
*La Regulación como Técnica de Intervención Administrativa**

Diego Zegarra Valdivia**

Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario.- Introducción. 1. Orígenes de la noción: El precedente histórico de la regulación en los Estados Unidos 1.1 Regulación e interés público. 1.2 Regulación y public utility. A) Definición de public utility. B) Regulación de las public utilities. 1.3 Regulación económica y la *social regulation*. 2. Regulación e intervención pública. 2.1 Aspectos institucionales de la intervención del Estado en la economía. 2.2 La perspectiva económica de la intervención estatal. 3. La regulación de los servicios públicos. 3.1 Definiciones generales y parámetros de definición 3.2 La regulación que nos interesa definir

Introducción

El término regulación, de cuño anglosajón, se ha ido progresivamente incorporando en el acervo jurídico de aquellos países de tradición jurídica continental europea – dentro de los que se incluye el Perú – de mano de las políticas públicas de privatización y liberalización de la economía¹ y bajo el impulso galopante de la globalización.

La aplicación de las señaladas políticas públicas en sectores económicos como el de las telecomunicaciones han llevado a que se produzca la paradoja en torno a que en lugar de desregular dichas actividades se ha venido a regularlas, intensificando de esa forma la intervención del aparato administrativo para facilitar el acceso a las mismas, incentivar y garantizar la libre y leal competencia entre los

operadores así como el derecho de los usuarios a una prestación universal a precios asequibles y dentro de los patrones de calidad establecidos².

La preocupación por la satisfacción del interés general dentro de una economía de mercado en actividades como las telecomunicaciones - de forma independiente a que las mismas sean consideradas servicios de interés económico general o servicios públicos -, es la que ha llevado a que una vez superado el esquema del monopolio natural de dichas actividades, se desarrolle una regulación coherente con dicho objetivo a través de una Administración eminentemente técnica y fuera de la influencia de poder político de los Estados.

Si nos ceñimos a algunos de los acontecimientos³ derivados de la liberalización y globalización y a la aspiración de limitar sus consecuencias negativas, convenimos en la importancia de reafirmar la infraestructura institucional, es decir el conjunto de reglas jurídicas producidas por la regulación y que garantizan el funcionamiento de los mercados⁴.

Actualmente se está ventilando una pugna ideológica entre quienes abogan por reducir al mínimo la intervención del Estado en la economía y quienes sostienen que el Gobierno debe asumir un papel importante, si bien limitado, no sólo para corregir las carencias y limitaciones del mercado, sino también para tender hacia un grado más alto de justicia social⁵.

* A mis hermanos Eduardo, Gustavo y Jimena.

** Master en Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid, Candidato a Doctor por la Universidad de Alicante.

1 Seguimos la introducción al tema de regulación de J. DE LA CRUZ FERRER. *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea...*, Ob. cit., pág. 125.

2 Como lo sostiene también S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado. Las telecomunicaciones*, Vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 179: "(...) la apertura total de los mercados desarbola las potestades que la Administración pública mantenía, estando vigente el régimen de los monopolios, para la regulación y el control de los operadores, la vigilancia del servicio y la garantía de los usuarios. El nuevo orden del mercado trae consigo la necesidad de nuevos principios de regulación".

3 Nos referimos a la crisis energética de California y a las quiebras de ENRON y WORLDCOM para cuyo análisis y estudio remito a J. STIGLITZ, *Los felices 90. La semilla de la destrucción*, Ed. Taurus, Madrid, 2003, págs. 208-210 y 287-313; acontecimientos que han condicionado decisivamente cómo debe afrontarse la liberalización de los mercados para asegurar la garantía de abastecimiento y los derechos de los usuarios.

4 STIGLITZ, J. *El malestar...*, Ob. cit., págs. 180-181; según el autor. "desde hace mucho se ha reconocido la relevancia de las *instituciones*: los marcos legales y reguladores son de máxima importancia para que los contratos se cumplan, para que haya una forma ordenada de zanjar las disputas comerciales (...) para que se mantenga la competencia (...)".

5 STIGLITZ, J., *Los felices 90. La semilla de la destrucción...*, Ob. cit., pág. 13.

Nos contamos dentro de los que están en el segundo grupo, ya que como sostiene STIGLITZ, «aun cuando los mercados están en el centro del éxito de nuestra economía, si los dejamos funcionar solos, no siempre funcionan como debieran; porque no son ninguna panacea y porque el Gobierno siempre será un aliado relevante para ellos»⁶.

1. Orígenes de la noción: El precedente histórico de la regulación en los Estados Unidos

Etimológicamente el término «regulation» encuentra su origen latino en las locuciones «*regere*» (dirigir) y «*regula*» (la línea derecha, la regla, norma en sentido amplio) y la aparición moderna de la palabra en el vocabulario científico data de mediados del s. XIX y corresponde a la acción de asegurar el funcionamiento correcto de un sistema complejo, de manera que describe muchas funciones del derecho, lo que explica sin duda su utilización en el vocabulario jurídico⁷.

En sentido funcional, la regulación o regulation, tiene un origen económico que se ha desarrollado en los países anglosajones. Por lo demás es un término que encierra muy distintos significados⁸, de ahí que en algunos casos se haya renunciado a definirla como a determinar su naturaleza ya que existe un intenso debate en torno al papel del Estado en el mercado.

La diversidad de significados de la regulación es un debate que tuvo su origen en Norteamérica y ha contribuido a que se pueda observar cómo en el transcurso del tiempo ha evolucionado la justificación de la intervención del Estado en la economía o de forma más concreta, en los mercados.

Una de las primeras cosas que hay que tener claro con respecto a la tradición europea es que la regulación norteamericana se ha aplicado siempre a las empresas privadas⁹, de tal forma que resulta del reconocimiento, como principio esencial, de la competencia del Estado en la organización de la economía.

