

## Ex ante - ex post, justificación de un derecho propio y específico de la regulación

POR MARIE ANNE FRISON-ROCHE (\*)

"El ex ante es la intervención sobre un fenómeno antes de que éste se cristalice, mientras que el ex post es la intervención sobre un fenómeno después de su advenimiento. El ex ante manifiesta la voluntad normativa, el ex post manifiesta la reacción. El ex ante manifiesta lo general, el ex post manifiesta lo particular. El ex ante toma como principio el gobierno de las acciones, el ex post toma como principio la libertad de las acciones".

27. - La definición de la pareja *ex ante-ex post* no surge directamente de sí misma. Si se parte de una tautología, se llega rápidamente a una representación política del mundo en la que se hace difícil distinguir cada miembro y también lo es articular la relación entre ambos. Literalmente y a primera vista, la pareja *ex ante-ex post* remite a una cronología: el *ex ante* es la intervención sobre un fenómeno antes de que éste se cristalice, mientras que el *ex post* es la intervención sobre un fenómeno después de su advenimiento. El *ex ante* manifiesta la voluntad normativa, el *ex post* manifiesta la reacción. El *ex ante* manifiesta lo general, el *ex post* manifiesta lo particular. El *ex ante* toma como principio el gobierno de las acciones, el *ex post* toma como principio la libertad de las acciones.

(\*) Profesora de las Universidades de París en Ciencias Políticas (Sociales Po).

Marie-Anne Frison-Roche, «Le couple *ex ante - ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation», en *Les engagements dans les systèmes de régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. Droit et Economie de la Régulation, vol. 4, 2006, 288 p., pp.33-48.

28. - Desde esta primera evidencia, se cuestiona el criterio cronológico. En efecto, un comportamiento puede constituir un punto en el tiempo en relación con el que sería cómodo situarse en un antes o en un después, pero otros fenómenos económicos, por ejemplo una industria o un mercado, toman la forma de una "situación" (1) que se desarrolla en la duración. Así, el contrato puede manifestar la primera categoría, cuando se trata de un contrato-intercambio, o la segunda categoría; cuando se trata de un "contrato-organización" (2).

Entonces, el *ex post*, en un momento de un tiempo capturado a través de la duración, constituye el *ex ante* de mañana. Por ejemplo, una sentencia que sienta jurisprudencia es, al mismo tiempo el *ex post* del problema que ha sido zanjado concretamente por la decisión pero también el *ex ante* de los comportamientos que integrarán el principio contenido en la jurisprudencia. La afirmación frecuente según la cual la intervención jurisdiccional cristaliza un método *ex post* no tiene nada de evidente, por el hecho de la jurisprudencia.

29. - En estas condiciones, hay que pasar de una definición tautológica a una definición política de la pareja *ex ante - ex post*, porque ésta es más segura. Remite, entonces, a través del *ex ante* a la

(1) La concepción de los instrumentos jurídicos, en tanto que se apliquen a situaciones, proviene esencialmente de los trabajos del decano Paul Roubier, sobre todo en tanto que la noción de situación da otro giro a las reglas del tiempo (Derechos subjetivos y situación jurídica, 1963, reimpresión Dalloz, 2005).

(2) P. Didier, "Breves notas sobre el contrato-organización", en *El porvenir del derecho. Mélanges* (obra compuesta de artículos reunidos y dedicados a un maestro por sus amigos, por sus discípulos) F. Terré, Dalloz/Juris-Classeur/PUF, 1999, p. 635-642; D. Mainguy, "Observaciones sobre los contratos de situación y algunas evoluciones recientes del derecho de los contratos", en *Mélanges Michel Cabrillac, Leitec*, 1999, p. 165-186.

organización planificada de los comportamientos por una autoridad exterior al que actúa, mientras que el *ex post* corresponde a una libertad de acción utilizada por los operadores, a cargo de responder por el efecto de su comportamiento sobre otros. Si se busca la disciplina en la que la pareja *ex ante - ex post* se inserta, se tratará de la economía política, que opera una oposición o un equilibrio entre la idea de un plan dispuesto discrecionalmente por un gobierno o un regulador que rige la acción de los operadores, lo que sería la definición del *ex ante*, y la idea de una reacción puntual y en competencia unida por un órgano de tipo jurisdiccional que extrae las consecuencias del uso que los operadores hicieron de su libertad, lo que sería el *ex post*.

30. - Esto remite, entonces, a una opción política de libertades, sea la libertad de los que conciben la sociedad, sobre todo el Gobierno servido por la administración y el Parlamento que expresan la voluntad soberana de la Nación, la soberanía que es la más pura expresión de la libertad, que remite a la definición ordinaria de la regulación (3), sea la libertad de las personas ordinarias, empresarios o consumidores sobre todo, que remite a la idea política de auto-regulación (4).

31. - Por ello, aun admitiendo que el derecho desarrollará numerosas reglas y reflexiones sobre la manera como las normas jurídicas intervienen en el tiempo y aun admitiendo que con frecuencia es la oposición entre la ley y la jurisprudencia que se encuentra en las reflexiones sobre el *ex ante* y el *ex post*, estas nociones se estudian más en los trabajos de los economistas, desarrollados sea en casos particulares (5), sea en una perspectiva

(3) I. B. Auby, "Regulación y derecho administrativo", en Mélanges G. Timsit, Bruylant, 2004, p. 209 y siguientes.

(4) Ver sobre todo F. Cafaggi, "El rol de los actores privados en los procesos de regulación: participación, autorregulación y regulación privada", en La regulación, ¿nuevos modos? nuevos territorios, RF adm. públ., 2004, p. 23-26; J. B. Zufferey, (Des-, re-, sobre-, auto-, co-, inter-) reglamentación en materia bancaria y financiera. Tesis para un estado de los lugares en derecho suizo, Helbing y Lichtenhahn, 2004.

