

El Control Jurisdiccional de la Actuación de los Organismos Reguladores: Balance Crítico de la Experiencia Peruana¹

Richard Martin Tirado²

SUMARIO

Sumario; II. El rol de los Organismos Reguladores; III. El rol de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos en el Perú, 3.1. Las potestades del Organismo Regulador: la discrecionalidad regulatoria, 3.2. Las decisiones de los Organismos Reguladores, 3.3. Arbitrabilidad de las decisiones de los Organismos Reguladores; IV. La discrecionalidad Administrativa, 4.1. Formas de Control Jurídico de la discrecionalidad administrativa, 4.2. Tipos de discrecionalidad, 4.3. Alcances de la discrecionalidad Administrativa; V. La actividad regulatoria y su incidencia en la adecuada ejecución de los contratos; VI. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Regulación, potestades regladas, potestades discrecionales, calidad de gestión regulatoria, empresas reguladas, consumidores, funcionarios calificados.

KEY WORDS

Regulation, regulated powers, discretions, regulatory quality management, regulated businesses, consumers, qualified staff.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor realiza el análisis del rol que cumplen los Organismos Reguladores en nuestro país como entidades que buscan establecer el equilibrio entre empresas privadas, autoridades políticas de turno y consumidores. En este sentido, se plantea la necesidad de realizar determinadas reformas que garanticen mejoras en la calidad de la función regulatoria, superándose problemas como la falta de capacitación

¹ Las ideas desarrolladas en el presente trabajo, formaron parte de la ponencia realizada en el XV Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo llevado a cabo en la ciudad de San Juan de Puerto Rico los días 26 y 27 de octubre de 2015.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Piura y ESAN. Miembro Asociado del Foro de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación-ASIER. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.

por parte de los funcionarios que lo integran; posibilitándose de este modo, el establecimiento de una adecuada forma de ejercer control jurisdiccional de la actuación de estos Organismos.

ABSTRACT

In this article, the author makes the analysis of the role played by regulators in our country as entities seeking to establish a balance between private companies, political authorities and consumers shift. In this sense, there is a need to make certain reforms to ensure improvements in the quality of the regulatory function, outdoing problems such as lack of training by the officials who make up; thus establishing an appropriate form of exercise judicial review of the activities of these organizations.

I. Introducción

El objeto del presente artículo, es plantear un conjunto de ideas con respecto a la forma en que se debe ejercer el control jurisdiccional de la actividad de los Organismos Reguladores (en adelante OR).

En la experiencia de nuestro país, el ejercicio de las actividades desarrolladas por los OR atravesó distintos momentos, siendo lamentable que en alguno de estos se exhibieran deterioros, producto de un conjunto de factores que en el tiempo, han debilitado el rol de dichas entidades en el cumplimiento de la función regulatoria.

A partir de los años noventa, gran parte de los países de Iberoamérica, incorporó en su organización administrativa –bajo diversos esquemas- la existencia de los OR, como una consecuencia inmediata e inevitable de la reformulación del rol del Estado Prestador en una suerte de Estado Regulador.

El Perú no fue ajeno a dichos cambios, y se propició en forma secuencial, la creación y funcionamiento de un conjunto de OR en la estructura institucional del Estado, con diversas denominaciones, en especial en el caso de los servicios públicos domiciliarios.

A poco más de veinte años y con los altibajos del caso, se puede afirmar que el funcionamiento actual de los OR en materia de servicios públicos debe ingresar a una etapa de evaluación y reestructuración, a fin de evitar el debilitamiento en el ejercicio de la función regulatoria de estas entidades, manifestado –entre otros- por la falta de liderazgo de sus autoridades.

Así, hoy más que nunca, en el alba de una nueva gestión presidencial y a menos de un año de la elección de los nuevos Presidentes de los Consejos Directivos de los OR, se renueva la esperanza y expectativa por conocer las reformas necesarias que garanticen la mejora en la calidad de la función regulatoria, cuyo primer desafío debe ser asignar a estas entidades profesionales de probada experiencia gerencial en el sector regulado, y con reconocimiento meritocrático sobre sus capacidades profesionales.

Ahora bien, en un escenario absolutamente normal de funcionamiento de los OR, es evidente que nadie dudaría en afirmar la pertinencia de efectuar un control de

razonabilidad por parte del Poder Judicial con respecto a las decisiones emitidas por los OR. En otros términos, se debería admitir que el Poder Judicial no cuenta con los elementos más adecuados para efectuar una revisión de los aspectos técnicos involucrados en una decisión propia de los OR; siendo que, se apostaría únicamente por un control jurisdiccional formal de las decisiones regulatorias.

En nuestra opinión, el actual funcionamiento de los OR, no ofrece la garantía para limitar el control judicial de las decisiones regulatorias a los aspectos formales o jurídicos. Por ello, es que en las siguientes líneas se hace un enfoque crítico sobre las decisiones regulatorias, y la necesidad inmediata de revertir el mal funcionamiento de los OR.

II. El rol de los Organismos Reguladores

Para efectuar un balance crítico con respecto al actual funcionamiento de los OR, es necesario conocer *ex ante*, qué se entiende por regulación y cuál es el propósito de contar con OR en un Estado de Derecho.

La Real Academia de la Lengua Española (RAE), define a la regulación como aquella acción y efecto de regular. *Regular*, según la RAE, significa, entre las distintas acepciones que tiene: (i) *ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines*; y, (ii) *determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo*.

Por otro lado, en el ámbito del Derecho Administrativo, tal como explica la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER - México), *regulación* implica lo siguiente:

(...) El Estado emite reglas que norman las actividades económicas y sociales de los particulares. Mediante estas reglas se pretende garantizar el funcionamiento eficiente de los mercados, generar certeza jurídica, garantizar derechos de propiedad, evitar daños inminentes o bien atenuar o eliminar daños existentes a la salud o bienestar de la población, a la salud animal y vegetal, al medio ambiente, a los recursos naturales o a la economía. Por ello, las regulaciones son las reglas o normas emitidas por el gobierno para garantizar beneficios sociales³.

Por su parte, autores como ARIÑO y DE LA CUÉTARA⁴, señalan que “la regulación, en general, comprende aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales, necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados”.

En rigor, el término regulación tiene tanto connotaciones jurídicas como económicas. Para el ámbito del derecho, significa la existencia de un conjunto de normas o regulaciones al amparo del poder de policía otorgado por el Estado. Por su parte, en un sentido económico, el término implica el conjunto de reglamentaciones a través de las cuales se busca satisfacer el interés general.

En tal sentido, se puede hablar de dos tipos de regulación:

³ COFEMER, ¿Qué es la regulación?, México D.F. En: <http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=89>.

⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar y DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos. En Separata de Cuadernos de Derecho Público 9. Madrid, enero-abril 2000.

a) Regulación económica

Es pertinente señalar que en un mercado competitivo no se requeriría ningún tipo de intervención, pues el equilibrio se generaría debido a la oferta y demanda que del mercado se desprenda. Cuando la competencia es nula o escasa, se requiere que intervengan el Estado dentro del mercado, simulando la existencia de la competencia o en aras de fomentarla, en búsqueda del interés general.

Sin embargo, en países como el nuestro la experiencia y la realidad han demostrado que es muy arriesgado dejar a merced de la competencia todas las funciones de producción, distribución, y consumo que se generan en un mercado. En tal sentido, es necesaria para la participación e imposición de reglas o normas por parte del Estado, que regulen el poder económico de ciertos grupos, sobre todo por el control que estos grupos ejercen no sólo dentro del mercado, sino incluso en otras esferas de poder. Ello, sin que dicho control empodere a los OR, pues el punto de debate se encuentra en cómo se interviene en el mercado, a fin de realizar dichas intervenciones de forma correcta sin producir alteraciones que afecten la finalidad de la regulación.

Según la COFEMER⁵, “la regulación económica son las disposiciones mediante las cuales el gobierno interviene en los mercados para fijar precios o cantidades de la producción, o establecer especificaciones técnicas y en general, restricciones que deben cumplir los ciudadanos y las empresas para participar en un mercado. Generalmente, este tipo de regulaciones se establecen en mercados relativamente concentrados o caracterizados por economías de redes”.

Por su parte DANÓS⁶ precisa que existen tres posturas sobre la regulación económica y el rol que deben cumplir los OR. La primera señala que la regulación económica tiene un fin esencialmente económico. Esta postura es seguida por el profesor ESTEVE PARDO⁷, para quien “la matriz de la regulación es económica (...). Lo principal es conseguir la mayor eficiencia en los sectores o mercados objeto de regulación (...) al fin primordial de maximizar la eficiencia económica”. Para ESTEVE PARDO, lo fundamental en la regulación es la posibilidad de obtener mayores recursos en los distintos sectores; es decir, mediante las normas o lineamientos que se establezcan para determinado sector, se debe poder crear un ambiente propicio para obtener más beneficios económicos.

La segunda postura, es seguida, entre otros, por el profesor AGUILAR VALDEZ⁸, quien sostiene que la regulación económica “(...) aparece como una suerte de técnica arbitral en conflictos entre agentes económicos con la finalidad de permitir eliminar los costes de transacción que dificultan o impiden la realización de las transacciones de las que se nutre

⁵ COFEMER. Op. Cit.

⁶ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. La función que cumplen los Organismos Reguladores de Servicios Públicos en el Ordenamiento Peruano: ¿Tutela de los usuarios o árbitros?, en Regulación económica de los servicios públicos: Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica. Lima: ARA Editores. 2010, pp. 190-195.

⁷ ESTEVE PARDO, José. La regulación de la economía desde el estado garante. En: AA.VV. La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales, Publicaciones de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo. Pamplona: Thomson-Aranzadi. 2007, pp. 98 y 99.

⁸ AGUILAR VALDEZ, Oscar. El acto administrativo regulatorio. En AA.VV., Acto administrativo y reglamento. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2002, p. 433.

el mercado (...). Para quienes siguen esta postura, la regulación tiene como finalidad arbitrar entre las pretensiones de los agentes económicos, por medio de la imposición de condiciones o incentivos, a fin de que éstos puedan realizar una transacción como si se desarrollara en condiciones de mercado.

Por último, la tercera posición sostiene que la regulación debe buscar la protección de los usuarios de los servicios públicos. Dentro de los defensores de esta posición, se encuentra el maestro CASSAGNE⁹, para quien la técnica de la regulación "(...) aparece como un correlato del servicio público con el objeto de armonizar los poderes de los prestatarios con el interés de los clientes o usuarios y, más todavía, con el interés más genérico de la comunidad, interés público en suma (...)".

Esta es la postura que sostiene el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en el cual señala que, "(...) es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado (...) Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores"¹⁰.

