Número 38 – maio/junho/julho – 2014 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1861 –

HACIA UNA REGULACIÓN ECONÓMICA EFICIENTE: UNA VISIÓN A TRAVÉS DE LOS RIEGOS REGULATORIOS, EL MARCO REGULATORIO Y LA PRÁCTICA REGULATORIA

Rafael V. Castañeda Lipa
Miembro de la Asociación y Grupo de Estudios EJIDA – "Estudios Jurídicos e Investigación en Derecho Administrativo" de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
www.ejida.org.pe / www.unmsm.edu.pe/derecho /
rafaelcl1990@gmail.com.

A. RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo brindar algunas ideas sobre los retos que enfrenta la regulación económica de los servicios públicos de cara al futuro. Se partirá en un inicio de la redefinición del rol del Estado en la economía, la introducción de la competencia y la intervención del Estado frente a las fallas de mercado. El concepto de servicio público será el pilar para comprender el alto interés público que reviste la regulación económica a efectos de los usuarios. Será en este punto, donde a partir de los riesgos presentes en la regulación se plantearan propuestas para la construcción de una regulación eficiente que apunte a la construcción del desarrollo de los países, con un marco normativo necesario y una práctica regulatoria adecuada que proteja y promueva la iniciativa privada.

B. PALABRAS CLAVE

Derecho Administrativo; Privatización; Regulación Económica; Competencia; Inversión Privada; Servicios Públicos.

C. ABSTRACT

This article aims to provide some insights about the challenges that face economic regulation of public services in the future. We will start redefining the

role of the state in the economy, the introduction of competition and the state intervention against market failures.
The concept of public services is the basis for understanding the highest public interest that shows economic regulation for the purposes of the users. In this point, where risks are involved in regulation, we formulate proposals for the construction of an efficient regulation which point the construction of countries development, with a necessary regulatory rules and a good regulatory practice that protects and promotes private initiative.

D. KEY WORDS
Administrative Law; Privatization; Economic Regulation; Competition; Private Investment; Public Utilities.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objetivo presentar el rol de los Organismos Reguladores y su actividad regulatoria, el marco regulatorio que debemos construir apuntando hacia la satisfacción de necesidades esenciales y promover el desarrollo del país. El punto central de la investigación a realizar está enfocado a partir de los riesgos que se encuentran la actividad regulatoria de los servicios públicos económicos, en la cual tenemos a los actores: El Organismo Regulador, la Empresa Regulada y El Estado, los cuales interactúan entre sí y producto de sus interrelaciones tendremos o no una regulación eficiente que apunte a mejorar los servicios esenciales a los usuarios y permita construir los pilares de crecimiento económico garantizando necesidades básicas, así como a reducir los déficits de infraestructura nacional necesaria.

Asimismo, se desarrollará preliminarmente el Rol del Estado Moderno, resultado de los procesos de privatización en el mundo y de la revisión de su actividad en la economía. El marco constitucional establecido y el modelo económico adoptado a través de la regulación ex-ante que realizan los Organismos Reguladores y su vinculación con la agencia de competencia, rompiendo el mito de que regulación y competencia son conceptos polarizados y apuntando hacia la construcción una regulación para la competencia: *"competencia donde sea posible, regulación cuando sea necesaria"*.
También será conveniente precisar que el inversor privado hoy ya no es visto, o mejor dicho, no debe ser visto como un rival que solo le interesa obtener un beneficio a costa del consumidor o usuario. Hoy es un colaborador del desarrollo, no desinteresado, pues por la inversión que realiza y que el Estado no puede o decide no hacerlo, tiene derecho a un beneficio razonable, acompañado de una responsabilidad social propia de encontrarse en el campo de los Servicios Públicos que es el caso materia de mi investigación.

Finalmente se desarrollarán los riesgos presentes en la regulación de los servicios públicos, desde el punto de vista de los Organismos Reguladores, las empresas reguladas y el Estado. Tales como: la captura del regulador, los riesgos políticos, la sobrerregulación, entre otros.

II. DE DONDE VENIMOS Y HACIA DONDE VAMOS: DEL ESTADO PRESTADOR AL ESTADO SUBSIDIARIO

El Estado moderno de hoy, en el que la generación de bienes y prestación de servicios es producto de la inversión privada, no es producto de la casualidad, es el resultado de transformaciones económicas, jurídicas y sociales en el mundo. De las que producto de la respuesta a la pregunta: ¿Cuál es el rol del Estado? Se armará la estructura que permita la interacción de los particulares y la satisfacción del interés general. Estructura que responderá a las circunstancias del tiempo y realidades sociales de cada economía nacional.

Para la mayoría de los países desarrollados, los años ochenta pasarán a la historia como la década en la que se frenó el crecimiento del sector público. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se había venido produciendo un continuo aumento del intervencionismo estatal sobre todo tipo de actividad económica, en sus diversas modalidades: gasto público, impuestos, empresa pública, entre otros. Esta tendencia se modifica a mediados de los ochenta, cuando se produce una revisión de las funciones económicas del Estado[1].

