de la Ley N.º 7558 inciso a) de “*ejercer, en nombre y por cuenta del Banco Central de Costa Rica, la representación legal, judicial y extrajudicial de dicho banco para las funciones propias de su cargo, con atribuciones de apoderado generalísimo sin límite de suma*”. Por lo que se entiende que a pesar de no tener personalidad jurídica plena, tiene capacidad jurídica (activa y pasiva).

### **8.2.1.3. Autoorganización**

Como las superintendencias carecen de personalidad jurídica y de juntas directivas propias, naturalmente carecen de la capacidad para autoorganizarse, como se explicó, esta característica supone poder emitir su propio reglamento de organización y servicio. Dicha competencia de organización en este caso, están repartidas entre el BCCR como órgano al que están adscritas las superintendencias y otras se han trasladado al CONASSIF.

El BCCR ha emitido algunos reglamentos que inciden directamente en la organización interna de las superintendencias como por ejemplo, el “Reglamento Autónomo de Servicios

del Banco Central de Costa Rica”<sup>1360</sup> que según su artículo 1° “(...) *en conjunto con la Convención Colectiva, regula las relaciones de empleo público y privado entre el Banco Central de Costa Rica, incluyendo a sus órganos de desconcentración máxima, y sus servidores y colaboradores*”<sup>1361</sup>, el “Reglamento Interno de Contratación Administrativa del Banco Central de Costa Rica”<sup>1362</sup>, el “Reglamento para la aprobación de variaciones al Presupuesto del Banco Central de Costa Rica, de los Órganos de Desconcentración Máxima y del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero”<sup>1363</sup> y el Código de Ética<sup>1364</sup> que impone una serie de obligaciones de carácter ético a todas las dependencias y funcionarios del BCCR, incluyendo las superintendencias.

Por otro lado, dentro de las funciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, según el artículo 171 de la LRMV N.º 7732 se encuentran, en el inciso j) el de “*Aprobar las normas generales de organización de las Superintendencias y las auditorías internas*” y en el inciso k) del mismo artículo, “*Aprobar el plan anual operativo, los presupuestos, sus modificaciones y la liquidación presupuestaria de las Superintendencias, dentro del límite global fijado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica y remitirlos*”

---

<sup>1360</sup> Reglamento Autónomo de Servicios del Banco Central de Costa Rica, aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica mediante artículo 5, numeral 1, del acta de la sesión 5529-2012, celebrada el 11 de enero de 2012. Publicado en el diario oficial La Gaceta 23 del 1 de febrero de 2012.

<sup>1361</sup> Artículo 1 del Reglamento Autónomo de Servicios del Banco Central de Costa Rica. op. cit.

<sup>1362</sup> Reglamento Interno de Contratación Administrativa del Banco Central de Costa Rica, aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, Mediante artículo 8 del acta de la sesión 5419-2009, celebrada el 1° de abril de 2009. Publicado en El Diario Oficial “La Gaceta” 83 del 30 de abril de 2009. Su Artículo 2 establece como su objetivo que “*Las disposiciones que integran el presente reglamento tienen como objetivo conducir las distintas actividades que contempla el proceso de gestión de compras que realiza la Proveeduría Institucional para el BCCR, y los Órganos de Desconcentración Máxima -a saber el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia General de Seguros, así como a cualquier otro órgano desconcentrado que surja con posterioridad a su entrada en vigencia-, mediante el establecimiento de normas administrativas y la asignación de responsabilidades específicas a los distintos actores que intervienen por parte de la Proveeduría Institucional y los Centros de Costo*”.

<sup>1363</sup> Reglamento para la aprobación de variaciones al Presupuesto del Banco Central de Costa Rica, de los Órganos de Desconcentración Máxima y del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero” Aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica mediante artículo 10 del acta de sesión 5623-2013, celebrada el 20 de noviembre de 2013. Publicado en La Gaceta 237 del 9 de diciembre de 2013. Cuyas disposiciones normativas, según su numeral 2°, son de “*son de acatamiento obligatorio para todas las dependencias del Banco Central de Costa Rica, Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero y sus Órganos de Desconcentración Máxima*”.

<sup>1364</sup> Código de Ética para los directores de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, miembros del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, Gerente, Subgerente, Superintendentes e Intendentes y personal del Banco Central de Costa Rica y sus órganos de desconcentración máxima. Aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica mediante artículo 8 del acta de la sesión 5477-2010, del 3 de noviembre de 2010. Publicado en La Gaceta 239 del 9 de diciembre de 2010.

a la Contraloría General de la República para su aprobación final”. De tal forma que la característica de autoorganización de las AAI como entes reguladores al ser confrontada con las superintendencias es inexistente.

#### 8.2.1.4. Presupuesto y financiamiento

Se analiza en este apartado si las superintendencias tienen un presupuesto propio, así como la posibilidad de proponer el presupuesto que a su criterio es necesario para llevar a cabo sus funciones, la viabilidad de defenderlo ante el Congreso o cualquier otro ente encargado de su aprobación, si tienen la posibilidad de financiamiento independiente, esto es el cobro de impuestos parafiscales o tasas al sector regulado y la gestión independiente de dichos recursos, es decir, que no rige el principio de caja única del Estado y por último, el sistema de rendición de cuentas.

El hecho de que las superintendencias no tengan personalidad jurídica propia obstaculiza que dispongan de patrimonio propio<sup>1365</sup>; no obstante, algunas de las superintendencias tienen personalidad jurídica instrumental, por ejemplo, la SUPEN y la SUGESE. Como ya se indicó, en nuestro sistema jurídico tenemos un solo antecedente histórico relativo a la existencia de una AAI en el plano institucional u orgánico, que fue la SUGEF en su diseño original, así el artículo 123 de la LOBCCR, hoy derogado, disponía lo siguiente:

**Artículo 123.- Organización y funciones de la Superintendencia.** La Superintendencia General de Entidades Financieras contará con la organización administrativa y de apoyo que requiera para el debido cumplimiento de sus funciones. **La Superintendencia elaborará y ejecutará su propio presupuesto, el cual deberá ser aprobado por la Junta Directiva del Banco Central.** La financiación del presupuesto de la Superintendencia corresponderá al Banco Central. Las entidades

---

<sup>1365</sup> “Además, por su personalidad, el ente goza de un patrimonio propio, independientemente de cómo éste se constituya o se integre. La titularidad de un patrimonio implica una autonomía patrimonial y, por ende, la autonomía de gestión. Esa autonomía no es sino un corolario de la autonomía administrativa que posee el ente y que es de principio. Conforme con esa autonomía patrimonial, el ente podrá realizar todos los actos y contratos necesarios que impliquen gestión de dicho patrimonio. Queremos con ello indicar que la potestad de contratar es de principio y sólo será restringida en la medida en que la ley expresamente así lo establezca. En el ámbito del Derecho Público la personalidad es un factor de la existencia del ente público. Factor que debe ser consecuencia de la Ley. (...)” Procuraduría General de la República Opinión Jurídica 090 del 19 de marzo de 2002. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11025&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11025&strTipM=T) [29-08-2020]

sujetas a la fiscalización de la Superintendencia contribuirán al costo de los servicios de supervisión de esta, pagando al Banco Central hasta el veinte por ciento (20%) del presupuesto anual de la Superintendencia. Cada entidad fiscalizada contribuirá, en forma proporcional a sus activos financieros, conforme al balance general correspondiente al cierre del ejercicio económico del año calendario inmediato anterior. El pago deberá efectuarse en la forma y fecha que determine la Junta Directiva del Banco Central en la normativa que emitirá al efecto. El Superintendente General tendrá a su cargo la dirección administrativa de la Superintendencia General de Entidades Financieras.<sup>1366</sup> (negrita no es del original)

Recientemente se aprobó una reforma al artículo 174 de la LRMV<sup>1367</sup> que establece que el presupuesto de la superintendencias será financiado en un cincuenta por ciento (50%) con recursos provenientes del Banco Central de Costa Rica y en un cincuenta por ciento (50%) mediante contribuciones obligatorias de los sujetos fiscalizados, se observa así como “(...) *la financiación de la supervisión puede tener carácter público (dentro del presupuesto o través del señoreaje), en cuyo caso recae sobre la sociedad a través de los impuestos. También puede ser financiada con un gravamen sobre las entidades financieras supervisadas, ya sea de forma total o parcial. La información institucional sobre este tema es fragmentaria, y la literatura sobre el mismo, bastante escasa*”.<sup>1368</sup>

El presupuesto de cada superintendencia se incluye en el gasto del CONASSIF, el cual se asignará anualmente, de manera proporcional, al monto de sus respectivos presupuestos, en concordancia con el artículo 171 inciso k) de la LRMV citado; sin embargo, el Banco Central es el responsable de que las superintendencias reciban oportunamente los fondos para cubrir su presupuesto, en concordancia con el artículo 28 inciso t) de la LOBCCR que dispone, en lo que interesa, que es atribución de la Junta Directiva del BCCR, acordar el presupuesto anual y extraordinario de los órganos de desconcentración encargados de la supervisión de las actividades financieras. El artículo 174 de la LRMV dispone en relación con las propuestas de

---

<sup>1366</sup> Artículo 123 de Ley N.º 7558 versión original. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=40928&nValor3=43135&nValor5=179112&strTipM=FA](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=40928&nValor3=43135&nValor5=179112&strTipM=FA) [27-10-2020]

<sup>1367</sup> Artículo 1º de la Ley N.º 9746 del 16 de octubre de 2019.

<sup>1368</sup> Gonzalo Gil y Julio Segura. “*La supervisión financiera: situación actual y temas para debate (España)*” (Banco de España. *Revista Estabilidad Financiera*. N.º 12. 2007): 28.

presupuesto de las superintendencias y del CONASSIF, que los entes supervisados tendrán derecho realizar observaciones<sup>1369</sup> mediante la técnica de consulta pública, las cuales serán analizadas, pero no serán vinculantes para la versión final de los presupuestos que se envíen para conocimiento de la Junta Directiva del BCCR y su posterior trámite ante la Contraloría.

Según el artículo 175 de la LRMV<sup>1370</sup> cada sujeto supervisado por la SUGEF, la SUGEVAL y la SUGESE<sup>1371</sup> tienen como límite una contribución de hasta el dos por ciento (2%) de sus ingresos brutos anuales para el financiamiento de los gastos efectivos de la respectiva superintendencia. Por su lado, cada entidad supervisada por la SUPEN contribuirá hasta con un máximo de un cero coma cero dos por ciento (0,02%) de los activos administrados o de un cero coma cero cero dos por ciento (0,002%) del monto pagado por pensiones, en el caso de aquellas entidades supervisadas que no administren activos. El anterior tratamiento se da debido a una serie de cuestionamientos sobre la constitucionalidad del cobro de Fondo de Pensiones de la CCSS y en relación con la base imponible, sobre este último aspecto, la jurisprudencia contenciosa administrativa se ha referido en varias ocasiones<sup>1372</sup>. En el caso de los emisores no financieros, la contribución será hasta de un cero coma uno por ciento (0,1 %) anual sobre el monto de la emisión.

Los sujetos obligados por los artículos 15 y 15 bis de la Ley N.º 7786<sup>1373</sup>, contribuirán con un canon, este puede ser diferenciado, según lo defina el CONASSIF, en función del perfil de riesgo del sujeto supervisado, su estructura, la cantidad y el monto de sus transacciones, y

---

<sup>1369</sup> “(...) Las observaciones deberán ser enviadas, en la forma y el medio que se indique reglamentariamente, en un plazo máximo de diez días hábiles después de recibidas las propuestas de presupuesto. El resultado del análisis de las observaciones recibidas, tanto de las aceptadas como de aquellas rechazadas, se publicará dentro de los siguientes diez días naturales después de cerrado el periodo de recepción, en los sitios web de cada superintendencia, del Conassif y del Banco Central de Costa Rica. El gasto corriente del presupuesto de las superintendencias y el Conassif, anualmente no crecerá más del sesenta y cinco por ciento (65%) del crecimiento promedio del producto interno bruto nominal, para los últimos cuatro años previos al año de formulación de dicho presupuesto. Para determinar el crecimiento anual se tomará como referencia el gasto corriente del presupuesto institucional aprobado, inmediato anterior”. Artículo 174 de la LRMV.

<sup>1370</sup> Reformado por el artículo 1º de la Ley N.º 9746 del 16 de octubre de 2019

<sup>1371</sup> “Para las entidades aseguradoras y reaseguradoras supervisadas por la Superintendencia General de Seguros no se tomarán en cuenta, para los efectos de este artículo, los ingresos provenientes de las reaseguradoras (...)”.

<sup>1372</sup> Véase: Tribunal Contencioso Administrativo Sección I. Resolución N.º 00473-2005 del 4 de noviembre de 2005; Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI Resolución N.º 00030-2018 del 13 de marzo de 2018.

<sup>1373</sup> Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso No Autorizado, actividades Conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. N.º 7786 del 30 de abril de 1998. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29254&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=29254&nValor3=0&strTipM=TC) [27-10-2020]

su vulnerabilidad al riesgo. El CONASSIF es el competente para fijar anualmente el monto de dicho canon, según los cambios que se den en relación con la cantidad y tipo de sujetos inscritos y costos del proceso de supervisión. El canon se paga anualmente. Es importante resaltar que dentro de estos límites máximos, las superintendencias podrán cobrar a cada sujeto supervisado una contribución marginal superior cuando el perfil de riesgo del supervisado exija un mayor esfuerzo de supervisión. El cálculo del costo de ese esfuerzo adicional se establece con base en el costeo de las tareas realizadas y según los procedimientos que se establecerán en el reglamento respectivo.

Mediante reglamento del Poder Ejecutivo se especificarán los porcentajes de la contribución tanto regulares como los marginales por concepto de esfuerzo superior en la supervisión, según los diversos tipos de sujetos supervisados, dentro de los límites máximos antes indicados, de manera que se cubra el cincuenta por ciento (50%) de los gastos de cada una de las superintendencias. No se puede imponer una contribución adicional, cuando un mismo sujeto quede sometido a la supervisión de más de una superintendencia, sino que el sujeto de que se trate, contribuirá únicamente al presupuesto de su supervisor natural o principal. En caso de mora, el monto de las contribuciones adeudadas devengará la tasa de interés moratoria definida en la Ley N.º 4755, Código de Normas y Procedimientos Tributarios, de 3 de mayo de 1971.

Por último, se puede mencionar que la remuneración de funcionarios de las superintendencias depende también del CONASSIF, según el 176 de la LOBCCR, el Consejo es el encargado de adoptar las medidas necesarias para que la remuneración de los funcionarios profesionales de las superintendencias se determine tomando en cuenta las remuneraciones prevalecientes en el mercado financiero nacional de manera que se garantice la calidad del personal. Es decir, que mediante salarios competitivos se capten y mantengan los funcionarios capacitados.

### **8.2.2. Independencia personal o subjetiva**

La independencia personal o subjetiva se refiere, como quedó expuesto con detalle, al régimen jurídico particular de los directivos de las AAI, los cuales son, por lo general, los miembros de los órganos colegiados o como en el caso costarricense los superintendentes. En este punto se analizan: i. requisitos, incompatibilidades e inhabilidades para el cargo, ii.



postulación y nombramiento de los miembros directivos, iii. duración del mandato, posibilidad de reelección y remoción por justa causa.

### 8.2.2.1. Requisitos, incompatibilidades e inhabilidades para el cargo

Este aspecto ha generado recientemente en Costa Rica varias controversias, se ha señalado por la prensa un notable defecto tanto en el diseño como en el seguimiento de los procedimientos para la elección de los superintendentes, que van desde la postulación de persona sin los atestados necesarios o experiencia en el sector en que se pretendía desempeñar u otros casos aún más preocupantes, como el insólito nombramiento de una persona para ejercer el cargo de superintendente en dos superintendencias simultáneamente<sup>1374</sup> (SUGEF y SUPEN), burlando el postulado básico de cualificación técnica en el sector de referencia. Así, las críticas que se puede hacer al sistema costarricense van desde el denominado *revolving door* o puertas giratorias<sup>1375</sup>, conflictos internos de interés del sector público financiero<sup>1376</sup>, hasta el más manifiesto nepotismo político. Igualmente, una adecuada comprensión de la teoría de las AAI, un tanto de voluntad política para aplicar la normativa existente y llevar a cabo las reformas necesarias podría ayudar a solventar el mencionado flagelo.

A pesar de lo recién señalado, se debe decir que en nuestro país el aspecto de la independencia subjetiva es el que se encuentra mejor regulado, otra cosa muy diferente es que se aplique en la práctica, así podemos encontrar un completo articulado que se refiere a los requisitos, incompatibilidades e inhabilidades que deben tener los candidatos a

---

<sup>1374</sup> Véase: Sebastian May-Grosser. “Rocío Aguilar liderará la Sugef y la Supen simultáneamente”. Nota periodística del 7 de septiembre de 2020. *Delfino*, disponible en: <https://delfino.cr/2020/09/rocio-aguilar-liderara-la-sugef-y-la-supen-simultaneamente> [27-10-2020]; Geovanny Debrús-Jiménez. “Puertas giratorias: Nombramiento de Aguilar en Sugef sugiere conflicto de intereses y poca transparencia” Nota periodística del 8 de septiembre de 2020. *CulturaCR.com*, disponible en: <https://www.culturacr.net/puertas-giratorias-nombramiento-de-aguilar-en-sugef-provoca-acusaciones-de-conflicto-de-intereses-y-poca-transparencia/> [27-10-2020]

<sup>1375</sup> Véase: Natalia Díaz-Zeledón. “De regulados a reguladores: el ir y venir de los intereses en la regulación financiera”. Nota periodística del 11 de febrero de 2020. *Semanario Universidad*, disponible en: <https://semanariouniversidad.com/pais/de-regulados-a-reguladores-el-ir-y-venir-de-los-intereses-en-la-regulacion-financiera/> [27-10-2020]

<sup>1376</sup> Véase: Sebastian May-Grosser. “El Caso Bernardo Alfaro Araya: de la SUGEF al Banco Nacional” Nota periodística del 1 de septiembre de 2020. *Delfino*, disponible en: <https://delfino.cr/2020/09/el-caso-bernardo-alfaro-araya-de-la-sugef-al-banco-nacional> [27-10-2020]; Kristín Hidalgo. “Ministro de Hacienda: Pudo existir conflicto de intereses” en nombramiento de nuevo gerente del BN” Nota periodística del 1 de septiembre de 2020. *ameliarueda.com*, disponible en: <https://www.ameliarueda.com/nota/ministro-hacienda-pudo-existir-conflicto-intereses-nombramiento-gerente-BN> [27-10-2020]

desempeñar el cargo de superintendente y que se deben observar durante el proceso de nombramiento.

Según el artículo 172 de la LRMV N.º 7732, los superintendentes e intendentes se encuentran sujetos a las disposiciones de los artículos 18 a 23 de la LOBCCR N.º 7558. El artículo 18 de la citada ley dispone tres requisitos básicos, de carácter subjetivo o personal, para ser superintendente que son *a) Ser mayores de treinta años de edad. b) Ser costarricenses. c) Ser de reconocida y probada honorabilidad.* El artículo 19 *ibid.* dispone que no podrá ser designado superintendente o intendente *“a) Las personas que hayan sido declaradas culpables en la vía judicial, durante los cinco años anteriores a su nombramiento, en una demanda ejecutiva fundada en el atraso o la falta de pago de obligaciones propias con cualquiera de las entidades financieras sujetas a la fiscalización de la Superintendencia”.* Con ello se pretende evitar cualquier tipo de conflicto de interés, por ejemplo, ya que se podría usar su posición dentro del sistema financiero para retrasar o no pagar sus deudas declaradas judicialmente y que las mismas prescriban. En un sentido similar el inciso b) veta a las *“Las personas que no estén al día en el pago de sus obligaciones con las entidades supervisadas por el Sistema Financiero Nacional”.* Sobre este aspecto, la PGR se ha pronunciado en el dictamen C-282-2018 del 12 de noviembre de 2018,<sup>1377</sup> reconsiderado parcialmente en el dictamen C-067-2019 del 15 de marzo de 2019.<sup>1378</sup>

El artículo 173 de la LRMV establece otra obligación para los superintendentes e intendentes, en el sentido que tienen que incluir en su declaración anual de bienes, una referencia detallada del estado de sus obligaciones con cualesquiera de los sujetos fiscalizados. Por otro lado, cuando un funcionario de cualquier superintendencia obtenga créditos directos o indirectos de cualquier ente fiscalizado, debe de comunicarlo, por escrito, al respectivo superintendente, dentro del mes siguiente a la formalización de la respectiva operación.

El artículo 19 LOBCCR N.º 7558 inciso c) dispone la prohibición de designar como directivo a *“Las personas que estén ligadas entre sí, por parentesco por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive”* lo cual es una prohibición que aplica para la

---

<sup>1377</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C- 282-2018 del 12 de noviembre de 2018.

<sup>1378</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C-067-2019 del 15 de marzo 2019.

generalidad de los puestos públicos, a excepción de los políticos o denominados de confianza, el inciso d) dispone la incompatibilidad para *“Quienes sean socios de la misma sociedad, en nombre colectivo o de responsabilidad limitada, o formen parte del mismo directorio de una sociedad por acciones”* y finalmente dispone la citada norma que *“Cuando, con posterioridad a sus nombramientos, se presentare una de estas incapacidades, caducará el nombramiento del miembro de menor edad. Asimismo, cesará en el nombramiento la persona nombrada, cuando se presentare alguna de las situaciones detalladas en los dos primeros incisos de este artículo”*.

El artículo 177 de la LOBCCR establece que *“Ningún funcionario de las superintendencias podrá ser director, gerente, representante legal, personero, empleado ni socio de ninguno de los sujetos fiscalizados por las superintendencias; tampoco podrá tener participación, directa ni indirecta, en el capital de esos sujetos, excepto ser asociado en las cooperativas, mutuales de vivienda o asociaciones solidaristas, propietario de participaciones en fondos de inversión o afiliado a fondos de pensiones”*. Lo anterior se encuentra directamente relacionado con el deber de probidad e imparcialidad que tiene que regir en todos los funcionarios públicos y aún más en las administraciones que se encargan de regular y supervisar a los mercados regulados, esto ante el peligro del fenómeno llamado toma o captura del regulador, esto es, la influencia o corrupción que se produce cuando los entes fiscalizados se valen de su peso económico o de contactos políticos para influir en las decisiones del regulador. La PGR ha desarrollado ampliamente el tema en la Opinión Jurídica de la Procuraduría General de la República N.º 105-J del 22 de julio de 2002,<sup>1379</sup> También la Sala Constitucional se ha referido al respecto de la siguiente forma:

(...) al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir en menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad, (...) de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública. En el fondo lo que existe es una exigencia moral de parte de la sociedad en relación (sic) a la prestación del servicio público. El régimen de incompatibilidades persigue evitar que corra peligro la función pública, con el consecuente perjuicio para la administración y los usuarios, que

---

<sup>1379</sup> Opinión Jurídica de la Procuraduría General de la República N.º 105-J del 22 de julio de 2002.

resultaría inaceptable. El sistema de garantías para el ejercicio de la función pública, tiene su soporte ético relacionado con el principio de igualdad de trato para todos los administrados.<sup>1380</sup>

Concretamente sobre el tema de la incompatibilidad que cobija a los funcionarios de las superintendencias, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia resolvió en la Resolución N.º 00492-2004 que estos funcionarios “no pueden probar suerte en el sector privado” regulado, mientras siga vigente la relación laboral incluso con la solicitud de permisos especiales para el efecto, dice concretamente la Sala:

IV. De lo anterior se colige que la denegatoria del permiso sin goce de salario, obedeció a que resultaba incompatible el ejercicio del cargo procurado con los intereses públicos de la Administración demandada, ya que fue solicitado para prestar servicios en un ente fiscalizado por la propia Superintendencia General. No es, por tanto, una actuación arbitraria de la Administración, fruto de la voluntad desnuda de quien lo adoptó, la que rechazó el permiso, sino la aplicación singular de una disposición normativa. (...) No puede tratarse entonces, de un derecho laboral adquirido por la costumbre, hecha ley de la demandada, de otorgar permisos sin goce de salario por seis meses, a buenos empleados que decidieran salir a probar suerte en trabajos fuera de la institución, con el derecho asegurado de poder regresar siempre a su antiguo puesto, como se invoca.

V.- Lo alegado por el recurrente en el sentido de que la demandada actuó de mala fe, al no contestar la petición ni resolverla; no obstante conocer la urgencia con que esperaba la resolución, no resulta atendible, ya que su solicitud fue presentada en notas de fecha 9 y 19 de junio de 1998, y resueltas el 6 de julio de ese año (folio 10), por lo que se hizo dentro de un margen razonable, y solo un día después del plazo contemplado en el numeral 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Tampoco es atendible su inconformidad, en el sentido de que en esas condiciones no le quedó otra alternativa más que renunciar, no en forma incondicional, sino conservando sus

---

<sup>1380</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolución N.º 2883-96 del 13 de junio de 1996; En un sentido similar véase la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia N.º 00-11524 de 21 de diciembre de 2000.

derechos laborales. Por el contrario, de la prueba de autos se colige que se trató de una renuncia incondicionada, motivada por una mejora salarial.<sup>1381</sup>

Además, los superintendentes e intendentes se encuentran sometidos a una serie de prohibiciones, por ejemplo, la contenida en el artículo 132 de la LOBCCR que prohíbe “*al Superintendente, al Intendente, a los miembros del Consejo Directivo, a los empleados, asesores y a cualquier otra persona, física o jurídica, que preste servicios a la Superintendencia en la regularización o fiscalización de las entidades financieras, dar a conocer información relacionada con los documentos, informes u operaciones de las entidades fiscalizadas. La violación de esta prohibición será sancionada según lo dispuesto en el artículo 203 del Código Penal. Tratándose de funcionarios de la Superintendencia constituirá, además, falta grave para efectos laborales*”, entre otros aspectos relacionados con las funciones propias del cargo. Una lista general de incompatibilidades para ejercer el cargo de superintendente o intendente la contemplan el artículo 20 de la LOBCCR, a saber:

El cargo de miembro de la Junta Directiva es incompatible con el de:

- a) Miembro o empleado de los Supremos Poderes o quien lo sustituya en sus ausencias temporales y quien desempeñe cargos públicos no remunerados por el Estado, con excepción del Ministro de Hacienda o quien lo sustituya, conforme con el inciso b) del artículo 17 de esta ley.
- b) Gerente, personero o empleado del propio Banco Central.
- c) Accionista y miembro de la junta directiva o del consejo directivo de entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras, de la Superintendencia de Pensiones o la Comisión Nacional de Valores o quienes, a la fecha de su nombramiento, tengan a sus padres, hermanos, cónyuges o hijos en esa condición, en las entidades dichas.
- d) Gerente, personero o empleado de entidades financieras sujetas a la fiscalización de los entes mencionados en el inciso anterior.
- e) Funcionario de organismos financieros o bancarios, internacionales y regionales.

Cuando, con posterioridad a su nombramiento, se comprobare la existencia previa de alguno de estos impedimentos, caducará la designación de miembro de la Junta.

---

<sup>1381</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 00492-2004 del 16 de junio de 2004.