Para DANOS¹¹, "a los organismos reguladores les corresponde garantizar el funcionamiento adecuado de los servicios, porque de ese modo, se beneficia y protege a los usuarios. Los reguladores están llamados a procurar el equilibrio entre los intereses de los distintos actores que participan en el proceso regulatorio, armonizando los derechos de las empresas operadoras y de los usuarios, para asegurar la continuidad y regularidad de los servicios en beneficio de la colectividad, en general, y de los usuarios, en particular".

b) Regulación social

El segundo tipo de regulación es la social. Cabe señalar que la regulación debe estar orientada a otros aspectos que no estén relacionados directamente con el tema económico, sino con las externalidades que de éste elemento surgen, y que afectan -entre otros- los bienes tutelados dentro del ordenamiento, tales como el medio ambiente, salud, seguridad, entre otros.

Con relación a este punto, la COFEMER ha señalado que, "(...) la regulación social son las disposiciones que buscan proteger el medio ambiente y la salud humana, animal y vegetal, así como establecer condiciones para el ejercicio de profesiones y para las relaciones laborales"¹².

Por su parte, JOSKOW y NOLL nos indican lo siguiente:

La regulación "social" controla la polución causada por los productos derivados de la producción, establece estándares de sanidad y seguridad para los productos

⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis de los servicios públicos en Argentina. En: CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Servicio Público y Policía, Universidad Católica Argentina. El Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitat. 2006, pp. 381 y 386.

¹⁰ Al respecto, revisar los fundamentos 42 y 43 de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC.

¹¹ DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. cit., pp. 190-195.

¹² COFEMER. Op. Cit.

y los centros laborales, restringe el contenido de la información brindada por los vendedores a través de la publicidad y otros medios, y establece requerimientos para proteger a los compradores de comportamientos fraudulentos, discriminadores o incompetentes de las firmas¹³.

De acuerdo con ALBERTO ARREDONDO POLAR:

(...) la regulación social aparece en aquellos sectores donde se condicionan comportamientos que directamente pueden afectar la salud pública, el bienestar o la seguridad de la población, la seguridad alimentaria o la protección del medio ambiente y, en ese sentido, el objetivo de la regulación social se entiende como la protección o el bien de los ciudadanos y no cómo se vincula al funcionamiento competitivo de los mercados o los derechos de consumidores y productores (...)¹⁴

(...) la regulación no trata de complementar los instrumentos de dirección y control para regular los mercados, sino que regula cualquier interacción social, donde la lógica del mercado no tenga un impacto decisivo y directo sobre el comportamiento de los agentes a los que se quiere influir (...)¹⁵.

Por otro lado, existe una teoría que establece que sin enfrentar fallas de mercado pueda regularse este, en razón de la finalidad y objetivos que debe perseguir el Estado, como es el interés público. Sin embargo, el principal problema de esta teoría es que no existe una norma que define que es interés público. La definición parte de la potestad de cada Entidad, en este caso los OR deberán partir de una definición propia, la cual deberán evaluar no sólo con las condiciones jurídicas, sino evaluando el contexto y la repercusión de sus decisiones en la población y en el servicio.

Los OR son producto de una nueva forma de administrar que se deriva o impone por la necesidad de contar con un Estado que pueda adaptarse orgánica y funcionalmente al desarrollo económico y a las nuevas necesidades que ello conlleva, como son las: dirección, organización y regulación¹⁶.

No cabe duda entonces, que la actividad reguladora del Estado, busca que mediante ésta técnica administrativa, se pueda intervenir dentro del mercado en aras del interés general. La actividad regulatoria, combina en el mejor de los sentidos, los aspectos económicos y jurídicos, puesto que busca lograr dentro del mercado, o mejor dicho en la aplicación de los servicios que se prestan por parte de los agentes, una mayor eficiencia, mejores precios y tarifas justas, así como prohibir prácticas anticompetitivas, otorgando mayor protección a los usuarios.

Los OR cuentan para su funcionamiento, con un conjunto de instrumentos de la regulación

¹³ JOSKOW, Paul y NOLL, Roger. Regulación económica, desregulación y reforma regulatoria durante la década de los ochenta. Documento de Trabajo. PUCP, 1999, p. 10.

¹⁴ ARREDONDO POLAR, Alberto, Regulación económica y regulación social en el Perú. Documento de trabajo. Arequipa. 2009, p. 10.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ PAREJO, Alfonso L. La Potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes, apuntes para un estudio del fenómeno. En: AA.VV, Administración Instrumental, Libro Homenaje al Profesor Clavero Arévalo. Madrid: Editorial Civitas. 1994, pp. 365 y ss.

económica y legal, entendiendo a ésta como la actividad que desempeña el Estado, interviniendo en la actividad económica (en este caso, de los servicios públicos), con el objeto de corregir fallas del mercado (que ocurren cuando el mercado competitivo, por diferentes razones, no puede desarrollarse normalmente, por ejemplo, en el caso de monopolios, asimetría de información o externalidades), equilibrando los intereses entre los usuarios y los prestadores del servicio de que se trate¹⁷.

A partir del enfoque sinérgico de la regulación, en el sentido que combina tanto la economía como el derecho, y que los OR son en la experiencia peruana, las entidades encargadas de llevar a cabo este rol instrumental de intervenir en el mercado, se pueden establecer las siguientes afirmaciones con respecto al régimen de regulación de servicios públicos:

- Los OR de servicios públicos, en cuanto a su forma jurídica, son usualmente creados como entidades con autonomía administrativa¹⁸, con un patrimonio de afectación, teniendo por objeto el ejercicio de funciones estatales, como es el control de los servicios públicos, y, por lo tanto, sujetos al control de tutela administrativa.
- Los OR son instrumentos para el ejercicio de la función de regulación económica, entendiendo a ésta, como la actividad que desempeña el Estado, interviniendo en la actividad económica (en este caso, de los servicios públicos), con el objeto de corregir fallas del mercado (que ocurren cuando el mercado competitivo, por diferentes razones, no puede desarrollarse normalmente, por ejemplo, en el caso de monopolios, asimetría de información o externalidades), equilibrando los intereses entre los usuarios y los prestadores del servicio de que se trate.

Para el logro de estos fines, en el área de los servicios públicos, el Estado ha creado los OR con la función esencial de equilibrar el sistema, y que reúnen las tres funciones básicas de un Estado, la función administrativa, la legislativa y la jurisdiccional.¹⁹

Para autores como CANOSA²⁰, el órgano de control como ente independiente técnicamente especializado, tiene por tarea principal:

(...) fiscalizar que el servicio se preste de acuerdo con la normativa vigente y conforme a ésta y el Contrato de Concesión respectivo (...) asegurando la mejor calidad de aquél en beneficio de los usuarios y si fuere procedente en la actividad de que se trate asegurar la competencia entre los distintos operadores. A ello debe agregarse el control de cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el concesionario por contrato (...).

Los OR de la inversión privada en servicios públicos son pues, un conjunto de entidades que actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de

¹⁷ RICCIARDI, Darío A. Reflexiones sobre aspectos de la regulación tarifaria en los servicios públicos del sector eléctrico. En: LexisNexis- Depalma, REDA N° 48. Buenos Aires. 2004, pp. 453 y ss.

¹⁸ En la legislación peruana, el artículo 2° de la Ley N° 27332, "Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos", establece que los OR, son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.

¹⁹ BIANCHI, Alberto. La regulación económica. Buenos Aires: Editorial Abaco. 2001, p. 219.

²⁰ CANOSA, Armando. Lineamientos para la conformación de un ente de control del transporte terrestre. En: AEDP 13, Ad Hoc. Buenos Aires. 2000, p. 59.

servicio público y la que se derive de los respectivos contratos de concesión, cuya función principal es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicio público y de los compromisos contraídos en el marco de los contratos de concesión. Dichos OR, tienen por objeto, ejercer potestades de regulación económica principalmente en materia de determinación de tarifas, promoción de la competitividad en los mercados, determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes, pero que concurren con los ministerios de los respectivos sectores en el ejercicio de otras manifestaciones de dicha función reguladora, aunque con matices, a quienes también corresponde dictar normas que inciden de manera decisiva sobre la prestación de los servicios públicos²¹.

Para cumplir con los fines de la regulación, ha sido necesario que se proceda a la creación de los OR, cuya característica común es la independencia institucional y la actuación objetiva.

Es importante señalar, que las funciones de los OR son eminentemente técnicas, tales como la de fijar precios y tarifas de los servicios, considerar la información que le sea provista por las empresas prestadoras de los servicios (estados financieros, estudios de mercado, estudios de costos, entre otros) que a su vez servirán de base y fundamento para la toma de decisiones. Se trata de una labor que debe ser desarrollada por personal profesional altamente calificado. Sin embargo, tal independencia o autonomía funcional de los OR, debe ser entendida en toda la dimensión que dicha función conlleva, es decir, que si bien la designación de las autoridades a cargo de los OR es efectuada por el Poder Ejecutivo, esta debe recaer en profesionales y especialistas en los temas, y cuya capacidad técnica y legal de área sea indiscutible.

Con respecto a la necesaria independencia de los OR, GORDILLO²² sostiene que ello es una derivación necesaria de las funciones a su cargo, y que implica que no admite el control jerárquico del Poder Ejecutivo, así como que sus decisiones son revisables judicialmente por vía directa, es decir, sin previo agotamiento de la vía administrativa.

Por otra parte, también se ha sostenido que la independencia funcional de los OR, siendo decisiva, no implica desapoderamiento alguno del Poder Ejecutivo²³.

Pese a las primeras objeciones, se ha sostenido que el carácter independiente de los OR es inherente a su condición de organismo de control, no siendo factible concebir un controlante bajo la dirección o injerencia decisiva de su controlado, por ejemplo,

²¹ Sobre el particular los numerales 3.1 y 3.2 de la Ley N° 27332, "Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos", establece que, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los OR ejercen las funciones supervisora, reguladora (fijación de tarifas), normativa, fiscalizadora y sancionadora, así como de solución de controversias. Cada una de estas funciones deberán ser ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en las leyes y reglamentos para cada mercado regulado.

²² PAREJO ALFONSO, Luciano. La categoría de las relaciones especiales de sujeción. En Guillermo A. Muñoz y Jorge L. Salomoni (dir.), *Problemática de la administración contemporánea*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 131 y ss. y SALOMONI, Jorge. Ídem, p. 151 y ss. GORDILLO Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. T° 2, La defensa del usuario y del administrado, 9ª edición. Buenos Aires: F.D.A. 2009, pto. 4.3.2.

²³ COMADIRA, Julio. *Derecho Administrativo*. En: LexisNexis. Segunda edición, año 2004. Buenos Aires, p. 647.

mediante la designación de sus autoridades o del instrumento del control jerárquico de sus actos de control. En palabras de BUSTELO: “no puede existir verdadero “control” si quien lo ejerce está sometido en los hechos a las órdenes del “controlado”.

