

Nota de la Editora. Eficiencia económica e interés público y social, conceptos jurídicos indeterminados sujetos a la facultad reglada de la Administración. A. Noboa Pagán.

Varias leyes, reglamentos y proyectos en discusión en materia de derechos económicos consagran principios y normas sobre la **eficiencia** (de precios, operativa o económica) al tiempo de declarar el **interés público y social** de sus objetivos. Es el caso de las leyes **Monetaria y Financiera, General de Electricidad y General de Telecomunicaciones**, así como el **Anteproyecto de Ley de Defensa a la Competencia**.

Al igual que la *buena fè*, la *diligencia del buen padre de familia*, del Derecho Civil, la *conexión directa* del Derecho Procesal, *los abusos deshonestos* del Derecho Penal o la *diligencia de buen comerciante*, del Derecho Comercial, las nociones de eficiencia y el interés público y social son **conceptos jurídicos indeterminados**.

Sobre la determinación de este tipo de categoría jurídica, el profesor GARCIA ENTERRIA explica que *no es posible explorarlos a través del ámbito de libertad estimativa que comporta la discrecionalidad*¹. En ese sentido, los sistemas legales dominicanos que definen principios de eficiencia y consagran garantías de protección al interés público y social, necesitan apoyarse de reglas precisas de interdicción de la discrecionalidad administrativa que examina su cumplimiento o violación por parte los administrados.

Resulta capital distinguir el supuesto de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados del **ejercicio discrecional de la facultad administrativa**. También es preciso distinguirlos que los **conceptos jurídicos determinados** delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa e

inequívoca explica el citado autor. Por ejemplo, no sería lo mismo determinar que una empresa telefónica desconoce derechos a un consumidor si este recibe una factura distorsionada con cargos por llamadas no realizadas, a decir que el precio de su oferta desconoce similar derecho al público consumidor.

El primero es un derecho del consumidor derivado del **principio de neutralidad**² de la Ley No. 153-98, un concepto jurídico determinado en la regulación sectorial; el segundo, un derecho colectivo de todo consumidor, a recibir un precio eficiente propio de un entorno competitivo, una garantía también protegida, solo que a través de un concepto jurídico indeterminado denominado: El interés público y social a la **satisfacción de la demanda en condiciones de competencia y de libre acceso a servicios no discriminatorio**, declarados en los artículo 3a ii y iii de dicha ley respectivamente. En este último caso, el aplicador, el INDOTEL, tendrá que agotar un cuidadoso examen para evitar que su legítima preocupación por la preservación de interés público, no lo conduzca a tomar medidas discrecionales que vulneren intereses tutelados de las empresas.

“En la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en el enunciado (...) La ley no determina con exactitud los límites de estos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación” explica GARCIA DE ENTERRIA. Así por ejemplo, la aplicación de la técnica del concepto jurídico indeterminado enunciado a la

¹ Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Novena Edición, Thomson Civitas, 2005, Pág. 108 y ss.

² Por el principio de neutralidad, el servicio debe prestarse tomando en cuenta sus propios condicionamientos, sin distorsiones mediante discriminación o arbitrariedad en el funcionamiento de otros mercados.

definición de *prestadora eficiente*³ del proyecto de **Reglamento de Tarifas y Costos de los Servicios** actualmente sometido a consulta pública por el INDOTEL, lo consignado en esa definición solo describe la esfera de la realidad de la noción que precisa ser delimitado al momento de su aplicación. El concepto debe quedar referido por supuestos concretos y evitar vaguedades imprecisas y contradictorias. La calificación de la circunstancia en un caso concreto solo admite solución: Una empresa eficiente tiene determinado costo de capital promedio ponderado, conforme a ese modelo.

“Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de la facultad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar por alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva de Derecho” opina el referido tratadista español. En consecuencia, junto a la enunciación ese concepto jurídico indeterminado denominado “prestadora eficiente” se necesita un regla de interdicción de la discrecionalidad administrativa, en todo paso del proceso de intelectivo de su aplicación. Es por esta importante consideración que pensamos que de aprobarse la versión del reglamento en discusión para definir tarifas y costos, la elaboración del *Estudio de Costos* y el *modelo de costos incrementales a largo plazo* mencionados en la propuesta en su articulado, deben quedar sometidos a reglas de debido proceso administrativo, que eliminen instancias de decisión originadas en criterios discrecionales de la Administración o sus delegados.