(5) Cardell, Judith, B., and Tabors, Richard D., Ex ante y Ex Post Diseños para la Mitigación del Mercado Eléctrico: Experiencia Pasada y Presente y Lecciones desde California. Actas de la 36ª Conferencia Internacional de Hawaii sobre Ciencias de Sistemas, 2002 (<http://csdl.computer.org/comp/proceedings/hicss/2003/1874/02/187420055-pdf>);

más general de economía política. Por su parte, el derecho analiza relativamente poco el ejercicio de los poderes desde este ángulo de la intervención *ex post* y *ex ante*.

32. - Sin embargo, si se trata de establecer correspondencias con el derecho, se dirá, desde el punto de vista jurídico que el *ex ante*, en lo que corresponde a la regla que se formula antes de que lleguen los comportamientos apuntados, evoca la figura de la ley. A partir de allí, el comportamiento de que se trata es dictado (por la prescripción o por la prohibición) antes de que la persona actúe. Si el comportamiento no está conforme con la prescripción general (obligación de hacer o de no hacer) o individual (obtención de una autorización previamente requerida a la acción, por ejemplo, para ejercer la actividad de servicio de inversión o para lanzarse a la producción de energía), entonces, el que actuó será sancionado(6).

33. - El *ex post* se define, entonces, en vacío, en tanto que apunta hacia sistemas en los que los comportamientos de las personas no están restringidos por prescripciones previas generales o particulares. Se trataría, por lo tanto, de una definición residual: el *ex post* se referencia allí donde no hay *ex ante*. La actividad, entonces, se despliega libremente, cada uno puede arrojar allí. El *ex post* es el signo ordinario del liberalismo, de una intervención pública mínima. Por ello, las teorías económicas liberales, cuyo movimiento *Law and Economics* está cercano, más bien se inclinan hacia el *ex post* y más bien rechazan el *ex ante*.

34. - Sin embargo, *ex post* y *ex ante* no son exclusivos uno del otro; incluso, se podría decir que dependen uno del otro. En efecto, un *ex ante*, para ser efectivo, requiere mecanismos y órganos de caución de las violaciones. El *ex ante* engendra, entonces, un *ex post* sin el cual el *ex ante* pierde toda restricción, lo que contradiría la afirmación que prueba que la voluntad expresada por un *ex ante* es más poderosa y más violenta sobre los operadores que un simple *ex post*. Por ello, más

Alexander Eisenkopf, Ex ante versus Post Regulación en el sector ferroviario germano, octubre 2002 ([wip.tu-berlin.de/workshop/2002/papers/tu-berlin\\_wip\\_workshop\\_2002-paper\\_eisenkopfreulation\\_railways.pdf](http://wip.tu-berlin.de/workshop/2002/papers/tu-berlin_wip_workshop_2002-paper_eisenkopfreulation_railways.pdf)).

(6) Para una presentación mucho menos sesgada de lo que está este primer acercamiento de la relación entre la pareja *ex ante - ex post* y la distinción de las fuentes del derecho, ver infra N° 54 y siguientes.

poderoso quiere ser el *ex ante*, es decir, integrado en los cálculos de comportamiento de las personas, y más creíble debe ser, es decir, su violación efectivamente sancionada, a través de un *ex post* efectivo. Por cierto, no se tratará más que de un *ex post* de administración, en pura y neutra carga de hacer efectivo el *ex ante*. Es decir, más *ex ante* hay, más *ex post* habrá.

35. - Lo contrario no es verdad, ya que se puede concebir un *ex post* autónomo (lo que se podría designar como el "verdadero" *ex post*), que se pone en marcha, por ejemplo por el compromiso de responsabilidad, sin *ex ante* previo distinto de las reglas ordinarias del sistema jurídico, como el derecho de propiedad, la fuerza obligatoria de los compromisos o la responsabilidad por falta. El *ex ante*, entonces, no es más que el marco general del sistema jurídico (7).

A la inversa, el *ex post* autónomo supera la simple tarea de efectividad de las reglas anteriores, entonces constituye un *ex post* en el que habrá más normatividad, por el hecho mismo de la ausencia de un *ex ante* que obligue a tal o cual solución. En esto, el *ex post* deja de ser el servidor de la voluntad política expresada *ex ante*, entonces es singularmente más poderoso que en la hipótesis del *ex post* de administración. Se aprecia, por lo tanto, que la jurisprudencia desarrolla más su poder en el segundo sistema que en el primero.

36. - Esta oposición entre un *ex post* de administración y un *ex post* autónomo se desliza en una viva discusión en derecho, que tomó un vocabulario totalmente distinto pero que se articula de una manera semejante. En efecto, la pareja *ex ante - ex post* remite a la noción general de compromiso, en el sentido de que comprometerse vuelve a restringirse antes de actuar y que en ello el compromiso toma la forma del contrato; entonces, el contrato es una forma de *ex ante* voluntaria (8).

(7) Para ir más lejos, ver E. Brousseau, "¿Se pueden autorregular los mercados?", en B. Ferrandon (dir.), *Competencia y regulación de los mercados*, Cuadernos franceses, La Documentation française, 2003, p. 64-70; "Regulación de la Internet: ¿necesita la autorregulación un marco institucional?", en *Economía de la Internet*, Rev. eco., n° especial, 2001, p. 349-377.

(8) Sobre la dialéctica que se opera entre el *ex ante* unilateral —por la reglamentación— y el *ex ante* bilateral —por el contrato—, cuando el regulador se dispone a contratar con los operadores, ver A. Perrot, este volumen.

Al contrario, el *ex post* toma la forma de la responsabilidad, ya que ésta es la consecuencia, incluso la fuente y la legitimidad, de las acciones libremente emprendidas. Por otra parte, es muy frecuente en análisis económico del derecho la correlación entre *ex post* y derecho de la responsabilidad (9).