### **8.2.2.2. Postulación y nombramiento de los miembros directivos**

El artículo 172 de la LRMV establece que la SUGEF, la SUGEVAL y la SUPEN contarán con sendos superintendente e intendente, quienes serán nombrados por el Consejo Nacional, por mayoría de al menos cinco votos, por períodos de cinco años y podrán ser reelegidos cuantas veces lo acuerde el Consejo Nacional. En cuanto a la SUGESE, se aplica lo dispuesto en el artículo 172 de la LRMV en virtud del artículo 28 de la LRMS. N.º 8653 que dispone, para lo que interesa, que *“(...) a la Superintendencia, al superintendente y al intendente les serán aplicables las disposiciones establecidas, de manera genérica y de aplicación uniforme, para las demás superintendencias bajo la dirección del Consejo Nacional y sus respectivos superintendentes e intendentes”*.

El requisito señalado sobre ser una persona de reconocida y probada honorabilidad, es el más controvertido y ambiguo, en este sentido, realizar un control de legalidad sobre este aspecto es realmente difícil, quedando prácticamente a criterio del CONASSIF realizar tal elección, sin posibilidad de controvertir la decisión por cuestionables que sean. Por lo anterior, se considera con base en la doctrina expuesta que la designación de los superintendentes debería ser aquella ideada para la designación de los miembros directivos de las AAI, a saber, la postulación por el presidente y la ratificación por el Congreso.

### **8.2.2.3. Duración del mandato, posibilidad de reelección y remoción por justa causa**

El artículo 172 de la LRMV dispone que los superintendentes e intendentes serán nombrados *“(...) por períodos de cinco años y podrán ser reelegidos cuantas veces lo acuerde el Consejo nacional”*. Como señala la doctrina especializada, el periodo de cinco años es el estándar en relación con las AAI, pero es necesario poner un límite a las reelecciones de los superintendentes, lo cual compromete seriamente la neutralidad y la independencia subjetiva de los miembros directivos. Los superintendentes e intendentes en principio son inamovibles durante el citado periodo de cinco años; no obstante, una lista taxativa de causales de cese se deriva del artículo 21 de la LOBCCR, a saber:

- a) El que dejare de ofrecer los requisitos establecidos en el artículo 18 o incurriere en alguna de las prohibiciones del artículo 20.

- b) El que se ausentare del país por más de dos meses sin autorización de la Junta. La Junta no podrá conceder licencias por más de tres meses.
- c) El que, por cualquier causa no justificada debidamente, hubiere dejado de concurrir a tres sesiones ordinarias consecutivas.
- d) El que infringiere alguna de las disposiciones contenidas en las leyes, los decretos o los reglamentos aplicables al Banco o consintiere su infracción.
- e) El que fuere responsable de actos u operaciones fraudulentas o ilegales.
- f) El que, por incapacidad, no hubiere podido desempeñar su cargo durante seis meses.
- g) El que fuese declarado incapaz.

Además, el citado artículo dispone que *“La separación de cualquiera de los miembros de la Junta Directiva no lo libra de las responsabilidades legales en que pudiera haber incurrido por incumplimiento de alguna de las disposiciones de esta ley”*. Así los superintendentes electos pueden ser removidos de su cargo por el Consejo Nacional, por mayoría de al menos cinco votos si en el procedimiento iniciado al efecto, se determina fehacientemente que han dejado de cumplir con los requisitos necesarios para su nombramiento, que han incurrido en alguna causa de impedimento, prohibición, incompatibilidad, cese de funciones o en negligencia grave en el desempeño de sus funciones.

### **8.2.3. Independencia funcional**

Se analiza en el presente apartado, el nivel de independencia funcional que tienen las superintendencias desde el enfoque de las AAI, esta es la independencia para realizar o llevar a cabo las funciones que tienen encomendadas sin la interferencia de agentes externos, se analizan en concreto tres aspectos, a saber: i. eficacia de las instrucciones gubernamentales, ii. competencias revisoras y revocatorias del Gobierno y iii. análisis del impacto regulatorio ex ante por agencias externas.

#### **8.2.3.1. Eficacia de las instrucciones gubernamentales**

Las cuatro superintendencias del sector financiero, se han clasificado dentro de la teoría general de ordenación del Estado costarricense, como entes adscritos a un ente autónomo, el Banco Central de Costa Rica (BCCR), por ello y en apego a la estricta teoría, no tienen personalidad jurídica, así, estas superintendencias son un ejemplo de la denominada

desconcentración funcional; sobre este concepto jurídico, la PGR se ha referido en el dictamen C-049-2006 del 14 de febrero de 2006 en el sentido que *“La desconcentración es una técnica de distribución de competencias. La particularidad de esta técnica, que la diferencia de la descentralización, deriva de que el cambio de competencias se presenta dentro de la propia organización administrativa. En efecto, la desconcentración no implica la creación de un centro independiente de imputación de derechos y obligaciones, una persona jurídica, como es lo propio de la descentralización. Por el contrario, la desconcentración se produce en favor de órganos de una misma persona jurídica o de un mismo órgano, por la cual un órgano inferior se ve atribuida una competencia en forma exclusiva, para que la ejerza como propia, en nombre propio y bajo su propia responsabilidad”*.<sup>1382</sup> La consecuencia más importante, para nuestros efectos, es que con la desconcentración se elimina el principio fundamental en materia de organización: el principio de jerarquía. Tampoco hay una relación de instrumentalidad.

Como se puede entender del anterior párrafo, las superintendencias no están sometidas a una relación de jerarquía en relación con el BCCR, con ello, el ente desconcentrado puede ejercer sus competencias de manera independiente, pero no se trata de cualquier competencia, sino la estrictamente establecida en la ley de creación del ente (ley que la desconcentra), esta es *“una competencia para resolver, para decidir en forma definitiva sobre una materia determinada por el ordenamiento. Esta atribución se funda en la necesidad de especializar ciertos órganos en materias específicas, de manera que se satisfagan en mejor forma los cometidos públicos. Desde esa perspectiva, desconcentrar es especializar funcionalmente determinados órganos, sin que se desliguen orgánicamente tales competencias de la estructura originaria (...)”*<sup>1383</sup> es por ello en los demás aspectos de la actividad, en las funciones “no esenciales” por así llamarlas *“(...) el órgano desconcentrado permanece sometido a la relación jerárquica. Esa situación autoriza al jerarca a ejercer sus poderes normales respecto de los ámbitos no desconcentrados”*.<sup>1384</sup> Así se explica porque le corresponde al BCCR establecer a las superintendencias aspectos relacionados con el presupuesto, personal, contratación administrativa, entre otros aspectos, que en principio no comprometen su independencia. Cabe recordar que existen dos grados de desconcentración

---

<sup>1382</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C-049-2006 del 14 de febrero de 2006.

<sup>1383</sup> Ibid.

<sup>1384</sup> Ibid.



administrativa: la mínima y la máxima, sobre este particular la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la desconcentración:

Tiene por objeto encomendar a un órgano especializado dentro de una estructura administrativa, el ejercicio de determinadas competencias con el fin de lograr mayor eficiencia (canon 83 Ley General de la Administración Pública). Al transferirse la competencia es claro que el superior jerárquico resulta incompetente para emitir los actos relativos a la materia desconcentrada, pero mantiene su competencia en los ámbitos no cubiertos por la desconcentración. Tiene dos modalidades: En la mínima, el superior no puede abocar las competencias del inferior ni revisar o sustituir la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte. En la máxima, además de lo anterior, el superior no puede darle órdenes, instrucciones o circulares al inferior. Tocante a la asignación de las competencias, de contener potestades de imperio la norma deberá ser de rango legal; si las atribuciones no involucran potestades de imperio, la atribución podrá hacerse por medio de normas reglamentarias.<sup>1385</sup>

En esta línea se ha dicho que los entes con desconcentración mínima *“el jerarca mantiene el poder de mando e instrucción sobre el órgano desconcentrado (artículo 83, 3 ibidem. de la Ley General de Administración Pública). Lo que significa que ante una desconcentración mínima, el jerarca podría determinar el ejercicio de la competencia desconcentrada, sin que eso implique desconocimiento de la desconcentración. En ese sentido, la desconcentración de competencias es compatible con una tutela jurídica y material completa, que se expresa en la facultad que tiene el órgano que desconcentra de fijar criterios y dictar instrucciones que deberá cumplir el órgano que ejerza competencias desconcentradas”*.<sup>1386</sup> En relación con los entes con desconcentración máxima, además de las limitaciones propias de la desconcentración mínima, el órgano superior no puede darle órdenes, instrucciones o circulares al inferior, así se constituye el mayor límite en la relación de jerarquía, esto le impide al jerarca el ejercicio de los poderes de mando y de control, además el de revisar o avocarse actos propios de la competencia del órgano menor, la Sala Constitucional se ha referido sobre esta forma de organización en el sentido que:

---

<sup>1385</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 01247-2011 del 26 de septiembre de 2011.

<sup>1386</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C-049-2006.

(...) la desconcentración en grado máximo, además de flexibilizar, agilizar y racionalizar el aparato administrativo, le permite al órgano desconcentrado ejercer exclusiva y excluyentemente -sin interferencia alguna- una competencia técnica. De manera, que además de actuar la eficacia y la eficiencia, la desconcentración máxima, en cuanto extingue la relación de jerarquía -al desaparecer la potestad de mando u ordenación que es la esencial para que exista una relación jerárquica-, permite que el órgano ejerza sus competencias de manera objetiva, independiente, técnica e imparcial, sin interferencia del criterio político. Desde esa perspectiva, la desconcentración máxima supone una adscripción a un ente público determinado sin subordinación a los jefes de éste.<sup>1387</sup>

Esta última sentencia del Alto Tribunal añade un aspecto de especial importancia para los efectos del presente trabajo de investigación y es que la desconcentración máxima garantiza dos de las características fundamentales de la independencia de las AAI, que son la independencia de criterio o técnica y la independencia política. Con todo lo anterior se concluye que las superintendencias tienen independencia funcional en relación con el BCCR, por ello este último no le puede girar instrucciones, hasta este punto el panorama es pacífico y relativamente sencillo, ya que no hay distorsión entre lo que dice la doctrina y la jurisprudencia, así como la teoría de las AAI, las cuales perfectamente pueden ser órganos adscritos a un ente autónomo o incluso a un ministerio. El tema se complica cuando se trae a colación la figura del CONASSIF, el cual es un órgano colegiado *sui generis* dotado de importantes competencias para la regulación económica del sector financiero, como ya se expuso, ahora lo que interesa señalar son sus competencias para supervisar a los supervisores, es decir, ejercer de contralor o superior jerárquico de aquellas en virtud del artículo 171 de la LRMV N.º 7732.

La doctrina constitucional ha señalado que el Poder Ejecutivo tiene la competencia inherente que es procurar la buena marcha de la Administración Pública, así se encuentra plasmado en nuestra Carta Magna en el numeral 140 inciso 8, al decir que es un deber y una atribución que corresponden conjuntamente al presidente y al respectivo ministro el “*vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas*”. Lo anterior se ha

---

<sup>1387</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 11210 - 2008 del 16 de julio de 2008.

vinculado con el fenómeno de la descentralización administrativa, la cual a diferencia de la desconcentración, sí le otorga personalidad jurídica propia a un ente administrativo nuevo, como las llamadas instituciones autónomas, verbigracia, el BCCR, así en el año 1968 mediante la Ley N.º 4123 se reformó el artículo 188 de la Constitución Política vigente que dispone que *“Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión”*. a este proceso se le denominó por algún autor la “recentralización administrativa”<sup>1388</sup>, lo cual se llevó a cabo en virtud del principio de Unidad de Mando<sup>1389</sup>, entre otros argumentos relacionados con la planificación administrativa.<sup>1390</sup>

Sobre el fenómeno descentralización administrativa que es propio del Estado social<sup>1391</sup>, la Sala Constitucional ha dicho que *“(…) desde el punto de vista constitucional, es necesario comenzar por recalcar que Costa Rica, desde su nacimiento, ha sido un Estado unitario concentrado, lo cual quiere decir que no ha tenido nunca ningún tipo de descentralización política propiamente dicha. La única que ha conocido, es la administrativa, sea esta territorial -municipios- o institucional. De manera que es inútil todo ejercicio tendente a distinguir, como pretenden los recurrentes, entre descentralización meramente administrativa y otras formas*

---

<sup>1388</sup> Véase: Jorge R. Calderón A. “La recentralización administrativa en Costa Rica (Costa Rica)” *Revista de ciencias jurídicas*, N.º 52 (enero-abril, 1985): 11-46.

<sup>1389</sup> *Ibid.* op. cit. pág. 17.

<sup>1390</sup> *“Bajo tal inteligencia, durante el curso de los debates legislativos de la reforma del artículo 188 de la Constitución Política, quedó patente el crecimiento considerable de las instituciones autónomas -administración pública descentralizada institucional o por servicios- y que al poseer una autonomía política o de gobierno se habían convertido en una especie de microestados dentro del Estado costarricense con un poder considerable y una libertad absoluta e irrestricta, que excluía toda forma de planificación, dirección y coordinación por parte del Poder Ejecutivo. De esta forma, en dicha oportunidad se discutió la necesidad de orientar a las instituciones autónomas hacia objetivos y metas fijos, sometiéndolas a un proceso de planificación integral, para evitar que cada una de éstas buscara sus propios fines y de esa forma lograr el desarrollo socioeconómico del país evitando la improvisación, la duplicidad de funciones y el desperdicio de recursos”*. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17600-2006 del 6 de diciembre de 2006.

<sup>1391</sup> *“El modelo de descentralización administrativa surge para evitar la congestión y el colapso de la Administración Central o del Estado para, de esta forma, agilizar el aparato o maquinaria administrativa. Es evidente que el Estado no tiene capacidad de gestión (infraestructura financiera, humana, material y técnica) para atender la heterogeneidad de intereses públicos y para satisfacer la diversidad de necesidades de la colectividad, razón por la cual se ve obligado a transferir la titularidad y el ejercicio de algunas competencias específicas y exclusivas a otros entes públicos menores. Estáticamente, la descentralización consiste en la existencia, en el ámbito de la organización administrativa, de una serie de entes públicos menores distintos del Estado que tienen encomendada la realización de fines públicos específicos. Dinámicamente, significa la transferencia definitiva de la titularidad y el ejercicio de las competencias de la Administración Pública Central o Estado a la Administración Pública Descentralizada, sin que medie una relación de jerarquía administrativa, si no, únicamente, de tutela administrativa, esto es, hay un relajamiento de los vínculos entre la Administración Pública Central y Descentralizada”*. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17600-2006 del 6 de diciembre de 2006.

*posibles de descentralización, la política*".<sup>1392</sup> Así quedó dicho que en Costa Rica únicamente es posible la descentralización administrativa territorial o por materia también llamada institucional, siendo las denominadas instituciones autónomas, el sujeto jurídico característico de la descentralización institucional, aquellas que tienen las siguientes características:

1. Son entes con personalidad jurídica distinta del Estado;
2. Tienen una competencia específica, que es última, definitiva y excluyente;
3. Son tutelados por la Administración Pública a través de las potestades de dirección, programación o planificación y control;
4. Tienen autonomía económica (financiera o presupuestaria).<sup>1393</sup>

En Costa Rica no existe en contexto administrativo la "independencia política", así las instituciones autónomas (entes desconcentrados institucionalmente) se encuentran respecto al Poder Ejecutivo vinculadas en una relación denominada de "tutela administrativa"<sup>1394</sup>, también conocida como dirección gubernamental, reforzada después de la citada reforma, autonomía y tutela van de la mano, está alude concretamente a una "(...) *relación intersubjetiva de carácter horizontal que se establece, básicamente, entre sujetos de derecho público y entes públicos menores para el logro de una acción administrativa globalmente coordinada, unitaria y racional. Es una relación intersubjetiva que excluye la jerarquía propia de las relaciones Inter orgánicas –entre órganos de un mismo ente público-, puesto que, debe respetar la autonomía*

---

<sup>1392</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 04091 - 1994 del 9 de agosto de 1994.

<sup>1393</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 21271-2019 del 30 de octubre de 2019.

<sup>1394</sup> "En el marco de un "Estado unitario concentrado", tal y como ha definido el Tribunal Constitucional al costarricense (Voto N.º 4091-94 del 9 de agosto de 1994, reiterado en el N.º 7528-97 del 12 de noviembre de 1997), resulta más evidente la vigencia del principio de unidad de mando. Ese principio, significa que tanto el Gobierno como la Administración tienen una cabeza común, siendo en nuestro régimen semi-presidencialista, la figura del Presidente de la República quien puede actuar de forma unipersonal -básicamente para asuntos políticos- o conjuntamente con el respectivo Ministro rector del sector o ramo administrativo respectivo quién es, constitucionalmente, su obligado colaborador. Tanto la dirección política como la administrativa la ejerce el Presidente de la República, asistido de sus colaboradores obligados. El principio de la unidad de mando que ejerce el Poder Ejecutivo, a través de la figura del Presidente, cuando actúa aislada o conjuntamente con el respectivo Ministro, permite mantener la armonía, coordinación, coherencia y unidad de la gestión administrativa, puesto que, de lo contrario existiría un caos y desorden administrativo, en el que cada ente público realizaría aquellas tareas que estime prioritarias de forma unilateral y caprichosa. En tal sentido, el Estado debe velar por su propia existencia o continuidad en el tiempo, para lo cual debe determinar, a través de sus órganos fundamentales -Poder Ejecutivo y Legislativo-, las líneas generales y los fines de la actuación de todos los entes públicos. Es así como la tutela administrativa o dirección intersubjetiva ejercida por el ente público mayor (Estado) pretende garantizar, también, la unidad estatal. Debe tomarse en consideración que el principio de unidad de mando resulta de vital importancia cuando se cae en la cuenta que fuera del ente público mayor o Estado existe una pluralidad ingente de entes públicos menores". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17600-2006 del 6 de diciembre de 2006.

que posee cada uno de los entes públicos menores”<sup>1395</sup>, por ello la tutela es distinta de la relación de jerarquía.

Así existen diversos grados de autonomía, concepto distinto de la independencia<sup>1396</sup>, con base en una especie de “pirámide de la descentralización”<sup>1397</sup> en que se pueden distinguir al menos tres tipos de autonomía, a saber: i. autonomía administrativa, que es la capacidad de autoadministrarse por sí mismo sin sujeción a otro ente; ii. autonomía política o de gobierno: es la capacidad de autodirigirse políticamente, de señalarse o fijarse el ente a sí mismo, sus propios objetivos directores, se refiere a la capacidad de fijar sus propias políticas, objetivos, fines y metas a través de la potestad de planificación, así como los medios para alcanzarlos y iii. autonomía organizativa: el ente puede autoorganizarse o sea dictarse su propia organización fundamental con exclusión de la potestad legislativa.

Como ya se ha mencionado, el BCCR, ente al que están adscritas las superintendencias, es una institución autónoma de desconcentración máxima o primer nivel, se encuentra sometido a la ley en materia de Gobierno, se encuentra también en relación de tutela con respecto del Poder Ejecutivo, que se materializa mediante las directrices que a los efectos de buen gobierno y planificación emita dicho poder (las órdenes, instrucciones y similares están vedadas); no obstante, los alcances de la directriz respecto a un ente descentralizado son bastante limitadas<sup>1398</sup>.

---

<sup>1395</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17600-2006 del 6 de diciembre de 2006.

<sup>1396</sup> “La independencia es un concepto de tipo jurídico que corre entre órganos de un mismo rango, no sujetos a jerarquía alguna; como ejemplo tenemos los tres órganos constitucionales del Estado, decimos que cada uno de ellos es independiente de los demás, asimismo cada país en el concierto de las naciones, es soberano e independiente, debe de existir entre ellos una relación de coordinación; cada órgano decide libremente toda su actividad, sin que pueda haber interferencia de otro órgano u ente, ajeno a su competencia, o actividad, sea está reglada o discrecional. En la relación nacida del concepto de independencia no hay subordinación, ni dirección, como sí puede suceder con la descentralización, donde hay una relación de Dirección entre el órgano “Descentralizado” y el órgano director”. Jorge R. Calderón A. “La recentralización administrativa en Costa Rica (Costa Rica)” *Revista de ciencias jurídicas*, N.º 52 (enero-abril, 1985): 16.

<sup>1397</sup> Véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 21271 - 2019 del 30 de octubre de 2019.

<sup>1398</sup> “Al trasladar la ley las funciones de administración del Ejecutivo central a la jurisdicción de las instituciones autónomas, ésta les reservó: A) la iniciativa de su gestión; esto es, no puede el Ejecutivo central ordenarles directamente actuar. La directriz podría regular que si el ente actúa, lo haga en determinada dirección, pero no obligar al ente a hacerlo o impedir que actúe. B) La autonomía para ejecutar sus tareas y dar cumplimiento a obligaciones legales, entre las cuales debe ser incluido el cumplimiento de directrices legalmente adoptadas por el Poder Ejecutivo. En este sentido, como se dijo, no es posible autorizar al Ejecutivo ni a ninguna otra dependencia administrativa que obligue a las instituciones autónomas a actuar condicionadas de tal modo que, sin su autorización, no pueda llevar a cabo sus funciones. (...)” Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia.

En el anterior sentido, la Sala Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que *“el Ejecutivo no puede interferir en ese núcleo de competencia concreta del ente, es decir, no puede obstaculizar su ámbito singular de actuación, ni variar o impedirle el cumplimiento de los fines que la ley le impuso. Asimismo, está claro que las autónomas deben tener un grado razonable de independencia de gobierno que les permita llevar a cabo su misión”*.<sup>1399</sup> lo anterior tiene su fundamento, como sigue diciendo la Sala Constitucional, en el la LGAP:

(...) al establecer la facultad de dirección del Poder Ejecutivo, admitiendo la posibilidad de sustituir o destituir a los funcionarios de la entidad autónoma en caso de incumplimiento de las directrices, cuando éstas se hayan desobedecido reiteradamente y luego de 3 conminaciones (artículo 98.5). De allí que establecer la autorización o aprobación previa al ejercicio de su actuación administrativa particular o específica es inconstitucional. C) Queda también definido bajo el concepto de autonomía, la fijación de fines, metas y tipos de medios para cumplirlas. En este sentido la dirección del Poder Ejecutivo debe fijar las condiciones generales de actuación que excedan del ámbito singular de actuación de cada institución. No puede el Ejecutivo girar directrices específicas sino a todas ellas o a conjuntos de ellas (verbigracia, a los bancos del Estado), o en áreas de acción generales (inversión o endeudamiento externo) (...).<sup>1400</sup>

Se puede concluir que los entes autónomos en Costa Rica tienen un marco legal que les permite llevar a cabo sus competencias con un nivel óptimo de lo que hemos denominado independencia funcional. Vinculando todo lo anterior con el tema de este trabajo de investigación y concretamente con la independencia funcional de las superintendencias como AAI, se debe señalar que sería lógico pensar que al ser estas últimas, entes adscritos a una institución autónoma, estarían libres de recibir órdenes, instrucciones o directrices del Poder Ejecutivo, pero tal conclusión sería apresurada y en el plano de la realidad errónea, ¿por qué tal situación?, la respuesta no es jurídicamente sencilla y tiene connotaciones de carácter político.

---

Resolución N.º 3309-94 del 5 de julio de 1994. Citada por la Resolución N.º 17600-2006 del 6 de diciembre de 2006.

<sup>1399</sup> Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 12019-2002 del 18 diciembre de 2002. Citada por la Resolución N.º 17600-2006 del 6 de diciembre de 2006.

<sup>1400</sup> Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 3309-94 del 5 de julio de 1994. Citada por la Resolución N.º 17600-2006 del 6 de diciembre de 2006.

La conformación de la CONASSIF como órgano colegiado para las cuatro superintendencias tiene dentro de sus integrantes al Ministro de Hacienda, dicho órgano tiene atribuidas todas las competencias para la toma de decisiones de importancia relacionadas con las superintendencias, con un conocimiento sistemático del sistema regulatorio, se puede afirmar que estas se han visto reducidas a meras oficinas, secretarías u órganos consultivos, la presencia del Ministro de hacienda, como lo ha señalado la doctrina, compromete seriamente o elimina la independencia funcional de cualquier ente regulador o supervisor, con ello no es necesario que el Poder Ejecutivo tenga la competencia para emitir órdenes, instrucciones o directrices, basta con que el designado por el Presidente haga escuchar su voz en la junta y ejerza su voto en determinado sentido, lo cual naturalmente influye en el resto de los miembros del órgano colegiado. A la vista de lo que viene señalado se llega a la irónica conclusión que las superintendencias no se encuentran bajo una relación de jerarquía en relación con el ente al que se encuentran adscritas (BCCR), pero si están sometidas, al poder político en virtud de la presencia de un ministro dependiente del presidente en su junta directiva común.

### **8.2.3.2. Competencias revisoras y revocatorias del Gobierno**

Con la creación del CONASSIF se instauró un sistema que rompe con todo lo señalado sobre la descentralización funcional (BCCR) y desconcentración administrativa (superintendencias), en este sentido lo sugiere el Tribunal Contencioso Administrativo Sección VIII al señalar el hecho de que *“junto con las superintendencias, mediante la Ley Reguladora del Mercado de Valores se creó, además, un órgano denominado Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. A éste se le asigna, principalmente, la tarea de regular el sistema y a la vez actúa como jerarca impropio monofásico de las superintendencias para efectos impugnativos (...)*”<sup>1401</sup>. Así, el CONASSIF en algunos aspectos funciona como un típico órgano de grado superior jerárquico en relación con las superintendencias, por ejemplo, con la aprobación de sus proyectos de reglamentación o aspectos presupuestales, por otro lado, cumple un rol de jerarca impropio bifásico<sup>1402</sup>, como en materia impugnatoria contra la

---

<sup>1401</sup> Tribunal Contencioso Administrativo, sección VIII. Resolución N.º 00017-2017 del 15 de febrero de 2017.

<sup>1402</sup> *“En el ámbito del procedimiento administrativo, se distingue entre el control jerárquico propio o natural que ejerce el superior jerárquico sobre lo que resuelva el inferior, el cual resulta consustancial a la estructura jerárquica o piramidal de la organización administrativa de los órganos y entes públicos. El superior jerárquico tiene una serie de competencias o potestades respecto de sus inferiores, dentro de las cuales destaca la de fiscalizar la*

imposición de ciertas sanciones, pero también cuando se trata sobre la impugnación de denegatorias de autorizaciones, entre otros aspectos.