Otro aspecto importante que es necesario referir con relación a los orígenes de la regulación es que en el derecho norteamericano se contraponen históricamente dos núcleos normativos; de un lado, el del *common law*, inspirado en los principios de igualitarismo y sustancialmente conforme a las exigencias del mercado, en cuanto está dirigido a disciplinar las relaciones entre sujetos privados de modo paritario y cuya aplicación le es remitida al juez (*judge-made law*); del otro, el derecho legislativo, que se ha apartado progresivamente del *common law*, predispuesto en cambio a realizar objetivos de interés general y en el que la expresión de *subordinating law*, le da el sentido de ser un derecho que se propone realizar una justicia distributiva en respuesta a las desigualdades presentes en la sociedad¹⁰.

El derecho legislativo está íntimamente ligado al origen del derecho administrativo, en cuanto se origina de la preocupación de asegurar en determinadas materias un orden de intereses diverso respecto a aquello que se vendría a crear por el orden espontáneamente realizado por los operadores económicos en competencia; es decir, se trata de intervenciones de la autoridad pública sobre el mercado para modificar los resultados indeseables¹¹.

Según DE LUCIA, el carácter excepcional de este tipo de normativa con respecto al *common law*, y consecuentemente a las reglas de la competencia, se adecua a la tesis por la que la regulación es justificada por las quiebras del mercado; expresión esta última que comprende una serie heterogénea de situaciones en orden a la que se cree necesario una intervención correctiva de naturaleza pública¹².

En particular, las razones de la regulación se encuentran en la necesidad de contrastar las rentas conexas a los monopolios naturales, de localizar mecanismos idóneos para la cobertura de los costes indirectos producida por determinadas actividades, de remediar las asimetrías informativas presentes en algunos sectores o a la excesiva competencia, de

6 STIGLITZ, J., *Los felices 90. La semilla de la destrucción...*, Loc. cit., idem.

7 LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en réseaux. Telecommunications et électricité*. Ed. Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 2002, pág. 3. Al respecto, R. PEREZ, *Telecomunicazioni e Concorrenza*, Ed. Giuffrè, Milano, 2002, pág. 39; sostiene que “Sotto il profilo lessicale, il termine regolazione deriva de quello americano *regulation*, in senso letterale un regolamento o insieme di regolamenti, con i quali si tende ad assicurare il buon funzionamento di un settore, di un sistema o, comunque, si mira ad esercitare una vigilanza e un controllo neo confronti di attività considerate di particolare valore”.

8 Como sostiene A. I., OBUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1994. Sobre este tema, J. TORNOS MAS, “La actividad de regulación”, en SOSA WAGNER, F. (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor D. Ramón Martín Mateo*, T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1335; sostiene que “La introducción en el lenguaje jurídico del concepto de regulación es, (...) problemática. Se acude a un término al que se dota de diversos contenidos, lo que pugna con la necesaria seguridad jurídica que debe presidir el mundo del derecho”.

9 Conforme lo señala L. de LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Ed. Giappichelli, Torino, 2002, pág. 78; “In linea generale, la *regulation* nel diditto statunitense viene definita come la parte del diritto amministrativo che concerne gli tai che le agenzie pubbliche emanano in relazione a condotte di soggetti privati (...)”.

10 LUCIA, L. de, *La regolazione amministrativa...*, Ob. cit., pág. 79.

11 LUCIA, L. de, *La regolazione amministrativa...*, Ob. cit., pág. 80.

12 LUCIA, L. de, *La regolazione amministrativa...*, Loc. cit., idem.



localizar formas por la distribución de recursos escasos, etc¹³.

Como veremos seguidamente, en Norteamérica, la regulación pasó por un proceso de evolución en el que se enfocó al *interés público* como justificante de la intervención, luego fueron las *public utilities*, posteriormente la *economic regulation* y, finalmente, se habla de la *social regulation*.

1.1 Regulación e Interés Público

El punto de partida al que hacen referencia los autores se ubica en el ámbito de las actividades privadas afectadas por el *interés público* en las que se justificaba la regulación del Estado, en donde es citado como *leading case* la sentencia *Munn v. Illinois de 1876*¹⁴, en la que el Tribunal Supremo norteamericano se pronunció respecto de la habilitación del Estado para afectar una actividad económica privada hasta el punto de establecer un límite al poder privado de fijar el precio de sus servicios en los siguientes términos: «*Nosotros encontramos que cuando los bienes de dominio privado son afectados por el interés público, dejan de ser únicamente de derecho privado*»¹⁵.

La sentencia diferencia dos elementos para establecer la existencia de ese interés público: en primer lugar es necesario que la actividad tenga una repercusión pública ya que una actividad que no afecta más que al ciudadano que la desarrolla no puede ser considerada de interés público pues no es capaz de beneficiar a terceros; el segundo elemento requerido es que la actividad sea útil al conjunto de la comunidad y no sólo a ciudadanos específicos, de manera que esta utilidad general puede derivarse del carácter básico de la actividad, de su necesidad para mantener el nivel de civilización considerado mínimo por una comunidad¹⁶.

A partir de esta doctrina, la jurisprudencia norteamericana profundizará en la interpretación de las expresiones del Tribunal Supremo de manera que se identificó los intereses públicos con ciertas actividades. Cuando estas actividades estaban «afectadas» por los intereses públicos, el Estado debía de intervenir estando sujeto a su poder de policía.

En 1894 la Corte Suprema dictó la sentencia en el caso *Brass v. Dakota* en la que nuevamente declaró la constitucionalidad de la fijación de tarifas máximas a los elevadores de grano, estando la importancia de esta jurisprudencia en que esta vez no existía poder monopolístico en los prestadores del servicio, por lo que la Corte aceptó la imposición de obligaciones a personas privadas por el mero hecho de desarrollar una actividad «invertida con un interés público»¹⁷.

Ya un mayor asentamiento de la doctrina jurisprudencial se percibe en el caso *Nebbia v. New York* de 1934¹⁸, cuyo núcleo fue el comportamiento de los ferrocarriles y de los almacenistas de grano al elevar el precio de almacenamiento, y donde el Tribunal Supremo expandió la doctrina *Munn* en dos direcciones: por un lado, interpreta que la «afectación al interés público» era equivalente a señalar «sujeto a los poderes de policía», y, por otro, que «*el uso de la propiedad privada y la realización de contratos privados están, por regla general, libres de interferencia gubernamental; pero están sujetos a regulación pública lo requiere (...) la razonabilidad de cada regulación depende de los hechos relevantes (...) decir que la propiedad está «invertida con un interés público» o que «una industria está afectada por el interés público» significa que la propiedad o la industria por razones adecuadas, está sujeta al control por el bien público*»¹⁹.