Si se retoma la cuestión, formulada de una manera brillante por Philippe Rémy (10), de saber si el derecho de la responsabilidad contractual no sería de otra naturaleza distinta de la del derecho de la responsabilidad extra-contractual, en tanto que este primer cuerpo de reglas sería un derecho de ejecución y debería ser concebido como tal, sin entremezclarse con el segundo que es un derecho de consecuencias del uso de las libertades, se encuentra, entonces, la idea de un *ex post* de administración —el derecho de la responsabilidad contractual— y de un *ex post* autónomo —el derecho de la responsabilidad delictual—.

37. - Si se vuelve a la aplicación de la pareja *ex ante - ex post* en materia económica, remite, por un lado, a un sistema económico pre-organizado y constreñido por reglas generales e individuales previas (*ex ante*, al que se asocia un *ex post* de administración) y, por el otro lado, un sistema económico que se desarrolla sobre la libertad de acción de las personas persiguiendo sus intereses cuando hacen uso de esta libertad de la que, eventualmente, deberán rendir cuentas de una manera individual y puntual, es decir, un sistema construido sobre la suficiencia de un *ex post* liberal (*ex post* autónomo y normativo).

38. - El derecho de la regulación se confronta directamente con esto. Se recordará que el derecho de la regulación se define —a distancia del término inglés *regulation*, que sólo enfoca el fenómeno de reglamentación, la regulación reenvía más a la expresión *regulatory system*— como el aparato jurídico que crea y mantiene equilibrios en sectores específicos que no pueden crearlos o

(9) Por la idea de que la responsabilidad es una suerte de reglamentación *ex post*, ver, por ejemplo, L. Hornhauser, "Las reglas de responsabilidad como instrumentos de reglamentación", en Th. Kirat (dir.), *Los modos del derecho de la responsabilidad: miradas sobre el derecho en acción*, LGD, col. "Derecho y sociedad", 2003, p. 231-251.

(10) "La responsabilidad contractual: historia de un falso concepto", RTD civ. 1997, p. 323 y siguientes.

mantenerlos por su propia fuerza, este equilibrio se establece con mayor frecuencia entre un principio de competencia y principios a-competitivos o anticompetitivos (derecho de acceso, libertad de las opiniones, gestión de los riesgos) (11). Como la regulación remite a esta idea de construcción, tarea esencialmente confiada a un regulador, más bien evoca al sistema del *ex ante*.

39. - Por ejemplo, ciertos precios serán fijados por una tarificación previa, cuando se trata de tarifas de interconexión en la red en la energía o en las telecomunicaciones, y no dejadas en la negociación de las partes en contratos que la práctica designa como "contratos desregulados", bajo el control eventual por el juez de su carácter desproporcionado.

Por ejemplo, las empresas no podrán ejercer la actividad en la que quieren desplegarse sin haber estado debidamente autorizadas, la intervención *ex ante*, entonces, no se ejerce tampoco sobre el comportamiento sino sobre el operador. El sector bancario suscita este tipo de intervención.

Del mismo modo, no se podría emprender una actividad si no fue autorizada en lo previo, por ejemplo la producción de energía, la intervención *ex ante*, entonces, se ejerce sobre la actividad, sus condiciones y su volumen. En la concepción europea y francesa, estos sectores se regulan *ex ante*.

40. - Una primera evolución, sobre todo en el dominio de las telecomunicaciones, concierne a las relaciones entre el derecho de la regulación y el derecho de la competencia, que expresa más una regulación *ex post* de los sectores y se afirma por esta razón como una especie de progreso de la evolución económica (12) -I-. A través de esta repartición entre el *ex ante* y el *ex post*, si se llega a determinar la parte que vuelve a cada uno, y retomando aquí una perspectiva más jurídica, la cuestión se formula, entonces, en saber cuáles son las fuentes del derecho y los instrumentos jurídicos que son más apropiados para hacer funcionar el *ex ante* y el *ex post* en el derecho de la regulación -II-.

(11) M. A. Frison-Roche, "Le derecho de la regulación", D. 2001, cron., p. 610-616.

(12) Ver, en este sentido, A. Perrot, "Las fronteras entre regulación sectorial y política de la competencia", RFD eco., n° 4, vol. 13, 2000, p. 81-110.

*I. La incertidumbre de la partición entre derecho de la regulación y derecho de la competencia a través de la pareja ex ante - ex post.*

41. - Es usual afirmar que el *ex ante* es lo que caracteriza la regulación, en tanto que ésta expresa la voluntad de gobernar el funcionamiento económico de ciertos sectores, por lo tanto, en oposición con el derecho de la competencia, que sería el único derecho liberal ya que la libertad de las organizaciones y de los comportamientos es allí la primera (A). En realidad, la oposición no es conveniente ya que la construcción de los sectores, sobre todo cuando la innovación es su principal motor, puede tomar la forma de una libertad dejada a los operadores, lo que en el seno mismo del derecho de la regulación produce una dialéctica entre *ex ante* y *ex post* (B).

*A. El ex ante, marca tradicional de la regulación analizada como la dirección económica de sector, versus el ex post, estandarte liberal del derecho de la competencia.*

42. En una primera aproximación, la pareja *ex ante - ex post* tiene una pertinencia esencial porque suministra el criterio que justifica la presencia o la ausencia de un regulador sectorial y engendra incluso la frontera entre el derecho de la regulación sectorial y el derecho de la competencia. Pero se advierte que se trata menos de una oposición que de una gradación que conduce del *ex ante* más puro al *ex post* más puro -1- y que la pesadez del *ex ante*, su dificultad de gestión también, su costo, obliga a justificar su adopción, mientras que el *ex post*, correspondiente al derecho ordinario es más evidente -2-.

*1. Ex-ante reforzado, ex ante ordinario, ex post de administración del ex ante, ex post autónomo*

43. - El principio es el siguiente: si el libre comportamiento de los diferentes operadores, productores, intermediarios y consumidores, es suficiente para construir y para mantener un equilibrio económico general, entonces no es necesario crear reglas precisas de comportamiento o de organizar obligadamente a las profesiones implicadas, es suficiente con dar un correctivo cuando se observa un comportamiento desviado. El *ex post* es suficiente para una economía liberal, sana y dinámica.