“La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, indiferentes jurídicos,

porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extra-jurídicos (de oportunidad, económicos), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, al aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión en límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas” señala el referido administrativista. “Justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional” explica el maestro. (Énfasis nuestro).

Lo mismo ocurre en el ejercicio de la potestad administrativa que salvaguarda todos los objetivos de interés público y social de la Ley No. 153-98, tales como la promoción del servicio universal, la garantía de libre elección a los usuarios, el acceso a mercado y la promoción de la competencia, entre otros. Los actos administrativos que en aras del interés público y social limiten intereses privados tutelados por la legislación, tales como el derecho de las prestadoras a obtener *un retorno de la inversión más rentabilidad razonable*, previsto en la ley en expresión del derecho constitucional a la *libre empresa*, deben permanecer debidamente avalados por fundamentos que superen libres ejercicios estimativos de la realidad económica del mercado. Por ello el legislador previó la elaboración de reglamentación de costos y tarifas sometida actualmente a consulta pública. En su ausencia, es muy importante recordar que la actuación administrativa no puede decidir sobre la base de su potestad discrecional sin incidir limitativamente sobre derechos subjetivos amparados por la legislación. En tanto, el Reglamento General de Interconexión en vigor, señala el modelo de comparación

³ “Aquella prestadora que hace uso de la tecnología, diseño de red y prácticas de operación que le permita proveer servicios al menor costo posible, consistente con su nivel de producción y niveles apropiados de calidad”



internacional o *benchmark* como el *test* de razonabilidad de la eficiencia de los cargos por oposición a meros ejercicios estimativos, para los casos en que el organismo deba responder y sobre todo rechazar, las solicitudes pacíficas o en conflicto de las empresas. Exhortamos al INDOTEL a tomar en consideración que al reglamentar o invocar las nociones de eficiencia o el interés público, en limitación de los derechos subjetivos de las prestadoras, tome en cuenta la técnica administrativa requerida por los conceptos jurídicos indeterminados.

Cartas a la Editora.

“No conocía esta publicación. Me da mucho gusto saber que ya se le esta dando un seguimiento serio la tema de la regulación de las actividades de interés público. Felicitaciones al equipo de AR.”

Rolando Reyes,

Sub-Gerente Técnico del
Banco Central de la República Dominicana

Respuesta de AR: Muchas gracias por su opinión. Es seguro que los temas de interés son más que aquellos que podemos cubrir, pero intentamos al menos en cada entrega integrar alguna noticia u opinión sobre la regulación de los servicios financieros.

Libre Comercio. Acciones del gobierno relacionadas a la puesta en ejecución del RD-CAFTA. Por J. Velázquez Morales.

Luego de la ratificación del Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y los EE. UU. (RD-CAFTA) por el Senado de la República ratifico el viernes 26 de agosto de los corrientes, la Secretaria de Industria y Comercio dio a conocer el cronograma de acciones que deberá llevar a cabo el gobierno con relación al DR-CAFTA. Dicho cronograma se dividen en 13 encabezados, cuales fueron denominados de la siguiente forma: Antes de la Entrada en Vigor, Al Momento de entrada en Vigor; 3 meses después de la entrada; 6 meses después de la entrada; 1 año después de la entrada; 18 meses

después; 1ero de enero del 2007; 2 años después de la entrada; 3 años después de la entrada en vigor solicitud de Tratamiento preferencial; 31 de Diciembre del 2009; 4 años después de la entrada; 5 años después de su entrada y; Compromisos para los cuales no estableció plazos. A continuación indicaremos algunas de las disposiciones más relevantes de cada encabezado:

Antes de la entrada en vigor: Las Gestiones para la adhesión de RD al acuerdo sobre productos información Tecnológica -IT-de la OMC. **Al momento de la entrada en vigor:** a. Reglas modelo de procedimientos para la solución de controversias. El país deberá elaborar con los demás países partes del acuerdo las normas y los procedimientos que servirán de guías para el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias; b. Reglas y procedimientos de la comisión de libre comercio. El órgano es el encargado del manejo del acuerdo encabezado en el país por la SEIC, deberá establecer sus normas, guías y procedimientos de operación. **3 meses después de la entrada:** a. Establecimiento del grupo de negociación para desarrollar un órgano de apelación para el capítulo de inversiones. **6 meses después de la entrada:** a. Lista de árbitros en materia General, de Servicios financieros, Laboral, Ambiental. El país deberá someter posibles candidatos y estructuras para los sistemas de arbitrajes sometidos en el acuerdo. **1 años después de la entrada:** a. Emisión de decretos, leyes, ordenanzas o reglamentos para regular activamente la adquisición y administración de programas de computación para que todas las agencias de gobierno de nivel central utilicen únicamente programas de computación autorizados; b. Negociación entre RD y los países de Centroamérica sobre tratamiento arancelario para ciertos productos; c. Negociación entre RD, Costa Rica y Nicaragua sobre los niveles de activación agrícola para ciertos productos. **18 meses de la entrada:** a. Inclusión de marcas colectivas, de certificación y sonoras e



indicaciones geográficas y marcas olfativas.

1ero de Enero del 2007: a. Prestación de interconexión basado en costo. **2 años después de la entrada:** a. Procedimientos de observación que permitan una acción efectiva contra cualquier acto de infracción de derecho de autor; b. Adoptar o mantener sistemas de administración de riesgo; c. Poner a disposición del público cualquier decisión judicial y administrativa de aplicación general, relacionada a las contrataciones públicas; d. Aplicación de medidas sobre servicios financieros entre RD y Guatemala e. Aplicación de medidas sobre servicios bancarios entre RD y los países de Centroamérica. **3 años después de la entrada en vigor solicitud de Tratamiento Preferencial:** a. Solicitud de tratamiento preferencial por el importador mediante certificación electrónica de origen o confianza razonable en la información del importador; b. Automatización aduanera. **31 de Diciembre del 2009:** a. Eliminación de exención de aranceles aduaneros condiciones al cumplimiento de requisitos de desempeño. Para esta fecha debe estar lista la revisión de la ley de Zonas Francas con fin de que cumpla con este mandato. **4 años después de la entrada:** a. Adopción de Ley sobre Esquemas de Inversión Colectiva. **5 años después de la entrada:** a. Negociación de tratados de libre comercio con México y Canadá. **Compromisos para los cuales no se estableció plazos:** a. Inicio de consultas con miras a determinar la viabilidad y conveniencia de incluir dentro de la cobertura del Capítulo de Contratación Pública la construcción de obras públicas y concesión de obras públicas en general entre RD y los países de Centroamérica; b. Reglas y procedimientos de la Comisión de Libre Comercio.

Consumidor: Aprueban el proyecto de ley de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario. Por B. Roa Mateo.

El pasado 26 de julio del 2005 fue aprobada por el Senado de la República, el Proyecto de Ley de Protección de los Derechos del

Consumidor o Usuario reintroducido y propuesto por el Presidente de la Cámara de Diputados, el Lic. Alfredo Pacheco Osorio en fecha 16 de agosto del 2004. Aunque la misma fue aumentada en su extensión, no presenta importantes variaciones en cuanto al fondo respecto de la versión resumida en edición previa de AR. Puede accederla en www.noboapagan.com/pdfs/Boletin_8_001.pdf

Valores. Proponen financiar viviendas a través del mercado de valores. Por J. Velázquez Morales.