Al respecto COMADIRA²⁴ sostiene que “la independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de no sustraerse a las tendencias de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política”

En efecto, mientras que los OR deben ser esencialmente organismos técnicos e independientes del poder político, cuyo objetivo es verificar y asegurar la calidad de los servicios comprometidos, el Estado en su rol de entidad concedente, es una de las partes en una relación contractual de derecho público cuya actividad se rige por criterios políticos y que, como tal, carece de la independencia necesaria para pronunciarse en situaciones de conflicto con aquél a quien le transfirió el servicio.

Es evidente entonces, que sin perjuicio del carácter contractual que reviste la concesión de servicios públicos como modelo paradigmático en el que se desenvuelve el desarrollo de la actividad regulatoria, que muchas de sus disposiciones configuran un verdadero marco regulatorio del servicio, establecido en función de criterios de índole política, económica y social y ajenos a la competencia propia de los OR.

Se ha afirmado en las líneas precedentes, que los OR deben tener plena autonomía administrativa sin perjuicio de gozar de los otros elementos inherentes a dicho concepto, tal como es el caso de la autonomía financiera, la cual le permite al OR, fijar su propio presupuesto de gastos. Estos ingresos deben provenir del cobro de los aportes que deben pagar las empresas prestadoras de servicios así como de otros ingresos derivados del ejercicio de las actividades a cargo de dichos OR, tal como es el caso de las multas por infracciones y otros²⁵.

En tal sentido, QUINTANILLA²⁶ señala que cuando los OR son autónomos se puede cuidar que:

- a) En la relación usuario-inversionista, este último no ejerza su poder de monopolista reduciendo la oferta y/o la calidad y/o aumentando el precio en detrimento del excedente del consumidor;
 - b) En la relación gobierno-inversionista, el primero no expropie de facto las inversiones;
- y,

²⁴ COMADIRA, Julio. Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al caso Enargas, Enre, CNT y Etoss). En: Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1996, p. 253.

²⁵ Con relación a este punto el artículo 10° de la Ley N° 27332, “Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos”, los OR recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

²⁶ QUINTANILLA ACOSTA, Edwin. Armonización Regulatoria: Institucionalidad y Autonomía de los Organismos Reguladores. En: Andean and Central American Congress, 2007, p.5.

- c) En la relación gobierno-usuario, se proteja al consumidor futuro de la tentación electoral que puede llevar a fijar precios que pongan en riesgo la viabilidad del suministro en el mediano y largo plazo, y al consumidor actual de la tentación de usar las tarifas como un instrumento recaudatorio en caso de que sea el mismo gobierno el que suministre los servicios en cuestión.

No es casual, que la autonomía sea el elemento definitorio de los OR, puesto que sin ésta característica, difícilmente se lograría la especialización, flexibilidad, visión de largo plazo, efectividad regulatoria y ausencia de interferencia política.

Para autores como MARK TATCHER²⁷:

(...) el marco de principal-agente está basado en una función de delegación (es decir, cálculos de los funcionarios electos actuando como principales de los beneficios y desventajas de la delegación) (...) la creación de agencias reguladoras en efecto responde a una lógica poderosa. Los políticos electos delegan para su propio beneficio para enfrentar problemas como la asimetría de información, asignación de responsabilidad ("blame-shifting"), compromiso y administración de temas complejos (...).

Desde otra perspectiva de análisis, COMADIRA sostiene que la regulación busca "armonizar el interés público que determina a aquéllos, con los derechos particulares comprometidos"²⁸. En la misma línea, VILLAR ROJAS afirma que "si se quiere garantizar la universalidad (servicio mínimo para todos los ciudadanos), el principio de igualdad (derecho de interconexión con redes y derecho de acceso de usuarios) y la continuidad y regularidad de la actividad, la regulación es absolutamente inevitable"²⁹.

Cabe señalar que la actividad administrativa de regulación, no siempre se encuentra precedida de una norma o una regla. Por lo tanto, existen márgenes de actuación en donde la Administración puede actuar conforme al interés general, y que se insertan en el ámbito de las potestades administrativas. Al respecto, la doctrina distingue entre potestades regladas y discrecionales. Como es sabido, una situación ideal que se constituya como corolario del principio de legalidad es que todos los elementos que constituyan parte de la atribución de potestades otorgadas a la Administración estén predeterminados por la norma de atribución. Sin embargo, las normas siempre quedan superadas por la realidad, en la cual existen conceptos técnicos o indeterminados, así como por la existencia de ámbitos en los cuales debe dejarse al arbitrio de la Administración la aplicación de los mandatos establecidos en las leyes.

De esta manera se concibe la existencia de potestades regladas y potestades discrecionales. Las potestades regladas serían aquellas en las que la norma ha previsto específicamente todos los supuestos de aplicación por parte de la Administración, de tal suerte que se regula el supuesto de hecho, el nexo o enlace jurídico, y la consecuencia que de dicha subsunción lógica pueda operar. En tal sentido, la norma ha predeterminado ya, desde

²⁷ TATCHER, Mark (2001). Delegation to Independent Regulatory Agencies in Western Europe, Paper presented at the 29th ECPR Joint Session of Workshop, Grenoble, France.

²⁸ COMADIRA, J. R. Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al caso Enargas, Enre, CNT y Etoss). Op. Cit. p. 1134.

²⁹ VILLAR ROJAS, F. Privatización de servicios públicos, citado por COMADIRA, J. R. Op. cit. p. 355.

su emisión, la entera actuación administrativa, de tal suerte que el aplicador de la norma (la Administración) no puede apartarse, no tiene un margen de apreciación respecto de la acción de ejecución de lo previsto en la norma.

De otro lado, las potestades discrecionales, son aquellas en las cuales, el supuesto de hecho normativo (antecedente, nexo y consecuencia jurídica), se encuentra incompleto, en la medida que la Ley no ha podido o no ha deseado determinar el escenario completo para su aplicación, dejando un espacio o margen de apreciación a la Administración Pública, en función a criterios objetivos, para la aplicación del mandato normativo. De este hecho, se deduce la existencia de un ámbito de discrecionalidad, de *margen de apreciación*, o de libre decisión por parte de la Administración en la aplicación de las normas jurídicas.

En el contexto descrito, las potestades *discrecionales* son aquellas que, en su definición normativa, no anticipan ellas mismas en todo o al menos en algunos de sus aspectos el resultado de su ejercicio, de suerte que en tales correspondientes aspectos remite la toma de decisión pertinente al juicio o a la voluntad de la propia Administración Pública³⁰. De tal suerte, que si bien el supuesto de hecho normativo se encuentra predeterminado por los alcances de la norma que configura la potestad, la apreciación de las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha norma, son atribuidas a la Administración, la misma que puede elegir entre varias opciones o soluciones para solventar el ámbito de apreciación que le ha sido otorgado por la norma.

Precisamente, el tema referido al ejercicio de potestades discrecionales, es uno de los problemas más agudos en el estudio de los temas del Derecho Administrativo de nuestros días³¹. En tal sentido, persisten dudas sobre si se la define (a la discrecionalidad) de manera *positiva* (como margen o libertad de decisión que el legislador confiere a la Administración), o por el contrario, de una manera *negativa* (esto es, desde la perspectiva de los límites intrínsecos del control jurídico que ejercen jueces y tribunales), como actividad administrativa no susceptible de dicho control; es decir, como margen o libertad de actuación derivada de la ausencia de *normas de conducta*, dirigidas a la Administración, y -correlativamente- la carencia de *normas de control*, dirigidas al juez contencioso-administrativo³².

Un tema de suma importancia para el Derecho Administrativo, es el estudio del ejercicio y del control de las así denominadas, potestades *discrecionales*. Se entiende así que las potestades *discrecionales* son aquéllas que comportan la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Sin embargo, esta estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por

³⁰ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. Manual de Derecho Administrativo. Cuarta edición. Barcelona: Editorial Ariel. 1996. p. 371.

³¹ BACIGALUPO, Mariano, que "(...) el de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo ha sido, es y seguirá siendo el o al menos uno de los grandes problemas del **Derecho Público** en su unidad, es decir, de aquellos se sitúan en la vasta zona de influencia del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional." Cfr. La discrecionalidad administrativa. (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Prólogo de Martin Bullinger. Marcial Pons. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1997. p. 21.

³² Cfr. BACIGALUPO, Mariano: Op. Cit. p. 26-27.

el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter³³. Por ello es que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, anotan que *“No hay pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto.”*³⁴

Para la configuración del Estado de Derecho, es de vital importancia la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente, y con carácter pleno, la actuación administrativa, al margen que ésta sea reglada o discrecional. Precisamente, el control de las potestades discrecionales se considera uno de los fines esenciales del Derecho Administrativo, en la medida que la existencia de discrecionalidad muchas veces puede ser confundida con una habilitación de *arbitrariedad* a la Administración. Sin embargo, la discrecionalidad es lícita y permitida en la medida que se encauce dentro de los márgenes estrictos del ordenamiento jurídico. Precisamente, cuando la discrecionalidad es ejercida fuera de los ámbitos del ordenamiento (Constitución, normas generales, principios generales del Derecho), es cuando se convierte en un acto de arbitrariedad, el mismo que es repudiado por las Leyes y por el Derecho.

Así, en nuestro país, el Tribunal Constitucional formuló en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC que, *“(...) la prescripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte (...) dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia”*³⁵.

III. El rol de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos en el Perú

De acuerdo a lo señalado en el artículo 2° de la Ley N° 27332, “Ley Marco de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos” y modificatorias (en adelante LMOR), los OR “son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera”. Tal como se puede apreciar, se trata de entidades que forman parte del Poder Ejecutivo, dotadas de personalidad jurídica y de un régimen que pretende garantizarles una especial autonomía técnica y funcional respecto del poder político.

En el Perú, los OR se rigen conforme a lo establecido en la LMOR. En dicho cuerpo normativo, los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3° señalan que estas entidades ostentan las siguientes funciones:

Artículo 3°.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Novena edición. T. I., Volumen I. Madrid: Civitas ediciones. 1999, p. 453.

³⁴ *Ibidem.* p. 454.

³⁵ Al respecto, revisar el fundamento 15 de la sentencia recaída en el Expediente N° 090-2004-AI/TC.

- a) **Función Supervisora:** comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;
- b) **Función Reguladora:** comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;
- c) **Función Normativa:** comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;
- d) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas. Así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
- e) **Función de Solución de Controversias:** comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,
- f) **Función de Solución de los Reclamos de los Usuarios de los servicios que regulan.**

3.2 Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

(El subrayado y sombreado son nuestros).

