

Entrevista al Dr. Jorge Danós Ordóñez*

Aspectos Generales de la Regulación de Servicios Públicos en el Perú

Por: Jorge Palacios Palacios
Jaqueline Terrel Taquiri

- 1. El Estado tiene como principal tarea velar por el orden constitucional y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Además es el ente rector encargado de mantener el orden social y el bienestar general. Sin embargo, en la actualidad la concepción del Estado atraviesa cambios, que, de alguna manera, afectan su capacidad regulatoria.**

En el mundo se ha pasado del Estado de bienestar al Estado neoliberal. En Perú esta última concepción propugna mayores libertades económicas y de actividad empresarial para los individuos a diferencia del papel subsidiario del Estado.

En este contexto, ¿cuál es el marco legal en el que se hallan las facultades regulatorias del Estado en el Perú frente al régimen jurídico vigente?

Como producto de la reforma del rol del Estado en la economía operada en nuestro país desde inicios de la década de los 90 del siglo pasado, proceso respaldado por la Constitución de 1993, hemos pasado de un Estado que cumplía un rol protagónico como agente económico muchas veces bajo formas empresariales, a un Estado que atiende las necesidades públicas mediante la potestad regulatoria, es decir generando marcos legales sectoriales que regulan la actividad de los agentes económicos privados en la economía, sin interferir arbitraria o desproporcionadamente en sus decisiones.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que ha interpretado el régimen económico consagrado en la Constitución vigente señala que el Estado tiene constitucionalmente reconocida la potestad de regular (en sentido amplio) las actividades económicas en orden a tutelar los intereses de la colectividad, de modo que las actividades de los agentes privados no afecten los intereses y derechos de los ciudadanos (la salud, la seguridad, el medio ambiente, etc.).

Junto con dicha potestad regulatoria el Estado debe poder ejercer la potestad de fiscalización, para verificar la observancia del marco regulatorio y la potestad sancionadora para castigar las conductas contrarias al ordenamiento regulador.

- 2. Por otro lado, nuestra Constitución señala un concreto régimen económico que es la economía social de mercado, ¿considera usted, que desde el derecho regulatorio tal manifestación genera alguna consecuencia positiva o negativa para el desarrollo de la actividad regulatoria del Estado? En todo caso, qué implicancias tiene para el ejercicio de la misma?**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional que cumple el rol de supremo intérprete de la Constitución señala que la economía social de mercado constituye un principio constitucional que caracteriza un régimen económico de mercado pero con la posibilidad que el Estado utilice correctivos sociales para generar

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría con mención en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Diplomatura en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Diplomatura en Derechos Humanos en el Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en los cursos de Derecho Administrativo. Profesor en la Maestría de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Maestría de Tributación en la escuela de Postgrado en la Universidad de Lima. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Miembro honorario del Instituto Chileno de Derecho Administrativo. Vicepresidente del Instituto de Derecho de los Servicios Públicos (IDESER). Miembro del Consejo Consultivo del Poder Judicial. Integrante del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Ex Presidente de las Comisiones designadas por el Ministerio de Justicia del Perú que prepararon los proyectos que dieron origen a las vigentes Ley de Procedimiento Administrativo General y Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Ex miembro de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales en el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional del Ucayali. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y del OSCE. Ex. Jefe del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros. Socio del Estudio Echeopar Abogados. Miembro del Consejo Consultivo de **Derecho & Sociedad**.

condiciones de igualdad de oportunidades. Dicho principio no pretende la total abstención del Estado o su desentendimiento de la economía, como tampoco postula que el Estado centralice todas o buena parte de las decisiones económicas porque el protagonismo en la economía corresponde a la iniciativa privada.

Como ya hemos señalado, la jurisprudencia constitucional Peruana reconoce que una de las más funciones que debe cumplir el Estado en la economía es el ejercicio de la potestad regulatoria de las actividades económicas, velando porque la actividad económica privada se desarrolle sin afectar la salud, la moral y las seguridades públicas, entre otros bienes jurídicos tutelados (art. 59°).