13 LUCIA, L. de, Ob. cit., Loc. cit., idem.

14 Esta sentencia 94 U.S. 113 (1877) resuelve el conflicto suscitado por la aplicación de la Ley del Estado de Illinois que regulaba el almacenamiento de grano a una empresa llama Munn and Scout (operadores de los elevadores de grano), la cual había aplicado unos precios superiores a los permitidos por la Ley del Estado. Como apunta D. SORACE, «Servizi Pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità», *Diritto Pubblico*, Fasc. 2 (Agosto) 1999, pág. 380, las sentencia es contemporánea del Arrêt Blanco.

15 Fragmento de la sentencia *Munn v. Illinois*.

16 MONTERO PASCUAL, J. J., «Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo – REDA* N° 92, Octubre-diciembre, 1996, pág. 582. Para D. SORACE, «Servizi Pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità»..., Loc. cit., idem, «In concreto in quell'occasione si ritenne che l'esistenza dell'interesse pubblico fosse da riconoscere all'attività svolta a Chicago da un numero molto limitato di imprese che possedevano gli impianti necessari per la pesatura e il magazzinaggio di cereali per i quali nonpoteva fare a meno di passare la intera produzione cerealicola di sette o otto grandi Stati dell'Ovest nel viaggio verso gli Stati della costa atlantica, un'attività condotta dunque in condizioni di "virtual monopoly". Vid. lo que sostiene S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Ed. TED & DOC, Paris, 2000, pág. 227; respecto de *Munn v. Illinois*: «Deux conceptions du "service public à l'américaine" étaient alors envisageables: une conception psychologique et une conception économique. Pour le Professeur Trevoux, les premiers arrêts de la Cour suprême dans la ligne de sa jurisprudence « Munn » étaient révélateurs d'une « théorie psychologique » des services publics au sens où devait être considérée comme un service public « toute entreprise que le législateurs, ou les tribunaux, ou l'opinion public jugent satisfaire un besoin d'intérêt général et qui est, par suite, assujettie à certains règles »; (...) «mais la jurisprudence « Munn » repose également sur une conception économique de l'intérêt public : « C'est seulement lorsque la propriété jouit de quelques privilèges octroyés par le gouvernement qu'elle est affectée d'un intérêt public »».

17 La referencia es tomada de MONTERO PASCUAL, J. J., «Titularidad privada de los servicios de interés general (...)»... Ob. cit., pág. 580.

18 Sentencia 291 U.S. 502 (1934).

19 Fragmento de la sentencia *Nebbia v. New York*.

De esta forma sobre la base elemental de la ecuación «interés público *igual a* control público» se empezó a edificar la teoría de la regulación, en su primera etapa, a la que le siguió aquella en la que el término control y poder de policía son definitivamente sustituidos por el de regulación.

Lo que resalta del empleo de la regulación en esta etapa es que el contexto determinante había sido el de situaciones de crisis²⁰, en las que se produjo una fuerte adaptación de los conceptos a las nuevas circunstancias históricas; asimismo, se caracterizó porque se irá formando una suerte de estatuto particular para las empresas que desarrollaban actividades *affected with a public interest*, lo que suponía su sujeción a una serie de deberes particulares, así como el beneficio de una serie de derechos particulares²¹.

1.2 Regulación y public utility

Con respecto a la relación entre regulación y *public utility*, lo primero que hay que hacer es una distinción, ya que cualquier actividad económica que esté afectada a un interés público no la convierte en una *public utility*.

Al respecto, como acabamos de ver, en sus orígenes el término regulación era utilizado para indicar lo que la política del gobierno norteamericano entendía por actividades afectadas por el interés público, no para restaurar o promover la competencia en los mercados. En cambio, cuando las situaciones en las que el Estado debía intervenir ya que el interés público no podía ser satisfecho sino únicamente a través de una disposición estatal y no a través del funcionamiento del mercado, y además se les identificaba con los monopolios naturales, se estaba frente a lo que se denominaba *public utilities*²².

A) Definición de public utility

Como en el caso del *service public* francés, la expresión *public utility* escapa a una definición exacta²³,

de todos modos, la aproximación norteamericana se da en el sentido que la actividad es necesaria para los intereses públicos por lo que podían considerarse «*services (...) which are public in their nature*»²⁴.

En este sentido, las *public utilities* son actividades en las que está presente un interés público, pero de forma más restringida ya que sólo una parte de las empresas reguladas pueden ser consideradas como tales. Estas actividades se caracterizan por tener un carácter indispensable en cuanto un sector importante de la población no puede eludir su prestación²⁵; asimismo, en éstas, el suministrador se encuentra en una situación preponderante respecto del consumidor de manera que éste requiere ser protegido vía la regulación; y, para algunos²⁶ con la especial característica, de que las mismas son monopolios, de tal forma que las empresas que se dedican a dichas actividades están sujetas al control de una agencia estatal o federal (*Independent Commissions*) especializadas²⁷.

Para entender este modelo, según LAGET-ANNAMAYER, federalismo y liberalismo son dos aspectos esenciales, en donde los poderes públicos se fijaron como misión corregir los eventuales efectos negativos del juego de las empresas privadas o de controlar los excesos del liberalismo, dándole nacimiento a las *public utilities commissions* que se establecieron primero a nivel local, luego a nivel de los Estados federados y finalmente a nivel del Estado federal²⁸.

B) Regulación de las public utilities

La finalidad de la regulación de las *public utilities*, dentro de esta etapa era que la actividad alcanzase similares o próximos resultados de los que se obtendría en el caso de que la actividad se estuviera prestando en un mercado abierto y con competencia, buscando en consecuencia corregir los problemas que una situación monopólica produce y que afectan el interés público.

20 Nos referimos a la Guerra de Secesión Norteamericana así como a la etapa de la Gran Depresión.

21 SORACE, D., "Servizi Pubblici e servizi (economici) du pubblica utilità"... Ob. cit., pág. 381.

22 HIMMELBERG, R. F., *Business and Government in America since 1870. New issues in Government - Business Relations since 1964*, Ed. Garland Publishing Inc., New York & London, 1994, pág. viii.