La Empresa en una economía de mercado es una unidad productora de bienes y servicios homogéneos para lo cual organiza y combina el uso de factores de producción[2].
En el Estado Prestador, la empresa pública no persigue solo un fin económico, tiene también fines públicos que es su deber asegurar, su rentabilidad más que económica es social. El problema que surgió con estas empresas es que al ser una herramienta de gestión se volvió un instrumento político de los gobiernos de turno, lo que llevo a convertirla en una empresa que "drena tal cantidad de recursos de la economía nacional que hace difícil prosperar a la iniciativa privada, puesto que se reducen las disponibilidades monetarias y presiona al alza los tipos de interés"[3]. Realidad que en muchos países, como por ejemplo el Perú, llevó a privatizarlas.

Puede afirmarse que la crisis de la empresa pública que llevo a su privatización se debió a las siguientes razones:

a) Su vinculación a objetivos políticos y sociales (es su esencia) les impone condicionamientos que hacen difícil su gestión. Esto es consecuencia del funcionamiento de las instituciones políticas en las sociedades democráticas[4].
b) Casi siempre padecen de ineficiencia y escasa productividad. Un ejemplo claro son los incentivos al aumento de productividad, propio de la empresas privadas, se dan con mucha menor virtualidad en las públicas.
c) Falta de beneficios reales. Ello dio lugar a un constante y creciente endeudamiento de las mismas que llevo a la necesidad de conceder

[1] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*, 1993. Pág. 199
[2] BERMUDEZ, Manuel, BORJA, Giuliano, FUENTES, Alejandro. *Diccionario Jurídico*, Editorial San Marcos, Lima, 2008. Pág. 166
[3] MADSEN PIRIE, Duncan. *Teoría y Práctica de las primeras privatizaciones*, 1986. Pág. 6
[4] STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*, 1986, Pág. 9

subsidios para que dichas empresas puedan equilibrar sus economías y subsistir.

d) La falta de beneficios significa que el aporte del sector público a la colectividad, bien por la vía fiscal, dividendo o remuneración del capital estatal invertido es prácticamente nulo[5]. No pagan impuestos ni reparten dividendos, por el contrario exigen cada vez más, lo que genera una reducción del presupuesto estatal hacia otros sectores de interés público.
e) Su utilización como instrumento fácil de la política: anti-inflacionista, otras de política de desarrollo económico (al menos aparente). Todas estas utilizaciones son a costa de déficits crecientes con cargo al presupuesto estatal, el cual al verse reducido no solo genera que la prestación de los servicios o bienes que produzca la empresa pública sean deficientes, sino que como vemos, impide la actuación del Estado en otros sectores económicos en los que debiera actuar.

La empresa pública en una economía de mercado es una contradicción in terminis, un círculo cuadrado, una aporía[6]. ¿Cuál es la razón para esta afirmación? Es simple: es una empresa sin empresario. En el modelo privado detrás de la organización está un equipo dinámico de hombres que toman las decisiones y responden por sus acciones a la Junta General. La empresa pública aparece casi siempre como una organización en la que las decisiones se generan a través de un complicado proceso en el que hay muchas interferencias y en el que la responsabilidad se diluye.

El empresario privado pagará sus errores en último término con la desaparición de su empresa, lo que lo lleva a ser más diligente en la dirección. El empresario público, esto es, los directivos, burócratas o a quienes se les confían las empresas del Estado saben que nunca pasará nada así gane o pierda, triunfe o fracase como tal empresa pues el Estado acudirá siempre que sea necesario.

Frente a tan triste experiencia, la alternativa posible es la retirada del Estado de las actividades económicas de producciones de bienes y servicios. La privatización de estas actividades se apoya en tres razones:

a) Económicas.- lograr una mayor eficiencia con estas empresas acompañándolas con la introducción de competencia y el mercado en las actividades privatizadas.
b) Financieras.- las privatizaciones permitirán reducir el déficit público y contener los gastos que la empresa pública genera de cuantía considerable.
c) Políticas.- como un cambio de modelo de Estado y de sociedad.

Actualmente, es este el modelo adoptado en la mayoría de países en el mundo. En el Perú, luego del proceso privatizador, el Estado asumió dejar al mercado (medio por excelencia en el modelo de Estado Subsidiario) la producción de bienes y la prestación de servicios, siendo su deber asegurar las condiciones para una libre y leal competencia. Esto no significó una reducción de sus

[5] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado,* 1993. Pág. 203
[6] Ibídem, Pág. 207

potestades, al contrario, sigue siendo el mismo Estado, pero ahora le añade la característica de eficiente. Ya no es el prestador de antes, la prioridad es la satisfacción con calidad de los bienes y servicios a la sociedad. Y en los sectores que revisten un interés público mayor y son la razón de ser del Estado: los Servicios Públicos, su actuación será a través de mecanismos que permitan el acceso de los ciudadanos a ellos y que la calidad de la prestación sea eficiente, para lo cual se utilizará la técnica de la regulación económica mediante los Organismos Reguladores.