Institucionalmente, es necesario, simplemente, que existan jurisdicciones que intervengan

para sancionar caso a caso los comportamientos desviantes, en la práctica las autoridades de competencia cuando sancionan comportamientos anticompetitivos según un modo jurisdiccional.

44. - A la inversa, el *ex ante* significa la promulgación de múltiples reglas precisas de comportamiento, que gobiernan a los operadores cuya acción ulterior deberá integrar la prescripción. En una concepción reforzada del *ex ante*, éste se traduce por la promulgación de reglas y de autorización fuera del marco de los que la acción económica está excluida (por ejemplo, hay que ser mandatario que representa a las partes en el tribunal de comercio como establecimiento de crédito o como servicio de inversión para hacer la actividad de crédito o de intermediación financiera).

45. - La diferencia entre este *ex ante* ordinario y este *ex ante* reforzado se sostiene en el poder normativo atribuido al silencio de la norma. En el caso del *ex ante* ordinario, la acción es libre desde el instante en que no contraviene a las prescripciones anteriores y circundantes, mientras que en el caso de un *ex ante* reforzado, la acción sólo es posible si ha sido tratada por los textos y autorizada como tal.

46. - El *ex ante* es un modo imperioso de gobierno de los sectores, cuyo efecto más visible es la presencia de un regulador. Pero, ¿por qué habría que gobernar especialmente un sector, desde el momento en que el contexto general es el de una economía liberal?

#### 2. *Ex ante permanente de gestión de los peligros, ex ante provisorio de la inmadurez económica*

47. - Dos situaciones responden a ello, una relativa a peligros de una naturaleza tal que sólo el *ex post* es inadecuado (argumento del *ex ante* permanente), la otra relativa a una inmadurez de los sectores que sólo requieren el *ex ante* para que se los conduzca mejor hacia el *ex post* (argumento del *ex ante* temporario). Si se retoma la primera situación, puede suceder que la libertad de las acciones se estime como demasiado peligrosa en sus efectos para que no se establezcan reglas previas precisas, obligatorias, incluso requeridas, para la acción.

48. - Este peligro puede ser de dos tipos. El peligro puede manifestarse como demasiado im-

portante, por su amplitud o por su irreversibilidad, para que una única sanción sea suficiente para reparar los daños, entonces hay que evitar que el perjuicio llegue ya que está, en realidad, fuera del alcance de la simple sanción y de la reparación. Sobre todo se da en el caso cuando el daño es sólo económico mientras que la reparación permanente de esta manera (regulación de la seguridad de las personas, regulación de los riesgos del entorno) o que exista un riesgo sistémico, como en materia bancaria y financiera. La hipótesis del riesgo sistémico energético es más reciente. Por ejemplo, justificó en Francia la atribución nueva de las gestonarias de redes de hacer un control *ex ante* de las personas que demandan el acceso a la red.

49. - Un segundo tipo de peligro, que justifica que no se limite a un *ex post*, se reconoce cuando el peligro es creado por otros que no son los que soportarán sus consecuencias, sobre todo porque el peligro es creado individualmente mientras que el daño es soportado colectivamente.

Esta última hipótesis está ilustrada aún por el riesgo sistémico bancario o financiero, el riesgo del entorno o sanitario (13), pero también por la regulación de los mercados de instrumentos financieros en su relación con la corporate governance (14). El *ex ante* es requerido (reglas precisas, regulador específico que promulga por encima de las reglas generales y particulares). El *ex ante* está permanente, el regulador también.

50. - Totalmente distinta es la hipótesis en la que las acciones de los operadores, incluso sin trabas, sin incertidumbres y sin costos, no son suficientes como para construir la fuerza del conjunto. En este caso, allí debe haber administración, no tanto del sector como de su transformación, sobre todo cuando debe transformarse de sector monopólico en sector competitivo. El *ex ante*, entonces, es un

(13) M Hirsch, "La experticia científica independiente en un establecimiento público: el ejemplo de la agencia francesa de seguridad sanitaria de los alimentos", en Informe público del Consejo de Estado, Las autoridades administrativas independientes, La Documentación francesa, 2001, p. 427-440; "El riesgo sanitario, objeto de la regulación", en M. A. Frison-Roche (dir.), Derecho y economía de la regulación, vol. 3; Los riesgos de la regulación, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005, p. 43-50.

(14) Sobre esta apuesta específica, ver infra n° 55 y siguientes.

arma utilizada para el establecimiento de un *ex post* en el que los comportamientos serán libres y sólo sufrirán sanciones en caso de desvíos. El *ex ante* pasa a ser, por un retorno de las cosas, el servidor de un *ex post* que espera tener los medios para constituir el modo ordinario de regulación. El regulador es transitorio, el *ex ante* también porque no son más que el estribo del *ex post* del derecho de la competencia.

51. - Es corriente esta afirmación en lo que concierne al sector de las telecomunicaciones por el hecho de la casi desaparición de los monopolios naturales (15) y por el hecho del dinamismo competitivo de operadores poderosos, la evolución del derecho del sector que parece que diera la razón al análisis, a través de las nuevas reglas establecidas por las directivas comunitarias de 2002 transpuestas a Francia en 2004, que disminuyen la autoridad del regulador en favor del Consejo de la competencia (16).

52. - Entonces, la dificultad es la elección del kairós, es decir, del buen momento en el que hay que retirar los andamiajes del *ex ante* para dejar prosperar el *ex post*, no demasiado temprano, para que el relevo sobre el único poder de los actores se pueda operar, no demasiado tarde para que el *ex ante* no sofoque el dinamismo engendrado más naturalmente por los espacios de libertad. Allí, la evolución del derecho comunitario y nacional de las telecomunicaciones es un ejemplo de esta búsqueda del buen punto de pasaje entre el *ex ante* y el *ex post*.