Para autores como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ³⁶, entre los principales derechos del Estado, quien actúa representado por el correspondiente OR, se ubican los siguientes derechos:

1. A dictar el marco normativo que regulará la prestación del servicio público. Es difícil precisar si este antes que derecho sea una obligación estatal en la medida que se trata de dar viabilidad al cumplimiento de uno de sus fines. Sin embargo, dentro de su relación con el concesionario, se trata de un derecho que tiene en su calidad de titular del servicio que ha delegado.
2. A exigir al concesionario el cumplimiento de sus obligaciones. Como consecuencia del ejercicio del derecho anterior, el Estado tiene que velar que el concesionario desarrolle la prestación del servicio dentro de las normas que ha establecido para el efecto.

³⁶ Ibídem, pp. 718-720.

3. A inspeccionar y controlar la ejecución del contrato, el mismo que deriva directamente de los derechos antes consignados. La justificación de estos poderes radica en el hecho evidente de que la administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia, por cuanto el contrato no implica una renuncia a esa competencia, sino sólo una colaboración privada en su cumplimiento.
4. A interpretar unilateralmente el contrato, a fin de evitar que las posibles divergencias entre la administración y el contratista puedan desembocar en un perjuicio para el interés público, salvaguardando mediante el servicio. Al respecto, no se trata de que la administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar el servicio sin interrupciones perjudiciales para el interés general.
5. A introducir todas las modificaciones que juzgue necesarias a efecto de lograr una mejor organización y funcionamiento del servicio, siempre que ello no implique alterar los derechos adquiridos por el concesionario. En este sentido, el interés general debe prevalecer en todo caso y circunstancia, porqué, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias.

En el Perú la aparición de la mayoría de los OR 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 infraestructura³⁷.

La finalidad con la cual se crearon estas entidades, fue la 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 competitivo y las que requerían para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras.

No todos los OR fueron creados al mismo tiempo y en las mismas condiciones, lo que ocasionó una severa distorsión en el funcionamiento de unos respecto de otros. Esto, motivó la existencia de diferencias importantes en su funcionamiento y en el peso específico de sus decisiones en función de la actividad económica materia de regulación. Por esta razón y por la necesidad de garantizar reglas mínimas de homogeneidad en su funcionamiento, es que se buscó agruparlos mediante una normativa que los rigiera. En tal sentido, a través de la LMOR, se buscó establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento de tales entidades. En base a ello, es que la LMOR, nos precisa:

- Las entidades comprendidas en su ámbito de aplicación son OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN.
- La adscripción de los OR en el marco de la estructura del Estado a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM).

³⁷ Al respecto ver: ARIÑO, Gaspar. Mesa redonda: un inventario de ideas fundamentales sobre la regulación de servicios públicos. En: Themis, revista de Derecho 46, Lima, 2003; y KRESALJA, Baldo. El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. En; Themis Revista de Derecho 39, Lima, 1999.

- Las funciones que les corresponde ejercer (supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios).
- La responsabilidad en materia de supervisión de las actividades de post-privatización.
- El fortalecimiento de las potestades de investigación.
- La delimitación de los niveles y órganos decisorios, tales como el respectivo Consejo Directivo, su composición y régimen de integrantes.
- La existencia de un Tribunal de Solución de Controversias.
- Las reglas para su financiamiento, a través del denominado “aporte por regulación” que se recauda de las empresas y entidades bajo su ámbito.
- El régimen laboral aplicable al personal de los OR (régimen laboral de la actividad privada).

Es importante señalar, que la LMOR no derogó las leyes preexistentes que establecieron en su oportunidad, el régimen legal de cada OR. En realidad, cada OR, ha continuado funcionando con sus normas de creación específica, las mismas que han sido susceptibles de diversas modificaciones legales en el tiempo.

En el caso del Perú, los OR de la inversión privada en materia de servicios públicos son entidades que:

- Actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público y la que se derive de los respectivos contratos de concesión.
- Su principal función es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicio público y de los compromisos contraídos en los contratos de concesión.
- Ejercen potestades de regulación económica principalmente en materia de determinación de tarifas.
- Promueven la competitividad de los agentes económicos en los mercados.
- Evalúan los niveles de calidad y cobertura del servicio.
- Garantizan las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes.
- Resuelven la Solución de Controversias entre empresas prestadoras y los reclamos de usuarios en la segunda y definitiva instancia administrativa.

Se debe resaltar que el Estado en su actividad de policía, “responderá extracontractualmente únicamente por sus propios actos, hechos u omisiones frente al concesionario, a los usuarios y a los terceros”³⁸. Frente a los usuarios, los OR deberán responder por la falta de servicio, en forma directa por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento o irregular ejecución de la actividad de control a su cargo, ya sea que la violación a las obligaciones del servicio regular provenga de la ejecución de actos u omisiones³⁹.

El legislador constitucional ha reconocido la necesidad de marcos regulatorios

³⁸ PÉREZ HUALDE, Alejandro; *El Concesionario de Servicios Públicos Privatizados. La Responsabilidad del Estado por su accionar*. Buenos Aires: Editorial Depalma.1997, pp.76 y ss.

³⁹ BUSTELO, Ernesto N. *Responsabilidad del Estado por la actividad a omisión de los Entes Reguladores de los servicios públicos privatizados*, en *Servicios públicos*. En: LexisNexis, IEDA, Editorial Dike, 2001, p. 444. En igual sentido, COCUELLES, Carina. En *Contratos Administrativos*, 2003, p. 547.

específicos⁴⁰, dotándolos de una dinámica propia al establecer los organismos de control de acción, según los califica así la doctrina con carácter esencialmente independiente de estos organismos⁴¹.

El reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad ilícita o ilegítima es un tema particularmente sensible, pues exige siempre para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, estos son, por un lado, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar ilícito del Estado, o funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas y aquel perjuicio; y, por otro, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a dicho Estado.

Es indispensable que los OR sean imparciales para que operen como árbitros que solucionen los conflictos entre los agentes económicos de los sectores correspondientes. Es conveniente mencionar que en el caso peruano, se da la singularidad que el proceso de promoción de la inversión privada en la privatización de empresas del Estado y en el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y en obras públicas, es conducido por un ente especializado del Poder Ejecutivo actualmente denominado PROINVERSIÓN, dirigido por un grupo de ministros titulares de los sectores involucrados, sin perjuicio que el otorgamiento del respectivo contrato de concesión corresponde sin lugar a dudas al sector correspondiente.

Un elemento a evaluar, es la autonomía e independencia de los OR, lo cual implica que éstos guarden distancia en sus relaciones con las empresas y con los procesos políticos. Dado que el objetivo de los OR es mantener un equilibrio entre las empresas, las autoridades políticas de turno y los consumidores, el regulador no puede permitir ser “capturado” por alguna de estas partes. Sin embargo, como se aprecia es el Poder Ejecutivo quien establece las pautas para la designación de sus funcionarios o quien designa a éstos, lo que ocasiona no sólo problemas con la capacidad de los funcionarios que designa, sino que cabe que muchas de las decisiones que se adopten respondan a intereses políticos, lo que determina en necesaria una instancia que garantice los derechos de las partes que intervengan en el contrato de concesión. Somos de la idea que encontrándonos en el alba de un nuevo gobierno, es el momento indicado para que se manifiesten medidas que garanticen la autonomía e independencia de los OR.

Para lograr unos OR “independientes”, se debe establecer lo siguiente:

- La autoridad, funciones y competencias de los OR, deben ser claras, excluyendo toda discrecionalidad gubernamental.

⁴⁰ PÉREZ HUALDE, Alejandro. Op. cit., p. 230, propone que la naturaleza reglamentaria de la regulación tarifaria no es unilateral, sino participativa, tratándose un procedimiento donde el usuario y el prestador tienen voz, y la autoridad regulatoria debe oírlos y atenderlos, de lo cual deberá dejar debida constancia en la motivación del acto, como consecuencia del debido procedimiento, “so pena de carecer de causa o de constituir en irrazonable o desviación o abuso de poder.

⁴¹ GORDILLO, A. Tratado de Derecho Administrativo. Cap. XV, Los Entes Reguladores, pto. 2 “El que concede no debe controlar. Así como el sistema previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta; ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.”

- La elección de sus cuadros laborales se debe efectuar en base a criterios profesionales y con restricciones objetivas por conflictos de intereses.
- La existencia de mecanismos de protección contra remociones arbitrarias y por periodos fijos determinados.
- Fijar mecanismos de transparencia y fortaleza en la gestión.

III.1. Las potestades del Organismo Regulador: la discrecionalidad regulatoria

La actividad administrativa no siempre en su obrar está presidida por una norma o una regla. Por lo tanto, existen márgenes de actuación en donde la Administración puede actuar conforme al interés general o a través de los conocimientos técnicos y especializados, tal como sucede con los OR.

Por ello, existen dos tipos de potestades que pueden seguir la Administración a saber: potestades regladas y potestades discrecionales. Las primeras, serían aquellas en las que la norma ha previsto específicamente todos los supuestos de aplicación por parte de la Administración, de tal suerte que se regula el supuesto de hecho, el nexo o enlace jurídico, y la consecuencia que de dicha subsunción lógica pueda operar. En tal sentido, la norma ha predeterminado ya, desde su emisión, la entera actuación administrativa, de tal suerte que el aplicador de la norma (la Administración) no puede apartarse, pues no tiene un margen de apreciación respecto de la acción de ejecución de lo previsto en la norma.

De otro lado, las potestades discrecionales, son aquellas en las cuales, el supuesto de hecho normativo (antecedente, nexo y consecuencia jurídica), se encuentra incompleto, en la medida que la Ley no ha podido o no ha deseado determinar el escenario completo para su aplicación, dejando un espacio o margen de apreciación a la Administración Pública, en función a criterios objetivos, para la aplicación del mandato normativo. De este hecho, se deduce la existencia de un ámbito de discrecionalidad, de *margen de apreciación*, o de libre decisión por parte de la Administración en la aplicación de las normas jurídicas.

Al respecto, BACA ONETO adopta la postura de BULLINGER y define de forma general, a la discrecionalidad, como “el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una Ley ni puede ser totalmente revisada por un Tribunal”⁴².

En concreto, las potestades *discrecionales*, son aquellas que en su definición normativa, no anticipan ellas mismas en todo o al menos en algunos de sus aspectos los resultados de su ejercicio, de forma tal, que en tales aspectos remite la toma de decisión pertinente al juicio o a la voluntad de la propia Administración Pública⁴³.

Precisamente, el tema referido al ejercicio de potestades discrecionales es de especial interés para el presente trabajo, puesto que esto supone además, no sólo el nivel de libertad con el que actúan los OR, sino que también implica conocer, cual es el nivel de

⁴² Al respecto ver: BACA ONETO, Víctor Sebastián. La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En: Revista de Derecho Administrativo 11, Lima, 2012.

⁴³ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano: Manual de Derecho Administrativo. Cuarta edición. Barcelona: Editorial Ariel. 1996. Pág. 371.

capacidad de control que posee el Poder Judicial sobre decisiones que no responden directamente a conceptos legales.