III. ABRIENDO PASO AL MERCADO: LA COMPETENCIA

Según la concepción de los economistas clásicos, el mercado constituye[7]:

a. El punto de encuentro teórico de la oferta y la demanda: un mercado es el *meeting point* entre oferta y demanda. Gracias a él, encuentran respuesta las tres grandes cuestiones que debe responder un sistema económico: qué producir, cómo y para quién.
b. Un instrumento de planificación económica descentralizada: gracias al mecanismo de los precios (*Price System*), las empresas (unidades de producción) y las familias (unidades de consumo) coordinan, de forma espontánea, sus planes económicos individuales.
c. Un sistema económico que gira en torno a la noción de competencia pura (*pure competition*): "Estructura de mercado en al que el número de participantes es tan grande, y la participación individual de cada uno tan pequeña, que la acción particular de ninguno de ellos tendrá efecto perceptible alguno sobre el conjunto del mercado. En competencia perfecta, todos los participantes aceptan el precio del mercado como algo sobre lo que no tienen ningún control" (K. Lancaster).
d. Por otra parte, el fundamento jurídico de la libertad de competencia se hallaría en el reconocimiento por el legislador de la libertad de iniciativa económica y del derecho que asiste a toda persona de actuar al servicio de sus interese particulares (E. Kantzenbach).

La competencia puede ser definida como la rivalidad de las empresas por obtener las preferencias de los consumidores, la lucha pacífica por incrementar su participación en el mercado.

Significa esfuerzo empresarial, iniciativa, innovación, atención al público. La competencia, vista como la interacción entre oferta y demanda, crean mercado. Recordando lo ya visto, cuando era el Estado quien brindaba todos los bienes y servicios, y la participación privada era, por decir lo menos, nula no se podía hablar de la existencia de la competencia.

De acuerdo con la definición del profesor español RAMÓN TAMANES, el sistema económico de un país es la forma de organización social que los hombres utilizan para el desempeño de su actividad económica[8]. Según el tipo de sistema los conglomerados sociales responden de diferente manera a tres problemas básicos de organización económica: ¿Qué clases y cantidades de

[7] CALVO LARAVACA, Alfonso Luis. *Derecho Antitrust Europeo*. 2009. Pág. 39
[8] TAMANES, Ramón, *Estructura Económica Internacional*, Madrid: 1999, pág. 41.

bienes y servicios serán producidos?, ¿cómo serán usados los recursos escasos para producirlos?; y ¿para quién serán producidos estos bienes y servicios?[9]

En esa línea, la competencia puede ser definida como la rivalidad de las empresas por obtener las preferencias de los consumidores, la lucha pacífica por incrementar su participación en el mercado. Significa esfuerzo empresarial, iniciativa, innovación, atención al público. La competencia, vista como la interacción entre oferta y demanda, crean Mercado.

Desde un punto de vista económico, la competencia en el mercado produce las siguientes eficiencias:

- **Eficiencia Productiva** (también conocida como eficiencia técnica) se produce cuando la economía está utilizando todos sus recursos de manera eficiente, produciendo el máximo de producción con el mínimo de recursos.
- **Eficiencia Asignativa o de distribución** es un concepto o medida de la eficacia con la cual los bienes y servicios son distribuidos a aquellos que los necesitan u obtienen la mayor utilidad de los mismos.
- **Eficiencia Innovativa** la cual asegura el progreso tecnológico. La competencia es un proceso interminable como consecuencia de la introducción en el mercado por algunas empresas de nuevos productos y métodos de producción (innovación), que son seguidos por otras empresas que los imitan y difunden y que desplazan a los productos y tecnologías de producción anteriormente establecidos (W. Kerber / U. Schwalbe).

De lo señalado previamente, podemos concluir que será a través de la competencia que el mercado producirá más y mejores bienes y servicios, por lo que será labor de la agencia de competencia asegurar la libre y leal competencia de los agentes económicos que concurren en el mercado, así como de reprimir la competencia desleal.

IV. ¿AMIGOS O ENEMIGOS? LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

Tradicionalmente se entendía que la competencia era el mecanismo idóneo para aquellas actividades económicas donde la interacción de dos o más particulares producía mejores bienes y servicios, toda vez que el incentivo de captar mayores consumidores y por ende mayores ganancias lo permitía. Sin embargo, existen en situaciones (fallas de mercado, monopolios naturales, etc.) donde la introducción de competencia no es lo elección más racional, en principio, ya que su presencia produciría que los costos para la actuación de los privados sea elevada y que dichos costos se trasladen a los consumidores, la calidad de los servicios brindados no sería adecuada, en conclusión: permitir la introducción de competencia en estas condiciones no es eficiente, pues no

[9] Véanse ibídem y SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., Economía, 14 edición, McGraw-Hill, España, 1993, pág. 23 y sigs.

logra alcanzar el mayor bienestar social. A decir de Vilfredo Pareto, la solución de la eficiencia social se obtiene cuando "una acción beneficia a algunas personas sin perjudicar a otras, es decir, todos los participantes del mercado ganan en los intercambios futuros"[10].