Sobre los recursos en materia administrativa se puede mencionar brevemente, con fundamento en el artículo 343 de la LGAP, los recursos pueden agruparse en dos categorías: ordinarios y extraordinarios, los cuales se distinguen en función de los motivos para su interposición. Por ahora interesa para los efectos de la presente sección, los recursos ordinarios, estos son admisibles siempre y cuando no exista una norma que los prohíba, de tal forma que su fundamento puede ser cualquier violación del ordenamiento jurídico administrativo. La LGAP admite tres tipos de recursos ordinarios, siguiendo el dictamen C-024-87 de la PGR y son los siguientes:

a) **Revocatoria:** es aquel cuya resolución corresponde al mismo órgano que dictó el acto impugnado. De conformidad con el numeral 352.1 de la L.G.A.P. estos recursos los decide el órgano director del procedimiento. En todo caso se exige que el administrado o interesado no pretenda agotar la vía administrativa, pues en esa otra hipótesis, el recurso ya no sería de revocatoria sino de reposición.

b) **Apelación:** también denominado recurso jerárquico o de alzada, por cuanto la resolución del mismo atañe al superior jerárquico del órgano que emanó el acto. En otros términos, el recurso de apelación importa la petición de revisión para ante el órgano inmediato superior al emisor del acto impugnado. Deben distinguirse dos tipos:

---

*conducta de éstos para que se adecue al bloque de legalidad, los criterios de oportunidad, conveniencia o mérito y al concepto jurídico indeterminado de buena administración, todo con el propósito de respetar los principios de legalidad, objetividad, eficiencia y eficacia en el desempeño de la función administrativa, garantizándose, de esa forma, la buena marcha administrativa y su actuar coherente y razonable. En ese particular, el numeral 102 de la Ley General de la Administración Pública preceptúa que el superior jerárquico tendrá, entre otras potestades, las siguientes: "b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos (...) d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud e recurso administrativo (...)" Este precepto debe ser concordado con los ordinales 344, párrafo 2°, y 180 de ese mismo cuerpo normativo, al indicar, respectivamente, que "Si el acto recurrible emanare del inferior, cabrá solo el recurso de apelación (...)" y que "Será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo (...)". Frente a la jerarquía propia se encuentra el denominado control no jerárquico o la jerarquía impropia, así denominada, puesto que, en los supuestos en que cabe quien conoce y resuelve en grado es no es el superior jerárquico sino la instancia que indique expresamente la ley, se trata de una jerarquía legal y no natural. Ese contralor no jerárquico puede ser un órgano administrativo que, generalmente, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, asume la forma de desconcentrado en grado máximo -jerarquía impropia monofásica-, garantizándose de esa forma independencia e imparcialidad al distorsionarse -o prácticamente desaparecer-la relación jerárquica y el ejercicio de una competencia exclusiva de revisión..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 6866-2005 del 1 de junio de 2005. Citada por el dictamen de la PGR C-271-2013 del 29 de noviembre de 2013.*



i) **Jerárquico propio**, que es aquel que presupone una clara relación de jerarquía entre el órgano que dicta el acto impugnado y quien resuelve en definitiva.

ii) **Jerárquico impropio**, regulado por el artículo 181 de la L.A.P., siendo su nota distintiva la no existencia de relación de jerarquía entre los órganos. En estos casos, es la propia ley la que ordena que el órgano competente para conocer del recurso de alzada sea una autoridad que no es, en ningún caso el superior jerarca de quien adopta el acto objeto del recurso.

En todo caso, por disposición expresa del ordinal 349.2 de la L.G.A.P., el órgano director debe emplazar a las partes para ante el Superior y remitir el expediente sin admitir o rechazar el recurso, acompañando un informe sobre las razones del recurso. Quien conoce del recurso de apelación será el órgano que agote también la vía administrativa, en aplicación del principio de la única instancia, que recoge el numeral 350 de la Ley de repetida cita.

c) **Reposición**: Es el recurso llamado a agotar la vía administrativa, por lo que se le conoce como recurso de reconsideración. Su régimen jurídico se encuentra regulado en los artículos 18 y 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda en relación con el numeral 126 de la L.G.A.P. (...) <sup>1403</sup> (negrita no es del original)

Como se indicó en la anterior cita en relación con la materia impugnatoria, llevada a cabo por un superior no jerárquico, se debe recalcar que se encuentra regulado en los artículos 180 y 181 de la LGAP, el primero de ellos dispone que *“Será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o el contralor no jerárquico, en la forma y con los alcances que señale esta ley”* y el segundo que *“El contralor no jerárquico podrá revisar sólo la legalidad del acto y en virtud de recurso administrativo, y decidirá dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, pero podrá aplicar una norma no invocada en el recurso”*. Comentando el anterior régimen jurídico la Sala Constitucional, ha sostenido que:

(...) el recurso jerárquico impropio es aquel que resuelve un órgano o ente que no es el superior de aquel que dictó el acto objeto de la impugnación. Este recurso se puede dar

---

<sup>1403</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C-024-87 del 28 de enero de 1987.

en tres supuestos: a) si se plantea un recurso contra actos emanados de un órgano supremo que no está subordinado jerárquicamente a otro; b) cuando se impugnen actos de una institución autónoma ante un órgano del Estado, o bien, si se tratare de actos dados por una dependencia de éste y se revisaran ante otra entidad u organismo estatal que no es el superior jerárquico de aquel; c) cuando se establece un recurso contra las deliberaciones de un órgano colegiado, que salvo ley en contrario, deban reputarse exentas de subordinación y autónomas en su funcionamiento. En todas estas hipótesis el recurso existe porque la ley lo crea, indicando los motivos, la materia y los actos contra los que aquel procede.<sup>1404</sup>

Ahora bien, el agotamiento de la vía administrativa<sup>1405</sup> se lleva a cabo por el ente que resuelve los recursos de alzada o el de reposición, en el caso de estudio la administración que agotará la vía administrativa sería el CONASSIF, así se extrae del artículo 172 de la LRMV N.º 7732, en relación con las cuatro superintendencias, con la que dispone que el CONASSIF tiene la competencia “g) Conocer y resolver en apelación los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por las Superintendencias. Las resoluciones del Consejo agotarán la vía

---

<sup>1404</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 2569-94 del 1 de junio de 1994.

<sup>1405</sup> “Habitualmente se entiende por agotamiento de la vía administrativa, aquel instituto jurídico administrativo por el cual una decisión de la Administración Pública se torna en definitiva y que ocurre en términos generales, una vez que los interesados han opuesto contra el acto final del procedimiento, todos los recursos administrativos ordinarios que procedían en el caso concreto. De igual manera, se denomina como órgano-jerarca o superior jerárquico al órgano en quien recae la potestad de dictar el acto que surte los efectos de dar por agotada la vía administrativa. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico básicamente identifica dos clases de jerarquía, la propia y la impropia; en el primer tipo es posible asociar al jerarca con el órgano superior del Ente, conforme lo estipulan los artículos 101 y 126 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), mientras que en la jerarquía impropia, estas potestades corresponden a un órgano superior que resulta ajeno a la estructura jerárquica regular de la Administración, por cuanto no desempeña funciones de la misma naturaleza del inferior y porque su competencia de grado se limita, exclusivamente, al conocimiento de los recursos administrativos que el interesado oponga contra los actos del inferior e incluso dentro de éste ámbito, sólo le es posible revisar aspectos de legalidad de las conductas administrativas impugnadas (art. 180 y 181 LGAP) A partir de la sentencia de la Sala Constitucional número 3669-2006 de las 15:00 horas del 15 de marzo de 2006, y por razones en las que no es necesario ahondar, ocurren importantes cambios en cuanto a los efectos que caracterizaban al acto definitivo o que agota la vía administrativa, por cuanto a partir de esa sentencia deja de ser necesario como presupuesto para acceder al control jurisdiccional, la emisión de dicho acto por parte del Ente Público – lo que era la regla en la mayoría de los casos –; de tal manera que, por regla, se pasa de un agotamiento preceptivo, necesario u obligatorio a uno de tipo facultativo o dispositivo, en el tanto se reserva al administrado la potestad de elegir entre recurrir el acto final o proceder directamente al ejercicio de la acción contencioso-administrativa, sin que tampoco la interposición de los recursos administrativos le coarte al interesado la posibilidad de entablar la demanda judicial, en cualquier momento. Sin embargo, la Sala Constitucional estableció en su fallo dos supuestos de excepción, en los cuales se ha de mantener el requisito de agotar la vía administrativa como presupuesto de admisibilidad de la demanda contenciosa administrativa y que quedaron plasmados en el artículo 31.1 CPCA, esto es, en materia de contratación administrativa y en materia municipal (...)” Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución N.º 00935-2020 del 26 de mayo de 2020.

*administrativa”. y por otro lado para “r) Resolver los conflictos de competencia que se presenten entre las Superintendencias”.*

Como se explicó en el apartado anterior en las decisiones del CONASSIF está presente un representante del Poder Ejecutivo, por ello se puede afirmar que aunque no las ejerza directamente el Gobierno, este tiene injerencia para revisar *ex post* las decisiones de las superintendencias, a través del Ministro de Hacienda, el CONASSIF tiene en exclusiva la competencia para conocer los recursos interpuestos contra los actos administrativos emanados de las superintendencias en la mayoría de cuestiones de importancia (no se la por ejemplo al Ministerio de Comercio ni ningún otro), salvo ciertas excepciones como la del personal propio de la superintendencia, en ese caso es el superintendencia quien agota la vía. Cabe mencionar dos últimos aspectos, primero, las superintendencias no tienen la atribución para impugnar las decisiones de su superior jerárquico y segundo, en todo caso queda a salvo el derecho de los supervisados a acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa en caso de disconformidad con lo resuelto.

### **8.2.3.3. Análisis del impacto regulatorio ex ante por agencias externas**

La mejora regulatoria en Costa Rica se ha entendido principalmente en su forma más fundamental que es la tendiente a la simplificación y agilización de trámites, en el presente trabajo ya se ha hecho mención a las transformaciones que se han dado en relación con la tradicional actividad de policía, donde se limitan libertades y se exigen permisos previos para desarrollar determinadas actividades (esta última también ha sido llamada en algunas ocasiones como regulación administrativa<sup>1406</sup> y más recientemente regulación de riesgos), en este sentido vale la pena tener presente la diferencia entre regulación económica y actividad de policía, esta última se encargada del otorgamiento de dichas autorizaciones. En palabras de MORENO y GALLO APONTE:

---

<sup>1406</sup> “Las regulaciones de este tipo hacen referencia a los trámites y a las formalidades administrativas, a través de las cuales los gobiernos recolectan información e intervienen en las decisiones económicas. Las regulaciones administrativas pueden tener un impacto sustancial en el rendimiento del sector privado. En este sentido, la OCDE señala que reformas en materia de regulación administrativa tienen por objeto eliminar lo que ya no es necesario y simplificar lo que sí lo es”. Alfonso Carballo-Pérez, Margherita Corina e Ignacio Rafael-Camacho. Primer diplomado en regulación: Teoría de la regulación y gobernanza regulatoria (módulo I). (México, COFEMER y LATIN-REG, 2012), 23. Disponible en: [https://www.academia.edu/39721595/Primer\\_Diplomado\\_en\\_Regulaci%C3%B3n](https://www.academia.edu/39721595/Primer_Diplomado_en_Regulaci%C3%B3n) [10-11-2020]

(...) muchos ordenamientos jurídicos identifican la simplificación administrativa como una herramienta para la configuración de acciones que permite orientar y optimizar la prestación de los servicios que brinda el Estado. Asimismo, se ha entendido no solo como una política pública, sino también como un programa encaminado a la desburocratización para combatir los excesos en las formalidades. Bien sea una herramienta, una política pública, un programa, un compendio normativo o cualquier otro tipo de nomenclatura con la que se pretenda materializar el principio de simplificación administrativa. Resulta ser un concepto innovador y renovador para el derecho administrativo que debe replicar en todas las esferas de actuación del Estado, con el propósito de garantizar la tutela de los derechos a través de una eficiente prestación de los servicios públicos, la calidad y transparencia en la producción normativa y una recta, justa y eficaz impartición de justicia.<sup>1407</sup>

Así, el enfoque dominante responde al contexto de la llamada regulación administrativa con la eliminación de trámites, requisitos excesivos o innecesarios (los denominados requisitos de acceso al mercado), para el establecimiento de un negocio o cualquier otra actividad económica, se trata realmente de una “mejora administrativa” más que mejora regulatoria (en el sentido de la regulación económica antes expuesto), salvo excepciones como el requisito formal de acompañar de la propuesta normativa que implique nuevos trámites de un análisis de costo-beneficio, muy limitado. Por lo anterior, el reto actual es pasar de un proceso de “mejora administrativa” a un verdadero proceso de mejora regulatoria o normativa enfocada a la calidad normativa y eficiencia<sup>1408</sup> de la misma e incorporando el resto de elementos según

---

<sup>1407</sup> Luis Ferney Moreno y Willian Iván Gallo-Aponte. “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria (Perú)”, *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 17, (2019): 249. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22174> [12-11-2020]

<sup>1408</sup> La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución N.º 04872-2004 del 5 de mayo de 2004, indicó lo siguiente: “*La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben ser diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales tecnológicos y financieros. La simplicidad demanda que las estructuras administrativas y sus competencias sean de fácil comprensión y entendimiento, sin procedimientos alambicados que retarden la satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar los retardos indebidos. Este conjunto de principios le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular*”.

el estado actual del arte; no obstante, cabe mencionar algunos de los antecedentes<sup>1409</sup> o los avances logrados, a saber: i. desarrollo de proyectos de simplificación de trámites y procedimientos. ii. prevención en el desarrollo de nuevas regulaciones y iii. desarrollo de una cultura de mejora regulatoria.<sup>1410</sup>

El desarrollo de proyectos de simplificación de trámites y procedimientos no es algo reciente en Costa Rica, se han realizado esfuerzos en los sectores que representan los primeros trámites y procedimientos para establecer un nuevo negocio, como es el visado digital de planos constructivos, puesto en marcha en el 2005 por parte del CFIA, que es un requisito previo para la obtención de posteriores visados de construcción en otras instituciones, en los que destaca el permiso de construcción de la municipalidad correspondiente, hasta hace muy poco, únicamente se tramitaban de manera virtual los permisos de construcción para viviendas unifamiliares.<sup>1411</sup>

En el año 2011, entró en vigencia el Reglamento Ejecutivo N.º 36550-MP-MIVAH-S-MEIC, “Reglamento para el Trámite de Revisión de los Planos para la Construcción”, que establece un nuevo proceso de revisión simplificada de planos llamado APC, (Administrador de Proyectos de Construcción), la cual es plataforma que permite la revisión simultánea por parte de las diversas instituciones que fiscalizan los proyectos en trámite de obtención de permisos de construcción, además, se definen tiempos máximos para esta función y la cantidad de rechazos permitidos, también desde 2016 se incorporó al anterior sistema un administrador de proyectos de topografía. Para marzo de 2019, alrededor de 35

---

<sup>1409</sup> “(...) la mejora regulatoria ha sido objeto de acciones públicas en los últimos años. Las primeras se emprendieron en los años ochenta, eliminando controles y regulaciones que impedían la competencia en el sector financiero. También se creó la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), centralizando, agilizando y simplificando los trámites de exportación. Con la adhesión del país al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en el año 1990, se redujeron los aranceles a las importaciones y se eliminaron las licencias de importación, proceso que fue reforzado con la suscripción del Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, con lo cual el país se adhirió a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y a los compromisos de mayor liberalización comercial que ello implica”. Eduardo Alonso et al. Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria. (Estados Unidos: Banco Mundial, 2010): 6. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/388331468032652586/Competitividad-en-Costa-Rica-mejora-regulatoria> [8-11-2020]

<sup>1410</sup> Véase: Eduardo Alonso et al. Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria. (Estados Unidos: Banco Mundial, 2010): 9-13.

<sup>1411</sup> Véase: Ibid. op. cit. pág. 9.

municipalidades costarricenses habían realizado el proceso de trámites de construcción 100% digitalmente.<sup>1412</sup>

Por otro lado, se implementó la herramienta “crear empresa”<sup>1413</sup> sistema que permite la tramitación del permiso sanitario de funcionamiento, la inscripción como contribuyente ante la Dirección de Tributación, la suscripción de pólizas de riesgos laborales ante el INS, patentes municipales y registrarse como patrono ante la CCSS; sin embargo, para 2010 solo 18 municipalidades participaban en dicho sistema<sup>1414</sup>, aquellas empresas son clasificadas en tres categorías en función del perfil de riesgo sanitario y ambiental (alto, moderado y bajo), pero *“no ha sido posible lograr la participación del Ministerio de Salud, el ICCA, SETENA y otras entidades en el mismo. Así, la tramitación digital para formalización de empresas solamente es posible para empresas de bajo riesgo, mientras que los trámites para la formalización de empresas de moderado y alto riesgo sanitario, que son las grandes empresas del sector industrial deben realizarlo físicamente”*.<sup>1415</sup>

De los anteriores ejemplos se puede ver los avances en la materia y concluir que es necesario hacer la división entre los aspectos meramente formales y burocráticos (relativos a la “mejora administrativa”) de los requisitos que impone la protección al medio ambiente (al igual que los propios del regulación económica)<sup>1416</sup>, en la que no es posible implementar el

---

<sup>1412</sup> Carolina Benavides. “35 municipalidades ticas realizaron el proceso de trámites de construcción 100% digital” Noticia digital del 30 de mayo de 2019, disponible en: <https://revistaconstruir.com/35-municipalidades-ticas-realizaron-el-proceso-de-tramites-de-construccion-100-digital/> [12-11-2020]

<sup>1413</sup> Disponible en: <https://crearempresa.go.cr/cfm/plantillas/gobDigital/login.cfm?uri=/cfmx/home/index.cfm&errmsg=> [11-11-2020]

<sup>1414</sup> Véase: Eduardo Alonso et al. Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria. (Estados Unidos: Banco Mundial, 2010): 10.

<sup>1415</sup> Véase: Eduardo Alonso et al. Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria. (Estados Unidos: Banco Mundial, 2010): 10.

<sup>1416</sup> *“Paradójicamente, como así lo ha puesto de manifiesto la doctrina autorizada, la desregulación, entendida como la supresión de reglas que prohíben, entraban o dificultan la actuación de los particulares cuando quieren emprender una actividad económica, supone en ocasiones – sobre todo cuando se trata de sectores que estaban reservados en exclusiva al Estado en forma de monopolios públicos o fuertemente intervenidos por éste – nuevas reglas mucho más numerosas e intervenciones más intensas, en aras de garantizar tanto la existencia de una auténtica competencia como la satisfacción de determinadas necesidades sociales que el mercado por sí mismo no estaría en condiciones de garantizar (...). Lo que sucede es que estas nuevas reglas tienen como punto de partida el respeto y la promoción de la libre competencia entre los particulares y no hacer del Estado el protagonista de una actividad prestacional de servicios o de dación de bienes (es la llamada neo-regulación). Con esta breve explicación queremos hacer ver que, aún en el marco de economía social de mercado como el que garantiza nuestra Constitución Política, la libertad de comercio puede y debe estar sujeta a regulaciones – como así lo demuestra la actual crisis financiera mundial – para asegurar que se cumplan las condiciones de una auténtica y efectiva competencia sin descuidar los objetivos públicos y sociales encomendados al Estado (...)*

mecanismo de declaración jurada o actos comunicados<sup>1417</sup> (en virtud del principio precautorio y preventivo del Derecho ambiental y la protección de interés público), además de no aplicarse el silencio positivo en materia ambiental<sup>1418</sup> a diferencia de muchos de los trámites administrativos, por ello, una posible solución a la par de la mejora regulatoria sería la implementación de un permiso ambiental único o Autorización Ambiental Integrada<sup>1419</sup> en Costa Rica, dicho análisis sería propio de una investigación independiente.

---

*Naturalmente, el intervencionismo estatal no puede llegar a un grado tal de bombardeo de normas, requisitos y trámites que haga nugatorio la libre iniciativa empresarial garantizada en el artículo 46 de la Constitución Política. En este nuevo escenario mundial de apelación a la competencia y de mercados globalizados todos los Estados y sobre todo aquellos en vía de desarrollo, como Costa Rica, buscan ser más competitivos ofreciendo a las empresas, nacionales y extranjeras, unas “reglas del juego” que aporten claridad, sencillez, estabilidad, previsibilidad y seguridad jurídica de forma que se facilite la realización de planes de negocio y la promoción de la inversión en ellos”. Procuraduría General de la República. Dictamen C-373-2008 del 17 de octubre de 2008.*

<sup>1417</sup> Téngase presente las similitudes que se han señalado en cuanto a la naturaleza jurídica de la actividad de protección ambiental y la regulación económica, concretamente en cuanto a la estructura sus normas regulatorias.

<sup>1418</sup> Véase: Procuraduría General de la República. Dictamen C-198-2002 del 9 de agosto de 2002 que al respecto de la desregulación y simplificación de trámites administrativos que “(...) en consecuencia, con el proceso de desregulación emprendido por la Ley N.º 7472, de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, para simplificar o racionalizar trámites y requisitos o suprimir los no indispensables en el control y regulación de las actividades económicas, que impidan, entorpezcan o distorsionen las transacciones de mercado. Ley que si bien encarga a la Administración Pública ‘revisar, analizar y eliminar, cuando corresponda, esos trámites y requisitos para proteger el ejercicio de la libertad de empresa y garantizar la defensa de la productividad’, lo que hace dentro de ciertos límites, pues no puede perjudicarse el ambiente, además de la salud (humana, animal y vegetal), la seguridad y los estándares de calidad de vida, en consonancia con las respectivas leyes especiales y convenios internacionales, debiendo cumplirse, como condición, las exigencias requeridas a fin de tutelar esos bienes (art. 3, 7 y 8; 50 constitucional). Principio reproducido por su Reglamento en el artículo 4º: ‘Se consideran como únicas regulaciones aceptables a la actividad económica las que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, la protección de la salud o la seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.’ La importancia de mantener dichas regulaciones administrativas se comentó durante el trámite legislativo del Proyecto de Ley 7472 (expediente 11.659): ‘La desregulación que se propone no persigue en forma alguna, debilitar los controles en estas áreas. Por el contrario, se crean mecanismos más eficientes para la protección de esos importantes aspectos’ (f.22). Y más adelante se insistió en que ‘las regulaciones en esta áreas forman parte consustancial e irrenunciable de la naturaleza de la fiscalización del aparato público, como ente regulador de la sociedad’ (fs. 680-681) Además debe subrayarse que los objetivos de la ley de promover el proceso de competencia y libre comercio, con eliminación de las regulaciones innecesarias a las actividades económicas y protección de los derechos e intereses del consumidor, opera en un régimen de mercado, que es un campo diverso a los procedimientos de Derecho Público en que se mueve el otorgamiento de concesiones del demanio costero. (...) La apertura hacia la privatización, en consenso con los autores, debe dejar a salvo las actividades públicas fundamentales o que tengan de gran relevancia para la sociedad, más aún cuando no se cuenta con elementos que garanticen una mejor prestación para el interés general, a un coste más bajo.” (OJ-113-2000 de 11 de octubre de 2000. El anterior criterio fue reiterado en los pronunciamientos OJ-123-2000 de 10 de noviembre de 2000, y OJ-113-2001 de 16 de agosto de 2001)”.

<sup>1419</sup> Para el caso español “(...) la Autorización Ambiental Integrada (AAI) es una figura de intervención administrativa que, para las instalaciones afectadas, sustituye al conjunto de autorizaciones ambientales existentes hasta la entrada en vigor de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, y que establece un condicionado ambiental para la explotación de las actividades e instalaciones contempladas en el Anexo I de dicha Ley. Esta autorización se otorga con carácter previo a cualquier otra autorización o licencia sustantiva exigible, y es de carácter vinculante para todo lo relativo al condicionado ambiental. La AAI incluye todos los aspectos ambientales, y aquellos otros relacionados que consideren las autoridades ambientales competentes, de acuerdo con la legislación básica estatal y las correspondientes

En relación con la prevención en el desarrollo de nuevas regulaciones, se busca evitar nuevos trámites excesivos o innecesarios, históricamente se han promulgado muchos decretos ejecutivos y otros documentos oficiales que buscaban prohibir el establecimiento de requisitos de este tipo y la simplificación administrativa<sup>1420</sup>. Se ha entendido que es importante la prevención de nuevas reglamentaciones que establezcan trámites o requisitos injustificados, además de ser consideradas como ineficientes, es decir, que el beneficio neto es menor al costo neto de su implementación, para Eduardo ALONSO et al., la labor preventiva de la mejora regulatoria en Costa Rica “(...) *consiste en monitorear la emisión de decretos ejecutivos en coordinación con la Dirección de Leyes y Decretos del Ministerio de la Presidencia. También se da seguimiento a proyectos de Ley en la Asamblea Legislativa que pudieran afectar la mejora regulatoria*”<sup>1421</sup>; no obstante, se debe señalar que la coordinación entre ambos poderes “(...) *no se da en todos los casos, no se consultan todos los decretos propuestos, no se realizan las evaluaciones de costo–beneficio ni se considera la simplificación o eliminación de trámites al emitir nuevas regulaciones. Así, la revisión de Decretos y directrices se hace a menudo ex post, lo que dificulta la simplificación, ya que es difícil reformar regulaciones una vez emitidas. Adicionalmente, la capacidad del MEIC para atender esta tarea es reducida, dada la escasez de personal*”.<sup>1422</sup>

---

*autónomas*”. Página web “Autorización Ambiental Integrada”. Disponible en: <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/medio-ambiente-industrial/prevencion-y-control-integrados-de-la-contaminacion-ippc/autorizacion-ambiental-integrada-aa/default.aspx> [9-11-2020]

<sup>1420</sup> Los más recientes y de implementación en la actualidad son: directriz presidencial N.º 20-MP-MEIC: “Acciones inmediatas para la simplificación de trámites en el Gobierno del Bicentenario”; el decreto ejecutivo N.º 41795, “Agilización de los trámites en las entidades públicas, mediante el uso de la declaración jurada”, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N.º 118, del 25/06/2019; la directriz presidencial N.º 052-MP-MEIC “Moratoria a la creación de nuevos trámites, requisitos o procedimientos al ciudadano para la obtención de permisos, licencias o autorizaciones”, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N.º 118 del 25/06/2019; la circular N.º 001-2019-MEIC-MP, “Procedimiento para implementar lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N.º 41795-MP-MEIC del 19 de junio de 2019 “Sobre la Agilización de los Trámites en las Entidades Públicas, mediante el uso de la Declaración Jurada”; la Directriz N.º 052-MP-MEIC del 19 de junio de 2019, “Moratoria a la Creación de Nuevos Trámites, Requisitos o Procedimientos al Ciudadano para la Obtención de Permisos, Licencias o Autorizaciones”; la directriz presidencial 079-MP-MEIC, “Dirigida a la Administración Pública y Descentralizada sobre las medidas sobre revisión y simplificación de trámites administrativos de permisos, licencias, autorizaciones o concesiones, publicada en el Alcance N.º 80 a La Gaceta N.º 75 del 09/04/2020: la directriz N.º 85-MIDEPLAN-MEIC, “Sobre las medidas para acelerar la simplificación de trámites, requisitos o procedimientos que impactan de manera favorable a la persona ciudadana y al sector productivo”, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N.º 117 del 21/05/2020, entre otros.

<sup>1421</sup> Eduardo Alonso et al. Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria. (Estado Unidos: Banco Mundial, 2010): 11.

<sup>1422</sup> Ibid.



Finalmente, el objetivo deseado es el **desarrollo de una cultura de mejora regulatoria**, la legislación sobre mejora regulatoria es clara y de acatamiento obligatorio para el Gobierno central, pero su aplicación no es lo suficientemente efectiva,<sup>1423</sup> por ejemplo, se establece que los incumplimientos de las normas de la Ley N.º 8220 son faltas graves, pero no se definen sanciones a los funcionarios que incurrir en esas faltas<sup>1424</sup> y se señala que los criterios del MEIC se dan entre iguales, en relación con el resto de la Administración Pública central, por lo que carecen de “fuerza”, o sea, no son vinculantes para la administración descentralizada, este último aspecto tiene sus ventajas y desventajas.