En tal sentido, persisten dudas sobre si se la define (a la discrecionalidad) de manera *positiva* (como margen o libertad de decisión que el legislador confiere a la Administración), o por el contrario, de una manera *negativa* (esto es, desde la perspectiva de los límites intrínsecos del control jurídico que ejercen jueces y tribunales), como actividad administrativa susceptible de dicho control; es decir, como margen o libertad de actuación derivada de la ausencia de *normas de conducta*, dirigidas a la Administración, y -correlativamente- la carencia de *normas de control*, dirigidas al juez contencioso-administrativo⁴⁴. Se estima que no sólo es ante la ausencia de normas, sino a la realización de actos llevados a cabo en donde interactúan no sólo la normativa, sino los conocimientos técnicos y especializados de un sector.

Por otro lado, se entiende así que las potestades discrecionales son aquéllas que comportan la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Sin embargo, esa estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho. Por el contrario, existe una estimación cuya relevancia es llamada en forma expresa por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter⁴⁵. Por ello, es que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, anotan que *"No hay pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto."*⁴⁶

En el marco del Estado de Derecho, es esencial que existan mecanismos que permitan el control jurisdiccional de la actuación de los OR, sea ésta última de carácter reglado o discrecional. La duda que subyace para el caso de los OR, consiste en identificar el límite de dicho control y los mecanismos de tipo jurisdiccional con los que se cuenta en cada país, para hacer frente al derecho de revisión de las decisiones emitidas por los OR.

Con relación a la revisión y control jurisdiccional de la Administración Pública desde la experiencia en Argentina, MAIRAL⁴⁷ precisa que, (...) el tribunal judicial debe revocar las decisiones [de la Administración Pública en general] arbitrarias, caprichosas, que impliquen un abuso en el ejercicio de facultades discrecionales.

Ahora bien, nadie duda que en mejores tiempos, se apostara con mayor certeza, dada la calificación, especialización y predictibilidad en el funcionamiento y por ende, en las decisiones de los OR, a que el tipo de control jurisdiccional más adecuado, debía ser el control de razonabilidad y no el pronunciamiento sobre el fondo de la decisión de los OR. Sin embargo, hoy en día, debido a la notoria debilidad institucionalidad de los OR, no parece tan categórica la posibilidad de revisar o evaluar únicamente a nivel jurisdiccional, la razonabilidad de dichas decisiones.

⁴⁴ Cfr. BACIGALUPO, Mariano. Op. Cit. Pp. 26-27.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Op. Cit. P. 453.

⁴⁶ Ídem p. 454.

⁴⁷ MAIRAL, Héctor A. Control Judicial de la Administración Pública. Bueno Aires: Editorial Depalma. 1984, p. 41.

No se debe pensar, que con las afirmaciones descritas, se pretenda desconocer la necesidad que las decisiones de los OR, sean **controladas por el Poder Judicial, pues como ya se ha mencionado, los funcionarios encargados de los OR son elegidos por el Poder Ejecutivo, y tal como la realidad lo demuestra, no siempre actúan en función de sus capacidades y conocimientos en el sector regulado.**

III.2. Las decisiones de los Organismos Reguladores

Hasta el momento se ha señalado los alcances de la noción de regulación y quienes son los OR así como sus funciones. En este orden de ideas, se advierte que desde el punto de vista de la estructura del Estado, los OR son parte del conjunto de entidades que conforman la Administración Pública y por ende, sus decisiones son sendas manifestaciones de la voluntad de la administración.

En consecuencia, y para efectos del presente artículo, se advierte que los OR emiten entre otros, actos administrativos, los cuales tienen un proceso de emisión de acuerdo a los preceptos señalados en la Ley N° 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General" (en adelante LPAG). Dichas decisiones, una vez agotada la vía administrativa para su impugnación son susceptibles de revisión en sede judicial, a través del Proceso Contencioso-Administrativo.

En tal sentido, el diseño institucional de los OR, debe contemplar la implementación de mecanismos dentro de la propia entidad reguladora, que permitan el ejercicio de un debido procedimiento administrativo, donde la oportuna y efectiva reconsideración y apelación de sus decisiones se efectúe ante instancias plurales, solventes e independientes, garantizando que estas decisiones de ser el caso, sean cuestionadas y revisadas.

En materia regulatoria, las decisiones administrativas emanadas de los OR, son objeto de impugnación. De esta manera, las empresas reguladas y los usuarios que consideren que tal o cual decisión afecta sus intereses legítimos, puede recurrir en la vía administrativa al irrestricto ejercicio de su derecho de impugnación, y de no haber satisfecho sus intereses podrán recurrir a la vía judicial, previo agotamiento de la vía administrativa correspondiente.

En la vía administrativa, la LPAG, establece en forma supletoria en favor de los administrados, la existencia de medios impugnatorios regulados por normas especiales que habiliten el derecho a recurrir o contradecir, a través de los recursos de reconsideración, apelación y revisión.

Si bien es importante otorgar al administrado un medio de defensa idóneo en sede administrativa, el control jurisdiccional es otro de los mecanismos de impugnación que ellos poseen, ante una entidad distinta a la del OR. Por ello, es que existen un conjunto de reglas para habilitar en sede judicial, el ejercicio del derecho de tutela jurisdiccional a través del Proceso Contencioso-Administrativo, el mismo que necesariamente debe ser tramitado y resuelto por una autoridad judicial, y que constituye el instituto procesal ordinario por medio del cual, el Poder Judicial tiene asignada la facultad de control de los actos y decisiones que emiten los OR, tal como lo señala el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, "Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo" (en adelante LPCA).

Claro está que para el caso de las decisiones de los OR, en caso se requiera tutela jurisdiccional sobre los mismos, dichas decisiones deben ser actos definitivos. Sobre estos, MAIRAL precisa: "(...) La exigencia del carácter definitivo del acto se debe fundamentalmente a una actitud de deferencia judicial frente a la Administración: el tribunal no debe intervenir antes de que la Administración se haya expedido (o se considere que, con su silencio, lo ha hecho) sobre la cuestión que aflige al particular"⁴⁸.

Ahora bien, gran parte de la doctrina, señala que la vía judicial no es la única vía mediante la cual pueden ser cuestionadas las decisiones de los OR, estableciendo como una vía alternativa, el Arbitraje como un mecanismo idóneo para revisar las mismas. Si bien la normativa actual determina que las decisiones de los OR no son materia arbitrable, actualmente ya existen procesos donde se llevan a cabo procesos en dicha vía contra este tipo de decisiones.

Dicha parte de la doctrina, señala que la arbitrabilidad se deriva de un compromiso contractual (Contrato Ley) o internacional (Tratado) del Estado, es decir si no existe compromiso no hay arbitraje, por lo tanto sólo podría discutirse la arbitrabilidad de aquello a lo que el Estado se comprometió. En esta postura, BULLARD afirma, "(...) por supuesto que la arbitrabilidad [de las decisiones de los OR] alcanza sólo aquellos elementos recogidos directa o indirectamente por el contrato [se refiere al Contrato Ley] y, por tanto, no alcanza aquellos temas que el contrato no regula. Si el contrato señalara, por ejemplo, que las normas de acceso no son arbitrables, entonces debe respetarse el acuerdo. Pero si el contrato lo regula, entonces es arbitrable (...)".⁴⁹

En nuestra opinión, lo señalado anteriormente encontraría su fundamento, en que los OR, no son sólo organismos legales, sino que en esencia son organismos técnicos. Las funciones mediante las cuales interactúa con los prestadores de servicios, no sólo requieren del conocimiento legal, sino que además requieren de conocimientos técnicos necesarios para comprender su naturaleza, sus alcances, su trascendencia económica para el operador y para los usuarios. De acuerdo a ello, los OR deben estar en condiciones de comprender cómo las cuestiones técnicas pueden jugar a favor o en contra del interés general.

En tal sentido, el control jurisdiccional de las decisiones de los OR, deberá integrarse con el saber técnico, sin embargo, dicho control es necesario dado que en nuestro país muchos de los OR, carecen del personal adecuado, debido a que el nombramiento de muchos de estos funcionarios corresponde al Poder Ejecutivo, el cual en muchas ocasiones selecciona a los funcionarios no por sus conocimientos y experiencia en el mercado regulado, sino por el control político que desea ejercer sobre determinado OR.

Uno de los máximos exponentes en materia del análisis de los OR, como es el caso de ARIÑO⁵⁰ sostiene lo siguiente:

⁴⁸ MAIRAL, Héctor A. Op. Cit., pp. 238 - 239.

⁴⁹ BULLARD, Alfredo. El Estado soy yo. Arbitraje y Regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores? En: Regulación económica de los servicios públicos: Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica. Lima: ARA Editores. 2010, p. 53.

⁵⁰ ARIÑO, Gaspar. Prólogo al Libro Precios y Tarifas en sectores regulados. FER-Editorial Comares, 2001. pp. IX a XIX.

(...) Si queremos que el nuevo modelo de regulación se consolide y dé todos los frutos que en teoría lleva dentro, es preciso juridificar sus prescripciones, de modo que la Justicia pueda actuar cuando los operadores o los reguladores -Gobiernos incluido- violen las reglas que ellos mismos han aprobado. Es preciso diseñar nuevas formas de control de esas zonas de acción libre del político, que inventa continuamente nuevos títulos de intervención. Es necesaria una renovación de nuestros Tribunales, tanto en su estructura y composición como en su formación y sus hábitos de trabajo.

El problema que se nos presenta por delante, es identificar hasta qué punto y en qué medida, para el caso peruano, el Poder Judicial puede cuestionar las decisiones de los OR. El Poder Judicial puede pronunciarse con relación a determinar si se ha cumplido con la normativa, si el procedimiento mediante el cual se llevó a cabo cierto acto cumple con los requisitos establecidos, sobre los procedimientos de tipificaciones legal de faltas y sanciones, la veracidad de los hechos, la razonabilidad y racionalidad de los actos y decisiones, sin embargo, hasta qué punto puede pronunciarse cuando se adoptan decisiones en base a aquellos conocimientos técnicos y especializados que debe poseer los OR.

Sobre este último tema, ARIÑO⁵¹ agrega que:

(...) Los Tribunales británicos han fundamentado que su trato “deferente” hacia el regulador es un principio de eficiencia administrativa; entienden que la intervención jurisdiccional paralizaría la actuación eficaz y oportuna de la Administración y atentaría contra la seguridad de los negocios y transacciones, lo que se vería agravado por la incapacidad de los Tribunales para medir las consecuencias indirectas o policéntricas de sus sentencias, con efectos para terceros. Esto resulta especialmente grave en el ámbito financiero y crediticio, basado en la confianza y seguridad, lo que requiere soluciones inmediatas y firmes.