53. - Una disputa aún más importante consiste en distinguir los sectores que tienen vocación para tal pasaje, un *ex ante* transitorio, simple constructor de un *ex post* fundamentalmente preferido ya que es el punto de llegada del *ex ante*, y los sectores que continúan tomando el *ex ante* como principio del que el *ex post* sólo será la herramienta de la efectividad.

La cuestión se plantea para el sector eléctrico, con la opción alemana inicial que se contentaba

(15) R. Posner, "Regulación y desregulación en los Estados Unidos", en J. M. Chevalier, L. Ekeland, M. A. Frison-Roche, M. Kalika (dir.), Las estrategias de empresas en las nuevas regulaciones, PUF, colección "Derecho, ética, sociedad", 2002, p. 77-94.

(16) Para un desarrollo del análisis, ver Ch. Hocepiéd y A. de Strel, "Armonización sin centralización: dos años de experiencia con el Nuevo Marco Regulatorio para las comunicaciones electrónicas en el nivel europeo", esta obra.

con el *ex post*, que estimaba que la presión competitiva y la protección *ex post* contra los precios abusivos por la autoridad podrían ser suficientes. La experiencia no parece haber sido concluyente y el *ex ante*, por el lado comunitario, sobre todo por la exigencia de un regulador independiente, se imprime progresivamente más (17).

*B. La dialéctica del ex ante y del ex post en la construcción de los sectores que innovan y en el control de estructura de los mercados.*

54. - No es tan exacto alojar el *ex ante* en la construcción de los sectores por el derecho de la regulación y el *ex post* en la reacción ante los comportamientos anticompetitivos puntuales observados por el derecho de la competencia. En efecto, la ausencia de *ex ante* puede ser el modo más pertinente de construcción de los sectores mientras que ciertos instrumentos del derecho de la competencia están derivando del *ex post* al *ex ante*, esta perspectiva varía según los sectores -1- y según los instrumentos, sobre todo cuando se trata del control de las concentraciones -2-.

*1. El ex post, previo cognitivo del ex ante para construir mercados sobre la innovación.*

55. - El abandono del *ex ante* puede no ser el signo de que ha llegado la madurez económica de los sectores, sino el de extraer la consecuencia de una incertidumbre tecnológica de la evolución del sector. El nuevo lugar dejado al *ex post* concreta, entonces, la voluntad de suscitar la innovación. En este caso de figura, invertida, el *ex post* pasa a ser lo previo al *ex ante*, porque la libertad dejada a los operadores permite construir las técnicas y los mercados, es decir, suministrar la experiencia y la información para un *ex ante* que no intervienen, entonces, más que en un segundo tiempo. Es un método cognitivo de gobernabilidad, el *ex post* es el medio de un *ex ante* informado.

56. - Esto responde a la nueva organización de la regulación en el sector de las telecomunicaciones, las reglas comunitarias del segundo paquete de directivas que no permiten a los reguladores intervenir sobre los mercados que no han sido apuntados en una lista preestablecida, lo que deja a los mercados totalmente nuevos a la libre disposición del dinamismo de los operadores, salvo al regulador

(17) Ver sobre todo "La Europa de la electricidad entre competencia y servicio público", Rev. parlamentaria, sept. 2003.

nacional para que solicite de la Comisión europea la inscripción de un nuevo mercado en esta lista a partir de este momento limitada de los mercados sobre los que tiene competencia.

57. - Este sistema puede parecer paradójico si se dice que la función del regulador es la de construir los mercados. Pero parece adecuado cuando se conjugan incertidumbre tecnológica y dinamismo muy fuerte de los actores. ¿El caso de figura se encuentra en los otros sectores? Sin duda no en la energía, sector en el que la innovación parece bastante débil y en el que los actores son aplastados por el peso de las inversiones, lo que poco incita hacia la experimentación.

58. - La cuestión se plantea de manera más crucial en lo que se refiere a la regulación financiera. ¿Se debe mantener un *ex ante* reforzado, es decir, no admitir nuevos productos que han sido validados previamente, o nuevas intermediaciones que han sido previamente diseñadas por el regulador? Esto remite, sobre todo a la querrela sobre los fondos contractuales, con la preocupación por la protección de los inversores profanos, cuya consideración más bien desviaría el uso de la ausencia de *ex ante*.

La misma cuestión se plantea aún a propósito del sector bancario, siempre tentado por el *ex ante* ya que, en la medida en que el objetivo de regulación es, primero, la preservación de la solidez del sector, la libertad se aferra al *ex post* y en esta perspectiva se la requiere menos (18).

59. - Aquí se advierte que las soluciones son, por lo tanto, muy variables según los sectores y dependen de equilibrios entre los estímulos o no a la innovación y la puesta en riesgo o no de los consumidores. Si, por una parte, se admite que la innovación es esencial y, por otra parte, que los consumidores pueden sufrir la incertidumbre o las relaciones de fuerza, entonces la regulación toma la forma paradójica de ausencia de *ex ante* para construir nuevos mercados.

2. *El control de las concentraciones entre el ex post y el ex ante.*

60. - Tradicionalmente, el control de las concentraciones es una manera de prevenir los com-

portamientos anticonceptivos cuya probabilidad de llegada es tal que hasta conviene desviar su perspectiva (19). Entonces, se reconstituyen por el razonamiento las restricciones de competencia que la concentración va a engendrar y se las anula por anticipado cortando la hierba bajo el pie de su concreción. Así, el control de las concentraciones nunca es más que el *ex post* desplazado en el tiempo, es decir, operado en un caso particular sobre comportamientos ya virtualmente observados de abusos de poder de mercado.

Esta concepción tradicional es un nuevo ejemplo que dice que la pareja *ex ante* - *ex post* es más una pareja de concepción política de construcción de la economía que una cuestión de cronología (20), ya que tenemos que ver una especie de *ex post* practicado antes de que el comportamiento se concretara.