El instrumento utilizado en estos casos es la regulación económica, la cual simulará condiciones de competencia para asegurar a los usuarios tarifas y condiciones de la prestación como si existiese competencia. Importa aquí el resultado.
De lo señalado previamente, llevó por muchos años a creer que la competencia y la regulación económica eran conceptos antagónicos que no podían conciliarse. Dicho de otro modo, la lógica era así: *"Si existe competencia no se debe regular, y si se debe regular no permitamos competencia".*

Hoy, con el avance de la tecnología se ha podido superar estos razonamientos, logrando introducir competencia en sectores donde no era posible. Si en un principio hablábamos de que estas actividades económicas por sus particularidades solo debían ser brindadas por un agente en el mercado, el avance de la tecnología ha permitido romper con este esquema permitiendo la introducción de la competencia.

Tenemos por ejemplo el caso de la telefonía, que inicio como infraestructura de red en la que era un campo donde lo ideal y más eficiente fue conectar las redes y que exista un solo operador que desarrolle la actividad. Entendiendo que la prestación del servicio por más de un particular traería consigo mayores costos para los usuarios y la rentabilidad de los proveedores no sería suficiente para obtener ganancias que incentiven a mejorar la calidad del servicio. Y así lo fue por muchos años. Hoy, con el desarrollo tecnológico se ha llegado a un nivel donde la telefonía móvil ha evolucionado al punto que existen distintos operadores que concurren en el mercado que producen teléfonos móviles de distintas características, calidades y precios para elección de los usuarios.

En esa línea, la lógica actual es la conciliación de los conceptos de competencia y regulación.

V. DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

En este punto es importante señalar que sobre la base del Rol del Estado se ha ido evolucionando respecto sobre qué actividades es necesaria su intervención, y cuál es el elemento que justifica sus niveles de intervención en la actividades de los particulares en la economía. Son estos servicios básicos, esenciales y sobre los cuales la actuación del Estado encuentra su razón de ser en la historia, conocidos tradicionalmente como los Servicios Públicos, concepto que durante mucho tiempo sirvió de base para los modelos económicos de muchos países desarrollados en el mundo y sobre el cual el día de hoy se habla que ha

[10] CALL, Seven y HOLAHAN, William, *Microeconomía*, Bogotá, Iberoamericana, 1990, p. 506, citando a PARETO.

cumplido su ciclo dando paso a un nuevo concepto: el Servicio de Interés Económico General.

5.1 Sobre el origen del concepto de Servicio Público

Tradicionalmente el concepto de Servicio Público nace y florece en Francia y es el eje fundamental del viejo derecho administrativo, el cual es desarrollado por la Escuela de Burdeos, encabezada por León Duguit, Gastón Jéze y Maurice Houriou.

Duguit, definía al Estado como una "cooperativa de servicios públicos". Es decir que para él el rol del Estado era administrar los Servicios Públicos, porque partía de una concepción socialista según la cual los servicios esenciales no deben estar en manos de los privados, debe ser el Estado el que los gestione, atendiendo al bienestar de la población. En esa línea, siguiendo a esta escuela de los Servicios Públicos, cuando una ley califica a un servicio como tal este pasa a ser de titularidad del Estado. En otras palabras, desde que se publica una ley que dice, por ejemplo, "el servicio de telecomunicaciones es un servicio público"; sólo el Estado puede prestarlo. Si los privados quisieran ofrecerlo, tienen que obtener un título habilitante (en este caso: una concesión) del Estado. Por eso es que, ideológicamente, ya el concepto de servicio público implica la titularidad estatal y una limitación a la actividad privada.

De esta concepción francesa del servicio público, que fue evolucionando a lo largo del siglo XX, se deriva, también, el Estado Bienestar, que es aquél en el cual el Estado proporciona directamente a la población todos los servicios esenciales y donde la actividad privada es subsidiaria de la estatal.

Desafortunadamente, el concepto de "Servicio Público" es un concepto aún inacabado y sobre el cual sigue existiendo debate en torno a su definición. Esto debido a la tensión político-ideológica[11] que genera entre quienes ven en los servicios públicos los males del estatalización y la inflación que conlleva al déficit público, en contraste con los fines de la empresa privada, que tiene como único fin la eficiencia económica, o dicho de otro modo, el lucro, dejando de lado el aspecto servicial de tipo social. Por otra parte, tenemos al sector que ve en el servicio público una técnica destinada a la atención de necesidades