3. El Perú es un país subdesarrollado que necesita de la inversión privada para el crecimiento económico y social; sin embargo, también es un hecho que los capitales privados no pueden actuar sin un marco legal claro, el cual es necesario para atraer inversiones, evitar conflictos sociales y alcanzar la paz social en justicia. En tal sentido, en la práctica ¿es posible lograr el equilibrio entre una regulación eficiente pero atractiva para los capitales extranjeros?

Si. En nuestro régimen constitucional y jurídico en general existen los instrumentos jurídicos para desarrollar una regulación eficiente que no desaliente la inversión privada. Sin embargo vale la pena precisar que muchas veces los problemas que pueden constatare en algunos sectores o actividades económicas no se generan por una supuesta ausencia de intervención reguladora del Estado sino porque las políticas regulatorias generalmente no vienen acompañadas de los mecanismos para velar por su cumplimiento, porque a los poderes políticos a veces resulta cómodo aprobar o dictar normas pero no construir la institucionalidad necesaria para fiscalizar, supervisar y sancionar las conductas violatorias, tarea más compleja ya no de carácter normativo sino administrativa que requiere invertir recursos y contar con personal capacitado y motivado para velar porque el marco legal no sea meramente declarativo.

Por esa razón no es infrecuente que en los niveles de decisión política se incurra en el círculo vicioso de pretender corregir las disfunciones anotadas por la vía de incrementar la regulación en determinados sectores económicos con el argumento de favorecer los intereses de la colectividad generando efectos totalmente contrarios a los esperados si es que no se cumple con verificar que dicha regulación es cumplida o respetada por sus destinatarios.

4. A su vez, el Perú es un país institucionalmente débil. Es así que las grandes inversiones pueden llegar a influenciar el desarrollo del marco legal creado justamente para regularlas, llegando, en algunos casos, a politizarse los procesos de inversión (en esa línea, las constantes críticas a la figura del contrato ley). En su opinión, ¿Cómo se puede garantizar una legislación regulatoria realmente efectiva?

Mediante tres medidas: (i) garantizando la transparencia de los procesos regulatorios para que pueda producirse el control ciudadano y de los medios de comunicación; (ii) precisando y haciendo más riguroso el régimen de incompatibilidades de quienes tienen participación y sobre todo capacidad de decisión en los procesos regulatorios para evitar lo que los norteamericanos denominan la práctica de las “puertas batientes” de personal que intercambia con frecuencia sus roles en el sector público y en el privado, y (iii) regulando la gestión de intereses (*lobby*) de manera realista y no como la norma vigente que nadie la cumple por ser irreal, a efectos de que se transparente la participación inevitable y sin duda alguna necesaria de los agentes económicos privados que serían los destinados a cumplir la regulación que se apruebe y que tienen interés en expresar su posición.

No debería repetirse la experiencia de los últimos años en los que los Consejos Directivos de varios de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos en nuestro país han estado funcionando con pocos integrantes porque el Gobierno no cumplía con designar a los que debían completar el quórum, además de mejorar sensiblemente los procesos de selección (concurso) de los Directores para evitar su politización.

5. Debido a las características económicas de nuestro país no es inusual encontrar monopolios naturales a las empresas en ciertos sectores, como por ejemplo las transportadoras de gas en las regiones o Telefónica en su momento. ¿Cómo afecta esta situación a la capacidad regulatoria del Estado y a su fin último que es la satisfacción y bienestar del ciudadano?

Precisamente la regulación económica en sentido estricto es la técnica establecida en nuestro ordenamiento jurídico para que el Estado atienda los intereses de la colectividad en el ámbito de las actividades económicas que se desarrollan a través de monopolios naturales o en las que existen graves fallas del mercado que hacen difícil si no imposible que exista competencia entre las empresas operadoras que prestan servicios públicos.