La cultura de mejora regulatoria se relaciona con la planificación administrativa, así el Poder Ejecutivo ha llevado a cabo programas importantes como el de “Gobierno digital” o “Estado abierto”<sup>1425</sup> que han afectado positivamente la mejora administrativa en nuestro país y relacionado directamente en el objeto de estudio de este apartado, ha promulgado el Decreto Ejecutivo N.º 40910 del 13 de noviembre de 2017, “Marco General de la Política Regulatoria”, que en su considerando XII señala que *“Que a través de los años, el país ha venido emitiendo una serie de instrumentos de política pública en materia de mejora regulatoria, que se requiere armonizar a fin de que los mismos integren un marco general denominado “Política Regulatoria”, que de manera robusta fomente un entorno competitivo para las actividades productivas, amén de que las empresas puedan competir en igualdad de condiciones en mercados internacionales y ser un motor eficiente de crecimiento económico nacional”*; a pesar de que dicho decreto lo único que realiza es una especie de declaratoria de interés público en relación con el proceso de Mejora Regulatoria y en su artículo 4º sistemática las herramientas de Mejora regulatoria, que se disponen al momento dividiéndola en cuatro grupos, siguiendo un tipo de jerarquía, de la siguiente forma:

**I. Rango Normativo Superior:** Conformado por la Constitución Política vigente, en la cual se plasman los principios básicos constitucionales de la mejora regulatoria de eficacia, eficiencia, simplicidad, celeridad, el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas, la buena marcha de Gobierno.

**II. Rango Normativo Primario:** Conformado por las siguientes leyes:

---

<sup>1423</sup> Véase: Ibid. op. cit. 11.

<sup>1424</sup> Véase: Ibid.

<sup>1425</sup> Véase supra.

a. Ley General de la Administración Pública, Ley No.6227 y sus reformas; la cual contiene principios básicos de: eficiencia, eficacia, cooperación entre órganos, participación ciudadana, transparencia, silencio positivo; todos como parte del actuar de la Administración Pública.

b. Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, Ley N.º 8220 y su reforma; la cual contiene los principios de Mejora Regulatoria como lo son:

i. Reglas claras y objetivas, presentación única de documentos, respeto de competencias, publicidad de los trámites, principio de sujeción a la ley, plazos y calificaciones únicas, coordinación institucional e interinstitucional y trámite ante una instancia única.

ii. Aplicación del Silencio Positivo.

iii. Evaluación Costo Beneficio de manera obligatoria.

iv. Control Ex Ante regulatorio, por medio del Criterio Vinculante para Administración Central o Re-comendador para la Administración Descentralizada.

v. Rectoría del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, en materia de Mejora Regulatoria.

vi. Responsabilidad y sanciones por el incumplimiento a dicha ley.

c. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N.º 7472 y sus reformas la cual contiene:

i. Obligatoriedad de eliminar trámites.

ii. Eliminación de restricciones al comercio.

iii. Control Ex Post regulatorio.

iv. Creación de la Comisión de Mejora Regulatoria y la Secretaría Técnica.

**III. Rango Normativo-Económico Secundario:** Conformado por los siguientes instrumentos:

a. Reglamento a la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, Decreto Ejecutivo N.º 37045-MP-MEIC y sus reformas, el cual contiene:

i. Principios Generales.

ii. Derechos de los ciudadanos.

iii. Sistema Digital Trámites Costa Rica.

iv. Sistema Digital Control Previo de la Regulación.

- v. Oficial de Simplificación de Trámites.
  - vi. Oficinas de Información al Ciudadano.
  - vii. Planes de Mejora Regulatoria.
  - viii. Evaluación Costo Beneficio de la Regulación.
- b. Manual Para Elaborar Regulaciones y Trámites Simples como herramienta práctica para lograr la formulación de regulaciones claras y sencillas apegadas a la normativa legal.<sup>1426</sup>

Ahora bien, dentro del plano institucional del mencionado proceso de Mejora Regulatoria, destaca la creación de la Comisión de Mejora Regulatoria (CMR) durante la Administración de Abel Pacheco (2002-2006), como órgano consultivo adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), ente rector y en el año 2005, la creación de la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica en el MEIC, como Unidad Técnica de apoyo a la Comisión Reguladora, que como su nombre lo indica, se compone de la Dirección de Mejora Regulatoria (DMR) y el Departamento de Reglamentación Técnica, que trabajan de manera independiente, siendo la DMR para los efectos del presente trabajo de especial interés.

Es pertinente mencionar que el Ministerio de Economía, Industria y Comercio tiene asignadas competencias muy concretas en su ley orgánica, todas las demás se encuentran en leyes especiales<sup>1427</sup>, según el artículo 1° de la Ley N.º 6054, le Corresponde al **MEIC** *“a) Participar en la formulación de la política económica del Gobierno y en la planificación nacional, en los campos de su competencia. b) Ser el ente rector de las políticas públicas de Estado en materia de fomento a la iniciativa privada, desarrollo empresarial y fomento de la cultura empresarial para los sectores de industria, comercio y servicios, así como para el sector de las pequeñas y medianas empresas”*.<sup>1428</sup> A su vez, el artículo 3° le asigna funciones relacionadas con el desarrollo de PYMES y el artículo 4° le asigna una serie de funciones todas relacionadas con la industria y comercio, a saber:

---

<sup>1426</sup> Artículo 4 del Decreto Ejecutivo N.º 40910 del 13 de noviembre de 2017 “Marco General de la Política Regulatoria”.

<sup>1427</sup> Por ejemplo: La Ley N.º 8262 “Ley de fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas”.; Ley N.º 8634 “Sistema de Banca para el Desarrollo”.; Ley N.º 9576 “Fomento de la Competitividad de la PYME mediante el Desarrollo de Consorcios”. además de multitud de reglamentos ejecutivos.

<sup>1428</sup> Artículo 1° de la “Ley Orgánica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio”. Ley N.º 6054.

- a) Fomentar el comercio interno por medio del sistema de comercialización, para estimular el consumo de los productos nacionales;
- b) Formular, dirigir y coordinar la política de precios, pesas y medidas, y de abastecimiento de mercado en el comercio interno;
- c) Promover en el país el uso de la normalización y participar activamente en su desarrollo. (...)
- ch) Administrar la legislación mercantil;
- d) Promover la integración económica con los países latinoamericanos y de otras regiones del mundo; (...)
- g) Fomentar la participación del país en exposiciones industriales comerciales y turísticas; y
- h) Representar al Gobierno en las reuniones y negociaciones comerciales de carácter nacional e internacional, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. (...)<sup>1429</sup>

De lo anterior se ve que la Mejora Regulatoria no aparece en la ley orgánica del MEIC, las leyes que contemplan los mecanismos son más recientes, de la misma forma que todo el tema regulatorio en nuestro país, por lo que las eventuales reformas legislativas en aras de la seguridad jurídica y la sistemática legal, deberían contemplar una ley marco de la Mejora Regulatoria que no sobrecargue de funciones a los ministerios que no se crearon para esos efectos. De tal forma que son muy atinadas las siguientes palabras en relación con el actual modelo, en el sentido que:

(...) asignar el tema a un Ministerio que lidera un proceso entre iguales parece generar ciertos inconvenientes. Además, el MEIC no solo tiene a su cargo la mejora regulatoria, también tiene a su cargo la promoción de la competencia y la protección del consumidor, el fomento de la micro, pequeña y mediana empresa, entre muchas otras actividades. Ello causa una dispersión en la atención que debe darse a un tema que requiere de mayor dedicación de las altas autoridades. La mejora regulatoria está a cargo de una dirección que, además de atender el tema de mejora regulatoria debe atender el tema

---

<sup>1429</sup> Artículo 1° de la “Ley Orgánica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio”. Ley N.º 6054.

de la reglamentación técnica, un tema que es bastante diferente al tema de la mejora regulatoria y que debiera ser tratado por separado.<sup>1430</sup>

Como se dijo la **Comisión de Mejora Regulatoria** (CMR) es un órgano consultivo de la Administración Pública, adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), se regula en los artículos 18 y 19 de la “Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor” Ley N.º 7472, el primero de ellos establece su competencia mientras que el segundo, su conformación, que es de 15 miembros, todos nombrados por el Poder Ejecutivo. No se trata ni por asomo de una Autoridad Administrativa Independiente (AAI) como podría analizarse en otra oportunidad en relación con la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) que también pertenece al MEIC. Así el mencionado artículo 18 dispone que la CMR estará encargada de:

1. Coordinar y liderar los esfuerzos y las iniciativas de las diferentes instancias en materia de mejora regulatoria.
2. Analizar y evaluar propuestas específicas de su seno o provenientes de otras instancias, tal como, los administrados y las instituciones públicas, para la simplificación y agilización de trámites y regulaciones.
3. Recomendar a las instancias correspondientes y sugerir la implementación, en los casos en que proceda, de medidas correctivas específicas para lograr una mayor eficiencia en trámites y regulaciones concretos.
4. Recomendar la derogación o la modificación de leyes y decretos ejecutivos, así como de normas de rango infralegal, en materia de regulación y tramitología.
5. Constituir comisiones técnicas para estudiar temas específicos.
6. Recomendar al Poder Ejecutivo: modificar, simplificar o eliminar cualquier trámite o requisito para inscribir o registrar productos farmacéuticos, medicinales, alimenticios, agroquímicos y veterinarios, así como para inscribir laboratorios y establecimientos donde puedan producirse o comercializarse esos productos.
7. Recomendar al Poder Ejecutivo sustituir los procedimientos, los trámites y los requisitos de inscripción y registro de esos productos o de los laboratorios y establecimientos mencionados por otros medios más eficaces, a su juicio, que

---

<sup>1430</sup> Eduardo Alonso et al. *Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria... op. cit.* pág. 16.

promuevan la libre competencia y, a su vez, protejan la salud humana, animal y vegetal, el medio ambiente, la seguridad y el cumplimiento de los estándares de calidad (...).<sup>1431</sup>

Al final del anterior artículo se dispone sobre las mencionadas recomendaciones que será la **Unidad técnica de la Comisión de Mejora Regulatoria**, la encargada de remitir el informe técnico jurídico y el estudio de impacto regulatorio elaborados para fundamentar las diversas iniciativas de la propia comisión, quien tendrá plenas facultades para verificar el cumplimiento de estas obligaciones, además dispone que “(...) *las dependencias públicas deberán suministrar, por medio de la Unidad técnica creada en esta Ley, la información que a su juicio sea relevante para el logro de los fines de la instancia por presentar sus iniciativas o inquietudes en esta materia, por medio de la Unidad técnica*”<sup>1432</sup>, por lo que se tratan de funciones auxiliares o de apoyo técnico.

Por su lado, la **Dirección de Mejora Regulatoria (DMR)** se regula vía reglamento ejecutivo, concretamente en el 28 del Reglamento N.º 37457-MEIC a la Ley N.º 6054 “Ley Orgánica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio”, el cual dispone que “(...) *esta Dirección tendrá a su cargo liderar los esfuerzos públicos para promover un marco regulatorio claro y eficiente que brinde seguridad jurídica al administrado y propicie servicios del Estado eficientes*”<sup>1433</sup>. Tiene a su cargo las siguientes funciones:

- a. Coordinar con los Oficiales de simplificación de trámites y las oficinas de información, el cumplimiento de la Ley N.º 8220 y su reglamento.
- b. Emitir los criterios vinculantes y recomendativos de conformidad con la Ley N.º 8220 y su Reglamento.
- c. Recomendar a la Comisión de Mejora Regulatoria las modificaciones, simplificaciones o la eliminación de trámites innecesarios, duplicados o sin fundamento legal, de conformidad con la Ley N.º 7472.
- d. Definir los planes de capacitación en materia de Mejora Regulatoria.
- e. Presidir el comité institucional de Mejora Regulatoria.

---

<sup>1431</sup> Artículo 18 de la “Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor” Ley N.º 7472.

<sup>1432</sup> Artículo 18 *in fine* de la “Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor” Ley N.º 7472.

<sup>1433</sup> Artículo 28 del Reglamento N.º 37457-MEIC a la Ley N.º 6054 “Ley Orgánica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio”.

- f. Establecer los planes de trabajo que deben realizar los diferentes departamentos.<sup>1434</sup>

La DMR está organizada según el artículo 29 del citado reglamento por dos departamentos, los cuales son el Departamento de Apoyo Institucional<sup>1435</sup> y el Departamento de Análisis Regulatorio<sup>1436</sup>. Todas las anteriores instituciones son las encargadas de llevar a cabo el proceso de Mejora Regulatoria en Costa Rica.

Ahora bien, cabe mencionar la ley más importante (a parte de la N.º 7472) que es el sustento normativo para la mayoría de actuaciones de la Dirección de Mejora Regulatoria, en los términos recién descritos, es la Ley N.º 8220 de “Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos”<sup>1437</sup>. En relación con esta ley y según Jorge Enrique LEIVA POVEDA, se debe señalar que *“aporta pocas novedades al campo del Derecho Administrativo costarricense, siendo su gran virtud el sistematizar de forma sencilla, lo que compleja y técnicamente se encuentra desarrollado en otras leyes tales como la Ley General de la Administración Pública”*.<sup>1438</sup> Es dicha sistematicidad la que la dota de relevancia, además de las disposiciones citadas del Reglamento N.º 37457-MEIC a la Ley N.º 6054, que lo que hacen

---

<sup>1434</sup> Ibid.

<sup>1435</sup> Según el artículo 30 del Reglamento N.º 37457-MEIC le corresponde al Departamento Apoyo Institucional las siguientes funciones: *“a. Ejecutar los planes de trabajo que le sean asignados por la Dirección de acuerdo con sus competencias. b. Llevar adelante la ejecución de Proyectos Especiales y los Programas de Apoyo a Instituciones, en materia de simplificación de trámites y mejora regulatoria. c. Ejecutar los programas de educación y de información a los ciudadanos y funcionarios de las instituciones públicas, sobre los principios de mejora regulatoria y simplificación de trámites de conformidad con el Plan Operativo. d. Administrar el Catálogo Nacional de Trámites (CNT) y velar porque los trámites inscritos cumplan con el artículo 4 de la Ley N.º 8220. e. Administrar y dar seguimiento a los sistemas de información de Mejora Regulatoria. f. Cualquier otra que le sea asignado”*.

<sup>1436</sup> Según el artículo 31 del Reglamento N.º 37457-MEIC le corresponde al Departamento de Análisis Regulatorio *“a. Ejecutar los planes de trabajo que le sean asignados por la Dirección de acuerdo con su competencia. b. Recomendar a la Dirección, a través de los informes técnicos jurídicos, sobre el cumplimiento de las disposiciones de la Ley N.º 8220 y su reglamento, de las propuestas de regulación que son remitidas para su conocimiento, por parte de la Dirección de Leyes y Decretos o de las instituciones Descentralizadas. c. Recomendar a la Dirección las propuestas de modificación, simplificación o de eliminación de trámites innecesarios, duplicados o sin fundamento legal, de conformidad con los principios de Mejora Regulatoria, la Ley N.º 8220 y su Reglamento; y la Ley N.º 7472 y su Reglamento. d. Colaborar con las gestiones de la Comisión de Mejora Regulatoria y de su Secretaría Técnica. e. Colaborar cuando le sea requerido por la Dirección en la implementación y seguimiento de los Planes de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites de las instituciones. f. Cualquier otra que le sea asignado. g. Cualquier otra función asignada por los superiores”*.

<sup>1437</sup> En el año 2011, la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, Ley N.º 8220, sufre una reforma mediante Ley N.º 8990 del 27 de setiembre de 2011, por medio de la cual se reforman los artículos 4, 5, 6, 7 y 10 y se adicionan los artículos: 11 sobre la Rectoría, artículo 12 en relación con la Evaluación Costo Beneficio, artículo 13 sobre el criterio del Órgano Rector y artículo 14 en relación a los Criterios que emita la Dirección de Mejora Regulatoria.

<sup>1438</sup> Jorge Enrique Leiva-Poveda. Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos y su reglamento (anotada, concordada y con jurisprudencia). (Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A. 2010), 7. En este sentido, por ejemplo, véase el artículo 269 inciso 1) de la LGAP.

es encargar a la Dirección de Mejora Regulatoria, la “ejecución” o desarrollo de sus preceptos contenidos en la Ley N.º 8220; no obstante, se debe tener en cuenta su organigrama, por ello se puede decir que en virtud del principio de jerarquía y la organización administrativa concreta de la DMR, al fin de cuentas sigue siendo el MEIC el ente rector en la simplificación administrativa y mejora regulatoria, con los inconvenientes señalados.

Así la Ley N.º 8220 ha representado un antes y después para la implementación del sistema de simplificación de trámites y mejora regulatoria<sup>1439</sup>, también la jurisprudencia administrativa<sup>1440</sup> ha desempeñado un rol muy importante en la interpretación e implementación de sus disposiciones más importantes, en las siguientes líneas se mencionan los aspectos más importantes para los efectos de la presente investigación. Se pueden mencionar brevemente los siguientes aspectos generales de importancia de la citada ley:

- La presentación única de documentos (art. 2).
- Publicidad previa de los trámites y sujeción de estos a la Ley. (art. 4).
- Obligación de informar clara y precisamente sobre el trámite (art. 5).
- Plazo y calificación única (art. 6).
- Procedimiento para aplicar el silencio positivo (art. 7).
- El deber de coordinación interinstitucional (art. 8).
- Trámite ante una única instancia administrativa (art. 9).
- Responsabilidad administrativa y del funcionario incumpliente (art. 10).
- Rectoría y criterio del MEIC (art. 11 y 13).

---

<sup>1439</sup> Entendido como “(...) *los componentes orgánicos y funcionales que ejercer funciones de gestión institucional, seguimiento y sanción por incumplimientos de los procesos de trámite que realizan los ciudadanos ante la Administración Pública*”. Ministerio de Economía, Industria y Comercio. “La Mejora regulatoria en Costa Rica”. (Costa Rica: MEIC, 2017), 2. Disponible en: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwipkY6\\_\\_4DtAhWrtlkKHxz0BiwQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Ftramitescr.meic.go.cr%2FApp\\_HttpHandlers%2FGet.ashx%3Ffile%3D%2FDocumentos\\_Capacitaciones%2FTaller%25202018%2F1.%2520Acciones%2520de%2520Mejora%2520Regulatoria.pdf&usg=AOvVaw01z9xdbGmzAGI6DBO5oHdK \[12-11-2020\]](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwipkY6__4DtAhWrtlkKHxz0BiwQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Ftramitescr.meic.go.cr%2FApp_HttpHandlers%2FGet.ashx%3Ffile%3D%2FDocumentos_Capacitaciones%2FTaller%25202018%2F1.%2520Acciones%2520de%2520Mejora%2520Regulatoria.pdf&usg=AOvVaw01z9xdbGmzAGI6DBO5oHdK [12-11-2020])

<sup>1440</sup> Véase por todos los dictámenes de la Procuraduría General de la República. C-293-2002 del 4 de noviembre de 2002 (ámbito de aplicación de la Ley N.º 8220); C-145-2009 del 25 de mayo de 2009 (sobre la protección de datos personales y el deber de coordinación y cooperación entre administraciones públicas), C-155-2010 del 4 de agosto de 2010 (sobre el sistema de ventanilla única, el deber de suministrar información pública y protección de la información privada tributaria en la Administración Pública); C-198-2002 del 9 de agosto de 2002 (sobre la aplicación del silencio positivo) y la C-373-2008 del 17 de octubre de 2008 (sobre la obligatoriedad de realizar el análisis de costo-beneficio contenido en el Decreto Ejecutivo 32689-MP-MEIC).



Según el artículo 1° de la Ley N.º 8220 “es aplicable a toda la Administración Pública, central y descentralizada, incluso instituciones autónomas y semiautónomas, órganos con personalidad jurídica instrumental, entes públicos no estatales, municipalidades y empresas públicas (...)”, la PGR en el dictamen C-293-2002 interpretó el anterior artículo, de manera restringida o estricta, en el sentido que “(...) sólo resultan de obligada aplicación cuando el administrado y el Estado entablan una relación a causa del derecho de petición, información y/o derecho o acceso a la justicia administrativa, que ejerce una persona física o jurídica al dirigirse a la Administración Pública. En los demás supuestos, la normativa que contiene la Ley N.º 8220, no resulta aplicable”<sup>1441</sup>, por lo que en virtud de la Ley N.º 8220 y la normativa de protección de datos, no se puede solicitar información privada (como la balanza de pagos) sin que medie fundamento legal y una relación jurídico administrativa derivada del ejercicio de los derechos mencionados por parte de los administrados.

El artículo 11 de la Ley N.º 8220 establece que “El MEIC por medio de la Dirección de Mejora Regulatoria es el rector en materia de simplificación de trámites y mejora regulatoria. Velará por el cumplimiento de dicha ley en conjunto con cada entidad de la Administración Pública por medio de los Oficiales de Simplificación de Trámites y las acciones en los Programas de Mejora Regulatoria”. Tal vez el aspecto más relevante relacionado con lo anterior sería la evaluación costo-beneficio, que según el artículo 12 de la Ley N.º 8220, se debe llevar a cabo antes de la emisión de una nueva regulación o reformar una que establezca trámites, requisitos o procedimientos que deba cumplir el administrado ante la Administración, las instituciones cubiertas por la Ley deberán realizar una evaluación costo-beneficio, por ello se entiende que todas la Administración Pública queda sujeta a dicho análisis. Sobre este tema, la PGR se ha pronunciado en el dictamen C-373-2008 de la siguiente forma:

Ahora bien, es importante recalcar que la metodología para la evaluación regulatoria impuesta por el Decreto Ejecutivo n.º 32689-MP-MEIC viene a desarrollar o precisar el contenido de los artículos 3 y 4 de la Ley n.º 7472 en el ámbito propio de aplicación de esta ley: la actividad económica o, más concretamente, la economía de mercado. Y en un aspecto medular como lo es la intervención del Estado en el ejercicio de actividades económicas o empresariales de los particulares en el marco de una economía social de mercado, que es el sistema económico en el que podríamos encuadrar el costarricense

---

<sup>1441</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C-293-2002 del 4 de noviembre de 2002.

dado el juego de los artículos 46 y 50 de la Constitución Política, debido a que responde a un modelo que pone atención y preocupación en la corrección de las desigualdades y en promover el desarrollo económico en un marco de justicia social. Lo cual se recoge también, en el artículo 3 de la Ley n.º 7472, al señalar que la racionalización y eliminación de regulaciones y trámites debe concordar con “las exigencias de la economía en general y una equitativa distribución de la riqueza”. Como parte de su tradicional potestad de policía, el Estado cuenta con la facultad de ordenar las actividades económicas de los particulares a fin de que se desarrollen de forma acorde con el interés público y con los derechos e intereses legítimos de otros particulares. De ahí que el propio artículo 3, pese a ubicarse en el capítulo intitulado “DESREGULACIÓN”, subraye que parte de esos requisitos o trámites necesarios e indispensables que no se pueden omitir o suprimir en pro de la libertad de empresa son los relacionados con la protección de la salud, la seguridad pública, el medio ambiente y los estándares de calidad.<sup>1442</sup>

Lo anterior permite plantear la interrogante de hasta qué punto los criterios del MEIC a través de la DMR son vinculantes para los entes descentralizados funcionalmente, entre ellos los entes autónomos como el BCCR y sus órganos adscritos o superintendencias. Para responder la anterior interrogante se debe traer a colación el artículo 13 de la Ley N.º 8220, el cual dispone que “(...) *para los trámites existentes y las nuevas regulaciones o reformas a las existentes, el MEIC por medio de la Dirección de Mejora Regulatoria, tiene criterio de carácter vinculante en el caso de la Administración Central, y **criterio recomendador en el caso de la Administración Descentralizada***”<sup>1443</sup>, criterios que se circunscriben a la simplificación de trámites, por lo anterior, a pesar que los entes descentralizados se encuentran contemplados por la normativa sobre simplificación de trámites no se encuentran vinculados a los criterios de la Dirección de Mejora Regulatoria del MEIC.<sup>1444</sup> El procedimiento (digitalizado ante la DMR)

---

<sup>1442</sup> Procuraduría General de la República. Dictamen C-373-2008 del 17 de octubre de 2008.

<sup>1443</sup> Artículo 13 de la Ley N.º 8220. (negrita no es del original).

<sup>1444</sup> El artículo 13 Reglamento Ejecutivo N.º 37045-MP-MEIC también aclara tal circunstancia de las siguiente forma: “*Artículo 13.- Control Previo Administración Descentralizada. De conformidad con el artículo 13 párrafo segundo de la Ley 8220, todas las propuestas de regulaciones, que establezcan o modifiquen trámites, requisitos y procedimientos que el administrado tenga que obtener de la Administración descentralizada, realizarán una consulta a la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio como Órgano Rector en materia de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios y objetivos de la Ley N.º 8220 y su reglamento. **El criterio que vierta el órgano rector para estos casos será con carácter de recomendación.** Para dicho control, la Dirección de Mejora Regulatoria pondrá a disposición de las instituciones que conforman la Administración Descentralizada, el Formulario de Evaluación*

que deben seguir estos últimos entes en caso de que una reglamentación contenga nuevos requisitos es el siguiente:

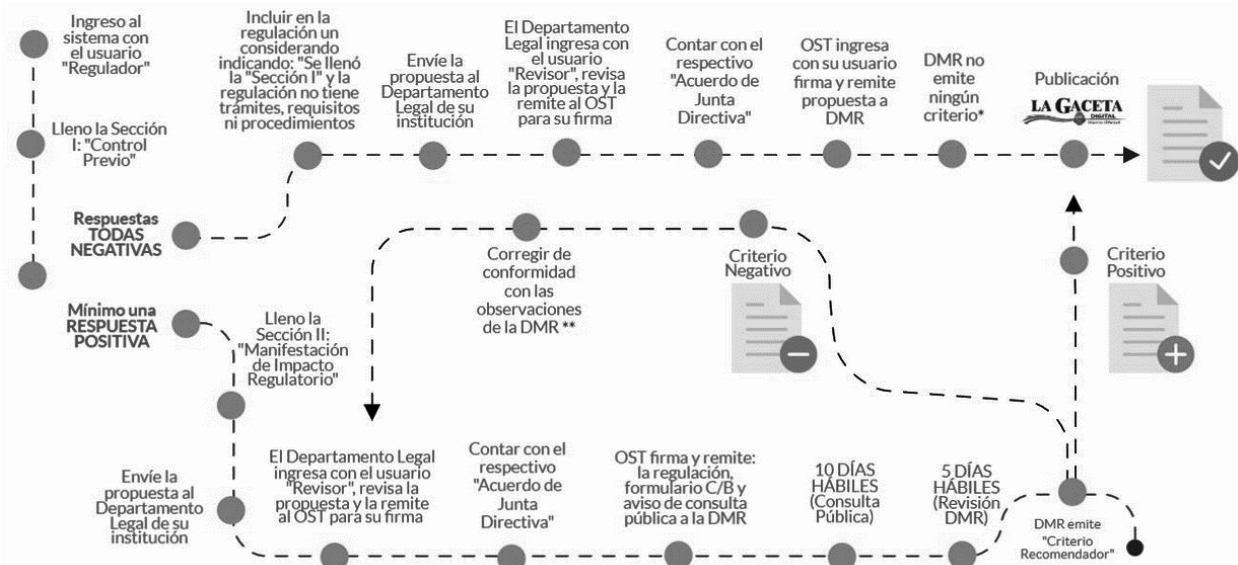


Imagen tomada de: <https://tramitescr.meic.go.cr/viewpage/public/faq.html> [12-11-2020]

Así, el actual modelo de mejora regulatoria en Costa Rica no compromete la independencia funcional de las Autoridades Administrativas Independientes estudiadas por la simple razón por estar clasificadas como entes autónomos, entre ellos, el BCCR y las superintendencias; no obstante, se debe mencionar que están sujetas a varias disposiciones legales como el tener nombrado un Oficial de Simplificación de Trámites<sup>1445</sup> y realizar los Planes de Mejora Regulatoria contemplados en el artículo 22 del Reglamento Ejecutivo N.º 37045-MP-MEIC. La DMR puede emitir sus recomendaciones a los proyectos de reglamentación aunque no sean vinculantes, como se vio con el anterior esquema<sup>1446</sup> y en todo caso la administraciones descentralizadas deben tener según el artículo 23 del

*Costo Beneficio, que se regula en los artículos del 56 al 60 del presente reglamento [...]".* Negrita no es del original.