[11] El servicio público tiene una connotación fuertemente política e ideológica, en razón de su dependencia con las ideas de determinado régimen político. Referente a esto, Héctor A. Mairal expresa que: *"el análisis evidenciará como se esconde en el ropaje jurídico teorías de política económica que llevan a proclamar como dogma jurídico lo que no es sino una posición respetable, respetable sí, pero no por ello carente de alternativas legítimamente posibles dentro del marco constitucional, trataremos en lo que sigue, pues, de separar el análisis jurídico del servicio público, la consideración política o económica de la noción"* MAIRAL, Héctor A., *"La Ideología del Servicio Público"*, Revista de Derecho Administrativo, año 5, nums 12-14, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 361. Dicha tarea de ninguna manera se antoja sencilla, toda vez que la evolución del servicio público se encuentra íntimamente ligada al rol que asume el Estado; por tanto es evidente que el servicio público ilustra claramente el carácter político del derecho. De la misma manera, Jorge Fernández Ruiz también es enfático cuando se refiere a la politicidad del servicio público en su vertiente impropia, al señalar que *"No se puede en rigor determinar sin discusión cuál de los dos tipos del servicio público –el que está atribuido al Estado y el que no lo está- sea el "propio" y cuál el "impropio", habida cuenta que ello se basa más en consideraciones políticas que jurídicas"*. FERNANDEZ RUIZ, Jorge, Cita de opinión. *"Derecho Administrativo (Servicios Públicos)"*, México, Porrúa, 1995, pág. 90.

indispensables para los ciudadanos que los deja a salvo de la explotación y el lucro que generalmente orienta a la empresa privada. Es también un concepto polisémico, en cuanto que por servicio público no se entiende exclusivamente como una forma de la actividad administrativa, sino al conjunto de ellas, con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento[12].

5.2 Sobre la crisis del concepto de Servicio Público

De acuerdo a lo señalado por CHEVALIER, se entiende que el servicio público siempre ha estado en crisis[13]. La primera crisis derivó de su indeterminación jurídica: en Francia, el empeño por centrar el derecho administrativo en el servicio público llevó al Consejo de Estado a ampliar el concepto, incluso, a las actividades industriales y comerciales del Estado. Esta ampliación, junto a la existencia de modalidades especiales del servicio público, desvirtuó por completo al término y lo inutilizó como concepto jurídico. Una segunda crisis, de mayor relevancia, se puede señalar aquella derivada de la crisis del Estado Social, esa crisis afectó las formas del Estado Social, que había desarrollado un aparato burocrático ineficiente y propenso a la corrupción, que incidía negativamente en el desarrollo económico. Por lo que era necesaria una revisión de la actuación del Estado, para aligerarlas, incrementar su eficiencia y aminorar su impacto sobre la libre iniciativa privada económica, tal crisis como era de esperar afectó al servicio público.

5.3 Hacia un nuevo Servicio Público: ¿muerte o transformación del servicio público?

La respuesta a la crisis del Estado Social fue la liberalización económica, que es entendida como las políticas públicas orientadas a revisar las técnicas de actuación del Estado para ampliar, promover y proteger el ejercicio de la libertad económica de los particulares, sin afectar la efectiva tutela y protección de necesidades de interés general. Tal liberalización se desarrolló a través de tres (3) figuras jurídicas: privatización, desregulación de actividades y la llamada neoregulación[14].

No se trata, entonces, de proponer la desaparición de la función de ordenación económica de la Administración Pública, sino por el contrario, de promover su racionalidad, en beneficio de la libre iniciativa privada. De allí que, como se acreditó en la Unión Europea, al administración pública mantiene una intensa actividad de ordenación y limitación en los mercados liberalizados[15].

Como era de esperar, el servicio público -símbolo del Estado Social que todo lo reguló- fue objeto de una profunda revisión. Para algunos, era necesario apostar por su definitiva superación; otros se inclinaron por transformar el

---

[12] PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. 13ª. Ed. Madrid, Marcial Pons. 2002, Tomo I. Pág. 422.
[13] CHEVALIER, Jacques. *Regards sur une evolution*. En *AJDA*, 20 de junio 1997, París, págs. 8 y ss.
[14] HERNANDEZ GONZALES, José Ignacio *Servicio Público y Regulación Económica: Una perspectiva desde la América Española.* En *Derecho Administrativo y Regulación Económica Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz.* 1ª Ed. LA LEY. 2011. Pág. 882.
[15] Para el caso español, entre otros, QUADRA-SALCEDO, Tomás, De la. *Constitución y liberalización*. En *Cuadernos de Derecho Público número 9*. Madrid. 2000. Págs. 27-46.

concepto, para adecuarlo a los fines de la política de liberalización. El Derecho Comunitario Europeo jugó a favor de esta transformación al apostar a un concepto propio: los servicios de interés económico general. La intención de esta figura es resaltar que hay actividades de contenido económico que por su vinculación al interés general pueden ser sometidas a una especial disciplina jurídico-pública que afecte, incluso, a la libre competencia, restringiendo el derecho de acceso al mercado de los operadores que concurren en esas actividades. Para ello, se reconocen derechos especiales o exclusivos, siempre con un matiz restrictivo, como se señaló en las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Sentencia de 19 de mayo de 1993, caso *Corbeau*, asunto C-320/1991 y 27 de abril de 1994, caso *Almelo*[16].