23 En términos similares vid. ROBSON, W. A., *Industria nacionalizada y propiedad pública* (Tr. de J. Petit Fontserre), Ed. Tecnos, Madrid, 1964, pág. 19.

24 C. F. PHILLIPS, Jr. *The regulation of Public Utilities*, Arlington, 1993, pág. 4, citado por SORACE, D., "Servizi Pubblici e servizi (economici) du pubblica utilità"... Ob. cit., pág. 379.

25 DUGGER, W. M., en NOWOTNY, K., SMITH, D. B., y TREBING, H. M. (Eds.), *Public Utility Regulation*, Ed. Kluwer, Massachusetts, 1989, págs. 29-30.

26 GARFIELD, P. J., y LOVEJOY, W. F., *Public utility economics*, Ed. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1964, pág. 19.

27 Según D. SORACE, "Servizi Pubblici e servizi (economici) du pubblica utilità"... Loc. cit., ídem: lo que dichas entidades administrativas buscarán obtener es la conciliación entre los objetivos privados de maximización del beneficio de la empresa y el interés público de la prestación a las población de un servicio adecuado a un precio justo.

28 LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en reseaux...* Ob. cit., pág. 15-16.



De esta manera, la regulación aparece asociada a las public utilities, siendo el instrumento para ordenar las actividades que tenían dicha calificación, pero sin acaso estar únicamente concentrada en la misma ya que como vimos antes, también hay regulación fuera de las public utilities. Esta confluencia condujo la regulación al monopolio y al objetivo de la eficacia del mercado.

Durante esta etapa, la regulación de las public utilities se consolida en lo que respecta a la imposición, a los prestadores de servicios u operadores de las actividades que sean declaradas como tales, de un estatuto jurídico especial que los sitúa fuera del ámbito de cualquier otro sujeto del mercado; y, se establece como finalidad instrumental de la regulación el obtener resultados similares a los que se obtendría por la vía del mercado.

En lo que respecta a las características generales del estatuto jurídico de las public utilities, el mismo está integrado por una serie de derechos y obligaciones²⁹.

Entre los derechos³⁰, se encuentran, el obtener un beneficio razonable por sus servicios; recibir de la autoridad pública una licencia que acredita su derecho exclusivo (prestar servicios sin competencia); disfrutar de la posibilidad de adquirir bienes y derechos necesarios para la prestación del servicio; y, operar bajo reglas y regulaciones razonables.

Las obligaciones³¹ son las de satisfacer las demandas razonables de los que puedan pagar los servicios de los prestadores; proveer servicios adecuados a las necesidades de los consumidores; establecer los precios de manera razonable y sin discriminaciones; no modificar sus servicios o

expandirlos sin la autorización de la autoridad correspondiente y sobre la base de las exigencias del interés público; a proteger la seguridad del público; y, a obtener la previa aprobación de la autoridad correspondiente antes de poner fin a la prestación de un servicio o salir de un mercado.

1.3 Regulación económica y la social regulation

Cuando se habla de la *economic regulation*, se debe hacer referencia a la extensión de los objetivos de la regulación de las public utilities, es decir de la regulación para la competencia, hacia aquellas actividades que no eran consideradas como tales. La regulación para la competencia pasa entonces a ser el objetivo genérico de toda la regulación, en el que el mercado – y no el interés público – se coloca como el núcleo central.

Con la regulación se busca alcanzar el modelo del mercado con competencia perfecta por lo que es necesario corregir los fallos del mercado, es decir se aspiraba a la eficiencia en el mercado. Esta asociación entre regulación y fallos del mercado se establecerá en la teoría de la regulación de finales del s. XX.

En este proceso, lo que va a producirse también es una separación o distinción entre la denominada regulación económica³² y lo que algunos refieren como la *social regulation* o regulación social que tiene como objetivos principales la protección de la salud, de ambiente y la seguridad a través de los mecanismos económicos o de mercado³³.

En la regulación económica el elemento esencial es el de la coerción³⁴ ejercida por el poder público, para

***“(...) la regulación
para la competencia
pasa entonces a ser
el objetivo genérico
de toda la
regulación(...)”***

29 En este tema seguimos a GARFIELD, P. J., & LOVEJOY, W. F., *Public Utility Economics*, Ed. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1964, pags.12 -13.

30 Respecto de los derechos, en términos similares, D. SORACE, “Servizi Pubblici e servizi (economici) du pubblica utilità”..., Ob. cit., pág. 382; sostiene que, “il corrispettivo deve risultare ragionevole anche per l’impresa, alla quale deve essere assicurato un effettivo e puntuale pagamento così che, ad esempio, i clienti possono essere tenuti a costituire somme in deposito e, in circostanze predefinite e previo avviso, possono anche vedersi sospeso il servizio. Ragionevoli debono essere anche la modalità del servizio che si impongono (...). Soprattutto, sulla base di una loro preliminare certificazione a qualificazione in termini di utilità o necessità pubblica, a queste imprese si riconosce anche il diritto ad essere protette dalla concorrenza anche attraverso particolari *franchisings* quali l’uso delle strade pubbliche o di altri servizi locali”.

31 Respecto de las obligaciones, en términos similares, D. SORACE, “Servizi Pubblici e servizi (economici) du pubblica utilità”..., Ob. cit., pág. 381-382; sostiene que “Principalmente tali imprese sono tenute a soddisfare chiunque in qualsiasi momento domando la prestazione del servizio(...). Il servizio, che deve rispondere a determinati requisiti di sicurezza e qualità, deve essere reso in condizioni di eguaglianza per tutti o per tutti coloro che appartengono ad una certa categoria (...). Per il servizio deve essere richiesto un prezzo “*just and reasonable*” (...).”.

32 Sobre la “economic regulation”, vid. STIGLER, J., “The theory of economic regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2 (1971), Spring, en JOSKOW, P. L. (Ed.), *Economic Regulation*, Ed. Elgar Reference Collection, Chenttenham – UK, Northampton, MA – USA, pags. 3-21.