<sup>1445</sup> Requisito contemplado en el artículo 9, 14 y 15 del Reglamento Ejecutivo N.º 37045-MP-MEIC. Por ejemplo los Oficiales de Simplificación de Trámites en la SUGEVAL según el oficio del 23 de junio de 2020 A80/0-1147 era la superintendente María Lucía Fernández Garita y en caso de la SUGEF según el oficio del 6 de abril de 2018 SGF-1042-2018 era el superintendente general a. i. Genaro Segura.

<sup>1446</sup> Véase: Artículo 13 bis del Reglamento Ejecutivo N.º 37045-MP-MEIC.

Reglamento Ejecutivo 37045-MP-MEIC, una Comisión de Mejora Regulatoria Institucional<sup>1447</sup>, lo cual riñe un poco con la capacidad de autoorganización de los entes autónomos, dentro de las funciones que podrían tener encomendadas dichas comisiones, señala el MEIC las siguientes:

1. Revisión y actualización del inventario regulatorio vigente mediante el Catálogo Nacional de Trámites.
2. Coordinación institucional e interinstitucional de las líneas de acción para la elaboración de propuestas de reforma regulatoria, como lo es la consolidación del Plan de Mejora.
3. Elaboración, implementación y seguimiento al Plan de Mejora.
4. Seguimiento a la atención que se suministra a los administrados mediante las Oficinas de Información, Contralorías de Servicios y muy especialmente la Carta de Compromiso.
5. Se brinde información a los Administrados sobre los tipos de trámites, requisitos y procedimientos.
6. Impulso de la transparencia y rendición de cuentas en la función pública.
7. Capacitar a los funcionarios de los departamentos de la Institución sobre los temas que corresponde tutelar a esa Comisión; además, de otros aspectos inherentes a la Ley 8220, su reforma y reglamento.
8. Cualquier otra función que determine el Oficial de Simplificación de Trámites.<sup>1448</sup>

Dicho lo anterior, se puede señalar que para que en Costa Rica se pueda hablar de un verdadero proceso de mejora regulatoria orientado a la calidad se deben añadir al actual “sistema” todos sus elementos, además de reformas institucionales mayores, esos elementos

---

<sup>1447</sup> “La Comisión de Mejora Regulatoria Institucional es el equipo de trabajo encargado de elaborar y dar seguimiento al Plan de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites y las Cartas de Compromiso con la Ciudadanía, así como de coadyuvar al Oficial de Simplificación de Trámites a mantener actualizado el Catálogo Nacional de Trámites. Esta Comisión estará integrada por un representante del Departamento Legal, de la Contraloría de Servicios, de Planificación Institucional y un representante del Oficial de Simplificación de Trámites y otros que el Jearca considere pertinentes relacionados con el trámite, ello una vez seleccionados los trámites que se incluyan en el Plan de Mejora. Sin embargo, las instituciones podrían aplicar algunas pautas generales en torno a la operatividad de esta Comisión, con el fin de optar por la modernización de la gestión administrativa y por una mejora sustancial, que conlleve la simplificación de trámites, procesos y procedimientos”. MEIC. Planes de mejora regulatoria y cartas de compromiso con la ciudadanía: guía metodológica. (Costa Rica: MEIC/MIDEPLAN, 2014), 22. Disponible en: <https://tramitescr.meic.go.cr/viewpage//public/documentoscapacitaciones.html?verensio=true> [13-11-2020]

<sup>1448</sup> Ibid.

según MORENO y GALLO APONTE son: la agenda regulatoria, el análisis de impacto normativo, la abogacía de la competencia y evaluación de impacto ex ante, la consulta pública, la expedición normativa y la evaluación de impacto ex post.<sup>1449</sup>

Por agenda regulatoria puede entenderse como “una programación de objetivos, eventos y circunstancias a los que debe orientarse la política regulatoria de un país”<sup>1450</sup> o como una “propuesta de las regulaciones que los sujetos obligados pretenden expedir”<sup>1451</sup>, para el caso costarricense, el instrumento que más se asemeja a las agendas regulatorias son los Planes Anuales de Mejora Regulatoria<sup>1452</sup>, los cuales tienen su fundamento normativo en el Reglamento de la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos (Decreto Ejecutivo N.º 37045-MP-MEIC y sus reformas). De tal forma, señala Fabiola PERALES FERNÁNDEZ que:

El Sistema Digital Trámites da cuenta de Planes de Mejora históricos desde el año 2016 y ya se pueden consultar los planes para el año 2020. Tres reflexiones sobre este ejercicio en Costa Rica son: Primero, el acceso público e histórico de los planes de mejora regulatoria de las instituciones es una práctica interesante y positiva, ya que genera una memoria histórica de los trámites que se han mejorado, esto evita retrabajos o mejoras en sentidos opuestos, de igual forma permitiría identificar y cuantificar las mejoras realizadas en un periodo de tiempo. Segundo, el hacer público la hoja de ruta de cómo se habrán de mejorar los trámites, es un ejercicio de rendición de cuentas importante ya que obliga a las instituciones a llevar a cabo esas actividades o bien,

---

<sup>1449</sup> Véase: Luis Ferney Moreno y Willian Iván Gallo-Aponte. “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria (Perú)”, *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 17, (2019): 248.

<sup>1450</sup> Luis Ferney Moreno y Willian Iván Gallo-Aponte. *De la simplificación administrativa... op. cit.* pág. 258.

<sup>1451</sup> Ibid. Citando a la Ley de Mejora Regulatoria de México.

<sup>1452</sup> Véase: Fabiola Olivia Perales-Fernández. “Agendas Regulatorias en América Latina: un instrumento de planeación de corto plazo”. [en línea]. Enero 11, 2020. Disponible en: <http://mejoresgobiernos.com/2020/01/11/agendas-regulatorias-en-america-latina-un-instrumento-de-planeacion-de-corto-plazo/> [26-10-2020] Además agrega que “Los planes de mejora regulatoria (Planes de Mejora) son un instrumento que contienen los trámites, servicios y procedimientos a mejorar en un año calendario, así como todas las acciones relacionadas para llevar a cabo esas mejoras, tales como: “objetivos, metas, indicadores, actividades, tiempos de ejecución, responsables y acciones de evaluación y seguimiento” (Art. 19). Para el desarrollo de los Planes de Mejora, los reguladores en Costa Rica pueden incorporar la opinión ciudadana al proceso de mejora continua de los trámites (Art. 19). Para tal efecto, durante el mes de noviembre de cada año se publican para consulta pública en el Sistema Digital Trámites de Costa Rica todos los Planes de Mejora Regulatoria Preliminares; los cuales deberán presentarse en su versión definitiva, en los primeros diez días del mes de diciembre. El Plan de Mejora Anual es una herramienta que el Gobierno de Costa Rica ha institucionalizado al grado tal que debe estar “ligada a los planes operativos institucionales y las metas presupuestarias anuales de cada institución” (Art. 19)”. Ibid.

llegado un momento, a señalar por qué no fueron desarrolladas. Tercero, los planes de mejora anuales en Costa Rica tienen un alcance limitado ya que **éstos solo contienen mejoras por simplificación de trámites, servicios o procedimientos, lo que únicamente les permite a los interesados tener una visión parcial de los cambios en el escenario regulatorio**. Con la experiencia que ya cuenta Costa Rica en el desarrollo de los Planes de Mejora, podría transitar fácilmente a la generación de Agendas Regulatorias unificadas.<sup>1453</sup> (negrita no es del original)

El análisis de impacto regulatorio o normativo *“se erige como un proceso de evaluación e identificación sistemática de los efectos esperados en las propuestas regulatorias, utilizando un método analítico y comparativo del costo/beneficio basado en los objetivos de la política regulatoria y de intervención para alcanzar estándares de calidad (...)”*<sup>1454</sup>. En nuestro país, lo más parecido al análisis del impacto regulatorio ex ante, son los formularios de costo-beneficio que deben acompañar las administraciones públicas cuando a través una reglamentación se creen nuevos trámites o requisitos, su fundamento legal se encuentra en el artículo 12 de la Ley N.º 8220 según el MEIC: *“(...) el análisis costo-beneficio de la regulación procura medir el impacto económico y administrativo neto que tiene toda propuesta de regulación, cuando ésta constituya trámites, requisitos y procedimientos, con el propósito de asegurar que dichas propuestas sean eficientes y que realmente logren el objetivo para el cual se formulen, sin establecer medidas y requisitos innecesarios”*.<sup>1455</sup>

Para realizar dicha evaluación costo-beneficio se debe utilizar la metodología incluida en los artículos 56 al 60 del Reglamento a la Ley N.º 8220, Decreto Ejecutivo N.º 37045. Dicha evaluación consiste en el llenado de un formulario (anexo al reglamento) dividido en dos secciones, en la primera, se incluyen los datos de la institución y una descripción de la regulación, además, debe señalar si, por ejemplo, está crea o modifica un nuevo trámite o

---

<sup>1453</sup> Ibid.

<sup>1454</sup> Luis Ferney Moreno y Willian Iván Gallo-Aponte. *De la simplificación administrativa... op. cit.* pág. 259. Añaden los autores que *“Desde el plano material, este proceso de análisis de impacto normativo tiene justificación cuando se expidan actos administrativos de carácter general por parte de la administración pública, dentro de los cuales se incluye las unidades administrativas especiales como las comisiones de regulación. Lo que se consolida es un procedimiento para la expedición de los actos administrativos de carácter general compuesto por diferentes fases: la decisión de regular; la agenda normativa; el análisis de impacto normativo; la redacción y proyecto de norma; la consulta de abogacía de la competencia, de ser necesario; la consulta pública e inventario normativo”*. Ibid. op. cit. pág. 259-260.

<sup>1455</sup> MEIC. “Compendio de Legislación de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites” (Costa Rica: MEIC, 2018), 26.

modifica uno preexistente o nuevos requisitos u obligaciones, si no es así, se debe justificar tal señalamiento, en caso contrario se pasa a la sección segunda, la cual es una manifestación de impacto regulatorio, en la que se debe indicar el fundamento legal que le da competencia a la institución para emitir la regulación, se debe indicar el problema a solventar y los objetivos de la regulación propuesta, las alternativas consideramos, el impacto de la regulación, una propuesta de la forma en que se realizará el análisis de impacto normativo ex post, indicar si se realizó la consulta pública, entre otros aspectos.

En cuanto a la abogacía de la competencia y la evaluación de impacto ex ante, por un lado, la última, como se ha dejado claro, corresponde a la Dirección de Mejora Regulatoria del MEIC, por otro lado, se tiene a la COPROCOM que es un ente dentro de la estructura del MEIC, con los problemas que eso puede generar<sup>1456</sup>, pero a diferencia de la DMR, está dotado de ciertas garantías formales de independencia, tema que no se analizará en esta oportunidad, se puede mencionar que recientemente la COPROCOM sufrió de una reforma legal<sup>1457</sup> que brinda mayores capacidades, aunque tachadas de insuficientes<sup>1458</sup>, para promover la competencia en relación con los servicios públicos (regulados por la ARESEP) sin llegar a fusionar ambas funciones como sucedió en el año 2013 en España con la CNMC<sup>1459</sup>, lo cual fue duramente criticado por las autoridades europeas, por un lado, por constituir un ente regulador multisectorial o concretado, por otro lado, por mezclar la actividad de regulación ex ante y ex post (competencia), en el sector de las telecomunicaciones dicha reforma le da la

---

<sup>1456</sup> En este sentido: <https://archivo.crhoy.com/autoridad-nacional-de-competencia-su-desarticulacion/opinion/>

<sup>1457</sup> Véase: Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica. Ley N.º 9736. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90054](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90054) [13-11-2020]

<sup>1458</sup> María Lourdes-Echandi. “La reforma legal es insuficiente en materia de libre competencia”. artículo en prensa del 29 de agosto de 2019, disponible en: <https://www.crhoy.com/opinion/la-reforma-legal-es-insuficiente-en-materia-de-libre-competencia/> [12-11-2020]

<sup>1459</sup> Véase: Juan Montero-Pascual. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: entre la actividad administrativa de regulación y el derecho de la competencia. (España: Tirant lo Blanch, 2013), 21.

competencia para la promoción de la competencia a la SUTEL junto con la regulación sectorial que ya tenía<sup>1460</sup>, con los inconvenientes señalados<sup>1461</sup> para la CNMC española.

En relación con los servicios financieros, la realidad es que la COPROCOM tiene pocas capacidades para trabajar en dicho sector, estando sus competencias implícitamente enfocadas en los servicios económicos de interés general y esto lo confirma la experiencia, ya que los procesos sancionatorios contra instituciones del sistema financiero nacional son escasas (salvo el caso de operadoras de pensiones).<sup>1462</sup> Además, se debe señalar que naturalmente la COPROCOM al ser un ente regulador de la competencia (ex post), no realiza análisis de impacto normativo ex ante<sup>1463</sup>, que podrían afectar la libre competencia, en relación con las regulaciones propuestas por las superintendencias ni de ninguna otra administración pública, siendo esta competencia exclusiva de la DMR en los términos dichos.

Sobre el tema de la consulta pública, ya se ha analizado la figura en relación con la potestad normativa de las AAI y el rol imprescindible que desempeña dentro del proceso regulatorio, por lo que se remite al apartado correspondiente, basta comentar en relación con el contexto nacional, los componentes o instrumentos de mejora regulatoria denominados, por los citados autores, como expedición normativa y evaluación de impacto ex post. Al momento de expedición de la norma se deben considerar muchos aspectos, el primero de ellos es la

---

<sup>1460</sup> “La Comisión para Promover la Competencia (Coprocom) es la autoridad nacional encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia. Será un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), con independencia técnica, administrativa, presupuestaria y funcional. Tendrá personalidad jurídica instrumental para realizar actividad contractual; administrar sus recursos y su patrimonio y suscribir contratos y convenios con entidades públicas y privadas, nacionales o internacionales. Lo anterior para ejercer de forma exclusiva las funciones, atribuciones y competencias que le otorgan la Ley N.º 7472, Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994 y sus reglamentos, y la presente ley y sus reglamentos. La Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley N.º 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos”. Artículo 2º de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica. N.º 9736.

<sup>1461</sup> María Lourdes-Echandi. “Inconveniente acumulación de funciones de la Sutel” artículo en prensa del 2 de octubre de 2015, disponible en: <https://archivo.crhoy.com/inconveniente-acumulacion-de-funciones-de-la-sutel/> [12-11-2020]

<sup>1462</sup> Véase: OCDE-BID. Derecho y Política de la Competencia en Costa Rica: examen inter-pares. (No indica, OCDE-BID, 2014), 32. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/derecho-y-politica-de-la-competencia-en-costa-rica-2014.htm> [14-11-2020]

<sup>1463</sup> Véase el artículo 3º de la Ley N.º 9736 que establece las competencias de las Autoridades de Competencia (COPROCOM Y SUTEL).



necesidad de promulgar la misma (principio de necesidad)<sup>1464</sup>, no es lo mismo al principio de subsidiaridad, el cual significa que el Estado sólo debe actuar en casos de fallas del mercado, lo que aquí se considera es que la norma tenga pertinencia actual, en otras palabras: “(...) el ejercicio de expedición normativa debe estar revestido de actualidad, consideración técnica, científica, económica y cultural. De ahí que, un ejercicio adecuado de este proceso reduce el riesgo de impacto y en muchas ocasiones de declaratoria de nulidad o inconstitucionalidad”<sup>1465</sup>, este último aspecto también conocido como litigio o arbitraje regulatorio sin mencionar el ahorro de tiempo y recursos públicos.

Finalmente, en cuanto a evaluación de impacto ex post *“tiene como objetivo determinar si el proceso implementado o ejecutado a través de un compendio normativo ha cumplido con los objetivos propuestos, verificando la toma de referencia en la experiencia consultada y aplicada. Por consiguiente, constituye el último eslabón en la valoración y aplicación de las iniciativas regulatorias, y no solo estas, sino de cualquier otro proceso con manifestación administrativa que se realice en las dependencias del Estado”*<sup>1466</sup>. A pesar del consenso en la idoneidad de llevar a cabo análisis de impacto normativo ex post, en la práctica es el paso más difícil de implementar, una vez aprobada la ley en virtud del artículo 129 de la Constitución Política<sup>1467</sup> surten “eficacia”, paso lo mismo con los reglamentos, así el tema de la eficiencia es relegado, se analiza ocasionalmente por sociólogos del Derecho, es todo esto lo que busca superar el análisis de impacto ex post, si la norma no cumple con sus objetivos se debe indagar la razón para corregirla y en caso de que la respuesta sea que dicha norma está mal diseñada lo lógico es su eliminación o modificación, con más razón cuando contiene requisitos o trámites innecesarios. En Costa Rica como se vio con la institución pública que debe realizar este tipo

---

<sup>1464</sup> Véase: Luis Ferney Moreno y William Iván Gallo-Aponte. *De la simplificación administrativa... op. cit.* pág. 264.

<sup>1465</sup> Ibid. op. cit. pág. 265.

<sup>1466</sup> Luis Ferney Moreno y William Iván Gallo-Aponte. “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria (Perú)”, *Revista de Derecho Administrativo*, N.º 17, (2019): 265.

<sup>1467</sup> “Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución”. Artículo 129 de la Constitución Política de Costa Rica.

de análisis es la CMR, pero sus resultados no son muy notorios.<sup>1468</sup> En palabras Eduardo ALONSO y otros:

Para que la mejora regulatoria se convierta en una política de estado, debe disponerse de **recursos humanos y financieros** adecuados y suficientes, pues su escasez ha sido uno de los puntos débiles en la implementación de la mejora regulatoria. La tarea es de grandes dimensiones y requerirá de mucho esfuerzo para lograr los objetivos deseados. En ese sentido, la cooperación internacional podría jugar un papel en la asistencia técnica y financiera requerida para impulsar efectivamente la mejora regulatoria en el país en el corto plazo. Pero, para garantizar su continuidad en el futuro, se necesita financiamiento permanente del gobierno.<sup>1469</sup>

Se puede concluir esta sección diciendo que si bien, el actual modelo no compromete la independencia de las administraciones reguladoras y supervisoras, lo cierto es que las oportunidades de mejora de la “mejora regulatoria” en nuestro país son muchas<sup>1470</sup>, en definitiva “(...) *la mejora regulatoria es un tema muy complejo que rebasa todas las capacidades institucionales del MEIC para abordarlo efectiva y eficazmente, dada la escasez de recursos humanos y financieros en la institución*”<sup>1471</sup>, lo cual se puede ver, por ejemplo, con la metodología de “análisis de costo-beneficio” que no es más que un formulario o declaración jurada de la institución que propone una regulación donde se establecen nuevos trámites y requisitos y para el caso la administración descentralizada, por paradójico que sea, se constituye como un requisito más, ya que al fin de cuentas el criterio de la CMR no es vinculante. También se debe repetir que resulta imperioso entender que la mejora regulatoria

---

<sup>1468</sup> En este sentido el considerando VII del Decreto Ejecutivo N.º 41795 del 19 de junio de 2019 “Agilización de trámites en las entidades públicas, mediante el uso de la declaración jurada” dice que “*Que las instituciones públicas muestran importantes limitaciones en su capacidad de control y verificación posterior, respecto de los permisos, licencias o autorizaciones concedidos, así reconocidas por ellas mismas en reportes de investigación, académicos y periodísticos, en contraste con lo que se concibe como un proceso robusto de control previo de los documentos y requisitos que deben presentar los administrados para obtener el respectivo permiso, autorización o licencia para emprender determinada actividad*”.

<sup>1469</sup> Eduardo Alonso et al. *Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria...* op. cit. pág. 22.

<sup>1470</sup> “*Para garantizar la continuidad del proceso se debe contar con legislación, acompañada de una institucionalidad. La institucionalidad y la legislación para el fomento de la mejora regulatoria ya existen, y durante los últimos años se han diseñado elementos operativos importantes para su aplicación. Sin embargo, los logros son modestos. Pareciera entonces que la legislación y la institucionalidad existentes tampoco han sido suficientes para lograr avances significativos en mejora regulatoria*”. Eduardo Alonso et al. *Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria...* op. cit. pág. 14.

<sup>1471</sup> Eduardo Alonso et al. *Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria...* op. cit. pág. 17.

debe ir más allá de la simplificación y digitalización de trámites a un proceso basado en la calidad normativa y la eficiencia.

En relación con el objeto de estudio del presente trabajo, se debe señalar que es necesario reforzar los Comités de Mejora Regulatoria Institucional de las superintendencias para que se constituyan como unidades técnicas, dotadas de recursos humanos y financieros suficientes, además, resulta evidente que sea el propio superintendente, el oficial de simplificación de trámites no es lo idóneo, al tener en cuenta todas las demás funciones de este directivo, lo más adecuado sería que junto con los análisis de impacto regulatorio, aquella función sea asignada a un oficial de cumplimiento especializado.

Ante cualquier eventual reforma para perfeccionar el sistema de mejora regulatoria se debe tener en cuenta que ninguna agencia externa debe comprometer la independencia de las AAI, en los términos expuestos, con el análisis de impacto regulatorio (ex ante). Así con la implantación de agendas regulatorias independientes en Costa Rica, como en otros ordenamientos jurídicos con un sistema regulatorio aún en gestación, la actividad normativa y demás funciones de aquellas, podría compatibilizarse con las potestades constitucionales del Poder Ejecutivo, garantizando el deber de cooperación y coordinación inter administrativa<sup>1472</sup>, por ejemplo, implementando la agenda regulatoria (como ruta o guía a seguir) y no verse limitadas en su independencia funcional (fundamentalmente de criterio), al no establecerse los medios o las técnicas concretas de la regulación económica, los cuales pueden cambiar conforme a las necesidades o comportamiento del mercado de referencia.

---

<sup>1472</sup> Véase: El artículo 140 inciso 8) de la Constitución Política, los artículos 26 y 99 de la LGAP y las Resoluciones N.º 5445-1999 del 14 de julio de 1999 y N.º 5871-2005 del 17 de mayo de 2005 ambas de la Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia y el Dictamen C-145-2009 del 25 de mayo de 2009 de la PGR, entre otros, teniendo en cuenta las salvedades y precisiones señaladas en el presente trabajo para los entes autónomos.

## 9.- Conclusiones y comprobación de hipótesis

### 9.1. Conclusiones

Se ha visto en los apartados precedentes, como el tema de la intervención estatal en la economía y se ha querido justificar con la teoría de las fallas del mercado, por eso se puede hablar de una regulación basada en fallas del mercado, lo cual da cierto parámetro para poder delimitar el ámbito de actuación del Estado con la regulación económica, como señala Edgar GONZÁLEZ LÓPEZ bajo este criterio: *“precisar en la regulación económica en qué consisten los fallos del mercado y su alcance es el presupuesto legal necesario para determinar la intervención del Estado y sus límites”*<sup>1473</sup>, el Estado se presenta como subsidiario, es decir, actuará solo en aquellos campos donde el mercado no asigna bien los recursos y se limitará a tomar ciertas medidas para garantizar su buen funcionamiento sin pretender en ningún momento ser su sustituto; sin embargo, en aquellos sectores donde se encuentra uno de no-competencia como los monopolios naturales, por definición, el Estado deberá recrear el mercado para abrir artificialmente el sector a la libre competencia económica bajo ciertas técnicas de alto contenido técnico y a su vez, garantizando la adecuada prestación de los servicios.

Para el sector financiero merece la pena recalcar el significado y alcance del riesgo sistémico, como factor determinante para la intervención estatal en los mercados financieros, regulando la actividad en función de su importancia social y económica para el conjunto de la población, poniendo énfasis en aquellos entes que presenten mayor riesgo, por ello se puede hablar de una regulación responsiva y supervisión basada en riesgos, como se sugirió en momento, este es el fundamento para lo que posteriormente se señala como las características especiales del sector financiero y que desvincula en algunos aspectos a la regulación económica de los servicios domiciliarios (sector real de la economía) que se basa en fallos del mercado, principalmente relacionados con el poder de mercado y la protección al usuario, imponiendo básicamente cargas de servicio público.

---

<sup>1473</sup> Edgar González-López. La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017): 356.

Por otro lado, se ha tratado concienzudamente, aunque sea de manera sucinta, las principales críticas que hacen a la intervención estatal y la regulación desde la Escuela de la Elección Pública, para ello se señalaron algunos ejemplos de los fallos del Estado y de la regulación en nuestro país; sin embargo, se debe ser enfático, junto con Tomás de la QUADRA-SALCEDO en que *“los fallos no descalifican los objetivos, si acaso permiten desechar el instrumento, el modelo concreto utilizado, o introducir las correcciones oportunas”*<sup>1474</sup>, este el objetivo último de este trabajo, sugerir formas o modelos para la mejora regulatorio, lo cual es un tema aún inacabado, por ello es pertinente señalar *“(...) que más allá de los defectos de la intervención del Estado en su función regulatoria, se han logrado avances significativos y de carácter técnico en la función de las agencias independientes”*.<sup>1475</sup>

Se debe tener presente que el Estado tiene un rumbo preestablecido en la Constitución Política y es por ello que el análisis económico de la regulación es insuficiente, ya que el Estado y la actuación pública responden en gran parte a fines extraeconómicos, por ello es necesario ubicar la intervención económica y la regulación en la estructura constitucional del Estado<sup>1476</sup> y hacer compatibles ambas concepciones; no obstante, se explicó como *“los objetivos de la regulación parecen derivarse de la norma constitucional, la finalidad social y la eficiencia en su prestación guardan consonancia (...)”*<sup>1477</sup>, el trasfondo constitucional y la legitimidad del Estado para intervenir en el mercado, así como las técnicas tradicionales en que concreta los mandatos de la Carta Magna, se extraen de la misma, básicamente de los numerales 50 y 28 de dicha norma.