Dicha técnica de intervención estatal en la economía debe ser ejercida por organismos reguladores que requieren contar con autonomía técnica para adoptar decisiones equilibradas entre los diferentes intereses en juego, para lo cual debe garantizarse su neutralidad de los intereses políticos que solo pretenden aumentar su popularidad en el corto plazo sin interesarles el perjuicio para la estabilidad del servicio y su independencia de los poderes económicos privados que pretenderán incrementar sus beneficios a costa de los usuarios.

6. En la coyuntura electoral se ha hecho mención o se ha sugerido que se podrían revisar los convenios de estabilidad jurídica, esto parecería ser un exceso de las facultades estatales. ¿Cuál es su opinión al respecto?

El Estado no puede revisar, modificar o dejar sin efecto unilateralmente ningún contrato suscrito con privados

si dichas facultades no estuvieron previstas en las normas que regularon los citados contratos a la fecha de su suscripción, o que dichas potestades le hayan sido reconocidas en los mismos contratos.

En nuestro ordenamiento administrativo las denominadas potestades exorbitantes de la administración tienen que estar consagradas en el marco jurídico, más aún cuando el Estado se vincula con los privados a través de una relación contractual.

Es preciso recordar que aún en los países cuyos regímenes jurídicos si le reconocen potestades exorbitantes a la administración en la ejecución de los contratos en los que tiene la calidad de parte dicha potestad está expresamente consagrada a nivel legal, jurisprudencia o en el mismo contrato (con lo que dejaría de ser exorbitante) pero siempre con cargo a que el compense al privado todos los daños y perjuicios que pudiera ocasionarle dicha decisión.

7. Finalmente, en la actualidad OSIPTEL puede establecer tarifas mínimas a las empresas de telefonía. En tal sentido, ¿cómo encajaría esta situación dentro del marco legal de regulación en el Perú? ¿Se trata de un control de precios?

No, precisamente una de las mas importante potestades comprendidas en la técnica de regulación económica (en sentido estricto) aplicable en el caso de actividades esenciales (servicios públicos) es que dado que los precios no se pueden generar en situaciones de competencia por el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado porque se trata de actividades de carácter prestacional que requieren desarrollarse a través de infraestructuras que constituyen monopolios naturales, es la de determinar los precios (tarifas) que pueden cobrar los operadores de los servicios a los usuarios para impedir el abuso de la posición de dominio. Para tal efecto, los organismos reguladores de servicios públicos y concesiones de infraestructura realizan estudios y análisis técnicos

para determinar la tarifa que deberían cobrar las empresas operadoras en la hipótesis que existiera competencia, de modo que se les reconozca como mínimo los costos operativos, la recuperación de su inversión en plazos razonables y una rentabilidad adecuada. Las fórmulas tarifarias son muy variadas y depende de cada sector. Nuestro ordenamiento a previsto que el proceso de determinación de tarifas por los organismos reguladores tiene que realizarse a través de un proceso transparente que implica la realización de audiencias públicas. La determinación de tarifas de los servicios públicos realizadas con el exclusivo propósito de favorecer a los usuarios sin criterios técnicos generará a largo plazo que las empresas dejen de invertir disminuyendo la calidad de los servicios en perjuicio de los usuarios e impedirá que se extienda los servicios a quienes no gozan de los mismos, así como la determinación que se realiza con el propósito de favorecer a las empresas perjudica enormemente a los usuarios que no pueden prescindir de dichas prestaciones esenciales.

Los reguladores de servicios públicos en la determinación de precios reguladores están constitucional y legalmente obligados a realizar sus funciones de manera equilibrada, tutelando a los usuarios pero sin perjudicar a las empresas operadoras, con la finalidad de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos que son actividades esenciales para la vida moderna y que forman parte de las condiciones materiales mínimas que el Estado debe procurar para que sus ciudadanos puedan ejercer los derechos reconocidos por la Constitución.

Salvo las referidas situaciones de servicios públicos (carácter esencial) cuya prestación se realiza a través de infraestructuras que constituyen monopolios naturales (porque no es económicamente eficiente duplicarlas), en una economía social de mercado el Estado carece de la potestad para realizar control de precios porque los precios se deben formar en el mercado con el libre juego de la oferta y la demanda ■