33 Sobre este vid. MORAN & PROSSER, “Introduction. Politics, Privatization and Constitutions” en MORAN, M. & PROSSER, T. (Eds.), *Privatization and Regulatory change in Europe*, Ed. Oen University Press, Buckingham, Philadelphia, 1994, pág. 1 y sigs.; OGUS, A. I., *Regulation...*, Ob. cit., pág. 121 y sigs.; VISCUSI, W. K., VERNON, J. M. & HARRINGTON, J. E., *Economics of regulation and Antitrust*, 2ª edición, Ed. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts & London, England, 1995, pags. 656 y sigs.

34 MONTERO PASCUAL, J. J., “Titularidad privada de los servicios de interés general (...)”..., Ob. cit., pág. 583.

hacer posible el cumplimiento de las obligaciones jurídicas de los operadores privados con la finalidad de asegurar la satisfacción del interés general.

Este proceso de cambios en la regulación también ha llevado a poder distinguir entre la antigua y la nueva regulación, en que la primera se centraba en la regulación de las public utilities y la nueva es la que generaliza regulación y la aplica al papel del Estado respecto de la actividad económica, es decir a su capacidad de intervenir la economía.

2. Regulación e Intervención Pública

El enfoque de la regulación, desde una perspectiva que la vincule con la intervención pública, puede ser formulado en el ámbito jurídico europeo ya que la forma tradicional de control de los servicios públicos o de los servicios de interés económico general, ha sido el de su *tutela* a partir de que los mismos han estado integrados durante largo tiempo a los Estados por la reglamentación que se aplicaba directamente a las empresas públicas a cargo de la gestión de esos servicios y que se beneficiaban de una serie de derechos derivados de su situación monopolística³⁵.

Evidentemente la aproximación de los Estados europeos en las actividades económicas y al mercado en general ha sido diferente, ya que en Francia el sector público se ha constituido alrededor de grandes empresas nacionales y de grandes cuerpos de funcionarios que les administraban; en Italia, a pesar de una tradición estatista y de una estricta separación afirmada entre el sector privado y público, los cuerpos grandes administrativos nunca existieron, de ahí que la administración siempre era débil y estaba sujeta a los intereses partidarios y económicos, sin embargo, el sector público era muy importante; en España el rol de Estado es por tradición muy fuerte de tal forma que existen grandes cuerpos de funcionarios a semejanza del modelo francés; en cuanto a Alemania, esta se caracteriza por un liberalismo fuertemente atemperado por la importancia del sector público en los servicios de interés económico general o los servicios en red; finalmente en el caso del Reino Unido, se ha asistido a un gran desarrollo del sector público a partir de la Segunda Guerra Mundial³⁶.

La experiencia Latinoamericana y en particular la del Perú han sido muy similares a la de algunos de los países europeos antes mencionados, en donde el sector público cumple un rol importante, pero ha estado muy influenciado por la política y por el sector privado en aquellas actividades económicas consideradas servicios públicos.

En su esencia francesa, una de las características de la tutela es la de comportar a la vez, la intervención del Estado en tanto que autoridad normativa, garante del interés general, y del Estado como persona, que se preocupa de sus intereses accionista o de aquéllos del presupuesto general. Se trata por consiguiente esencialmente de un conjunto de controles a priori y a posteriori ejercido por los poderes públicos para verificar que la regulación ha sido correctamente aplicada por la corporación pública.

Sin embargo los procesos económicos le han dado una nueva dinámica al derecho introduciendo una serie de cambios con respecto a la intervención del Estado en la economía. La supresión de los monopolios y el actual panorama en el que prima un ambiente económico abierto a la competencia han desplazado las bases de la tutela estatal hacia una nueva función asegurada por instituciones que no pueden ser los viejos actores de la administración tradicional³⁷. La regulación va a conducir entonces a la renovación del marco institucional clásico³⁸.

Con el emerger de la regulación dentro de un nuevo contexto, se reafirma la presencia del Estado en el ámbito económico, tal como lo sostiene PREDIERI: «en nuestra sociedad actual ninguna forma de mercado o de cambio económico puede funcionar sin el poder público, el Estado, cualquiera que sea el modo en el que el Estado se considere, es decir, en el triple perfil de redes de informaciones, de complejo de instituciones jurídicas, de poder»³⁹.

Para el citado autor, «la armazón de un sistema jurídico, aunque esté en el límite, centrado en un solo uso o en la única costumbre practicada por los operadores, como terreno que constituye la base de su acción, si no el único, o el principal punto de referencia (y que es, viceversa, en nuestras sociedades, un tejido

35 LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en reseaux...*, Ob. cit., pág. 17.

36 LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en reseaux...*, Ob. cit., págs. 17-18.

37 LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en reseaux...*, Ob. cit., pág. 23.

38 LAGET-ANNAMAYER, A., *La régulation des services publics en reseaux...*, Ob. cit., pág. 25.

39 PREDIERI, A. "Estado y mercado: La ósmosis como elemento cualificador y legitimante". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 17, Enero-abril, 1994, pág. 9.



finísimo de normas del poder público, o por él reconocido, como en las normas técnicas, fundamentales en nuestros tiempos), es el presupuesto para que el mercado subsista; no existe una actividad del mercado que no tenga relevancia jurídica, incluso de derecho público»⁴⁰.

En esta línea, MONTERO entiende que la regulación es «la intervención pública en sectores de interés general dirigida a asegurar la satisfacción de ese interés a través de la definición de las concretas obligaciones jurídicas de los actores privados y del control de su cumplimiento»⁴¹.

De esta forma, el papel que desempeña el Estado dentro del mercado a través de la regulación tiene como uno de sus principales cometidos el diseño de un marco de diversa índole (en el que junto a la normativa especializada están los lineamientos, sanciones, el arbitraje, etc.), que está relacionado con las actividades económicas, sea en sociedades que se rigen por una economía social de mercado o por un neoliberalismo o por una economía mixta.