Así se estudió de manera general como el poder político se encuentra organizado y legitimado para intervenir en el mercado, en definitiva, se encuentra dotado de un amplio abanico posibilidades que se derivan de la Constitución económica y de la Ley formal. Por lo anterior se puede afirmar que el Estado, comprendiendo al Gobierno central como una parte importante parte él, es un agente económico de gran relevancia en la actualidad y la jurisprudencia constitucional, así lo ha entendido, bajo el modelo de Economía Social de

---

<sup>1474</sup> Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Estado y mercado en un mundo global (España)” *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 25. (mayo-agosto, 2005): 75.

<sup>1475</sup> Edgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación...* op. cit. pág.: 364.

<sup>1476</sup> Véase: Edgar González-López. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación...* op. cit. pág.: 360.

<sup>1477</sup> Ibid. pág.: 367.

Mercado sin necesidad de llevar a cabo mayores reformas.

El Poder Ejecutivo bajo el mando de la Presidencia de la República y de los ministros de Gobierno pueden influir casi en todos los ámbitos de la vida económica de la ciudadanía y de las empresas, bajo las formas tradicionales de actuación administrativa, la Ley así lo determina y la jurisprudencia lo confirma de manera inequívoca; sin embargo, trata de delimitar ese margen de actuación, solando las medidas al concepto de “orden público” u “orden público económico”, lo cual no deja de ser un concepto jurídico indeterminado y con ello, dejando a fin de cuentas, un amplio margen de actuación.

A pesar de que en la actualidad existen importante esfuerzos académicos para poder trazar coto a las prácticas políticas que más allá de buscar soluciones eficientes y reales a los problemas económicos de asignación de los recursos escasos, buscan el favor político de sus partidarios, en aras de consagrarse y mantener el poder político, lo cual es connatural a la política partidaria y no deja de ser un elemento de la democracia moderna, dichos esfuerzos no eliminan mayores facultades del Gobierno central, por lo cual, no presentan mayores problemas de inconstitucionalidad, ya que los métodos por los que se lleva a cabo la intervención estatal en el mercado son, como se dijo, un catálogo abierto y deben ser definidos por ley.

Todo lo anterior se plasma en el concepto de *regulación económica* y de Autoridades Administrativas Independientes como la forma más acabada de intervención estatal, llevada a cabo por un ente especializado en la materia o sector de referencia. Por otro lado, como resultado de lo expuesto en el capítulo II del presente trabajo, ahora se tiene un robusto marco conceptual para poder entrar de lleno a analizar la instauración de un verdadero modelo regulatorio por AAI en Costa Rica. En todo caso, el Gobierno central tendrá siempre a su disposición, las formas tradicionales de actuación administrativa para conseguir los objetivos sociales y de política económica que se haya trazado, según el “plan” o la coyuntura socioeconómica imperante.

En cuanto a los modelos de supervisión, el sistema costarricense podría clasificarse de “sectorial imperfecto”, ya que las distintas superintendencias desempeñan tareas de supervisión y responden a la lógica sectorial, pero, mutiladas de facultades reales (como la de

emitir regulaciones) siendo el único competente para ello el CONASSIF, se podría hablar en el mejor de los casos de un sistema “centralizado mejorado”. Como se detalló, el modelo centralizado es el más criticable de los tres modelos conocidos de supervisión financiera. Ahora bien, ¿Qué habría que hacer para mejorar la arquitectura institucional de supervisión financiera en Costa Rica en caso de querer implementar el modelo Twin Peaks?

En primer lugar, se debe tener claro que no existen soluciones definitivas ni fórmulas únicas, dicho eso, se puede presentar varias alternativas; una, quitar las facultades de regulación en cuanto a solvencia al CONASSIF y dárselas al BCCR (con ello la SUGEF ya no tendría competencias de importancia) y crear paralelamente un ente supervisor único para regular la materia de mercados y de conductas e incorpore como es lo usual, la función de protección a los inversionistas y consumidores financieros.

El paso al sistema Twin Peaks debe garantizar en todo caso la independencia de las autoridades regulatorias, que es el punto central de esta investigación, con ello se solucionaría de paso, uno de los problemas principales del actual modelo, que es su alta politización en el seno de la junta directiva del CONASSIF, esto se logrará eliminando a cualquier persona con vínculos políticos de las juntas directivas, verbigracia el ministro de Hacienda, junto con las demás garantías formales expuestas. También se debe garantizar la independencia del BCCR como eventual regulador de la solvencia y hacer la diferenciación de funciones en relación con la implementación de la política económica, la cual sí es una atribución política, a diferencia de la definición de la política monetaria y cambia como se detalló en su momento.

De cara a los hallazgos del presente estudio, se puede señalar que en Costa Rica no se han desarrollado estudios rigurosos sobre la naturaleza de los órganos reguladores y supervisores, su estructura, sus atribuciones y potestades o del proceso de toma de sus decisiones<sup>1478</sup>; sin embargo, dicha falencia en el plano académico no está acorde con la relevancia económica y social que tiene el tema, podría esto ser una señal de su falta de autonomía conceptual y sistemática dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que se continúan viendo como parte del Gobierno central, entiéndase Poder Ejecutivo y como

---

<sup>1478</sup> Ver estado de la cuestión del presente trabajo.

organismos subordinados a algún ministerio o más atinadamente, en cierta medida, al Banco Central, pero como se ha visto, no es lo correcto, con base en la normativa.

Empero, tal percepción no dista mucho de la realidad, ya que los órganos reguladores y supervisores no gozan de un nivel o grado idóneo de independencia, según los estándares internacionales y la doctrina más acreditada, lo anterior específicamente respecto del Ejecutivo, ya que dada su actual estructura jerárquica, se supeditan todas las decisiones relevantes a la aprobación por parte del CONASSIF, así puede ejercer pleno control político, con ello, este último ente puede imponer su criterio particular nutrido de múltiples factores coyunturales, en decisiones que se deben de tomar con base en aspectos técnicos, siguiendo eso sí, los parámetros establecidos en la Ley (y eventuales reglamentos ejecutivos) para determinado sector.

Se puede decir así, que la estructura jurídico institucional del sistema de regulación financiera costarricense no es fruto de la casualidad, sino que responde a una visión presidencialista fuerte, como sucede en los Estados Unidos y el CONASSIF es sin lugar a dudas un “puente de coordinación”<sup>1479</sup> para que el Ejecutivo pueda controlar sin delegar o flexibilizar tal facultad, el proceso de toma de decisiones trascendentales en la economía.

No se puede dejar de mencionar que una persona no avezada en el tema regulatorio a la hora estudiar las leyes sectoriales, puede llevarse como primera impresión, que tenemos órganos reguladores y supervisores independientes para emitir normativa en su ámbito de competencia y velar por su acatamiento, esto fue lo que el legislador previó inicialmente y es que se ve cómo cada una de esas leyes contiene artículos que expresamente le dan esa competencia<sup>1480</sup> a la superintendencia respectiva<sup>1481</sup>, siguiendo una clara técnica de subdelegación legislativa que caracteriza las competencias de dichos entes reguladores y supervisores y que es distinta e independiente a la del Poder Ejecutivo.

---

<sup>1479</sup> Para utilizar el término de Beatriz Garfias para el caso mexicano pero que es perfectamente aplicable al costarricense. véase: Garfias-García, Beatriz E. “Los órganos reguladores como entes subordinados y a la orden del Ejecutivo (México)” *El Cotidiano*. N.º 172. (marzo-abril, 2012): 42.

<sup>1480</sup> Por ejemplo, el artículo 3º de la LRMV dispone que “(...) *La Superintendencia regulará, supervisará y fiscalizará los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados con ellos, según lo dispuesto en esta ley (...)*”. (negrita no es del original)

<sup>1481</sup> A excepción de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros que es más reciente.



Esa primera impresión en el grado de independencia frente al Gobierno resulta ser una falacia y se ha encubierto a tal punto de no poner sobre la mesa la sola posibilidad de reformar el esquema jerárquico del actual modelo regulatorio, ya que los proyectos de ley que actualmente están en la corriente legislativa o que recientemente han sido aprobados, se limitan a solucionar exigencias menores<sup>1482</sup>, salvo la notable reforma que elimina el derecho de voto del ministro de Hacienda en la Junta Directiva del BCCR; sin embargo, tiene derecho de voz.

El CONASSIF tiene una naturaleza jurídica particular, es un ente subordinado al Banco Central, pero a su vez conformado por su presidencia y por el ministro de Hacienda de turno, como ya se explicó, es un ente creado por ley para avocarse las competencias de otros entes que a su vez las tienen definidas en su propia normativa sin que estas leyes en la mayoría de los casos hagan referencia a la posterior aprobación por este órgano de alzada, es así como terminan aquellos siendo meros órganos de consulta, ya que elaboran normativa para su posterior deliberación y aprobación. Por otro lado, el CONASSIF fue creado para *supervisar a los supervisores*, ya que en aras de una coordinación interinstitucional se ejerce un control pleno.

Sobre este último aspecto se ve en el Derecho positivo, el sustento a nuestra tesis, de la mano siempre del artículo 171 de la LRMV N.º 7732, que dispuso que le corresponde al CONASSIF, una de las tareas más importantes que es nombrar y remover a los superintendentes, intendentes, auditor y subauditor interno de las superintendencias<sup>1483</sup>, lo cual está relacionado directamente con la independencia personal o subjetiva de las superintendencias. En relación con la supervisión que realiza sobre las superintendencias en el ámbito funcional u operativo, encontramos que al CONASSIF le corresponde aprobar *“las normas generales de organización de las Superintendencias y las auditorías internas”*<sup>1484</sup>, *“el plan anual operativo, los presupuestos, sus modificaciones y la liquidación presupuestaria de las Superintendencias”*<sup>1485</sup> y *“una memoria anual de cada Superintendencia, así como los*

---

<sup>1482</sup> Por ejemplo, la reforma que permite a los bancos extranjeros poner sucursales en el país sin necesidad de constituirse como Sociedad Anónima o la reforma para mejorar las facultades y coordinación de los entes reguladores de la competencia (básicamente COPROCOM Y ARESEP)

<sup>1483</sup> Artículo 171 inciso a) de la LRMV N.º 7732.

<sup>1484</sup> Artículo 171 inciso j) de la LRMV N.º 7732.

<sup>1485</sup> Artículo 171 inciso k) de la LRMV N.º 7732.

*informes anuales que los Superintendentes deberán rendir sobre el desempeño de los sujetos supervisados por la respectiva Superintendencia”.*<sup>1486</sup>

Se puede afirmar que el CONASSIF tiene también funciones revocatorias y de intervención sobre los sujetos regulados por la superintendencias, por ejemplo, en el mercado de valores, puede suspender o revocar la autorización otorgada a los sujetos regulados por las diferentes superintendencias o la autorización para realizar la oferta pública, bajo determinados supuestos, también puede ordenar la suspensión de las operaciones y la intervención de los sujetos regulados por las superintendencias, además, decretar la intervención y solicitar la liquidación ante las autoridades competentes.

Otros aspectos de suma importancia para determinar su poder jerárquico (“impropio”) sobre las superintendencias es la facultad de revisión de los actos administrativos emanados por las superintendencias en alzada ya que le corresponde al CONASSIF “*Conocer y resolver en apelación los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por las Superintendencias. Las resoluciones del Consejo agotarán la vía administrativa*”.<sup>1487</sup> La misma facultad se establece con relación con las bolsas de valores cuando se trate sobre la autorización (su negativa) o contra la imposición de sanciones a puestos de bolsa, actuando ahí como superior no jerárquico. Además, el Consejo cumple un papel muy importante que es la de resolver los conflictos de competencia suscitados entre las distintas superintendencias<sup>1488</sup> para resolver así también un problema que en doctrina se conoce como “doble regulación”.

---

<sup>1486</sup> Artículo 171 inciso l) de la LRMV N.º 7732.

<sup>1487</sup> Artículo 171 inciso g) de la LRMV N.º 7732.

<sup>1488</sup> Ver artículo 171 inciso r) de la LRMV

## 9.2. Comprobación de hipótesis

Como es sabido, la hipótesis de este trabajo de investigación es que: “El modelo regulatorio costarricense para ser congruente con la doctrina y los estándares internacionales en cuanto al nivel idóneo de independencia de los entes reguladores y supervisores del sistema financiero, tiene que superar el esquema actual regido por el CONASSIF, dotando a cada Superintendencia de su propia Junta Directiva”. Con base en la doctrina, normativa y jurisprudencia señaladas, se confirma dicha hipótesis.

La única ruta posible para que las superintendencias sean independientes, con base en el modelo sectorial, es dotándolas de su propia junta directiva y demás garantías formales de independencia; no obstante, en aras de la rigurosidad académica, es necesario hacer algunas precisiones, la primera es que el proyecto de investigación se basó exclusivamente en el modelo de supervisión sectorial, es por ello que el “análisis de independencia” con base en la teoría de la Autoridades Administrativas Independientes (AAI) se aplica a las superintendencias, pero este análisis se puede aplicar a cualquier administración de regulación y supervisión, por ejemplo, en relación con el modelo de supervisión concentrado, se podría aplicar exclusivamente al CONASSIF y los resultados serían similares en cuanto a la independencia personal o subjetiva, por otro lado, las eventuales reformas deberían respetar lo aquí señalado para las superintendencias. La independencia del ente regulador y supervisor es un factor común para cualquier modelo.

## Bibliografía

### Tratados, libros y capítulos de libro

- Abad-Liceras, José María. “*El estatuto jurídico y las funciones de los organismos reguladores y supervisores en el mercado español,*” 65-105 en *La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico-práctica*. España: Dykinson, 2009.
- Aglieta, Michel. *Regulación y crisis del capitalismo: la experiencia de los Estados Unidos*. España: Siglo XXI, 1979.
- Alborta, Guillermo. Stevenson, Claudia y Triana, Sergio. *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: Una visión hacia el futuro*. No indica: Banco Interamericano de Desarrollo, 2011. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/16075/asociaciones-publico-privadas-para-la-prestacion-de-servicios-una-vision-hacia-el> [19-04-2020]
- Alonso, Eduardo et al. *Competitividad en Costa Rica: Mejora regulatoria*. Estados Unidos: Banco Mundial, 2010. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/388331468032652586/Competitividad-en-Costa-Rica-mejora-regulatoria> [8-11-2020]
- Alviar García, Helena. *Nuevas tendencias del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2016.
- Ariño-Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Arroyo-Zapatero, Luis y Nieto-Marín, Adán. (dirs) *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. España: Tirant lo Blanch, 2013
- Bassols-Coma, Martín. *Constitución y sistema económico*. España: Tecnos, 1985.
- Bazán, Víctor y Fuchs, Marie-Christine. (eds.) *Constitución y Economía: Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. España: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1998.
- Bensusán, Graciela. *Ocupaciones emergentes en la economía digital y su regulación en México*, en serie *Macroeconomía del Desarrollo*, N.º 203. Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2020. Disponible en:

<https://www.cepal.org/es/publicaciones/45481-ocupaciones-emergentes-la-economia-digital-su-regulacion-mexico> [04-05-2020]

- Bermejo-Vera, José. Derecho Administrativo: Parte especial. España: Thomson Civitas, 2005.
- Betancor, Andrés. Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos. España: Civitas, 2010.
- Betancourt-García, Mauricio. Teorías y enfoques del desarrollo. Colombia: Escuela Superior de Administración Pública. 2004. Disponible en: <https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Teorias%20y%20Enfoques%20del%20Desarrollo.pdf> [20-09-2020]
- BID. Fintech: América Latina 2018: Crecimiento y consolidación. No indica: Banco Interamericano de Desarrollo; BID Invest; Finnovista, 2018. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Fintech-Am%C3%A9rica-Latina-2018-Crecimiento-y-consolidaci%C3%B3n.pdf> [09-05-2020]
- Blanquer-Criado, David. Introducción al derecho administrativo: Teoría y 100 casos prácticos. 3° ed. España: Tirant lo Blanch, 2015.
- Blanquer-Criado, David. La autorización y la comunicación (en el contexto de la UE). España: Tirant lo Blanch, 2018.
- Blanquer-Criado, David. La inspección (de actividades autorizadas o comunicadas). España: Tirant lo Blanch, 2018.
- Cambroner-Torres, Andrei. *“Una metodología de tipos para la investigación jurídica,”* en Harbotte- Quirós, Frank. Cambroner-Torres, Andrei y Salas-Porras, Ricardo. Apuntes sobre el diseño de una investigación jurídica. San José. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2018.
- Campos-Acuña, Concepción. (Dir.) (2020). Guía práctica de compliance en el sector público. Wolters Kluwer España. Accedido, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/129214>;
- Casares Ripol, Javier. *“Una guía de las corrientes de pensamiento económico actual”* en Luis Perdices de Blas. (Ed) Historia del Pensamiento Económico. España: Editorial Síntesis, 2004.
- Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 8 ed. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

- Castells, Manuel y Himanen, Pekka. El Estado del bienestar y la sociedad de la información. El modelo finlandés. Traducción de Jesús Alborés. España: Alianza editorial, 2002.
- Castro Videla, S. M. y Maqueda Fourcade, S. La delegación legislativa y el Estado regulatorio: una mirada crítica al agujero negro de la regulación. España: Editorial Ábaco, 2018. Accesado, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/119308> [10-06-2020]
- Cedeño-Brea, Enmanuel. “El uso de las nuevas tecnologías para el cumplimiento normativo” en Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina (directores). Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios. España: Tirant lo Blanch, 2020.
- Cipoletta Tomassian, Georgina y Matos, Adriana. “Capítulo I. Hechos estilizados sobre la inclusión financiera en América Latina”. En Pérez Caldentey, Esteban y Titelman Kardonsky, Daniel. (eds), La inclusión financiera para la inserción productiva y el papel de la banca de desarrollo. 37-58. Libros de la CEPAL, N.º 153. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2018.
- Ciriano-Vela, César David. Administración Económica y Discrecionalidad: Un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid, España: LEX NOVA S.A. 2000.
- Cruz-Parceró, J. A., Larrañaga-Monjaraz, P. y Rodríguez, P. Derechos económicos: una aproximación conceptual. México: CEPAL/CNDH, 2019.
- Cruz-Soto, Luis Antonio. La autoridad legítima: el comportamiento administrativo y la concepción aristotélica de la legitimidad de la autoridad. México: Ediciones y Gráficos Eón, 2013.
- Cuadrado Roura, Juan R. (Dir) Política Económica: Elaboración, objetivos e instrumentos. 4º Ed. (España: McGraw-Hill/Interamericana de España, S. L., 2010): 287.
- Danós-Ordóñez, Jorge. “*La Regulación Económica*”. en Curso de derecho administrativo iberoamericano. España: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.
- De la Riva, Ignacio M. Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2004.
- Del Guayo-Castiella, Íñigo. Regulación. España: Marcial Pons, 2017.
- Díez de los Ríos Flores, Miguel. “*La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores*” en Los mercados financieros. 2º ed. España: Tirant lo Blanch, 2017.

- Ekelund, J. R., Robert B. y Hébert, Robert F. Historia de la teoría económica y de su método. 3° Ed. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, S. A., 2005.
- Escoto-Leiva, Roxana- Banca Comercial. 1° ed. 3° reimpr. (Costa Rica: EUNED, 2011), 12.
- Esteve-Pardo, José. “El encuadre de la regulación de la economía en el sistema de Derecho público” 387-405 en Muñoz-Machado, Santiago. (dir) Derecho de la regulación económica: Fundamentos e institutos de la regulación I. España: Iustel, 2009.
- Federico A. Castillo-Blanco. Compliance e integridad en el sector público. España: Tirant lo Blanch, 2019.; Miranzo Díaz, Javier. La prevención de la corrupción en la contratación pública. Wolters Kluwer España, 2019. eLibro accesado, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/125421>;
- Fernandois V., Fernando. Derecho Constitucional Económico. Tomo II. Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2010.
- Fernández-Farreres, Germán. “Lección 16. La Actividad de Fomento” en Tomás Cano Campos, et al. Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo: Tomo III La actividad de las Administraciones Públicas. V, II. El contenido. España: Iustel, 2009.
- Gamero-Casado, Eduardo y Fernández-Ramos, Severiano. Manual básico de derecho administrativo. 13 ed. España: Tecnos, 2016.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo. 11° ed. España: Civitas, 2001.
- García de Enterría, Eduardo. La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa. España: Civitas, 2001.
- García de Enterría, Eduardo. La Lengua de los Derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa. (España: Real Academia Española, 1994) Disponible en: [https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso\\_Ingreso\\_Eduardo\\_Garcia\\_de\\_Enterria.pdf](https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_Ingreso_Eduardo_Garcia_de_Enterria.pdf) [accesado el 12-08-2019]
- Gilardi, Fabrizio. Delegation in the Regulatory State: independent regulatory agencies in western Europe. Estados Unidos: Edward Elgar Publishing. 2008.
- Gómez-Colomer, Juan Luis. (dir) y Christa M. Madrid-Boquin. (coord.). Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. España: Tirant lo Blanch, 2019.

- González-López, Edgar. La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Gordillo, Agustín. “*Capítulo XV Entes reguladores*” pág. XV-1 -XV-46 en Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general. 1a ed. 1a reimpr. v. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.
- Guerrero, Omar. La Administración Pública a través de las Ciencias Sociales. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Guerrero, Rosa Matilde. Focke, Kurt y Rossini, Florencia. Redes de seguridad financiera: aspectos conceptuales y experiencias recientes en América Latina y el Caribe. U. S. A.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2010.
- Gurrea-Martínez, Aurelio y Remolina, Nydia. “Una aproximación regulatoria y conceptual a la innovación financiera y la industria fintech” en Aurelio Gurrea Martínez y Nydia Remolina (directores). Fintech, Regtech y Legaltech: Fundamentos y desafíos regulatorios. España: Tirant lo Blanch, 2020).
- Hauriou, André. Derecho constitucional e instituciones políticas. España: Demos - Ediciones Ariel, 1971.
- Hernández-Rodríguez, Magally. Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y del Derecho público. Costa Rica: Editorial UCR, 2007.
- Herrera, Diego y Vadillo, Sonia. Sandbox Regulatorio en América Latina y el Caribe para el ecosistema Fintech y el sistema financiero. No indica: Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Sandbox-regulatorio-en-Am%C3%A9rica-Latina--el-Caribe-para-el-ecosistema-Fintech-y-el-sistema-financiero.pdf> [09-05-2020]
- Hines-Céspedes, César. La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., 2006.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos. Argentina: Siglo XXI, 2011.
- Huerta-Ochoa, Carla. “*La intervención administrativa en el Estado contemporáneo*”. En Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Tomo I: Derecho administrativo. México: UNAM, 2005.



- Jiménez-Sandoval, Humberto. Curso de derecho bancario. 1° ed. 1° reimpr. Costa Rica: EUNED, 2013.
- Kresalja R., Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana. Perú: Fondo editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Krugman, Paul. Wells, Robin y Graddy, Kathryn. Fundamentos de economía. 2° ed. España: Reverté, 2013.
- Laguna de Paz, José Carlos. Le regulación del mercado. Lecciones para alumnos díscolos. En Derecho Administrativo y Regulación Económica. España, La Ley, 2011.
- Larraín, Felipe y Sachs, Jeffrey. Macroeconomía en la economía global. 3° Ed. Chile: Pearson educación, 2013.
- Leguizamón-Acosta, William. Derecho Constitucional Económico. Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- Leight, Jessica. "Public Choice: A Critical Reassessment" En Edward Balleisen y David Moss. (eds). Government and Markets: Toward a new theory of regulation. (USA: Cambridge University Press, 2009): 13-14. Disponible en: <https://libgen.is/book/index.php?md5=554DBA3103E1A188BF784B7664CF2753> [14-06-2020]
- Leiva-Poveda, Jorge Enrique. Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos y su reglamento (anotada, concordada y con jurisprudencia). Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A. 2010.
- Lledó Benito, Ignacio. Corporate compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables. España: Dykinson, 2018. eLibro, accesado, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/58989>;
- López-Villegas, Clara Isabel. Una aproximación metodológica a la teoría de la regulación francesa: el caso de Robert Boyer. Colombia: Universidad EAFIT, 2005. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/499> [20-09-2020]
- Magine-Herrero, Mariano. Límites constitucionales de las administraciones independientes. España: INAP, 2002.
- Majone, Giandomenico. Regulating Europe. Estado Unidos: Routledge, 1996.
- Mankiw, N. Gregory. Principios de economía. 7° Ed. México: Cengage Learning Editores, S.A., 2017.

- Marichal Salinas, Carlos. Nueva historia de las grandes crisis financieras: Una perspectiva global 1873-2008. Buenos Aires: Debate, 2010.
- Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. 4 ed. Tomo II. Argentina: Abeledo Perrot, 2010.
- Martínez-Álvarez, José Antonio y Calvo González, José Luis. Banca y Mercados Financieros. 2° Ed. España: Tirant lo Blanch, 2012.
- Martínez-Fernández, José Manuel. Contratación pública y transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación. Wolters Kluwer España, 2016. eLibro, accesado, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/51766.;>
- Martínez-Vázquez. Francisco. “La administración independiente: Definición, Naturaleza, Encuadramiento Sistemático y Regulación”, 25-63 en obra colectiva La Administración Reguladora y Supervisora: Visión teórico-práctica. Abad-Liceras y Irurzun-Montoro, (Cords) España: Dykinson, 2009.
- Martín-Mateo, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. 22 ed. España: Thomson Aranzadi, 2003.
- Martín-Mato, Miguel Ángel. Mercado de capitales: una perspectiva global. 1° ed. Argentina, Cengage Learning Argentina, 2011.
- Mathieu, Emmanuelle. Regulatory Delegation in the European Union: networks, committees and agencies. Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2016.
- Meléndez-Huelin. Óscar. “*La supervisión, inspección y sanción de las entidades de crédito: especial referencia al mecanismo único de supervisión*”. En Los mercados financieros. 2° ed. (España: Tirant lo Blanch, 2017): 285-286.
- Michael M. Harmon y Richard T. Mayer. Teoría de la organización para la administración pública. México: Fondo de cultura económica, 1999.
- Montejo-Morales, Andrés. “Sobre el ordenamiento territorial” en Derechos Reales. Costa Rica: Editorial ISOLMA, 2013.
- Montenegro, Walter. Introducción a las doctrinas político-económicas. 3° ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Montero-Pascual, Juan José. Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados. 4° ed. España: Tirant lo Blanch, 2020.

- Moreno-Castillo, Luis Ferney Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. Instituto de Estudios en Regulación Minera, Petrolera y Energética. 2019.
- Muñoz-Fraga, Rafael. Derecho Económico. México: Porrúa-UNAM, 2011.
- Muñoz-Machado, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la administración. 4° ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015.
- Navroz K. Dubash y Bronwen Morgan. “*The Rise of the Regulatory State of the South*” en *The rise of the Regulatory State of the South: infrastructure and development in emerging economies*. 1 - 23. Reino Unido: Oxford University Press, 2013.
- Negre, Mario y Cuesta, José. “La lucha contra la desigualdad en La Agenda 2030”. En José Antonio Alonso y Anna Ayuso (coords.) *Acercar los Objetivos de Desarrollo Sostenible a la Ciudadanía: El compromiso de Europa con la Agenda 2030*. España: CIDOB, 2017.
- Nieto Martín, Adán. *Public compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014. eLibro, accesado, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/57294>.
- Nieto, Alejandro. *La “nueva” organización del desgobierno*. 3° reimpr. España: Ariel, 1996.
- Novak, William J. “A Revisionist History of Regulatory Capture” En Daniel Carpenter y David A. Moss (eds.) *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*. USA: Cambridge University Press, 2014.
- OCDE. *Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones*. (París: OECD Publishing, 2019): 25. <https://doi.org/10.1787/0fe43505-es>.
- OCDE. *Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones*. Francia: OCDE, 2019.
- Ortiz-Ortiz, Eduardo. “*Clasificación de los Actos Administrativos, Tesis N.º 21*” en *Derecho Administrativo*, Tomo 2. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 1976.
- Ortiz-Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo*, tomo II. Costa Rica: Biblioteca Jurídica Dike, 2002.
- Palomeque-López, Manuel Carlos. *Derecho del Trabajo e Ideología: Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*. 7° Ed. España: Tecnos, 2011.