La SIV por medio del superintendente, en el Encuentro Económico del periódico HOY de fecha 25 de julio de los corrientes, informo que recientemente se hizo una propuesta al Instituto Nacional de la Vivienda (INVI) tendente a que dicha entidad consiga recursos a través de instrumentos financieros, como las cédulas hipotecarias para que financie proyectos habitacionales, igual como lo han hecho muchos países. A modo de ejemplo, el Superintendente citó el caso de El Salvador, en el cual todos los proyectos habitacionales importantes son financiados a través del mercado de valores con recursos de los fondos de pensiones. El Superintendente sostuvo que: *“Perfectamente, los fondos de pensiones dominicanos, pueden ser utilizados para financiar obras de infraestructura y proyectos de servicios, tanto del sector público como del privado. Sólo falta para que pueda diversificarse las inversiones “la decisión final”, que los actores del sector público que le corresponde, tomen las decisiones y que los sectores privados crean en el mercado de valores. Tan pronto eso ocurra, se produciría en corto plazo una verdadera incursión de los fondo de pensiones en el mercado.”*

Competencia: OMC designa árbitro en la diferencia relativa a los cigarrillos entre Honduras y RD. Por B. Roa Mateo.

En octubre del 2003, Honduras solicitó la celebración de consultas con la República



Dominicana con respecto a determinadas medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos. A juicio de Honduras, la República Dominicana establece para los cigarrillos importados condiciones de competencia menos favorables que las que establece para los cigarrillos nacionales; exigiendo que los importadores otorguen fianzas y demás cargas administrativas; así como aplicando normas procedimientos y prácticas especiales para determinar el valor de los cigarrillos importados a efectos de la aplicación del Impuesto Selectivo al Consumo.

A solicitud de Honduras se constituyó un Grupo Especial, el cual constató a través de un informe que: el recargo transitorio, la comisión y el requisito de estampillado impuesto por la República Dominicana a los cigarrillos entre otras medidas eran incompatible con el GATT de 1994, informe que fue luego acogido por la corte de apelación del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) apoderado del presente reclamo. En la reunión del OSD de 13 de junio de 2005, la República Dominicana confirmó su propósito de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia y declaró que necesitaría un "plazo prudencial" para hacerlo, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD").⁴ La Organización Mundial de Comercio (OMC) mediante una carta conjunta de fecha 21 de julio de 2005, Honduras y la República Dominicana solicitaron al Sr. John Lockhart, Miembro del Órgano de Apelación, que actuara como árbitro para decidir sobre el plazo prudencial para la aplicación de las normas dictadas por el OSD. Luego la República Dominicana y Honduras desistieron de la actuación del Sr. John Lockhart y han convenido de mutuo acuerdo los plazos prudenciales para que la República Dominicana aplique las

recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD").

De acuerdo al informe del árbitro Sr. John Lockhart las partes acordaron que: En lo que respecta al recargo transitorio de estabilización económica, declarado incompatible con las disposiciones del GATT de 1994, la República Dominicana pondrá inmediatamente la medida en conformidad con las obligaciones correspondientes a dichas disposiciones. En cuanto al requisito de que se adhiera una estampilla a todos los paquetes de cigarrillos en su territorio y bajo la supervisión de las autoridades fiscales locales, la República Dominicana pondrá inmediatamente la medida en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del GATT de 1994. En lo relativo a la comisión cambiaria, declarada incompatible con las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994, la República Dominicana pondrá la medida en conformidad dentro de un plazo de veinticuatro (24) meses contados a partir del 19 de mayo de 2005, que es la fecha de la adopción de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación. Además de lo anterior, la República Dominicana y Honduras han acordado también que la República Dominicana cesará inmediatamente de exigir a los importadores de cigarrillos que depositen la fianza mencionada en el informe del Grupo Especial.

Redacción: Jesenia Velázquez/ Binell Roa.

Edición: Angélica Noboa Pagán.

NOBOA PAGÁN – Abogados

Av. Los Próceres, Plaza Diamond, Arroyo Hondo

Teléfono (809) 334.5717 • Fax (809) 334.5716

Los boletines anteriores de AR se encuentran publicados en español e inglés en nuestro sitio en la red www.noboapagan.com

Si desea recibir regularmente AR, escribanos a anoboa@noboapagan.com y será integrado a su lista de distribución.

Actualidad Regulatoria un servicio gratuito en línea de la firma NPA dirigido a los sectores empresarial, público, profesional y académico.

⁴ WT/DSB/M191, párrafo 27.