Finalmente, un aspecto que es necesario tener presente es que la intervención del Estado a través de la regulación debe ser enfocada de manera multidisciplinar, ya que, como sostiene DE LA CRUZ el diseño actual de un modelo de regulación teniendo en cuenta solamente criterios económicos e ignorando las exigencias jurídicas, la circunstancias políticas, los condicionantes sociales o las propias condiciones tecnológicas de una industria determinada, es apostar por el fracaso ya que, en efecto, en nuestros tiempos la regulación exige un enfoque multidisciplinar⁴².

2.1 Aspectos institucionales de la intervención del Estado en la economía

Hoy en día es innegable que los Estados tengan, de forma común, mercados regulados, es decir una maquinaria de intervención cuyas estructuras

conceptualmente son las mismas y que son la base de sus constituciones económicas⁴³.

Como sostiene PREDIERI, es una época en la que Estado y sociedad y Estado y economía se caracterizan por una compenetración continua, difusa y recíproca, en donde es el Estado el que determina, o concurre a determinar aquellas reglas de su interés, conformando el comportamiento de su operador; esto es, en el interés del poder político, para intereses que considera e impone como generales⁴⁴.

La evolución del rol interventor del Estado en la economía se inicia con el Estado absoluto, el mismo que luego de transforma en Estado liberal como fruto de la revolución burguesa y que más adelante tomará el matiz del Estado policía, hasta llegar a formas empíricas como las de árbitro o tutor que más tarde evolucionarán hacia el Estado social; finalmente, hoy se nos propone un modelo neoliberal en el que el Estado debe cumplir un papel de regulación, control y eventualmente sancionador.

CASSESE ha realizado una interesante caracterización del proceso en el que se han ido vinculando Estado y economía (en un período que va desde el s. XII hasta los primeros años del S. XXI), dentro del cual – según el autor – se han producido tres cambios importantes: el primero, en el que la soberanía estatal sobre la economía se torna en la soberanía de la economía sobre el Estado; el segundo que muestra la conversión del Estado pedagogo en un Estado regulador; y el tercero en el que el control unitario de la economía se vuelve en el control fragmentado de la misma⁴⁵.

El primero de los cambios es aquél en el cual el Estado consiguió la soberanía sobre la economía en un tiempo que oscila entre el siglo XII y el siglo XIX, en el que ésta se caracterizaba por ser una economía de oferta, según el modelo mercantilista. Sin embargo, con el aumento del comercio internacional durante los

40 PREDIERI, A. "Estado y mercado: La ósmosis como elemento cualificador y legitimante"..., Ob. cit., págs. 17-18.

41 MONTERO PASCUAL, J. J., "Titularidad privada de los servicios de interés general (...)"..., Ob. cit., pág. 584.

42 DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*..., Ob. cit., págs. 128.

43 Conforme sostiene I. LOJENDIO IRURE, "Derecho Constitucional Económico", en SANCHEZ AGESTA, L. (Coord.), *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Ed. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, págs. 82-83; la expresión "Constitución Económica", tuvo su origen en Alemania, donde ya en el año 1932. Beckerath aportaba a la Festgabe, su notable trabajo titulado *Politische und Wirtschaftsverfassung*, en el que concebía la Constitución económica como "ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y la técnica de la producción y la distribución". Sobre este tema vid. BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 345; LAGUNA DE PAZ, J. C., "El modelo económico constitucional español: Unidad, autonomía e integración europea", *Revista de Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Setiembre-diciembre, 1992, núm. 11, pág. 335 y sigs.; LOPEZ GARRIDO, D., "Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 15, Mayo-agosto 1993, pág. 79 y sigs., entre otros.

44 PREDIERI, A. "Estado y mercado: La ósmosis como elemento cualificador y legitimante"..., pág. 36.

45 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo", en FRANCHINI, C. e PAGANETTA, L. (A cura di). *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2002, pág. 11.

últimos veinticinco años del s. XX que llevó a la afirmación de la economía mundial (mundialización), a que el sector económico esté menos ligado al territorio y a que la economía liberalizada (parcialmente) del Estado sea una economía de la demanda⁴⁶.

Este paso del uno al otro orden de las relaciones entre Estado y economía ha producido importantes consecuencias: si primero la economía tuvo que tener en cuenta al Estado, ahora es el Estado que tiene que tener en cuenta la economía. En este contexto, si bien el Estado sigue desarrollando un papel importante, ha perdido su soberanía económica porque, si primero fue poseedor de un poder absoluto, ha pasado a ser poseedor de un poder relativo y porque los confines del Estado y los confines de la economía no corresponden más⁴⁷.

El segundo de los cambios es el que se produce cuando el Estado modifica su rol de pedagogo por el de regulador. El carácter de pedagogo había nacido en 1669, cuando Colbert instituyó el cuerpo de los *inspectores de manufacturas* para el control de la industria, el mismo que operará hasta su supresión, dispuesta en 1791 en nombre de la libertad económica⁴⁸. Durante sus ciento veinte años de vida, la actividad de los inspectores fue ejemplar y sirvió para crear un modelo, en torno al cual nació y se desarrolló la controversia Estado intervencionista - *laissez faire* que se reavivará a fines del s. XIX en la Inglaterra de Albert Venn Dicey⁴⁹.

Sobre el rastro de la citada controversia, las vinculaciones del Estado pedagogo y la economía han sido consideradas prevalentemente en términos de oposición bipolar; en realidad el mito del Estado intervencionista ha enmarcado siempre un juego más sutil que aquel de la libertad-control, juego del que los grandes principios no logran dar cuenta⁵⁰.

La ambivalencia del intervencionismo económico se va a ver reflejada en las demandas de libertad y protección que son introducidas simultáneamente y en el último cuarto de s. XX de este dúplice papel del Estado, bien encerrado en la fórmula del Estado pedagogo, se transitó en un nuevo régimen,

en el que se ha hecho predominante un papel diferente del poder público, aquel de regulador⁵¹.

Según CASSESE, aquí la vinculación entre el Estado y la economía es mucho más compleja ya que el Estado no señala los fines, sino que establece reglas y procedimientos y no desarrolla el mismo la actividad de ejecución, pero la confía a autoridad o de regulación o de adjudicación de manera que entre reguladores y regulados se instaura una vinculación multilateral⁵².