De acuerdo al profesor José Hernández Gonzales, el concepto de servicio público no puede equiparse al de servicio de interés económico general. En todo caso, en los Estados miembros de la Unión Europea que habían asumido la categoría del servicio público, el régimen jugó a favor de la transformación de tal categoría, compatibilizarla con las garantías jurídicas de la libertad económica. Tal es el propósito del concepto del *nuevo servicio público*.

VI. ORGANISMOS REGULADORES, IMPORTANCIA Y ROL DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

De lo señalado líneas arriba, podemos ver porque en el Perú la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía, que se desarrolló durante la última década del Siglo XX, y que determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura.

Como consecuencia de la referida reorientación del papel del Estado en la economía se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, energía y servicios de saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras. [17]

La regulación económica se puede analizar de la siguiente manera[18]:

CARACTERÍSTICAS:	**REGULACIÓN ECONÓMICA:**
Estructura de mercado:	Monopolios Naturales.

[16] Véase sobre ello: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El Servicio Público.* Palestra. Perú. 2005. Págs.224 y ss.
[17] DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*
[18] Cuadro de elaboración propia.

Ámbito de acción:	Actúa donde la competencia no es posible o no es deseable.
Sector:	Principalmente en servicios públicos.
Objetivo	Simular las condiciones óptimas de la competencia (importa el resultado)

La desregulación, la privatización y la reestructuración generan puntos políticos de difícil manejo. Por ello, el desempeño de las agencias reguladoras debe buscar la credibilidad en los inversionistas, transparencia en sus procesos y la eficiencia de la economía en general.
Queda claro entonces que los organismos reguladores se crean para garantizar el marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión.

Como bien señala Tassano[19], el objetivo no es tener un ente regulador exitoso, sino que el regulador contribuya con su labor a tener un sector con un buen desempeño; para lo cual es necesario incrementar la credibilidad regulatoria, usar los recursos eficientemente, adoptar procesos transparentes, decisiones técnicamente sustentables y predecibles por parte del regulador.

"El arte de la regulación –herramienta de los reguladores- consiste en el entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de la reglas y los requerimientos institucionales"[20].

La regulación es siempre, por definición, un sustitutivo del mercado. Por lo mismo, las características que debe reunir deben estar orientadas a obtener los efectos benéficos y estimulantes que aquel produce: debe definir las pautas de comportamiento, transmitir señales y mensajes que faciliten la orientación de la política sectorial de que se trate, exigir estándares de calidad y seguridad; en todo lo demás, debe abrir vías y cauces a la libertad empresarial y crear incentivos –como hace el mercado- para una cada vez más eficiente gestión de las empresas.

A diferencia de la obsesiva idea del control –siempre a posteriori- de las inversiones y de los costes, a efectos de su reconocimiento o no en la tarifa, una regulación conforme al mercado tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de poder en el mercado o un mayor beneficio. El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuando proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella.

[19] TASSANO VELAOCHAGA, Hebert. *Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos*. Lima. Pág. 89-90
[20] CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita. *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Lima. 2011. Pág. 22

Por tanto, los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar el suministro del servicio, presente y futuro, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer. En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación[21].

VII. ENFRENTANDO LAS ADVERSIDADES: LOS RIESGOS PRESENTES EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA

La construcción de una regulación económica debe partir no solo de la delimitación clara de los fines y objetivos que espera alcanzar, sino también de las condiciones particulares en las que se desarrolla y de los riesgos que se presentan en la realidad producto de la inter relación entre las agencias independientes reguladoras (en el Perú: Organismos Reguladores[22]), el Estado y las empresas prestadoras del servicio.

En este punto se puede señalar como los principales riesgos en la regulación económica: la captura del regulador y la sobrerregulación.

7.1 Sobre la captura del regulador por los políticos

La gestión de los servicios públicos, al revestir de alto interés público y estar vinculadas a necesidades esenciales de los ciudadanos, resulta muy atractiva para los gobiernos de turno que ven ellas la fórmula de encontrar réditos políticos y de asegurar su permanencia y vigencia política. Ya en la experiencia de las empresas públicas que prestaban servicios públicos se vió como eran utilizadas a efectos de conseguir votos de los ciudadanos a través de precios "políticos" y no reales de los servicios que se brindaban. Lo cual llevó a la crisis del Estado Social, toda vez que estos servicios eran subsidiados y cada vez las arcas de los tesoros públicos de los países eran menores lo que llevó al punto de tener que privatizar estas empresas.

Hoy, si bien el Estado sigue siendo titular de los servicios públicos, la gestión de los mismos es brindada a través de la iniciativa privada mediante un título habilitante: la Concesión Administrativa. Y el control de la calidad, regularidad, la accesibilidad y los conflictos que se pudieran generar entre el operador y los usuarios, se encuentra a cargo de los organismos reguladores, por lo que es de vital importancia asegurar su independencia de los gobiernos de turno, buscando que quienes se encuentren a cargo de ellas sean escogidos por criterios de meritocracia y no por decisiones políticas.