No obstante lo señalado por ARIÑO, somos de la opinión que al establecer un control judicial sobre aquellos actos funcionales de cualquier entidad, el problema que sobreviene y que no es de fácil solución, es el referido a la evaluación de aquellos actos que se cuestionan mediante la vía judicial y que en rigor, son actos que contienen intervenciones de carácter técnico. Por lo tanto, surge la interrogante de verificar, hasta qué punto es pertinente la intervención del Poder Judicial en dichas decisiones.

Es indudable, que gran parte de las decisiones de los OR, no sólo se basan en su capacidad legal, sino también en la **discrecionalidad que ostentan para resolver conforme no sólo a criterios legales sino también técnicos.**

En tal sentido, surge nuevamente el problema de la intervención judicial en aspectos donde no sólo intervienen conceptos jurídicos, sino en donde la discrecionalidad de los OR, parte de su conocimiento y *expertise* técnico.

Al respecto CASSAGNE⁵² ha elaborado la denominada teoría de la deferencia para restringir el control judicial de la actividad de las agencias reguladoras, de modo tal que:

⁵¹ ARIÑO, Gaspar. Regulación Económica. Editorial Aranzadi S.A., Primera edición. España, 2012. p. 381

⁵² CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”. RAP N° 157, Madrid 2002. Pg. 488 y ss.

(...) la interpretación del ente regulador prevalece en la medida en que no sea manifiestamente errónea o contradictoria con la regulación, o bien en la medida que sea razonable cuando la ley es insuficiente o ambigua.

También esta postura, establece que por la complejidad técnica de los conflictos que se suscitan en materia de regulación de servicios públicos, es preferible que ellos sean de conocimiento de los OR por ser organismos especializados. Se trata entonces de empoderar a los OR, a fin de que sus decisiones sean preferibles a las del Poder Judicial, dado que éstos no estarían en capacidad de conocer las complejas condiciones de cada servicio público, fundamentalmente en sus aspectos técnicos.

Así, la postura señalada por el maestro CASSAGNE, podría colisionar con lo establecido en el derecho constitucional y administrativo, puesto que existe un marco normativo que impulsa la actuación del Poder Judicial en dicha materia, tal como lo establece la LPCA en mérito de la cual, se permite el control jurisdiccional de la legalidad de la actuación de la administración pública.

Es pertinente traer a colación lo señalado por ARIÑO⁵³ quien indica que “aunque el juez puede revisar las decisiones que el Gobierno tome sobre los servicios [públicos], lo que no puede es poner en peligro el buen funcionamiento del sistema con decisiones judiciales ejecutivas, por lo tanto el marco legal [sobre todo el regulatorio en los servicios públicos] debe anteponerse y responder ante decisiones judiciales que lo afecten”.

En ese sentido, un elemento que consideramos importante, es el nivel de *expertise* que debe manejar todos los OR, pues tal como ya se ha hecho mención, no sólo poseen conocimientos normativos, sino que también conocimientos de alta especialización técnica, motivo por el cual se estima que un juez “generalista” carece de uno o más de estos atributos, no siendo lo más adecuado que pueda realizar un análisis sobre cualquiera de las decisiones técnicas del OR.

En un escenario donde el funcionamiento de los OR es el adecuado la revisión del Poder Judicial debería ser solo de forma. Sin embargo, el Poder Judicial, amparado en la normativa actual, realiza revisiones tanto de la forma (control de la legalidad) como del fondo (jurisdicción plena).

Si bien el presente trabajo no toca temas de posibles soluciones, una medida adecuada podría ser la implementación de salas especializadas, en las cuales se capacite a los Magistrados, en temas técnicos, puesto que muchas de sus decisiones no sólo repercuten en la legalidad de los actos, sino en aspectos técnicos, sociales e incluso económicos del servicio regulado.

En situaciones en las que se encuentra acreditada la idoneidad y alta especialidad técnico- legal de las decisiones a cargo de los OR, el control del Poder Judicial, debe circunscribirse a los aspectos procesales y a la verificación de que no existan vulneraciones a la normativa.

⁵³ ARIÑO, Gaspar. Servicio público y control judicial: el caso de las tarifas. Intervención en el Congreso de Juristas Hispanoargentinos. Buenos Aires. 2004. p. 60.

III.3. Arbitrabilidad de las decisiones de los Organismos Reguladores

Una de las premisas cada vez más desmentidas por la realidad, y en especial la del Perú, es de estimar que aquellos sujetos que debe resolver la materia controvertida por las partes, esto es los árbitros, tienen la capacidad técnica y jurídica para revisar las decisiones arbitrables de los OR. Sin embargo, estimamos que “no toda” decisión del regulador pueda ser materia arbitrable.

Es pertinente señalar que en la mayoría de contratos de concesión se estipula que las decisiones del regulador no son arbitrables. Asimismo, la normativa aplicable señala en forma explícita lo mismo.

Al respecto, CASTILLO FREYRE y SABROSO⁵⁴ señalan que:

(...) debemos recordar que el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. En ese sentido, resulta evidente que ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones -en su calidad de concedente- ni el concesionario, tienen libre disposición sobre las funciones otorgadas por Ley al OSITRAN.

En otras palabras, ni el concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emite el OSITRAN derivados precisamente de dichas funciones legales), es decir, no pueden decidir libremente sobre ellas, por lo que tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero (Tribunal Arbitral) la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas.

En la cita señalada, ambos autores niegan la arbitrabilidad de cualquier asunto que se derive de una decisión regulatoria, simplemente porque consideran que ello contradice el principio de que no son arbitrables los temas que no son de libre disposición, sino porque la propia Ley señala que no son arbitrables las decisiones de los OR. Sin embargo, de conformidad con lo señalado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, “Decreto Legislativo que norma el Arbitraje”, son materias susceptibles de arbitraje “las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

Por lo tanto, se debe entender que la arbitrabilidad nace de un contrato o de un compromiso internacional (Tratado), que el Estado Peruano ha pactado en calidad de privado con otro privado. Esto sin desconocer las atribuciones con las que cuenta todo Estado.

En el caso planteado, sería válido interpretar que la arbitrabilidad estaría sujeta a aquello a lo que se comprometió el Estado, tal como ha sido señalado en reiteradas ocasiones por “diversos abogados autodenominados especialistas en arbitraje” o también conocidos como “arbitrólogos”, al sostener que no se trata de someter a juicio un procedimiento administrativo, sino el incumplimiento de aquello que fue pactado. Sin embargo, no todas estas decisiones pueden ser materia del contrato, por lo tanto al señalar que las decisiones de los OR no son arbitrables, deberá ser materia de análisis caso por caso.

⁵⁴ CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita. ¿Las Funciones del OSITRAN son materia arbitrable? En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte 5, 2010. pp. 144 y 145.

Una restricción a la plena arbitrabilidad de las decisiones de los OR se encuentra en el caso del numeral 5) del artículo 4° de la LPCA, en el cual se establece lo siguiente:

Artículo 4.- Actuaciones impugnables

(...) Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

(...)Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se dedica, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

Asimismo, el artículo 62° de la Constitución Política del Estado, señala que:

La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Por otra parte el artículo 63° de la Constitución Política establece que:

(...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

Es necesario señalar que lo que puede ser materia arbitrable es aquello que tenga directamente relación con el contrato y afecte a sus partes. En consecuencia, no estamos de acuerdo con lo **señalado por otros autores o “autodenominados arbitrologos”, en el sentido que el arbitraje lo puede ver absolutamente todo.**

IV. La discrecionalidad Administrativa

4.1. Alcances de la discrecionalidad Administrativa

Para una adecuada comprensión del rol que cumplen los OR es necesario evaluar el impacto que cumplen en el desarrollo de sus actividades. Precisamente, a continuación se procederá al análisis de la actividad discrecional que adoptan en el ejercicio de su actividad administrativa, y los peligros que ello puede generar para el ejercicio irrestricto y sin parámetros del control jurisdiccional de las decisiones de los OR.

4.2. Tipos de discrecionalidad

Existe una acertada taxonomía de la discrecionalidad, la misma que ha sido desarrollada por el maestro CASSAGNE⁵⁵. En tal sentido, dicho autor anota que existen distintas modalidades de discrecionalidad administrativa, a saber:

- a) **Discrecionalidad típica**, constituida por aquéllos casos en los que el margen de arbitrio o libertad de apreciación de la norma no está limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados, y en los que el órgano administrativo está habilitado para escoger una solución entre otras posibilidades igualmente justas.
- b) **Discrecionalidad atípica**, constituida por aquellos supuestos en donde la discrecionalidad se halla acotada por un concepto jurídico indeterminado de valor que si bien, en principio, admite un única solución justa, puede en algunas circunstancias suponer cierto margen de valoración entre varias posibilidades justas (por ejemplo, la regla de que las tarifas en los servicios públicos deben ser “justas y razonables”), aun cuando el concepto jurídico indeterminado viene a limitar el margen de libertad.
- c) **Discrecionalidad atenuada o restringida**, en aquellos casos donde el espacio de libertad está constreñido a los supuestos predeterminados por la norma objetiva, donde la discrecionalidad se limita a la facultad de elegir alguna de las soluciones ya previstas.

4.3 Formas de Control Jurídico de la discrecionalidad administrativa

En la medida que la discrecionalidad administrativa no implica un área exenta del derecho, sino todo lo contrario, es un ámbito de decisión libre, configurado desde el derecho para el servicio de los fines de interés público, es interesante anotar que el derecho administrativo ha formulado una serie de instrumentos jurídicos para reducir el ámbito de libertad de la discrecionalidad administrativa, y posibilitar el control judicial de la discrecionalidad.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ enseñan que existen cuatro formas, que el derecho administrativo concibe para el control jurídico de la discrecionalidad. Estas son las siguientes:

a) La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados

Una de las principales técnicas de reducción de la discrecionalidad administrativa, es la del empleo de los conceptos jurídicos (o legales) indeterminados⁵⁶. Este concepto, en su formulación viene a limitar la doctrina de la discrecionalidad como ámbito exento del control judicial, al permitir el juzgamiento pleno de ciertas decisiones administrativas que consistían en aplicar conceptos definidos genéricamente por el ordenamiento positivo,

⁵⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial. Op. Cit. Pp.163-164.

⁵⁶ Al respecto véanse las líneas escritas por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”. Estudio incluido en: Democracia, Jueces y Control de la Administración. Quinta edición ampliada. Madrid: Editorial Civitas. 2000, pp. 217-254, en refutación de lo escrito por Miguel BELTRÁN DE FELIPE, en su obra: Discrecionalidad Administrativa y Constitución. Colección Temas Clave de la Constitución española. Madrid: Editorial Tecnos.1995, pp. 235 a 261.

tales como “oferta más conveniente”, “enfermedad contagiosa”, etc.

CASSAGNE afirma que a diferencia de la discrecionalidad, esta técnica no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades, sino un problema de aplicación del Derecho, que se reduce, esencialmente, en reducir el marco de decisión a una única solución justa⁵⁷.