61. - Practicado de esta manera, el control de las concentraciones, definido como una suerte de *ex post* anticipado, llega a sancionar o no de antemano, por el rechazo o la autorización de la concentración. El derecho francés anterior a la ley sur las nuevas regulaciones económicas (llamada ley NRE) del 10 de mayo de 2001 (21), que no obligaba a declarar las concentraciones y se contentaba con abrir esta posibilidad a las empresas deseosas de seguridad jurídica, expresaba fuertemente esta concepción política de un *ex post* practicado de antemano.

62. - La evolución del control de las concentraciones, hecho sistemático por esta ley NRE, transporta a éste hacia un verdadero *ex ante*, es decir, una prescripción de comportamientos, incluso una estructuración del sector antes de su mutación. El juego de las condicionalidades y de los compromisos permite a la autoridad administrativa diseñar, bajo la amenaza de un rechazo de concentración, un sector, en una óptica de política industrial. Se podría decir que se trata, entonces, de un procedimiento de co-regulación *ex ante*, ya que las empresas que se concentran

(19) Ver de una manera general, M. A. Frison-Roche y M. S. Payet, Derecho de la competencia, Compendio Dalloz, 2006, n.º 323 y siguientes.

(20) Ver supra n.º 27 y siguientes.

(21) Sobre la descripción técnica del derecho a partir de ahora aplicado, ver por ejemplo J. M. Cot y J. P. de La Laurencie, El control francés de las concentraciones, LGDJ, 2003.

participan activamente en el diseño del mercado que los compromisos producirán en relación con el esquema inicial.

63. - El hecho de que el juez sólo opere un control de legalidad sobre la decisión administrativa de control de las concentraciones, sobre todo en el nivel comunitario (22), mientras que opera un control pleno cuando se trata de sancionar comportamientos anticompetitivos, atestigua que se trata de un *ex ante*, en tanto que éste muestra una cierta política en el despliegue de los sectores. Evocando aquí al juez y a la amplitud de su control, se vuelve a una dimensión jurídica más familiar, es decir, la interferencia en el reparto entre el *ex ante* y el *ex post* de las diferentes fuentes del derecho, portadoras naturales de tal o cual tipo de intervención.

#### II. La incertidumbre de la partición entre los tipos de instrumentos jurídicos.

64. - Habíamos visto que, a primera vista, el *ex ante* sería llevado por la actividad normativa o prescriptiva, general (lo que remite a la ley y al legislador) o particular (lo que remite al acto de administración y a lo ejecutivo), mientras que el *ex post* tomaría la forma de la intervención forzosamente individual y hace las cuentas de un comportamiento pasado, es decir, la intervención jurisdiccional (23).

65. - En un segundo tiempo, es evidente que no se puede descansar sobre esta simple articulación entre un *ex ante* legislativo y un *ex post* judicial (A). Más aún — y se termina en esto por transformar la pareja *ex ante - ex post* en una gradación —, no sólo el *ex post* puede no ser más que la administración de efectividad del *ex ante*, sino también, invirtiendo la relación, el *ex ante* puede ser concebido como lo previo cognitivo de un *ex post* cuya normatividad, entonces, llega a ser suficiente (B).

#### A. - La desarticulación entre las fuentes del derecho y la pareja *ex ante - ex post*.

66. - A primera vista, el *ex ante* será la regla tomada antes del comportamiento, que se trate de una regla general, por ejemplo la normalización o la prescrip-

(22) T. R. Fernandez Rodriguez, "La concentración de las empresas y el juez comunitario. Un ejemplo de control, despojado de todo prejuicio, del ejercicio correcto del poder discrecional", en *Mélanges F. Moderne. Movimiento del derecho público*, Dalloz, 2004, p. 1201-1216.

(23) Ver supra n° 32 y siguientes.

ción de un comportamiento o de un procedimiento preestablecido. El *ex ante* siempre muestra una lógica de formulario, en esto, es a la vez apremio y seguridad (el notorio es el personaje tipo de este *ex ante*). El *ex post* es una decisión individual que viene después del comportamiento, por ejemplo una sanción o una condena a daños e intereses.

67. - Entonces, si se cruza la pareja *ex ante - ex post* con la problemática ordinaria de las fuentes del derecho, esto da el *ex ante* por el lado del legislador y el *ex post* por el lado del juez. Esta asociación tiene dos consecuencias.

La primera es heurística, en la medida en que la cultura jurídica interfiere con la cultura económica, y se puede conjeturar que una cultura jurídica más bien legalista producirá más bien un sistema de *ex ante* y que una cultura jurídica más bien jurisdiccional producirá más bien un sistema *ex post*, independientemente de la concepción por otra parte de una economía más o menos liberal. Es lo que se puede observar si se compara a Europa continental con los Estados Unidos. Los países continentales, y Francia en particular, construidos sobre Parlamentos legítimos y dominantes, harán un lugar natural al *ex ante*, los países de common law, apoyados sobre jurisdicciones sin cuestionamientos y poderosos, serán terreno fértil del *ex post*.

68. - La segunda consecuencia es más operatoria y permite distinguir en la actividad del regulador lo que muestra la actividad material legislativa o administrativa y lo que muestra la actividad material jurisdiccional, porque el derecho no enmarca de la misma manera la actividad legislativa y administrativa o la actividad jurisdiccional. Más precisamente, los derechos de la defensa se imponen en este *ex post* y no en el *ex ante* -1-. Por otra parte, si se tiende a ver en la acción específica del regulador más bien que el *ex ante*, y que se define el *ex post* a través de una actividad de tipo jurisdiccional, la pareja *ex ante - ex post* vuelve a plantear nuevamente, y como siempre, la cuestión de la relación entre el regulador y el juez -2-.