En el Perú, los Organismos Reguladores cuentan, según Ley, con "autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera"[23]. Sin embargo, a lo largo de la corta existencia de los reguladores, esta autonomía ha sido mellada en algunas oportunidades, y amenazadas en otras.

---

[21] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*, 1993. Pág. 273.
[22] En el Perú son los siguientes: OSIPTEL, OSITRAN, OSINERGMIN y SUNASS
[23] Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Artículo 2°.

Por un lado, el manejo político ha interferido en la labor técnica y funcional de los reguladores cuando, por ejemplo, no se ejecutaron los ajustes tarifarios aprobados por SUNASS en varias empresas[24]. Por otro lado, se afectó la autonomía financiera y funcional de los reguladores cuando estas instituciones fueron comprendidas dentro de las medidas de austeridad implementadas por el gobierno, a pesar de no depender del presupuesto público, lo que afectó la capacitación de los funcionarios y la contratación de estudios especializados, así como los ajustes remunerativos[25].

7.2 Sobre la captura del regulador por la Industria

Es importante en la regulación tener claro que dentro de las agencias reguladoras tenemos personas, profesionales que buscan su desarrollo personal a través de su trabajo. Y que ellos, producto de sus funciones, estarán en constante interacción con las empresas prestadoras de los servicios públicos quienes verán en ellos potenciales elementos que podrían resultar valiosos para sus actividades. Y para sus funcionarios, la interacción con estas empresas, podría ser una ventana para mostrar sus capacidades y acceder a una nueva y mejor oportunidad laboral.

Precisamente por ello, los organismos reguladores deben de procurar no solo un ambiente adecuado para el ejercicio de sus funciones de sus empleados, sino además brindarles condiciones de constante capacitación y oportunidades de seguir una línea de carrera dentro del regulador, a efectos de no perder este capital humano y que el norte al que apunten en el desarrollo de sus actividades no sea el mismo al que apunte el regulador.

7.3 Sobre la sobrerregulación

El marco jurídico sobre el cual recae el control de las actividades de las empresas prestadoras de los servicios públicos debe ser adecuado para los fines que espera alcanzar, esto se desarrollará en el punto VIII.

La sobrerregulación viene a ser el excesivo control por parte de los reguladores en las actividades de los privados, constituyendo su actividad un óbice en la prestación de los servicios lo cual podría perjudicar a los mismos usuarios que espera proteger al hacer más costosa la prestación de los mismos o dificultando el acceso a futuras inversiones en el desarrollo de la actividad.

VIII. CREANDO LAS REGLAS: EL MARCO REGULATORIO

Una vez señalados los elementos que giran en torno a la regulación económica de los servicios públicos, es importante tomarlos en cuenta al momento de la

[24] Esta intromisión política pone en evidencia la inefectividad de los reguladores cuando enfrentan inconvenientes para aplicar incentivos y sanciones (Sappington 1994), particularmente a las empresas públicas.

[25] URRUNAGA, Roberto; BONIFAZ, José Luis. *Principales debilidades del sistema regulatorio.* En *Nuevas Rutas para una mejor regulación*. Editores: URRUNAGA, Roberto; BONIFAZ, José Luis. Universidad del Pacífico. 2012. Lima. Perú. Págs. 27 y 28.

construcción del marco normativo para el desarrollo de la regulación económica.

El marco regulatorio debe permitir a los particulares la entrada en los mercados y fomentar la regulación para la competencia, debe también al mismo tiempo proporcionar incentivos para la inversión en infraestructura de red y, por consiguiente, facilitar la innovación. La aplicación de una regulación basada únicamente en el costo no crea incentivos para la inversión, ni contiene ningún beneficio asociado con el riesgo que conlleva la inversión en infraestructura y su funcionamiento.

Se deben definir claramente cuáles serán las potestades de los reguladores y su forma de intervención en las actividades reguladas. Debe encontrar un punto medio en ser lo suficientemente fuerte para un adecuado control por parte de los reguladores sin llegar a constituirse como una traba para la iniciativa privada de las empresas prestadoras de los servicios públicos.

IX. LA PRÁCTICA REGULATORIA

La regulación debe ser estable y predecible. Sólo un marco regulatorio estable y transparente puede estimular la inversión en redes. La incertidumbre en las futuras intervenciones regulatorias también conduce a una mínima inversión y a una reducción en la actividad innovadora.

La práctica regulatoria es tan importante como un marco regulatorio adecuado, esto es así porque serán a través de las decisiones de los reguladores en la gestión de sus funciones, resolución de conflictos, entre otros. Donde las empresas reguladas conocerán los criterios que toma en cuenta y sobre los que ejerce su actividad dentro de los límites de legalidad establecidos en la normativa correspondiente en cada país y en concordancia con el modelo económico recogido en el apartado económico de su Constitución Política.

Dentro de la práctica regulatoria también podemos incluir como es que lleva a cabo su interrelación con los usuarios de los servicios públicos, ya sea a través de campañas de orientación de sus derechos de los usuarios o de los mecanismos con los que cuentan cuando interponen un reclamo a la empresa regulada.