En tal sentido, podrían existir varias opciones o soluciones que pueden surgir de la aplicación de la norma, aunque en virtud a la existencia del concepto jurídico indeterminado, únicamente se puede optar por una solución justa, esto es, la solución correcta de aplicación a dicho caso. Entonces, queda claro que la aparición de esta categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, responde al afianzamiento de la concepción que postula que en el Estado de Derecho la administración debe hallarse siempre vinculada por la Ley y controlada por los jueces con las menores lagunas posibles.

Algunos autores han pensado que esta categorización perdería su interés si se sometieran a la revisión judicial todas las decisiones dictadas en el marco de la discrecionalidad, cosa que no creemos. A lo sumo, lo que puede cambiar es la densidad del control y de sus consecuencias, ya que frente a un concepto jurídico indeterminado, la Administración está obligada a la adopción de una única decisión justa posible, al menos, en principio. Y aun cuando se acepte que ciertas decisiones sobre conceptos jurídicos indeterminados admiten dos o más soluciones justas, es evidente que este marco (el de la solución justa) viene a operar como límite de reducción de la discrecionalidad administrativa, aunque, al propio tiempo, permita cierto margen de elección en la búsqueda de la solución que impone la justicia⁵⁸.

b) El control sobre los elementos reglados del acto

No existe ninguna potestad que sea enteramente discrecional, en aplicación del imperativo de vinculación positiva de la administración a la Ley. De esta manera, una solución al problema de la discrecionalidad puede encontrarse en los contenidos reglados del acto de aplicación de la norma, toda vez que en función a dichos elementos reglados (o preestablecidos por la norma) es que se puede deducir los alcances del control jurisdiccional sobre el ejercicio de la potestad discrecional así considerada. Estos elementos reglados del acto, son justamente los elementos establecidos en el artículo 3° de la LPAG, la cual establece los requisitos esenciales para la validez de todo acto administrativo, sea este reglado o discrecional⁵⁹.

⁵⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial. Op. Cit. P. 164.

⁵⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial. Op. Cit. P.165.

⁵⁹ Ley N° 27444. “Ley del Procedimiento Administrativo General”.

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

c) El control sobre los hechos determinantes

Existen determinados hechos acaecidos en la realidad que sirven de presupuesto para la adopción de una decisión administrativa discrecional. En tal sentido, dichos hechos *determinantes* para la adopción de tal decisión, deben ser analizados para poder descubrir la razón o el fundamento para la adopción de la decisión, es decir, la base para la utilización de un poder discrecional.

d) El control por los Principios Generales del Derecho

Un último reducto del control de la discrecionalidad administrativa se encuentra constituido por los principios generales del derecho.

CASSAGNE señala que los principios generales del derecho son el origen o el fundamento de las normas, y participan de la idea básica de principalidad (en sentido ontológico) que les otorga primacía frente a las restantes fuentes del derecho.

Asimismo, el maestro argentino refiere que tales principios se fundan en el respeto de la persona humana o en la naturaleza de las cosas, y por ello encierran la concepción del derecho natural⁶⁰. Su auge en el derecho administrativo obedece a la conmoción del principio de la primacía de la ley escrita y a la falta de codificación, que hizo imposible extender a dicha disciplina la técnica de generalización creciente de las normas positivas. Se refiere asimismo, que los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento y existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial, no obstante ser la jurisprudencia una de las fuentes más importantes de su manifestación externa. Ellos funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento, permitiendo realizar una labor correctiva o extensiva de las normas, e integradora del mismo frente a la carencia de normas que rijan una cuestión⁶¹.

De esta manera, y aplicando los Principios al Derecho Administrativo, se tiene que algunos de ellos cumplen la función de medios de protección tendientes a impedir las arbitrariedades de los poderes públicos, limitando el ejercicio de las denominadas potestades discrecionales, así como también se constituyen como límites al ejercicio de las potestades y poderes de las entidades de la administración pública, tales como el poder reglamentario, las potestades ablatorias o la siempre temida potestad sancionadora de la Administración⁶². Por ejemplo, en ese sentido, cabe la invocación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, constantemente aplicados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para el control del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

⁶⁰ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis de los servicios públicos en Argentina. Op. Cit. p. 196.

⁶¹ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel Marienhoff. Director - Juan Carlos Cassagne; Abeledo – Perrot. Vol. I. Buenos Aires. 1998. Op. Cit. p. 197.

⁶² Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos: Derecho Administrativo. Op. Cit. Pp. 197-198.

En conclusión, y tal como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, todo el derecho, pero de manera muy particular el derecho administrativo, según hoy impone inequívocamente la Constitución, se constituye necesariamente sobre un sistema de principios generales del Derecho que no sólo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a éstas todo su sentido y presiden toda su interpretación. Estos principios generales no proceden por deducción de primeras verdades morales, sino que son principios técnicos, que articulan sobre todo el mecanismo básico del derecho, que son las instituciones; y su desarrollo y perfección es un fruto de la vida jurídica, un hallazgo a través del manejo de problemas concretos, y es la obra por excelencia de la jurisprudencia y de la doctrina, actuando en recíproca interrelación⁶³.

En el ordenamiento jurídico peruano, se ha incorporado por primera vez un completo catálogo de principios aplicables al procedimiento administrativo, específicamente en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. Al margen de las discusiones académicas existentes respecto a la extensión de los mismos, así como a la distinción entre principios y técnicas de actuación administrativa, no es menos cierto que se puede afirmar sin ambages, que los principios generales del derecho administrativo, informan a todo el ordenamiento, constituyen su sustento y base, y además sirven de orientación, delimitan la actuación de los operadores jurídicos y limitan el ejercicio de las potestades de las entidades públicas. Asimismo, no debe perderse de vista que, el ordenamiento sancionador administrativo también tiene sus propios principios, los cuales se encuentran recogidos en el artículo 230 de la LPAG, y como tal, informan al ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades de la administración pública.

En esa medida, en muchas de las instituciones reguladas en la LPAG puede apreciarse la incidencia directa de los principios generales del derecho administrativo, siendo allí donde radica la importancia de la aplicación de los mismos, así como su correcto uso en la actuación de la Administración y de los administrados en sus relaciones⁶⁴.

e) El control sobre la finalidad a ser obtenida mediante el ejercicio de las potestades administrativas. En particular, la desviación de poder

Un último modo de control de la discrecionalidad se encuentra en el análisis de la finalidad para la cual fue actuada una potestad discrecional. De hecho, la finalidad última y única de la administración pública es el interés general o el interés de la ciudadanía entera. En función a esta finalidad básica, es que las distintas finalidades que se vayan otorgando a la Administración Pública serán predeterminadas a un servicio del interés público, sin que la entidad se encuentre habilitada para desviarse de dicha finalidad, sea para satisfacer intereses propios, de terceros, o para servir una finalidad distinta a la prevista en la Ley.

Lo contrario, sería incurrir en un vicio de desviación de poder, la misma que puede constituirse en un vicio de nulidad del acto administrativo emitido con una finalidad distinta a la prevista en la Ley (finalidad pública como elemento del acto administrativo).

⁶³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: Curso de Derecho Administrativo. Op. Cit. Pp 88-89.

⁶⁴ Para un actual análisis de la incidencia de los principios generales del derecho administrativo, y en particular del procedimiento administrativo en Latinoamérica, recomendamos la lectura del libro de Allan Randolph BREWER-CARÍAS. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Prólogo de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. Bogotá: Editorial Legis. 2003.

En tal sentido, y tal como se ha señalado existen métodos para controlar a la discrecionalidad de la Administración.

Un punto determinante a tomar en cuenta es el interés público. En el presente caso la finalidad de la contratación busca satisfacer el interés público, aunque para la contratación las bases no hayan sido modificadas. El objetivo central de la contratación busca satisfacer mediante esta medida de emergencia la necesidad que la Administración requiera.

V. La actividad regulatoria y su incidencia en la adecuada ejecución de los contratos

Se ha señalado que los OR son aquellas entidades que en principio, supervisan la ejecución y desarrollo de los contratos de concesión. Los OR si bien poseen o deben poseer autonomía funcional, no están exentos de rendir cuentas (accountability) por el desarrollo de sus actividades. Usualmente, este tipo de obligaciones se encuentra contenida en sus normas de creación.

Es importante señalar que los problemas de la gestión regulatoria, no son esencialmente normativos, sino propios de la visión u objetivos que se plantean las autoridades de turno de los OR, en relación a las actividades materia de su competencia.

Se podría detallar una serie de aspectos en los que se detecta una constante debilidad en el ejercicio de la actividad regulatoria. No es el objeto del presente artículo reseñar estos temas. Sin embargo, basta explicar alguno de ellos, para comprender las características de estos problemas.

En primer lugar, es evidente que si bien es adecuado que los OR sean entidades adscritas a la PCM, también lo es, que muchas de las actividades o decisiones políticas se encuentran en manos del Ministerio de cada sector competente y no de la PCM. Tal como se ha señalado, los OR en cuanto a su composición, son organismos multidisciplinarios y especializados, sin embargo, se ha advertido que a nivel de nuestra legislación interna, las características con las que debe contar un OR no son las más adecuadas.

Los OR están compuestos por un grupo multidisciplinario de personas, en el que los principales funcionarios siguen siendo elegidos por el Poder Ejecutivo, motivo por el cual, salvo honrosas excepciones, muchos de los cargos principales se encuentran al mando de funcionarios que no cuentan con el *expertise* necesario en el sector regulado en el que han sido designados, sino de la capacidad técnica y/o normativa del sector, es decir no son especialistas en la materia lo que ocasiona que muchas de sus decisiones carezcan de fundamento o incluso que estas sean, solamente medidas populistas para los gobiernos de turno.

Es pertinente señalar lo establecido por ZEGARRA VALDIVIA, respecto al caso del Consejo Directivo de uno de los OR como es el OSIPTEL en el período 2007-2010:

(...) Se hace necesario demandar al ejecutivo que garantice los procesos, establecidos y ordenados en la designación, composición y mandato de los miembros del Consejo directivo de manera que no se vean afectadas por coyunturas políticas o

por la inacción del Gobierno de turno, perjudicando de esta forma el ejercicio de sus funciones de regulación en una actividad que está directamente vinculada con la prestación de un servicio esencial para la población⁶⁵.

En segundo lugar, la falta de capacidad y de reacción del Poder Ejecutivo, puede conllevar a un conjunto de afectaciones a un servicio esencial y que ellas incidan en forma directa en los usuarios, incluso al no tener un procedimiento claro, puede determinarse nombramientos de personal no apto para dichos cargos, lo cual también perjudica y repercute negativamente en la actividad materia de regulación.