El tercero de los cambios derivados de la vinculación entre Estado y economía es el que se refleja en el paso de la unidad del control de la economía al de su fragmentación, de esta forma, si antes el manejo de la economía era antes confiado solo al Gobierno, ahora el control de la economía es asignado también a cuerpos autónomos⁵³.

La situación actual que se ha extendido en los distintos Estados es aquella en la que una parte de las decisiones son tomadas por el Gobierno y por sus instituciones auxiliares o descentralizadas, los mismos que actúan de forma parcialmente independiente de la política y, de otro lado, que obran – sea que actúan como reguladores o adjudicadoras – con procedimientos predeterminados, estructurados según los principios de transparencia, de participación, de motivación de las decisiones⁵⁴.

En el contexto actual de una economía de mercado, el sistema no se concibe sin que el Estado tenga una intervención decisiva solventada por una serie de poderes de intervención económica, de los que el poder regulador es uno de sus componentes y supone que la organización del gobierno se especialice para hacer frente a las necesidades de intervención.

El ordenamiento jurídico de la economía resulta imprescindible para que los agentes económicos tengan «seguridad jurídica» o certeza respecto a las reglas de juego que deben ser respetadas en el mercado (derechos de propiedad, contratación, responsabilidad) y que pueden reducir la incertidumbre y el riesgo de las decisiones estrictamente empresariales⁵⁵. Todo esto

46 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Ob. cit., pág. 12.

47 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Ob. cit., pág. 13.

48 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Loc. cit., idem.; respecto a la competencia de los inspectores, según CASSESE era el de "raccoliere conoscenze, in veste di informatori privilegiati dello Stato, di propagandare nuove tecnologie, di far circolare informazioni, di consigliare le imprese, di additare modelli produttivi, di controllare l'applicazione di regole tecniche. La loro attività era diretta alla produzione, mentre erano ad essa estranei gli aspetti del consumo e quelli del lavoro e della sua protezione".

49 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Ob. cit., pág. 14.

50 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Ob. cit., págs. 14-15.

51 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Ob. cit., pág. 15.

52 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Loc. cit., idem.

53 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Ob. cit., pág. 16.

54 CASSESE, S. "I rapporti tra Stato ed Economia all'inizio del XXI secolo"..., Loc. cit., idem.

55 DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*..., Ob. cit., págs. 126.



apunta a que hoy en día los Estados desarrollen una base institucional y un ordenamiento jurídico básico como elementos esenciales sobre los que descansa la actividad económica.

«desarrollados», y también el hecho de que los modelos económicos planteados para estos primeros no necesariamente son compatibles con las realidades y cambios que se producen en los países «en desarrollo».

2.2 La perspectiva económica de la intervención estatal

En su vertiente económica, la expresión regulación se ha venido refiriendo a una de las formas de intervención pública que restringe, influye o condiciona las actuaciones de los agentes económicos por razones de equidad para alterar la distribución del ingreso, o de eficiencia, para alterar la distribución de recursos⁵⁶.

De hecho, el sector público está tan inmiscuido en la dinámica económica que no podemos concebir una actividad económica, regular, estable, en un espacio no dotado de variable institucional, sin embargo, como sostiene BILBAO no se puede analizar la intervención del Estado en la economía, concibiendo, en abstracto, una dinámica económica autónoma derivando posteriormente hacia la actuación pública las carencias e inconsistencias detectadas en esa dinámica económica, sino que debe partirse del hecho de que los procesos económicos se desarrollan *siempre* en un contexto social dado, en el que el sector público necesariamente desempeña un papel principal⁵⁷.

“(...) el sector público está tan inmiscuido en la dinámica económica que no podemos concebir una actividad económica, regular, estable, en un espacio no dotado de variable institucional(...)”

De acuerdo con lo señalado, el análisis de la intervención debe realizarse sin prescindir de la variable institucional, es decir del entramado constituido por las administraciones públicas y su producción normativa, y de que el ámbito como la propia instrumentación de la intervención pública son cambiantes⁵⁸.

Este esquema de análisis es mucho más efectivo y hace posible entender las distintas realidades económicas, sobre todo de aquellos países que no pertenecen al grupo de los denominados

3. La regulación de los servicios públicos

Luego de haber realizado un rápido recorrido por los orígenes de la regulación en Norteamérica, así como respecto de las bases conceptuales de la intervención del Estado en la economía, nos interesa ahora analizar la regulación económica entendida como una técnica de intervención administrativa – a la que podemos denominar como *regulación administrativa* –, y definirla, reconociendo sus bases económicas, teniendo como premisa que en determinados ámbitos, «el derecho debe recurrir a nuevas formas de

intervención que se caracterizan por buscar soluciones concretas a problemas complejos, difícilmente previsibles en una norma abstracta que se aplica a través de un razonamiento jurídico basado en un silogismo»⁵⁹.

3.1 Definiciones generales y parámetros

Un repaso por la evolución de la regulación en Norteamérica nos puede llevar a concluir que en el ámbito de las public utilities, la presencia de la regulación se

produce para que las Administraciones públicas controlen la actuación de las personas privadas en sectores considerados de interés general – aunque también puede hacerse en aquellas que no tienen dicha calidad –, en donde el elemento de control son las obligaciones jurídicas impuestas a los prestadores en beneficio de los usuarios que, paralelamente gozan de auténticos derechos frente a aquéllos: recibir un servicio de calidad, sin discriminaciones y a un precio razonable⁶⁰.

También en el ámbito de la doctrina encontramos diversas definiciones. Así, ARIÑO y DE LA CUETARA, formulan una definición amplia según la cual regulación es «aquel conjunto de elementos

56 DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*..., Loc. cit., idem.

57 BILBAO UBILLUS, J., “El fenómeno de la intervención pública en la economía como objeto específico de análisis”, *Revista Vasca de Administración Pública* N° 32, 1992, págs. 34-35. Según el autor, “la propia noción de contexto social, como escenario en el que se reproducen los procesos económicos, lleva implícita la exigencia de unas dosis mínimas de estabilidad y seguridad, que sólo un cierto grado de institucionalización política puede proporcionar”.