#### 1. La actividad *ex ante* y la actividad *ex post* del regulador.

69. - La distinción parece evidente. El regulador que adopta un reglamento general, o que da un acuerdo, o que fija una tarifa, está en el *ex ante*, el que pronuncia una sanción está en el *ex post*. La frontera



puede ser menos neta. Se puede tomar el ejemplo de los acuerdos dados por el regulador financiero o el control que el Consejo de Estado ejerce sobre las condiciones de ejercicio de este poder. En efecto, la atribución de un acuerdo, por ejemplo cuando el regulador financiera acepta a los comisarios en las cuentas que certificarán las cuentas de los fondos comunes de colocación, es un acto administrativo *ex ante*. Pero, ¿qué ocurre cuando retira este acuerdo? Según las circunstancias de la especie —y la jurisprudencia del Consejo de Estado sigue esta casuística— se tratará para el regulador de dar acto del hecho de que el operador ya no responde más a las exigencias enumeradas para la atribución del acuerdo, en cuyo caso el regulador vuelve a su posición de origen y hace lo que se podría designar como el *ex ante* negativo (el rechazo de dejar ejercer la actividad por este profesional). Pero puede ocurrir aún que el regulador retire el acuerdo porque el profesional ha cometido una falta, en cuyo caso se trata del *ex post* de la sanción.

70. - En el primer caso, los derechos de la defensa no se aplican; en el segundo caso, reinan. La línea divisoria es fina. Llega a ser problemática cuando la falta que se le reprocha al profesional es la de no haber respetado una condición *ex ante*, por ejemplo, un porcentaje, o cierta estructuración en la empresa en cuestión, o una cualidad exigida del dirigente. En tal caso, el retiro del acuerdo puede ser tanto la consecuencia de la falta como la consecuencia de la desaparición de una condición requerida, es decir, manifestar tanto el *ex post*, con su porción de derechos de la defensa, como el *ex ante*, que no lo requiere.

71. - A través de este ejemplo particular, se diseña un movimiento más profundo y que no es necesariamente adecuado. En efecto, resulta seductor considerar que el regulador que reacciona está, pues, en el *ex post*, lo que lo obliga a deslizarse en la piel de un juez y a establecer un proceso equitativo antes de cualquier decisión. El resultado es allí un alojamiento considerable en las tomas de decisión del regulador y Jean-Michel Glanchaut pudo ver en este fenómeno de "jurisdiccionalización" de toda decisión del regulador una de las causas de la amplitud de la crisis californiana (24).

(24) "La crisis californiana. ¿Accidente fortuito o desfalco del sistema de regulación de las reformas competitivas de la electricidad?", en *Los riesgos de regulación*, ya citado, p. 29-42.

72. - La dificultad de distinguir el *ex ante* del *ex post* en la actividad del regulador viene también de otra evolución, aún más fundamental. Es usual decir que el *ex ante* muestra lo discrecional mientras que el *ex post* apunta a un poder obligado. El regulador estaría del lado discrecional, el juez o la autoridad de competencia del lado de lo obligado. Pero el *ex ante* es cada vez menos discrecional y el *ex post* jurisdiccional fuertemente normativo.

73. - Por ejemplo, para otorgar los acuerdos, el regulador o el administrador está obligado por reglas, criterios y, sobre todo, por el principio de no-discriminación, de manera que los operadores puedan saber por anticipado si serán o no autorizados. Desde ese momento, la decisión de autorización es técnicamente nueva y previa, pero no lo es cognitivamente.

74. - Si se obliga al liberalismo económico no al hecho de que se pudiera hacer todo sino al hecho de que se conocen por anticipado las reglas bajo las que se emprenderá la acción, concepción cognitiva del liberalismo económico, entonces, esta evolución del *ex ante* ya no es más tan antiliberal como se pretende. Por ello, los reguladores están cada vez más constreñidos en su acción por métodos, producen informaciones seguras y constantes esto mismo justifica que sean independientes porque por ello se sustrae a la incoherencia temporal del poder directamente político (25). Desde esta circunstancia, el medio de la economía liberal es el establecimiento de este *ex ante* cognitivo, desde el instante en que se quiere obligar al ejercicio efectivo de la libertad y conocimiento (26).

75. - A la inversa, como cada uno lo sabe, una decisión individual tomada en consideración de un comportamiento pasado, es decir, mostrando el *ex post*, puede contener informaciones generales sobre la manera como los operadores deben comportarse, información que éstos van a integrar para el porvenir. El juicio en tanto que al mismo tiempo es una jurisprudencia, manifiesta el *ex*

(25) Sobre esta perspectiva esencial, ver sobre todo, G. Majone, "La crisis de credibilidad de la regulación de la Comunidad", *Journal of Common Market Studies* (Periódico de Estudios del Mercado Común), vol. 38/2, 2000, p. 273-302.

(26) P. Demeulnaere, *Las normas sociales. Entre acuerdos y desacuerdos*, PUF, col. "Sociologías", 2003.

ante. Los operadores insisten sobre la necesidad de una jurisprudencia de los reguladores que, asociada a la doctrina de los reguladores, produce la seguridad jurídica. Esta idea de "jurisprudencia" de los reguladores no surge por sí misma y a veces se insiste, al contrario, sobre el hecho de que los reguladores no tienen legitimidad para ello.

El argumento vale también por ejemplo para el Organismo de reglamento de los diferendos de la Organización mundial de comercio (OMC), al que el poder *ex ante* de la jurisprudencia ha rechazado. Sin duda, se podría estimar que el regulador está legitimado para, más aún, está hecho para, producir una jurisprudencia en lo que contribuye a este *ex ante* cognitivo, del que se encarga el regulador.

76. - Por ello, la elección se haría entre dos *ex ante*, el *ex ante* administrativo y el *ex ante* judicial, desde el instante en que lo jurisdiccional produce la jurisprudencia. La pareja de opuestos tiene como base el *ex ante* de voluntad política, y el *ex ante* de racionalidad cognitiva. El hecho de reconocer que la jurisprudencia es del *ex ante* tiene por efecto esencial cambiar su "tiempo pertinente", es decir, considerar que la decisión jurisdiccional adecuada debe haber sido tomada para el futuro de la situación y no para su pasado.