- Parada-Vázquez, Ramón. Derecho Administrativo I. 24° Ed. España: Open ediciones universitarias, 2014.
- Parada-Vázquez, Ramón. Derecho Administrativo I: Parte General. Marcial Pons. 15 ed. España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004.
- Parejo-Alfonso, Luciano. “*La nueva función pública de regulación*” 1379-1412. En Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. España: Tirant lo Blanch, 2017.
- Parejo-Alfonso, Luciano. Lecciones de derecho administrativo. 5 ed. España: Tirant lo Blanch, 2012.
- Parejo-Alfonso, Luciano. Lecciones de derecho administrativo. 9° ed. España: Tirant lo Blanch, 2018.
- Parkin, Michael y Laría, Eduardo. Macroeconomía: Versión para Latinoamérica. 9° Ed. México: Pearson educación, 2010.
- Parkin, Michael. Economía. 12 ed. México: Pearson Educación, 2018.
- Pérez-Caldentey, Esteban y Titelman, Daniel. (editores), La inclusión financiera para la inserción productiva y el papel de la banca de desarrollo, Libros de la CEPAL, N.º 153. Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018.
- Pérez-Piaya Moreno, C. (Coord.) y Gollonet Teruel, L. Á. (Coord.). (2020). Compliance en el Derecho Administrativo: políticas de cumplimiento en el sector público y en el sector privado. Wolters Kluwer España. accesado, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/136385>
- Rafael Muñoz-Fraga. Derecho Económico. México: Porrúa-UNAM, 2011.
- Rallo-Lombarte, Artemi. “*Las administraciones independientes: una aproximación constitucional*” 11 - 19. en Cristina Pauner Chulvi y Beatriz Tomás Mallén. (Coords) Las Administraciones Independientes. España: Tirant lo Blanch, 2009.
- Rando-Casermeyro, Pablo. La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política jurídica. España: Tirant lo Blanch, 2010.
- Rebollo Puig, Manuel. “Lección 12. La actividad de limitación” En Tomás Cano Campos, et al. Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo: Tomo III La actividad de las Administraciones Públicas. V, II. El contenido. España: Iustel, 2009.
- Resico, Marcelo F. Introducción a la Economía Social de Mercado. - 1a ed. Argentina: Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- Rivera-Ortega, Ricardo. Derecho Administrativo. 3° ed. España: Tirant lo Blanch, 2019.

- Rivero-Ortega, Ricardo. Derecho administrativo económico. 8° ed. España: Marcial Pons, 2018.
- Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge. Understanding Regulation: theory, strategy, and practice. 2° ed. Estados Unidos: Oxford University Press, 2012.
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. La crisis de la deuda externa: en Latinoamérica Costa Rica: editorial de la UCR, 1993.
- Ruiz-Palazuelos, Nuria. Regulación económica y Estado de Derecho. España: Tirant lo Blanch, 2018.
- Salvador-Martínez, María. Autoridades independientes. España: Ariel, 2005.
- Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D. Economía. Con aplicaciones a Latinoamérica. 19 ed. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A., 2010.
- Sánchez Macías, José Ignacio y Leo Castela. Compliance tributario para pymes según la Norma UNE 19602. España: AENOR - Asociación Española de Normalización y Certificación, 2020. eLibro, accesado, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/lc/sibdi/titulos/125941>.
- Sánchez-González, José Juan. La Administración Pública como Ciencia: su objeto y estudio. México: Plaza y Valdés S.A., 2001.
- Sancho, David. "Regulación y agencias reguladoras independientes: elementos claves para la consolidación de su diseño institucional". En Entre la Transformación de las Administraciones Públicas y la Creación de Nuevas Fórmulas de Gestión, Miguel Salvador Serna, coord., VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá. (2003) Documento en línea. Disponible en: [siare.clad.org/fulltext/0047307.pdf](http://siare.clad.org/fulltext/0047307.pdf) [05-05-2020]
- Santamaría-Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo General. 2°ed. España: Editorial Iustel, 2009.

- Schettino-Yáñez, Macario. Introducción a la economía para no economistas. México: Pearson Educación, 2002.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. La teoría general del Derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. España: INAD/Marcial Pons, 2003.
- Segura, Julio. “Capítulo 3: La supervisión financiera” 145-220 en Julio Segura (coord.) Reguladores y supervisores económicos independientes: al caso español. España: Editorial Centro De Estudios Ramón Areces, S. A., 2018.
- Solanes-Mullor, Joan. Administraciones Independientes y Estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español. España: Congreso de los Diputados, 2016.
- Stiglitz, Joseph E. Economía del Sector Público. 3º Ed. España: Antoni Bosch, editor, S. A., 2000.
- Stiglitz, Joseph E. El malestar en la globalización. España: Taurus, 2002.
- Sunstein, Cass R y Thaler, Richard H. Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad. España: Taurus, 2017.
- Sunstein, Cass. (más) SIMPLE el futuro del Gobierno. España, Marcial Pons, 2014.
- Torrealba-Navas, Adrián. Derecho Tributario Iberoamericano: A la luz de la versión 2015 del Modelo de Código Tributario del CIAT. Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2017.
- Torrero-Mañas, Antonio. Revolución en las finanzas: los grandes cambios en las ideas: represión y liberalización financiera. (España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008): Accedido de <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/ereader/sibdi/127390?page=185> [consultado 7 de junio de 2020].
- Tucker, Paul. Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State. Reino Unido: Princeton University Press, 2018.
- Urueña, René. “Capítulo I: El surgimiento del estado regulador-constitucional en Colombia: el caso de la regulación de agua potable” 11-38. En Alviar García, H. (dir). Nuevas tendencias del derecho administrativo. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2016. Accesado, <https://elibro-net.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/es/ereader/sibdi/68831?page=46>. [10-05-2020]

- Van Breugel, Gerla. Sistemas de protección frente al desempleo. Chile: Naciones Unidas, 2014. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/36820-sistemas-proteccion-frente-al-desempleo> [04-05-2020]
- Vargas-Sánchez, Gustavo. Introducción a la teoría económica: un enfoque latinoamericano. 2° ed. México: Pearson educación, 2006.
- Ventura-Rodríguez, Manuel Enrique. “Las relaciones de sujeción especial en el derecho público económico,” 89-125 en *Derecho Administrativo Económico*. Costa Rica: Editorial jurídica continental, 2008.
- Verdú, Vicente. El capitalismo funeral: La crisis o la Tercera Guerra Mundial. España: ANAGRAMA, 2009.
- Weber, Max. Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva. España: Fondo de Cultura Económica. 2002.

### **Artículos académicos y documentos en línea**

- Agudo-González, Jorge. “Actuación material e informalidad: El ejemplo de la concertación con la Administración. (España)” *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 41-42, (2013): 123-172.
- Aguilar-Valdez, Óscar R. “El acto administrativo regulatorio (España)”. *Documentación administrativa*, N.º 267-268. (septiembre 2003-abril 2004): 289-304. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5622> [10-10-2020]
- Álvarez Suarez, Marisa. «El Impacto económico de la Better Regulation. Un análisis para España». *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* 11, N.º 22 (noviembre 1, 2019): 72-85. Accedido octubre 20, 2020. <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/articulo/view/10540>.
- Álvarez-Fernández, Mónica. “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015 (España)” *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 43 (2016): no indica. Disponible en: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=417903](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=417903) [31-07-2020]
- Alza-Barco, Carlos. “¿Qué se entiende por regulación? enfoques y equivocidad (Perú)” *Revista de derecho administrativo*, N.º 10. (2011): 317-328.

- Arbos, Xavier. "La crisis de la regulación estatal (España)" *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, N.º 71. (enero-marzo, 1991): 259-280.
- Ariño-Ortiz, Gaspar y De la Cuétara, Juan Miguel. "Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos (España)". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9 (enero-abril, 2000): 9-26.
- Ariño-Ortiz, Gaspar. "Logros y Fracasos de la Regulación (Chile)". *Revista de Derecho Administrativo Económico*. N.º 16. (2006): 7-22. Disponible en: <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4842/4562> [20-06-2020]
- Ariño-Ortiz, Gaspar. "Sobre la naturaleza y la razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario (Brasil)". *Redae*, N.º 10. (mayo-junio-julio, 2007): 1-22. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=196> [22-08-2020]
- Arroyo-Chacón, Jennifer Isabel y Monge-Fonseca, José Francisco. "La regulación de las telecomunicaciones y títulos habilitantes en el ordenamiento jurídico costarricense (Costa Rica)". *Revista Judicial*, N.º 114. (diciembre, 2014): 177-212. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/310612566\\_La\\_regulacion\\_de\\_las\\_telecomunicaciones\\_y\\_titulos\\_habilitantes\\_en\\_el\\_ordenamiento\\_juridico\\_costarricense](https://www.researchgate.net/publication/310612566_La_regulacion_de_las_telecomunicaciones_y_titulos_habilitantes_en_el_ordenamiento_juridico_costarricense) [10-10-2020]
- Banco Central de Costa Rica. "Programa Macroeconómico 2020-2021" aprobado mediante artículo 12 del acta de la sesión 5914-2020, del 29 de enero de 2020, disponible en: <https://www.bccr.fi.cr/seccion-publicaciones/publicaciones/programas-macroecon%C3%B3micos> [25/03/2020]
- Bianchi, Alberto B. "La potestad reglamentaria de los entes reguladores (Argentina)". *Revista de derecho administrativo económico*. N.º 16. (enero-junio, 2006): 77-100. Disponible en: <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4848> [08-10-2020]
- Bobes-Sánchez, María José. "Discrecionalidad y Regulación. (A propósito de la reciente jurisprudencia del BVerwG sobre telecomunicaciones y la sentencia del TJUE Comisión c. Alemania de 3 de diciembre de 2009). (España)". *Revista General de Derecho Administrativo*. N.º 29. (2012): versión en línea sin numerar. Disponible en: [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=411263&d=1](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411263&d=1) [05-10-2020]



- Botero, Enrique Gil. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administración que les es propia y las funciones legislativa y judicial”. *Revista Digital de Derecho Administrativo* . N.º 3 (segundo semestre, 2009): 3-26.
- Boyer Robert, Bénassy Jean-Pascal y Gelpi Rosa-Maria. Régulation des économies capitalistes et inflation. *Revue économique* 30, N.º 3. (1979): 397-441.
- Burgos-Silva, Germán. “Derecho y desarrollo económico (Colombia)”. *Revista de economía institucional* 4, N.º 7. (segundo semestre, 2002): 174-199.
- Caballero-Miguez, Gonzalo. “Economía de las instituciones: de Coase y North a Williamson y Ostrom. (España)” *EKONOMIAZ, revista vasca de economía*, N.º 77 (segundo cuatrimestre, 2011): 14-51. Disponible en: <https://www.euskadi.eus/web01-a2reveko/es/k86aEkonomiazWar/ekonomiaz/abrirArticulo?idpubl=73&registro=1144> [05-10-2020]
- Calderón A. Jorge R. “La recentralización administrativa en Costa Rica (Costa Rica)” *Revista de ciencias jurídica*, N.º 52 (enero-abril, 1985): 11-46.
- Camacho-Cárdenas, María Isabel. Cilio-Mejía, Ivonne Stefanía y Erráez-Tituana, Juan Pablo. “Las exposiciones del sistema financiero ecuatoriano: un enfoque desde la teoría de redes (Ecuador)” *Monetaria*, Vol. 38. No.1. (enero-junio, 2016): 86-87.
- Carballo-Pérez, Alfonso. Corina, Margherita y Rafael-Camacho, Ignacio. Primer diplomado en regulación: Teoría de la regulación y gobernanza regulatoria (módulo I). México, COFEMER y LATIN-REG, 2012. Disponible en: [https://www.academia.edu/39721595/Primer\\_Diplomado\\_en\\_Regulaci%C3%B3n](https://www.academia.edu/39721595/Primer_Diplomado_en_Regulaci%C3%B3n) [10-11-2020]
- Carro Fernández-Valmayor, José Luis. “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho Administrativo (España)” *Revista de administración pública*, N.º 193. (enero-abril, 2014): 11-44.
- Carvajal-Sánchez, Bernardo. “¿Cómo asegurar calidad regulatoria? (Colombia)”. *Revista digital de derecho administrativo*, N.º 9 (junio, 2013): 41-62. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3494> [08-10-2020]
- Cass R. Sunstein, “Las funciones de las normas regulativas (México)”. *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N.º 17. (octubre, 2002): 55.

- Cassagne, Juan Carlos. "Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores o agencias independientes (Chile)" *Revista de derecho administrativo económico*, N.º 16. (enero-junio, 2006): 71-76. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4846> [22-10-2020]
- Chagas-Goudard, Gustavo y Bittes-Terra, Fábio Henrique. "Una interpretación institucional de la política macroeconómica" *Revista CEPAL*, N.º 117. (diciembre, 2015): 27-42. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/39458-revista-cepal-117> [26-07-2020]
- Clavero-Arévalo, Manuel Francisco. "Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las Administraciones Autónomas (España)" *Documentación administrativa*, N.º 58. (1962): 13-36.
- COPROCOM. Regulación y Competencia en el Sector Postal. Costa Rica: Dirección de Competencia Ministerio de Economía, Industria y Comercio, 2017.
- Coscolluela-Montaner, Luis. "El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica (España)". *Revista de administración pública*. N.º 200. (mayo-agosto, 2016): 105-106.
- Darnaculleta I Gardella, María Mercé y Salvador-Armendáriz, María Amparo. "Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativas en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera (España)". *Revista de Administración Pública*, N.º 183. (Septiembre – diciembre, 2010): 139 – 177.
- De Figueiredo-Moreira Neto, Diogo. "Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible? (España)" *Revista de Administración Pública*, N.º 180. (septiembre-diciembre, 2009): 9-19.
- De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás. "Constitución y modelo económico liberalizador (España)". *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 9. (enero-abril, 2000): 27-46.
- De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás. "Estado y mercado en un mundo global (España)" *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 25. (mayo-agosto, 2005): 56-105.
- De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás. "Nuevas perspectivas de la regulación como forma de actividad administrativa. (A propósito del libro de Gómez-Ferrer Rincón

La desvinculación como técnica de regulación). (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 211. (enero-abril, 2020): 255-270.

De la Torre-Vargas, David. “Fallos del mercado y regulación económica en los servicios público domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas (Colombia)”, *Revista digital de Derecho Administrativo*. N.º 12. (segundo semestre, 2014): 50.

Ernest, William et al. FINTECH en Costa Rica: Hacia una evolución de los servicios financieros. (No indica: Banco Interamericano de Desarrollo, 2019). Disponible en: [https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/FINTECH\\_en\\_Costa\\_Rica\\_Hacia\\_una\\_evoluci%C3%B3n\\_de\\_los\\_servicios\\_financieros\\_es\\_es.pdf](https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/FINTECH_en_Costa_Rica_Hacia_una_evoluci%C3%B3n_de_los_servicios_financieros_es_es.pdf) [09-05-2020]

Ernest, William. Gutiérrez, Priscilla y Schneider, Christian. FINTECH en Costa Rica: Hacia una evolución de los servicios financieros. No indica: Banco Interamericano de Desarrollo, 2019). Disponible en: [https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/FINTECH\\_en\\_Costa\\_Rica\\_Hacia\\_una\\_evoluci%C3%B3n\\_de\\_los\\_servicios\\_financieros\\_es\\_es.pdf](https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/FINTECH_en_Costa_Rica_Hacia_una_evoluci%C3%B3n_de_los_servicios_financieros_es_es.pdf) [09-05-2020]

Esteve-Pardo, José. “La Administración garante. Una aproximación (España)” *Revista de administración pública*, N.º 197. (mayo-agosto, 2015): 11-39.

Esteve-Pardo, José. “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria (España)”. *Revista de administración pública*, N.º 189. (septiembre-diciembre, 2012): 11-40.

Esteve-Pardo, José. “La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (España)” *Revista de administración pública*, N.º 183. (septiembre-diciembre, 2010): 295-307.

Fernández-Rojas, Gabriel. “La Administración por Agencias Independientes en los Estados Unidos de América. (Colombia)” *Vniversitas* 52, N.º 106 (octubre 15, 2003): 177-205. Accedido septiembre 16, 2020. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14813>.

Fernández-Rojas, Gabriel. “Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España (Colombia)” *Vniversitas* 54, N.º 109 (abril 15, 2005): 419-460. Accedido septiembre 16, 2020. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14710>.

- Fernández-Rojas, Gabriel. "Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia (Colombia)" *Vniversitas* 53, N.º 107 (abril 15, 2004): 343-372. Accedido en septiembre 16, 2020. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14788>.
- Ferrer, Juan de la Cruz. "Los entes reguladores como elemento de garantía institucional (Chile)". *Revista de Derecho Administrativo Económico*. N.º 17. (2006): 9-16. Disponible en: <http://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4680> [21-08-2020]
- Francisco de Borja López-Jurado Escribano. "Finalidad y Realidad en el Derecho: caracteres comunes a la regulación ambiental y a la regulación económica (España)". *Revista empresa y humanismo*. Vol. VII. N.º 1 (2004): 61-81. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/empresa-y-humanismo/article/view/33346> [10-07-2020]
- Gallo Aponte, W., y Pinilla Rodríguez, D. (2020). Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. un análisis comparado. *Revista Direito Público* 17, N.º 93 (julio, 2020): 215-239. Disponible en: [\\_https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4073](https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4073) [10-07-2020]
- Garcés-Sanagustín, Ángel. "La aplicación del concepto de riesgo regulatorio al nuevo régimen jurídico de las energías renovables (España)" *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 43-44 (2014): 9-70.
- García de Enterría, Eduardo. "El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público (España)". *Revista de administración pública*, N.º 129. (septiembre - diciembre, 1992): 195-207. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=127&IDA=23830> [29-08-2020]
- García-Álvarez, Gerardo. "La Unión Europea como "Estado Regulador" y las Administraciones Independientes". *Revista de Administración Pública*. N.º 194. (mayo - agosto, 2014): 79-111
- García-Álvarez, Gerardo. "Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico (España)" *Revista de administración pública*, N.º 171. (septiembre-diciembre, 2006): 139-179.
- García-Juanatey, A., Jordana, J., Parrado, S., Pascual, L., Salvador, M. y Sancho, D. (2017). Las agencias públicas en España: percepciones sobre autonomía y rendición de

cuentas. *Revista Española de Ciencia Política*, 43, 61-82. Doi: <https://doi.org/10.21308/recp.43.03>

Garfias-García, Beatriz E. “Los órganos reguladores como entes subordinados y a la orden del Ejecutivo (México)” *El Cotidiano*. N.º 172. (marzo-abril, 2012): 40-51.

Gil-Botero, Enrique. “La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial (Colombia)”. *Revista digital de derecho administrativo*, N.º 3. (segundo semestre, 2009): 3-26. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2570> [11-10-2020]

Gómez-Reino y Carnota, Enrique. “El arbitraje administrativo en el derecho de la competencia (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 162. (septiembre-diciembre, 2003): 7-17.

Guinard-Hernández, David. “La “regulación económica” como instrumento de dirección estatal de la economía (Colombia)”. *Revista digital de derecho económico*, No.18. (segundo semestre, 2017): 177-224.

Huapaya-Tapia, Ramón. “Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las *public utilities* y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano (Perú)” *Revista de derecho administrativo*, N.º 05 (2008): 309-323.

Huapaya-Tapia, Ramón. “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de regulación (Perú)”. *Ius et veritas*, N.º 40. (abril, 2010): 302-344.

Huerta-Ochoa, Carla. “*La intervención administrativa en el Estado contemporáneo*”. En *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. Tomo I: Derecho administrativo. 117-148. México: UNAM, 2005.

Jairo J. Parada. “Economía institucional original y la nueva economía institucional (Colombia)”. *Revista de economía institucional* 5. N.º 8. (Primer semestre, 2003): 92-116.

Jeannot, Fernando. “De las fallas del mercado a las fallas de las organizaciones (México)” *Análisis Económico*, Vol. XV, N.º 31 (primer semestre, 2000): 5-33.

Jordana, Jacint y Levi-Faur, David. ¿Hacia un Estado Regulador Latinoamericanado?: La difusión de agencias reguladoras autónomas. España: CIDOB, 2005. Disponible en:

[https://www.cidob.org/publicaciones/series\\_pasadas/documentos/america\\_latina/hacia\\_un\\_estado\\_regulador\\_latinoamericano\\_la\\_difusion\\_de\\_agencias\\_reguladoras\\_autonomas\\_por\\_paises\\_y\\_sectores/\(language\)/esl-ES](https://www.cidob.org/publicaciones/series_pasadas/documentos/america_latina/hacia_un_estado_regulador_latinoamericano_la_difusion_de_agencias_reguladoras_autonomas_por_paises_y_sectores/(language)/esl-ES) [21-09-2020]

Juan José Montero-Pascual. “La actividad administrativa de regulación: definición de régimen jurídico (Colombia)”. *Revista digital de derecho administrativo*, N.º 12 (segundo semestre, 2014): 23-44. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3993> [10-10-2020]

Juárez-Rodríguez, Gregorio. Romeu-Granados, Jordi y Pineda-Nebot, Carmen. “La accountability pública: un concepto abierto (España)” *Praxis Sociológica*, N.º 21 (2016): 95-119. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6316494> [01-10-2020]

Jurado-Fernández, Julio. “*La jurisprudencia constitucional y la regulación del mercado (Costa Rica)*” *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 110 (mayo - agosto. 2006): 38-68.

Jurado-Fernández, Julio. “*La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional (Costa Rica)*”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 123 (septiembre-diciembre, 2010): 13-30.

Krueger, Anne O. “Fallas del Gobierno en el desarrollo (Colombia)” *Criterio Jurídico*, V. 12, N.º 1. (2012): 215-240. Disponible en: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/587> [23-05-2020]

Laguna de Paz, José Carlos. “Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación (España)” *Revista de administración pública*, N.º 185 (mayo-agosto, 2011): 89-112.

Loría, Miguel y Martínez Castillo, Josué. Asimetrías regulatorias en el sistema financiero costarricense. Costa Rica: Academia de Centroamérica - Serie Programa Visión PV-03-18, 2018. Disponible en: <https://www.academiaca.or.cr/programa-vision/asimetrias-regulatorias-en-el-sistema-financiero-costarricense/> [16-06-2020]

Loría, Miguel y Martínez-Castillo, Josué. Asimetrías regulatorias en el sistema financiero costarricense. Costa Rica: Academia de Centroamérica - Serie Programa Visión PV-03-18, 2018. Disponible en: <https://www.academiaca.or.cr/programa-vision/asimetrias-regulatorias-en-el-sistema-financiero-costarricense/> [16-06-2020]

Manuelito, Sandra. Correia, Filipa y Jiménez, Luis Felipe. “La crisis sub-prime en Estados Unidos y la regulación y supervisión financiera: lecciones para América Latina y el

- Caribe. (Chile)” Serie Macroeconomía del desarrollo. Publicación de las Naciones Unidas y la CEPAL, febrero de 2009. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/5445> [26-08-2020]
- Manuret, Jean-Jacques. “Las autoridades administrativas independientes en Francia: órganos colegiados (México)”. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Vol. 1. N.º 1. (enero-junio, 2014): 81-124. Recuperado de: <http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/298/227> [26-08-2020]
- Marc T. Law y Cheryl X. Long. What Do Revolving-Door Laws Do? *The Journal of Law & Economics* 55, N.º 2 (mayo 2012): 421-436. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/10.1086/663630> [07-09-2020]
- Marcilla-Córdoba, Gema. “Desregulación, Estado Social y Proceso de Globalización (España)” *DOXA cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 28. (2005): 239-263.
- Marín-Hernández, Hugo Alberto. “Norma regulatoria: ¿mito o realidad? (Colombia)”. *Revista digital de derecho administrativo*, N.º 3. (segundo semestre, 2009): 31-70.
- Martín-Retortillo, Sebastián. “Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa (España)” *Revista de administración pública*, N.º 50, (mayo-agosto, 1966): 111-143
- Mata-Coto, Carlos Alberto. “La Prestación De Los Servicios En Régimen De Competencia (Costa Rica)” *Revista de Ciencias Jurídicas*, No 128. (mayo-agosto, 2012): 117-150.
- Mercé-Darnaculleta, María y Amparo-Salvador, María. “Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera (España). *Revista de Administración Pública*, N.º 183. (septiembre-diciembre, 2010): 148-149.
- Míguez-Macho, Luis. “La mejora de la regulación: antecedentes y principios (España)”. *ICE: Revista de economía*, N.º 907 (marzo-abril, 2019): 9-21. Disponible en: <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/6808> [20-10-2020]
- Míguez-Macho, Luis. “La mejora de la regulación: antecedentes y principios (España)”. *ICE: Revista de economía*, N.º 907 (marzo-abril, 2019): 11. Disponible en: <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/6808> [20-10-2020]
- Ministerio de Economía, Industria y Comercio. “La Mejora regulatoria en Costa Rica”. Costa Rica: MEIC, 2017). Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=>

j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwipkY6\_\_4DtAhWrtIkKHXZ0BiwQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Ftramitescr.meic.go.cr%2FApp\_HttpHandlers%2FGet.ashx%3Ffile%3D%2FDocumentos\_Capacitaciones%2FTaller%25202018%2F1.%2520Acciones%2520de%2520Mejora%2520Regulatoria.pdf&usg=AOvVaw01z9xdbGmzAGI6DBO5oHdK [12-11-2020]

Milano, Aldo. "La Actividad Administrativa Arbitral. El Caso Costarricense (Argentina)". *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, N.º 24. (diciembre, 2019): en línea. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=4dc5ef8f7102b09ce9902fb24f9c38b6> [20-12-2020]

Montero-Pascual, Juan. "La desregulación estadounidense y la última crisis del servicio público en Europa (México)" *Boletín mexicano de derecho comparado*, N.º 94. (enero, 1999): 103-119.

Moreira-Neto, Diogo De Figueiredo. "Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible? (España)" *Revista de Administración Pública*, N.º 180. (septiembre-diciembre, 2009): 9-19.

Moreno, Ángel Manuel. "La Reforma Administrativa en los Estados Unidos. El Plan del Presidente Clinton (España)", *Revista de Administración Pública*, N.º 134. (mayo-agosto, 1994): 521-540.