En tercer lugar, se puede advertir que otro de los aspectos que inciden en la debilidad de las autoridades regulatorias y afectan la eficacia de la ejecución contractual, es la actitud confrontacional de sus autoridades con las empresas prestadoras. En muchas ocasiones, se parte de la premisa equivocada, que los concesionarios son antagonistas antes que colaboradores de la administración. Si bien es cierto, se puede constatar la existencia de malas prácticas empresariales, las cuales deben merecer todo el peso de la ley, también lo es, que la calidad de la gestión regulatoria se encuentra afectada por el sesgo o actitud con el que se ejerce la actividad regulatoria sobre las empresas prestadoras.

En cuarto lugar, se puede identificar que un aspecto esencial para el éxito de la gestión regulatoria se encuentra en la adecuada asignación de recursos para su funcionamiento. Este aspecto, incide muchas veces en la calidad de la gestión regulatoria y determina los rumbos de la acción regulatoria. Un ejemplo muy sencillo en el caso peruano, es el caso de la empresa de saneamiento y de agua potable de Lima, conocida como SEDAPAL. En la práctica, dicha empresa es la que literalmente genera los ingresos para el funcionamiento del OR de dicha actividad (SUNASS). La sola afectación de los recursos de la empresa como es el caso del fondo intangible o el uso alternativo de los recursos destinados al aporte regulatorio, pueden en la práctica, significar la paralización del funcionamiento del OR.

En quinto lugar, se aprecia que la discrecionalidad administrativa en las tareas de interpretación de determinadas competencias de los OR, afecta la predictibilidad en la actuación de dicha entidad. Este aspecto, es muy sensible en los últimos tiempos, en los que sin haberse modificado o alterado la normativa aplicable, se cambia el sentido de las decisiones a cargo de los OR. El tema es particularmente sensible por el tipo de estipulaciones existentes en este tipo de contratos, que usualmente son de mediano y largo plazo.

VI. Conclusiones

- 6.1. El concepto de regulación tiene diversas acepciones. Puede significar desde el punto de vista jurídico, la existencia de un conjunto de normas que determinan una actividad. Desde el punto de vista económico, implica un conjunto de reglamentaciones a través de las cuales se busca satisfacer el interés general.
- 6.2. Los OR se crean para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión, aislados de los vaivenes políticos, sin embargo,

⁶⁵ ZEGARRA, Diego. La estabilidad orgánica como Garantía de la Independencia de la Administración reguladora: El caso del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL (1993-2010). En: Revista Derecho y Sociedad 35. Año XXII. 2011. p. 37.

- en la práctica esto no sucede lo que determina que los funcionarios asignados dependan del ejecutivo o no se encuentren debidamente calificados.
- 6.3. Los OR tienen como finalidad establecer un equilibrio entre los intereses de los distintos actores que participan en el proceso regulatorio, armonizando los derechos de las empresas operadoras y de los usuarios, para asegurar la continuidad y regularidad de los servicios, en beneficio de todos los partícipes en la actividad.
 - 6.4. Los OR son entidades que deben ser independientes del poder político y cuyo objetivo, es verificar y asegurar la calidad de los servicios comprometidos. Si bien las funciones de los OR son eminentemente técnicas (fijar precios y tarifas de los servicios, etc.), es necesario que estos se encuentren formados por un equipo multidisciplinario y capacitado en el sector, con el fin de poder llevar a cabo su finalidad, la cual no sólo se limita a un marco normativo, sino también económico, y tal como se ha señalado, también de orden social.
 - 6.5. En la actualidad no se discute la necesidad de efectuar un control jurisdiccional de las decisiones de los OR. Es indudable que como toda actividad administrativa, el ejercicio de la función regulatoria se encuentra sometida a control. El debate se debe centrar, en cuales son los aspectos que deberían ser sometidos al control jurisdiccional.
 - 6.6. En la medida en que se encuentre garantizado el adecuado rol de los OR, es poco probable que el control jurisdiccional incida en los aspectos técnicos involucrados en el desarrollo de la actividad de los OR. Por el contrario, las irregularidades que dichos OR expliciten en el ejercicio de sus funciones, otorgará una mayor legitimidad al Poder Judicial, para efectuar dicha tarea de revisión tanto en sus aspectos formales como técnicos.
 - 6.7. En términos conceptuales, el modelo ideal de regulación para el caso peruano, sería que el Poder Judicial solo intervenga en la revisión de los aspectos normativos de las decisiones emitidas por los OR. Ello, implica que los OR cumplen a plenitud con el desarrollo de sus funciones.
 - 6.8. En la economía globalizada de hoy en día, se requiere que los países tengan profesionales altamente especializados, que sean capaces de adaptarse rápidamente a un entorno cambiante y a las necesidades cambiantes del sistema productivo. Estos profesionales no solo necesitan un alto grado de formación sino que también, se debe tomar en consideración, la importancia de la formación profesional y la mejora continua en los puestos de trabajo. .
 - 6.9. Se debe cautelar el adecuado ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades de los OR, pues ello incide en forma directa en la calidad de la gestión regulatoria. En tal sentido, se ha podido constatar que gran parte de los problemas regulatorios que se presentan en el Perú, se encuentran vinculados a la forma en que se ejerce la función y no a la normativa aplicable al caso.
 - 6.10. La realidad de los últimos años, nos demuestra que muchas de las decisiones de los OR, colisionan con las funciones de los Ministerios de los determinados sectores, generando así, que la relación Ministerio-Concedente, sea una "suerte de "Mesa de

Partes” donde los OR notifican sus decisiones. Sin que ello signifique que los OR se deba identificar con los intereses del Estado como parte contratante, es necesario que se establezca una adecuada relación de colaboración entre estas entidades.

Bibliografía

- AGUILAR VALDEZ, Oscar. El acto administrativo regulatorio. En AA.VV., Acto administrativo y reglamento. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2002.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar y DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos. En Separata de Cuadernos de Derecho Público 9. Madrid, enero-abril 2000.
- ARIÑO, Gaspar. Mesa redonda: un inventario de ideas fundamentales sobre la regulación de servicios públicos. En: Themis, revista de Derecho 46, Lima, 2003.
- ARIÑO, Gaspar. Prólogo al Libro Precios y Tarifas en sectores regulados. FER-Editorial Comares, 2001.
- ARIÑO, Gaspar. Regulación Económica. Editorial Aranzadi S.A., Primera edición. España, 2012. p.
- ARIÑO, Gaspar. Servicio público y control judicial: el caso de las tarifas. Intervención en el Congreso de Juristas Hispanoargentinos. Buenos Aires. 2004.
- ARREDONDO POLAR, Alberto, Regulación económica y regulación social en el Perú. Documento de trabajo. Arequipa. 2009, p. 10.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián; La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En: Revista de Derecho Administrativo 11, Lima, 2012.
- BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa. (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Prólogo de Martin Bullinger. Marcial Pons. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 1997.
- BIANCHI, Alberto. La regulación económica. Buenos Aires: Editorial Abaco. 2001.
- BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Prólogo de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. Bogotá: Editorial Legis. 2003.
- BULLARD, Alfredo. El Estado soy yo. Arbitraje y Regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores? En: Regulación económica de los servicios públicos: Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica. Lima: ARA Editores. 2010.
- BUSTELO, Ernesto N. Responsabilidad del Estado por la actividad a omisión de los Entes Reguladores de los servicios públicos privatizados, en Servicios Públicos. En: Lexis Nexis, IEDA, Editorial Dike, 2001.

- CANOSA, Armando. Lineamientos para la conformación de un ente de control del transporte terrestre. En: AEDP 13, Ad Hoc. Bueno Aires. 2000.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel Marienhoff. Director - Juan Carlos Cassagne; Abeledo – Perrot. Vol. I. Buenos Aires. 1998.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”. RAP N° 157, Madrid 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos. La crisis de los servicios públicos en Argentina. En: CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Servicio Público y Policía, Universidad Católica Argentina. El Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitas. 2006.
- CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita. ¿Las Funciones del OSITRAN son materia arbitrable? En: Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte 5, 2010.
- COFEMER, ¿Qué es la regulación?, México D.F. En: <http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=89>.
- COMADIRA, Julio. Derecho Administrativo. En: LexisNexis. Segunda edición, año 2004. Buenos Aires.
- COMADIRA, Julio. Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al caso Enargas, Enre, CNT y Etoss). En: Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1996, p. 253.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. La función que cumplen los Organismos Reguladores de Servicios Públicos en el Ordenamiento Peruano: ¿Tutela de los usuarios o árbitros?, en Regulación económica de los servicios públicos: Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica. Lima: ARA Editores.
- ESTEVE PARDO, José. La regulación de la economía desde el estado garante. En: AA.VV. La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales, Publicaciones de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo. Pamplona: Thomson-Aranzadi.2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Novena edición. T. I., Volumen I. Madrid: Civitas ediciones. 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. Estudio incluido en: Democracia, Jueces y Control de la Administración. Quinta edición ampliada. Madrid: Editorial Civitas. 2000.
- GORDILLO Gordillo, Agustín. Tratado de derecho administrativo. T° 2, La defensa del usuario y del administrado, 9ª edición. Buenos Aires: F.D.A. 2009.
- JOSKOW, Paul y NOLL, Roger. Regulación económica, desregulación y reforma regulatoria durante la década de los ochenta. Documento de Trabajo. PUCP, 1999, p. 10.

- KRESALJA, Baldo. El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. En; Themis Revista de Derecho 39, Lima, 1999.
- MAIRAL, Héctor A. Control Judicial de la Administración Pública. Bueno Aires: Editorial Depalma. 1984.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. La categoría de las relaciones especiales de sujeción. En Guillermo A. Muñoz y Jorge L. Salomoni (dir.), Problemática de la administración contemporánea. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Manual de Derecho Administrativo. Cuarta edición. Barcelona: Editorial Ariel. 1996.
- PAREJO, Alfonso L. La Potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes, apuntes para un estudio del fenómeno. En: AA.VV, Administración Instrumental, Libro Homenaje al Profesor Clavero Arévalo. Madrid: Editorial Civitas. 1994.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro; El Concesionario de Servicios Públicos Privatizados. La Responsabilidad del Estado por su accionar. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1997.
- QUINTANILLA ACOSTA, Edwin. Armonización Regulatoria: Institucionalidad y Autonomía de los Organismos Reguladores. En: Andean and Central American Congress, 2007.
- RICCIARDI, Darío A. Reflexiones sobre aspectos de la regulación tarifaria en los servicios públicos del sector eléctrico. En: LexisNexis- Depalma, REDA N° 48. Buenos Aires. 2004.
- TATCHER, Mark (2001). Delegation to Independent Regulatory Agencies in Western Europe, Paper presented at the 29th ECPR Joint Session of Workshop, Grenoble, France.
- ZEGARRA, Diego. La estabilidad orgánica como Garantía de la Independencia de la Administración reguladora: El caso del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL (1993-2010). En: Revista Derecho y Sociedad 35. Año XXII. 2011.