X. CONCLUSIONES

- El dinamismo económico y las condiciones actuales de desarrollo económico del país son producto del resultado de una ola de transformaciones en el mundo de la revisión de las funciones del Estado: del proceso de la Privatización.
- Para poder lograr una eficiencia en la asignación y producción de bienes y servicios se optó por dar paso a la creación del mercado y permitir a los particulares la libre *competencia*. Con ésta se logrará una máxima de eficiencia en la calidad de los productos que se ofertan en el mercado y los precios serán fijados por los agentes en su interacción.

- En algunos casos concretos la competencia no será posible o no sería lo ideal para la eficiencia económica. En esa circunstancia será labor de la *regulación económica* fijar condiciones en la prestación de los servicios para asegurar su calidad y la eficiencia de los agentes prestadores. Es decir, simulará las condiciones que generaría la existencia de la competencia.
- La evolución de la intervención del Estado en la Economía a través del tiempo ha partido de la forma en la que se definió el concepto de Servicio Público. Concepto que en los últimos años ha entrado en discusión debido al paso del Estado Prestador al Estado Subsidiario o Regulador.
- El medio que utilizará el Estado para hacer productivo determinados sectores y a la vez como una asignación eficiente del presupuesto público, será el contrato de Concesión. Por medio de éste serán los agentes privados los que desarrollarán la inversión y la labor del estado es asegurar el éxito de su empresa, ya que asegurando su prosperidad se asegurará de que los usuarios de los servicios públicos y/o obras de infraestructura concesionada obtengan una prestación de calidad en las mejores condiciones.
- Dentro de la actividad regulatoria se presentan riesgos que pueden afectar su desarrollo y los fines que se espera alcanzar, tenemos aquí la llamada captura del regulador (sea por la Industria o por los políticos) y la sobrerregulación.
- Conociendo de manera clara el panorama que se presenta en la realidad y los fines que se espera alcanzar, el marco regulatorio debe ser adecuado a fin de buscar mayor dinamismo entre las empresas reguladas y la calidad del servicio brindado a los usuarios. Debe apuntar a crear incentivos a una mejor calidad, innovación (ciencia y tecnología), regularidad y accesibilidad de los servicios públicos.
- La práctica regulatoria es tan importante como el marco regulatorio pues es en ella donde se construyen los criterios de actuación de los reguladores y su forma de interrelación con los particulares.
- La regulación económica apunta a la eficiencia económica, el reto de la regulación hoy es hacer llegar esa eficiencia cada vez a una mayor cobertura (accesibilidad) incluso en aquellos sectores donde no exista rentabilidad (principio de solidaridad), pues será su función volverlas rentables para convertirlas atractivas para la inversión privada, contribuyendo así al desarrollo económico de los países.

Lima, Perú. Octubre 2014.

XI. BIBLIOGRAFÍA

1. “Economía y Estado”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. 1993.
2. “Diccionario Jurídico”. BERMUDEZ, Manuel, BORJA, Giuliano, FUENTES, Alejandro. 2008.

3. “Teoría y Práctica de las primeras privatizaciones”. MADSEN PIRIE, Duncan. 1986.
4. “Economics of the Public Sector”. STIGLITZ, Joseph E. 1986,
5. “Principios de Derecho Público Económico”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. 2004.
6. “Sobre la naturaleza y razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. En “Revista Electrónica de Derecho Administrativo – Brasil”. 2007.
7. “Estructura Económica Internacional” TAMANES, Ramón. 1999.
8. “Economía” SAMUELSON, Paul. y NORDHAUS, William D. 1993. 14va edición.
9. “Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General: Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender”, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. 2007
10. “Microeconomía”, CALL, Seven y HOLAHAN, William. 1990.
11. “Derecho Antitrust Europeo”. CALVO LARAVACA, Alfonso Luis. 2009
12. “Derecho Administrativo”. PARADA, Ramón. 2002. 13ª Edición.
13. “Regards sur une evolution” en AJDA *L´Actualité Juridiqué Droit Administratif.* 1997.
14. “Regulación Económica Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz”. CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la; LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martínez; VILLAR ROJAS, Francisco José. 2011.
15. “El Servicio Público” ZEGARRA VALDIVIA, Diego. 2005
16. “Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos”. TASSANO VELAOCHAGA, Hebert.
17. “LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios”, en Revista Peruana de Derecho de la Empresa. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge.
18. “¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN”. CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita. 2011.
19. “Tratado de Derecho Administrativo – Parte General. Tomo I”. GORDILLO, Agustín. 1995.
20. “Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación”. HUAPAYA TAPIA, Ramón. 2011
21. “Acceso a los servicios públicos”. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge.
22. Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.
23. Constitución Política del Perú. 1993

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LIPA, Rafael V. Castañeda. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 38, maio/junho/julho, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-38-MAIO-2014-RAFEL-CASTANEDA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.