Moreno, Luis Ferney y Gallo-Aponte, Willian Iván. "De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria (Perú)", *Revista de derecho administrativo*, N.º 17, (2019): 246-271. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22174> [12-11-2020]

Moyano Gortázar, Gonzalo. "Incorporación del análisis de impacto regulatorio en los Estados Unidos" *Revista de Derecho Económico* [En línea], Número 76 (30 marzo 2016) <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/39413>

Moyano Gortázar, Gonzalo. "Incorporación del análisis de impacto regulatorio en los Estados Unidos" *Revista de Derecho Económico* [En línea], N.º 76 (30 marzo 2016) <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/39413>

Muñoz-Machado, Santiago. "Regulación y confianza legítima (España)". *Revista de administración pública*, N.º 200. (mayo-agosto, 2016): 141-172.



- OCDE-BID. Derecho y Política de la Competencia en Costa Rica: examen inter-pares. No indica lugar, OCDE-BID, 2014. Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/competition/derecho\\_y-politica-de-la-competencia-en-costa-rica-2014.htm](https://www.oecd.org/daf/competition/derecho_y-politica-de-la-competencia-en-costa-rica-2014.htm) [14-11-2020]
- Ortiz, Edgar. Cabello, Alejandra y De Jesús, Raúl. Banca de desarrollo -microfinanzas-, banca social y mercados incompletos. *Revista Análisis Económico*. N.º 56, vol. XXIV (México: Segundo cuatrimestre, 2009): 106.
- Pérez Caldentey, Esteban y Titelman, Daniel. (editores), La inclusión financiera para la inserción productiva y el papel de la banca de desarrollo, Libros de la CEPAL, N.º 153. (Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018).
- Pimiento-Echeverri, Julián Andrés. “La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (Colombia)”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, N.º 9. (primer semestre, 2013): 15-40. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3493> [24-10-2020]
- Poder Ejecutivo del República de Costa Rica. “Plan Nacional de Desarrollo y de Inversión Pública del Bicentenario 2019-2022 de Costa Rica”, disponible en: <https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/planes/plan-nacional-de-desarrollo-y-de-inversion-publica-del-bicentenario-2019-2022-de-costa-rica> [19-04-2020]
- Pomed-Sánchez, Luis Alberto, “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes (España)”. *Revista de Administración Pública*. N.º 132. (Septiembre – Noviembre, 1993): 117-169.
- Ponce-Solé, Juli. “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones (España)”. *Revista de administración pública*, N.º 162. (septiembre-diciembre, 2003): 89-144.
- Prats I Català, Joan. “Administración pública y desarrollo en América Latina. Un enfoque neoinstitucionalista (Venezuela)” *Revista del CLAD reforma y democracia*. N.º 11, (junio, 1998): 585-612. Disponible en: <https://maxicamposrios.com.ar/seminario-fsoc/> [20-09-2020]
- Rodríguez-Bajón, Santiago. “El concepto de riesgo regulatorio: Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites (España)” *Revista de Administración Pública*, N.º 188. (mayo-agosto, 2012): 189-205.

- Rodríguez-Durántez, Lorenzo. “La planificación francesa (España)”. *Revista de Administración Pública*, N.º 38 (mayo-agosto, 1962): 397.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. “Reflexión en torno al tema de Derecho y Economía: Su encuadre en la corriente institucional y neoinstitucional (Costa Rica)” *Revista de Ciencias Jurídicas* N.º 122. (mayo-agosto, 2010): 131-170.
- Sacristán, Estela B. “Teoría de La Regulación (En especial, acerca de los fundamentos de la regulación)”. *Derecho PUCP* , N.º 76 (enero, 2016): 77–104. Academic Search Complete, EBSCOhost. (accesado en agosto, 2019).
- Salvador-Martínez, María. “Partidos políticos y «autoridades independientes» (España)” *Revista española de Derecho Constitucional*, N.º 104. (mayo-agosto, 2015): 83-99.
- Sánchez-Agosta, Luis. “Planificación económica y régimen político (España)”, *Revista de Administración Pública*. N.º 3. (septiembre - diciembre, 1950): 29-40.
- Sánchez-Morón, Miguel. “El retorno del derecho administrativo (España)”, *Revista de Administración Pública*, N.º 206. (mayo-agosto, 2018): 37-66.
- Sánchez-Puente, Ramón. Bueno-Rodríguez, Fe y García-Vidal, Andrea. “La evaluación ex-ante. Una visión de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (España)”. *ICE: Revista de economía*, N.º 907 (marzo-abril, 2019): 23-36. Disponible en: <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/6807> [20-10-2020]
- Sanclemente-Arciniegas, Javier. “La Independencia del regulador en Francia y en Colombia”. *Revista de Derecho*, N.º 51, (enero, 2019): 187–210, Academic Search Complete, EBSCOhost. (accesado en septiembre 2019)
- Sanclemente-Arciniegas, Javier. “Las nociones de regulación y reglamentación en derecho económico ¿identidad o antagonismos? (Colombia)” *Revista de derecho y Ciencias Sociales*, N.º 13. (julio-diciembre, 2017): 237-263.
- Segura, Julio y Gil, Gonzalo. “*La supervisión financiera: situación actual y temas para debate (España)*” (Banco de España. Revista Estabilidad Financiera. N.º 12. 2007): 9-40. Disponible en: <https://docplayer.es/9344801-La-supervision-financiera-situacion-actual-y-temas-para-debate.html> [10-08-2020]
- Sierra-Cadena, Grenfieth De Jesús. L’incompatibilité du principe d’accountabilty du droit administratif global à l’identité administrative latino-américaine. 171-199 En L’internationalisation du droit administratif. Francia: Éditions Panthéon-Assas, 2020.

- Sifontes, Domingo. "Regulación económica y agencias regulatorias independientes: una revisión de la literatura". Contribuciones a la economía. Revista académica virtual, accesado septiembre 09, 2019, <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm>
- Soto-Pineda, Jesús Alfonso. "La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio (Colombia)" *Vniversitas* N.º 128. (enero-junio de 2014): 315-355.
- Souto-Figueira, Adriana. "Los principales hitos en el proceso de configuración de la relación entre el Poder Ejecutivo y las agencias independientes en los Estados Unidos de Norteamérica (España)" *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* 21, N.º 1. (enero-junio, 2012): 221-243.
- Souto-Figueira, Adriana. "Los principales hitos en el proceso de configuración de la relación entre el Poder Ejecutivo y las agencias independientes en los Estados Unidos de Norteamérica (España)" *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* 21, N.º 1. (enero-junio, 2012): 221-243. Disponible en: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/8014> [10-09-2020]
- Stigler, George J. "Teoría de la Regulación Económica (España)" *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*. N.º Extraordinario. (septiembre, 1990): 81-115.
- Stiglitz, Joseph. "Regulación y fallas (Colombia)" *Revista de Economía Institucional*, Vol. 12, N.º 23. (segundo semestre, 2010): 13-28. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/2495> [23-05-2020]
- Sunstein, Cass R. "Las funciones de las normas regulativas (México)". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N.º 17. (octubre, 2002): 55.
- Torre-Silva, Víctor. "Sobre la independencia de las agencias federales en los Estados Unidos de América (España)". *Revista de administración pública*, N.º 167. (mayo-agosto, 2005): 475-496.
- Toscano-Gil, Francisco. "Análisis de las transformaciones actuales del derecho administrativo en España (Colombia)" *Revista digital de Derecho Administrativo*, N.º 22. (segundo semestre, 2019): 337-363.
- Villar-Palasi, José Luis. "La actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo (España)" *Revista de Administración Pública*. N.º 3. (septiembre-diciembre, 1950): 54.

- Vírgala Foruria, Eduardo. “Los organismos reguladores en el Estado Constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español) (España)”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, N.º 8. (2014): 161-211. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4945798> [20-10-2020]
- Virgala-Foruria, Eduardo. “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible (España)”. *Revista española de Derecho Constitucional*, N.º 94. (enero-abril, 2012): 61-115.
- Weller, Jürgen. Las transformaciones tecnológicas y el empleo en América Latina: oportunidades y desafíos. **En** *Revista CEPAL* N.º 130 (no indica: CEPAL, 2020): 7-27. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/45422> [04-05-2020]

## **TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN**

- García-Manzano Jiménez de Andrade, Pablo “La potestad normativa de las administraciones independientes”. Tesis de doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2015. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/54530/>
- Ortiz-Laverde, Sandra Milena. Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC. Tesis de doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2014. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/28137/>
- Sánchez-Hernández, Hugo Alejandro. “La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia”. Tesis de doctorado en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Accedido septiembre, 09, 2019, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22882>
- Zárate Pérez, Aníbal (2011). L'indépendance des autorités de concurrence. Analyse comparative Colombie, France, États-Unis. Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho público por la Université Panthéon-Assas, París. Disponible en <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/f6e96e4c-86a8-46c9-aac5-0e163d590431?inline> [26-09-2020]

## NOTICIAS Y PÁGINAS WEB

“Quiénes somos” página web del CONASIFF <http://www.conassif.fi.cr/quienessomos/>,  
accesado el 05/11/2019.

“Revolving Door”. Transparency International: the global coalition against corruption.

Disponible: <https://www.transparency.org/en/corruptionary/revolving-door> [07-09-2020]

Abaci, Liber. “La guerra comercial entre Estados Unidos y China: efectos en países de renta media como Colombia” Nota periodística del 29 de enero de 2020. Disponible en:

<https://zero.uexternado.edu.co/la-guerra-comercial-entre-estados-unidos-y-china-efectos-en-paises-de-renta-media-como-colombia/> [11-05-2020]

Agüero, Mercedes y Salazar, Camila. “Negocios Cooperativos” Nota periodística del 16 de agosto de 2016. Disponible en: <https://www.nacion.com/gnfactory/investigacion/2016/negocios-cooperativos/01.html> [13-06-2020]

Arias, Juan Pablo. “Creación de empleo “anticrisis” en gobierno de Oscar Arias generó un déficit fiscal imparable” (noticia del 28/07/2015) en CrHoy.com. Disponible en:

<https://archivo.crhoy.com/creacion-de-empleo-anticrisis-en-gobierno-de-oscar-arias-genero-un-deficit-fiscal-imparable/economia/> [05-05-2020]

Barquero, Karla. “43 carreras de alta demanda laboral en espera por burocracia” (noticia del 14/02/2020) de [larepublica.net](http://larepublica.net) Disponible en: <https://www.larepublica.net/noticia/43-carreras-de-alta-demanda-laboral-en-espera-por-burocracia> [05-05-2020]

BBC News Mundo. “Guerra comercial entre Estados Unidos y China: cómo recrudecieron su conflicto con un aumento recíproco de aranceles (y cómo esto desplomó los mercados)”

Noticia del 23 agosto 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-49452816> [11-05-2020]

Bosque, Diego. “Defensoría de los Habitantes reclama falta de información en 500 peticiones de bono proteger”. Noticia del 5 de junio de 2020. en [La Nación.com](http://LaNacion.com), disponible en:

<https://www.nacion.com/el-pais/servicios/defensoria-de-los-habitantes-reclama-falta-de/TR5R7H3MIFVFC7X3JDC2T6VKU/story/> [24-06-2020]

Fichas temáticas sobre la Unión Europea “Historia de la Unión Económica y Monetarias”.

Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/79/historia-de-la-union-economica-y-monetarias> [29-09-2020]

Geovanny Debrús-Jiménez. “*Puertas giratorias: “Nombramiento de Aguilar en Sugef sugiere conflicto de intereses y poca transparencia”* Nota periodística del 8 de septiembre del

2020. *CulturaCR.com*, disponible en: <https://www.culturacr.net/puertas-giratorias-nombramiento-de-aguilar-en-sugef-provoca-acusaciones-de-conflicto-de-intereses-y-poca-transparencia/> [27-10-2020]

Jaramillo, Fidel. “Costa Rica: ¿el próximo laboratorio Fintech de América Latina?” (julio 17, 2019) Disponible en: <https://blogs.iadb.org/innovacion/es/costa-rica-el-proximo-laboratorio-fintech-de-america-latina/> [09-05-2020].

Kristin Hidalgo. “*Ministro de Hacienda: Pudo existir “conflicto de intereses” en nombramiento de nuevo gerente del BN*” Nota periodística del 1 de septiembre de 2020. *ameliarueda.com*, disponible en: <https://www.ameliarueda.com/nota/ministro-hacienda-pudo-existir-conflicto-intereses-nombramiento-gerente-BN> [27-10-2020]

May Grosser, Sebastian. “Observatorio Ciudadano reporta bajo nivel de transparencia en Bono Proteger” Noticia del 14 de mayo de 2020. En *Delfino.cr*, disponible en: <https://delfino.cr/2020/05/observatorio-ciudadano-reporta-bajo-nivel-de-transparencia-en-bono-proteger> [24-06-2020]

May-Grosser, Sebastian. “*El Caso Bernardo Alfaro Araya: de la SUGEF al Banco Nacional*” Nota periodística del 1 de septiembre del 2020. *Delfino*, disponible en: <https://delfino.cr/2020/09/el-caso-bernardo-alfaro-araya-de-la-sugef-al-banco-nacional> [27-10-2020]

May-Grosser, Sebastian. “*Rocío Aguilar liderará la Sugef y la Supen simultáneamente*”. Nota periodística del 7 de septiembre del 2020. *Delfino*, disponible en: <https://delfino.cr/2020/09/rocio-aguilar-liderara-la-sugef-y-la-supen-simultaneamente> [27-10-2020]

Monsieur de Villefort: Derecho, historia y cultura. “La quiebra del principio de personalidad jurídica única de las administraciones”. Disponible en: <https://monsieurdevillefort.wordpress.com/2020/01/29/la-quiebra-del-principio-de-personalidad-juridica-unica-de-las-administraciones/> [29-08-2020]

Mora, Carlos. “*País debe aprobar aún 8 leyes para ingresar a la OCDE en 2020*” por *CRhoy.com* en Disponible en: <https://www.crhoy.com/nacionales/pais-debe-aprobar-aun-8-leyes-para-ingresar-a-ocde-en-2020/> [10/01/2020]

Nadal, Alberto. “China-EEUU: lucha por la hegemonía mundial” Nota periodística del 31 de mayo del 2019. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/opinion->

blogs/noticias/99122\_03/05/19/ChinaEEUU-lucha-por-la-hegemonia-mundial.html [11-05-2020].

Natalia Díaz-Zeledón. “*De regulados a reguladores: el ir y venir de los intereses en la regulación financiera*”. Nota periodística del 11 de febrero de 2020. *Semanario Universidad*, disponible en: <https://semanariouniversidad.com/pais/de-regulados-a-reguladores-el-ir-y-venir-de-los-intereses-en-la-regulacion-financiera/> [27-10-2020]

Página web “Elementos básicos de la Calidad Normativa” disponible en “<https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/occn/Paginas/conceptos.aspx> [21-10-2020]

Página web “Oficina de Coordinación y Calidad normativa” disponible en: <https://www.mpr.gob.es/mpr/subse/occn/paginas/index.aspx> [21-10-2020]

Página web “Los países de la OCDE invitan a Costa Rica a convertirse en el 38º miembro de la Organización” en: <https://www.oecd.org/newsroom/los-paises-de-la-ocde-invitan-a-costa-rica-a-convertirse-en-el-38-miembro-de-la-organizacion.htm> [20-12-2020]

Patricia Leitón. “Banco Central realiza fuerte recorte en su tasa de política monetaria para paliar efectos de covid-19” Noticia de “La Nación” del 16 marzo de 2020. Disponible en: <https://www.nacion.com/economia/politica-economica/banco-central-realiza-fuerte-recorte-en-su-tasa-de/MQLUJRGYQJBJ5NPGQXO6OOCRRM/story/> [11-05-2020]

Perales Fernández, Fabiola Olivia. “Agendas Regulatorias en América Latina: un instrumento de planeación de corto plazo”. [en línea] enero 11, 2020. Disponible en: <http://mejoresgobiernos.com/2020/01/11/agendas-regulatorias-en-america-latina-un-instrumento-de-planeacion-de-corto-plazo/> [26-10-2020]

RAE: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> 01-10-2020].

Reseña Histórica del BCCR, disponible en: <https://www.bccr.fi.cr/seccion-sobre-bccr/rese%C3%B1a-hist%C3%B3rica> [29-10-2020]

Ruiz R, Gerardo. “Contraloría abre investigación por manejo del CENECOOP” Noticia del 9 mayo, del 2016, en La Nación.com. Disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/contraloria-abre-investigacion-por-manejo-del-cenecoop/5DSUHIVNYRGYBORCCPQUDDBAHQ/story/> [13-06-2020]

Ruiz R. Gerardo. “Contraloría abre investigación por manejo del CENECOOP” Noticia del 9 mayo de 2016, en La Nación.com. Disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/contraloria-abre-investigacion-por-manejo-del-cenecoop/5DSUHIVNYRGYBORCCPQUDDBAHQ/story/>

pais/politica/contraloria-abre- investigacion-por-manejo-del-cenecoop/5DSUHIVNYRG  
YBORCCPQUDDBAHQ/story/ [13-06-2020]

Ruiz, Paula. “Contraloría advierte falta de reglamento para entrega de «Bono Proteger»“  
Noticia del 14 de abril de 2020. En El Observador, disponible en:  
<https://observador.cr/noticia/contraloria-advierte-falta-de-reglamento-para-entrega-de-bono-proteger/> [24-06-2020]

Ruiz, Paula. “Contraloría advierte falta de reglamento para entrega de «Bono Proteger»“  
Noticia del 14 de abril de 2020 en El Observador, disponible en:  
<https://observador.cr/noticia/contraloria-advierte-falta-de-reglamento-para-entrega-de-bono-proteger/> [24-06-2020]

The Tobin Project. Sitio web oficial: <https://www.tobinproject.org/home> [15-06-2020]

## **DISPOSICIONES NORMATIVAS (Leyes, reglamentos y otros)**

- Normas nacionales

Asamblea Legislativa. “Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional” N.º 1644.

Asamblea Legislativa. Artículo 2 de ley “Ley Reguladora del Mercado de Seguros” N.º 8653 del  
22 de julio de 2008.

Asamblea Legislativa. Artículo 36 de ley “Régimen Privado de Pensiones Complementarias”  
N.º 7.523.

Asamblea Legislativa. Código Procesal Contencioso Administrativa. N.º 8508

Asamblea Legislativa. Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos  
Públicos. N.º 8131.

Asamblea Legislativa. Ley de Creación del fondo de garantía de depósito y de mecanismos de  
resolución de los intermediarios financieros. N.º 9816.

Asamblea Legislativa. Ley General de Administración Pública. N.º 6227 del 2 mayo de 1978.

Asamblea Legislativa. Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor.  
N.º 7472

Asamblea Legislativa. Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Ley N.º 7558.

Asamblea Legislativa. Ley Orgánica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio. N.º  
6054.

Asamblea Legislativa. Ley Reguladora del Mercado de Valores. N.º 7732 del 17 de diciembre  
de 1997.



Asamblea Legislativa. Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso No Autorizado, actividades Conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. N.º 7786 del 30 de abril de 1998.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.

Código de Ética para los directores de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, miembros del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, Gerente, Subgerente, Superintendentes e Intendentes y personal del Banco Central de Costa Rica y sus órganos de desconcentración máxima. Aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica mediante artículo 8 del acta de la sesión 5477-2010, del 3 de noviembre de 2010. Publicado en La Gaceta 239 del 9 de diciembre de 2010.

Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. *“Procedimiento para verificar el cumplimiento de los artículos 19 (b) y 21 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y los artículos 170 y 172 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores”*. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41057&nValor3=87328&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41057&nValor3=87328&strTipM=TC)  
[05/10/19]

Decreto Ejecutivo N.º 36550-MP-MIVAH-S-MEIC, “Reglamento para el Trámite de Revisión de los Planos para la Construcción”

Decreto Ejecutivo N.º 38994-MP-PLAN-MICITT “Fomento del Gobierno Abierto en la Administración Pública y Creación de la Comisión Nacional por un Gobierno Abierto”.

Decreto Ejecutivo N.º 40910 del 13 de noviembre de 2017 “Marco General de la Política Regulatoria”

Decreto Ejecutivo N.º 41795 del 19 de junio de 2019 “Agilización de trámites en las entidades públicas, mediante el uso de la declaración jurada”.

Reglamento Autónomo de Servicios del Banco Central de Costa Rica, aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica mediante artículo 5, numeral 1, del acta de la sesión 5529-2012, celebrada el 11 de enero de 2012. Publicado en el diario oficial La Gaceta 23 del 1 de febrero de 2012.

Reglamento del sistema de pagos del Banco Central de Costa Rica” N.º 5702 del 30-09-2015 emitido por la Junta Directiva del BCCR

Reglamento Ejecutivo. N.º 37457-MEIC a la Ley N.º 6054 “Ley Orgánica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio”.

Reglamento Interno de Contratación Administrativa del Banco Central de Costa Rica, aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, Mediante artículo 8 del acta de la sesión 5419-2009, celebrada el 1º de abril del 2009. Publicado en El Diario Oficial “La Gaceta” 83 del 30 de abril de 2009.

Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo. N.º 41187-MP-MIDEPLAN.

Reglamento para la aprobación de variaciones al Presupuesto del Banco Central de Costa Rica, de los Órganos de Desconcentración Máxima y del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero” Aprobado por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica mediante artículo 10 del acta de sesión 5623-2013, celebrada el 20 de noviembre de 2013. Publicado en La Gaceta 237 del 9 de diciembre de 2013.

- **Normas extranjeras**

Code monétaire et financier, Livre VI, Titre II, article L621-2. Disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=992CD5EE9265847A71F56A4FDA4365D7.tplgfr31s\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006170920&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20200905](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=992CD5EE9265847A71F56A4FDA4365D7.tplgfr31s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006170920&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20200905) [05-09-2020]

Ley del Régimen Jurídico del Sector Público. N.º 40 del 1 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10566&p=20151002&tn=1> [24-06-2020]

Ley General de Subvenciones 38/2003, de 17 de noviembre de 2003. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/17/38/con> [24-06-2020]

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-5940> [01-10-2020]

Presidential Executive Order 12498 (Ronald Reagan, 1985). Disponible en: [https://ballotpedia.org/Presidential\\_Executive\\_Order\\_12498\\_\(Ronald\\_Reagan,\\_1985\)](https://ballotpedia.org/Presidential_Executive_Order_12498_(Ronald_Reagan,_1985)), [10-11-19]

Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-50> [20-10-2020];

Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/03/24/286/con> [21-10-2020]

Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/10/27/931> [21-10-2020];

Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/res/2005/07/28/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2005/07/28/(1)) [21-10-2020]

U.S. Code § 78. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78d>, accesado el 26/10/19.

## **JURISPRUDENCIA JUDICIAL**

Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 5025 del 15 de abril de 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 01809-2006 del 15 de febrero de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 04091 - 1994 del 9 de agosto de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 05227-1994 del 13 de setiembre de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 05966-2011 del 11 de mayo de 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 07938 del 6 de junio de 2014.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 11210 - 2008 del 16 de julio de 2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 1273-95 del 7 de marzo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 2002-06515 del 3 de julio de 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17599-2006 del 6 de diciembre de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 17600-2006 del 6 de diciembre de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 00728-2000 del 21 de enero de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 04190-2005 del 20 de abril de 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 1556-2007 de las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 21271-2019 del 30 de octubre de 2019.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 2883-96 del 13 de junio de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 7730-2000 de 30 de agosto de 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 01809-2006 del 15 de febrero de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 15170-2011 del 4 de noviembre de 2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 04872-2004 del 5 de mayo del 2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 07965-2006 del 31 de mayo de 2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 0550-1995 del 31 de enero de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 01391-2001 del 14 de febrero de 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N.º 4205-1996 del 20 de agosto de 1996.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1000-F-S1-2010 del 26 de septiembre de 2010.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 01247-2011 del 26 de septiembre de 2011.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 1148-A-S1-2013 del 9 de septiembre de 2013.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 731-F-2007 del 8 de octubre de 2007.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 00492-2004 del 16 de junio de 2004.

Tribunal Contencioso Administrativo Sección VIII. Resolución N.º 00017 - 2017 del 15 de febrero de 2017.

Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución N.º 00935-2020 del 26 de mayo de 2020.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección I. Resolución N.º 00473-2005 del 4 de noviembre de 2005.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección II. Sentencia N.º 30-2011 del 31 de marzo de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección IV. Resolución N.º 0093 del 27 de septiembre de 2013.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V, Resolución. N.º 00076 del 24 de julio de 2015.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VI Resolución N.º 00030-2018 del 13 de marzo de 2018.

Tribunal Contencioso Administrativo. Sección VI, en la Resolución N.º 00061-2011 del 9 de marzo de 2011.

## **PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Dictamen C-024-87 del 28 de enero de 1987, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=1135&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=1135&strTipM=T) [27-10-2020]

Dictamen. C-049-2006 del 14 de febrero de 2006, disponible en:  
<http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/Dictamenes/1/P/D/2000-2009/2005-2009/2006/987C8.html> [28-10-2020]

Dictamen. C-067-2019 del 15 de marzo 2019, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=21126&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=21126&strTipM=T) [27-10-2020]

Dictamen. C-078-1999 del 23 de abril de 1999, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=7897&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=7897&strTipM=T) [27-10-2020]

Dictamen. C-078-1999 del 23 de abril de 1999, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=7897&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=7897&strTipM=T) [27-10-2020]

Dictamen. C-125-2003 del 6 de mayo de 2003, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11814&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11814&strTipM=T) [10-10-2020]

Dictamen. C-139-2001 de 21 de mayo de 2001, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=10429&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=10429&strTipM=T) [27-10-2020]

Dictamen. C-142-2010 del 19 de julio de 2010, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=16353&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=16353&strTipM=T) [30-10-2020]

Dictamen. C-224-2003 del 23 de julio de 2003, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11968&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11968&strTipM=T) [27-10-2020]

Dictamen. C-227-2010 del 15 de noviembre de 2010, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=16500&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=16500&strTipM=T) [10-10-2020]

Dictamen. C-282-2018 del 12 de noviembre de 2018, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=prd&param6=1&ndictamen=20897&strtipm=t](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=prd&param6=1&ndictamen=20897&strtipm=t) [27-10-2020]

Dictamen. C-441-2005 del 20 de diciembre de 2005, disponible en:  
<http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/Dictamenes/1/P/D/2000-2009/2005-2009/2005/97088.html> [27-10-2020]

Opinión Jurídica N.º OJ-084-2017 del 17 de julio de 2017, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=20035&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=20035&strTipM=T) [10-10-2020]

Opinión Jurídica. 090 del 19 de marzo de 2002. Disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11025&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11025&strTipM=T) [29-08-2020]

Opinión Jurídica. 105-J del 22 de julio de 2002 disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11236&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=11236&strTipM=T) [27-10-2020]

Opinión Jurídica. OJ-046-1999 del 23 de abril de 1999, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=10125&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=10125&strTipM=T) [27-10-2020]

Opinión Jurídica. OJ-046-2015 de 13 de mayo de 2015, (reiterado en la OJ-084-2017 del 17 de julio del 2017), disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=10125&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=10125&strTipM=T) [26-06-2020]

Opinión Jurídica. OJ-088-2015 del 12 de agosto de 2015, disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18968&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18968&strTipM=T) [26-06-2020]

Opinión Jurídica. OJ-111-2017 del 11/09/2017. Disponible en:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=20069&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=20069&strTipM=T) [24-06-2020]