#### 2. La interferencia entre el *ex post* de la decisión y el *ex ante* de la jurisprudencia

77. - Entonces, hay que analizar así las fuentes del derecho: todas son del *ex ante*, en tanto que proponen normas de comportamiento para el futuro; también esto es verdadero tanto para la jurisprudencia como para la legislación. La dificultad, que se percibe desde siempre, viene del hecho de que, sobre todo en los sistemas de civil *law*, este *ex ante* avanza enmascarado bajo la solución particular del caso definido, el *ex ante* disimulado bajo el barniz del *ex post*.

78. - Mientras que el *ex ante* plenamente aparente, el *ex ante* tradicional de la regla general o de la decisión individual, sólo vale para el futuro, el *ex ante* jurisdiccional, porque está enmascarado bajo la apariencia de un *ex post*, tiene un efecto retroactivo. La regla general pretoriana que apareció cronológicamente más tarde rige el pasado, lo que es una grave perturbación en una regulación que no debe tomar por sorpresa a los operadores.

79. - Tal oposición conduce, entonces, a la preferencia del *ex ante* respecto del *ex post*, a la preferencia incluso de un *ex ante* mal hecho con respecto a un *ex post* bien hecho, ya que la seguridad de los operadores es tomada a mal por el *ex post* que produce reglas generales retroactivas, más aún, si lo hace por sorpresa. La solución pasaría a ser, entonces, reducir el *ex post* lo más posible en relación con el *ex ante* y, concretamente, en limitar el control jurisdiccional sobre los reguladores a un simple control de legalidad. Si se formula la cuestión así, entonces hay que elegir entre la eficacia de la regulación y la seguridad de los operadores —apelando a un control judicial débil de los reguladores— por una parte, y la inserción más fuerte de las decisiones del regulador en el sistema de derecho para acrecentar su legitimidad —apelando a un control judicial fuerte de los reguladores— por otra parte.

80. - Pero se puede encontrar una solución que no obligue a semejante elección, solución que consiste en reubicar la decisión jurisdiccional en el buen tiempo de la regulación, es decir, en el futuro.

El asunto crucial de la tarificación del acceso al circuito local es una buena ilustración y la sentencia del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2005 una perfecta resolución (27). En efecto, el Consejo de Estado, a la vez, ejerce allí un control metodológico severo sobre la manera como el regulador maneja los elementos de cálculo de la tarificación, sobre todo la integración que se debe hacer de sus costos, y anula por esto la tarificación fijada por la Autoridad de regulación de las telecomunicaciones, pero propone que esta anulación, no sólo no es retroactiva, sino también que sólo entrará en vigencia dos meses después de la decisión, tiempo en el que se adoptará una nueva tarificación, jurídicamente conforme. Esta decisión se aprobará plenamente en su método.

#### B. La dialéctica de un *ex ante*, previa a un *ex post* autónomo y eficaz.

81. - El decano Saul Levimore mostró que el *ex ante* no exime del *ex post* (28), pero el *ex post*

(27) France Telecom, Sección de lo contencioso, Lamy Concurrence (Lamy competencia), 2005, 3, n° 250, obs. S. Braconnier.

(28) Intervención oral en el Foro de la regulación del 14 de marzo de 2005, Sciences Po (Ciencias Políticas), París.

del que se trata, entonces, no es autónomo, sólo constituye un simple brazo armado del *ex ante*, el *ex post* no autónomo no reenvían, entonces, a las teorías de economía política del liberalismo. A la inversa se puede concebir un *ex ante* que sólo sea los medios de un *ex post* autónomo y eficaz. Conviene, entonces, dejar de tener una concepción puramente normativa del *ex ante*, reducido a la emisión de órdenes y de prescripciones de comportamiento en la acción, para adoptar una concepción cognitiva del *ex ante*, definido como un modo de acumulación de informaciones pertinentes, gracias a la cual el *ex post* podrá funcionar correctamente, y el conjunto exime, entonces, de un *ex ante* normativo.

82. - Se trata de una apuesta esencial en la regulación de los mercados de instrumentos financieros, sobre todo en su relación con la corporate governance. Con la reducción de la realidad que esto implica, se puede describir la evolución en tres tiempos. En un primer tiempo, la tradición angloamericana, liberal, ha sido la de dejar actuar a los dirigentes sociales, dispuesta a tener que rendir cuentas sobre el terreno de la responsabilidad y de la revocación, opuesta a una tradición continental que da el marco en cuyo interior los mandatarios actúan. La ley *Sarbanes-Oxley* tomó un giro muy seco, retomando disposiciones semejantes a las leyes europeas, con nuevas y múltiples obligaciones *ex ante* de los mandatarios. Actualmente, es

evidente que el Congreso norteamericano lamenta un pasaje tan violento del *ex post* al *ex ante* (29).

83. - Sin duda, una solución dialéctica consistiría en organizar *ex ante* los medios de un *ex post* efectivo, es decir y esencialmente, la reunión previa y permanente de informaciones, de manera que un *ex post* encuentra de qué alimentarse de un modo eficaz. La más fuerte ilustración de este *ex ante* cognitivo es el principio de transparencia, principio de regulación por excelencia. La clara apuesta es la de las normas contables, que tienen vocación para permitir este control *ex post* (30) y para hacerlo suficientemente eficaz como para permanecer dentro del principio liberal.

84. - Así, en una regulación más ligera, es decir, la menos normativa, con el fin de dejar que el principio de libertad tome el lugar más importante, el *ex ante* cognitivo debe reemplazar en lo posible al *ex ante* normativo.

(29) *New York Times*, 3 de marzo de 2005.

(30) Sobre esta unión entre las normas contables, en todo caso en la concepción norteamericana, y el control *ex post* de los dirigentes, ver M. Nussembaum, "La interregulación por la elaboración de elementos comunes. El ejemplo de las normas contables", en *Los riesgos de regulación*, ya citado, p. 133-143.