58 BILBAO UBILLUS, J., “El fenómeno de la intervención pública en la economía como objeto específico de análisis”..., Ob. cit., pág. 35.

59 TORNOS MAS, J., “La actividad de regulación”..., Ob. cit., pág. 1336.

60 MONTERO PASCUAL, J. J., “Titularidad privada de los servicios de interés general (...)”..., Loc. cit., idem.

jurídicos, técnicos y decisionales, necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados»⁶¹.

En la misma línea, de forma general, PEREZ define la regulación como un conjunto de medidas puestas en manos de los poderes públicos para conseguir resultados intencionales o bien como una actividad de dirección de las actividades privadas según los objetivos predeterminados para conseguir un interés público⁶².

Sin embargo, al ser nuestro objetivo el de situar la regulación en el ámbito de una actividad económica que sea considerada servicio de interés económico general o servicio público – como es el caso de las telecomunicaciones –, necesitamos concretar la definición dentro de esos parámetros ya que en las definiciones precedentes pueden considerarse distintos tipos de regulación⁶³.

3.2 La regulación que nos interesa definir

En base a los conceptos que hemos ido exponiendo, la definición de regulación más adecuada a nuestro objetivo es aquella que se entiende como el conjunto de técnicas de intervención pública en el mercado y que por la dinámica del sector económico, supone una intervención continua de los poderes públicos respecto de la actividad y el comportamiento de las empresas⁶⁴.

De esta definición, debe colegirse la distinción entre reglamentación y regulación, en donde, la primera debe ser entendida como el encuadramiento jurídico de los comportamientos en una actividad determinada⁶⁵; por lo que es, ciertamente, un modo de regulación, y además, que la regulación tiene un sentido más amplio, pero que podemos situar en los parámetros que hemos señalado⁶⁶.

En esta línea TRIMARCHI, sostiene que la regulación es una categoría que *comprende* cada uno de los tipos de intervenciones normativas que resguardan la actividad económica, entendiéndose por económicas las actividades que en abstracto sean susceptibles de ser asumidas como objeto de empresa, en donde todo (o nada) puede ser considerado servicio público⁶⁷.

Este tipo de regulación de servicios públicos implica entonces una fusión entre reglamentación y control o tutela, por lo que se distingue de ambas independientemente consideradas, en el sentido de que el término regulación permite dar cuenta de una autoridad que se ejerce sobre distintos operadores económicos autónomos que deben someterse a una disciplina colectiva para que su acción combinada permita atender los objetivos de interés general⁶⁸.

Lo que quiere decir que, la regulación debe identificarse como una actividad continua, en la que se suman un conjunto de poderes de actuación cuya unidad está en la finalidad perseguida, la búsqueda de un equilibrio y de una ordenación que no es exclusivamente imperativo⁶⁹. Por eso, regular comporta normar, dictar directivas, sancionar, pero también mediar, arbitrar y resolver conflictos.

Coincidimos con ARIÑO cuando sostiene que, «en la moderna regulación de los servicios públicos hay que distinguir entre dos cosas, ambas importantísimas: el régimen legal, teórico, y la práctica regulatoria»⁷⁰.

Sobre esto último, lo que debe tenerse presente es que, si bien, es importante que el marco jurídico que define los derechos y deberes de operadores en una actividad económica considerada como servicio público, deba ser claro, estable, equilibrado, con reglas y principios que le den confianza a los operadores, éste

61 ARIÑO, G. y DE LA CUETARA, J. M., Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *Cuadernos de Derecho Público* N° 9, Enero-abril, 2000, pág. 11.

62 PEREZ, R., Ob. cit., pág. 39.

63 Como sostiene M. A. SENDIN GARCIA, *Regulación y servicios públicos*, Ed. Comares, Granada, 2003, pág. 7: entre algunos de los tipos de regulación que pueden distinguirse están el de la *regulación civil o institucional* “que tendría como finalidad asegurar que se vana a dar en la Sociedad las condiciones necesarias para que se produzca el correcto desenvolvimiento de la libertad individual”; “también se habla de la regulación de *policía administrativa o regulación social*, que es aquella que trata de conciliar el desarrollo de la actividad individual con las exigencias del interés público o general”.

64 Al respecto, seguimos los planteamientos de S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado. Los fundamentos*, Vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 265. Esta definición puede complementarse por lo sostenido por L. PAREJO, “La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apunta para un estudio del fenómeno”, en AA. VV., *Administración Instrumental, Libro Homenaje al Profesor Clavero Arévalo*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 636; quien considera que “(...) en el orden jurídico se trata de posibilitar una acción ordenadora o reguladora, más adaptada a las exigencias, a tal respecto, de sectores específicamente sensibles (...)”. Convenimos con G. ARIÑO, *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares, Granada, 2003, pág. 655; en que nos referimos a una “regulación sectorial” ya que tendrá que adaptarse a los requerimientos técnicos del sector que corresponda.

65 TORNOS MAS, J., “La actividad de regulación”..., Loc. cit., idem.

66 Por eso, como sostiene J. TORNOS MAS, “La actividad de la regulación”, Ob. cit., pág. 1339; la actividad de regular, supone entonces “el ejercicio de una pluralidad de técnicas de intervención dentro de un marco ya reglamentado”. En la misma línea G. ARIÑO, *Principios de Derecho público económico...*, Ob. cit. pág. 654, sostiene que: “La regulación se asienta sobre el Derecho pero no es sólo derecho”.

67 TRIMARCHI BANFI, F., “Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* N° 5, 2002, pág. 951.

68 RODRIGUES, S., Ob. cit., pág. 222.

69 En este punto seguimos el planteamiento de J. TORNOS MAS, “La actividad de regulación”..., Ob. cit., pág. 1342.

70 ARIÑO, G., *Principios de Derecho público económico...*, Ob. cit., pág. 645.



por su propia naturaleza no define con precisión *soluciones cerradas* a los múltiples conflictos que este tipo de actividades generan, por lo que debe contarse con la actuación de la regulación a través de criterios flexibles que hagan posible la misma, de ahí que no puede pretenderse que todos los problemas de la actividad económica pueden ser predeterminados *ex ante* en los textos legales, sino que hay que dejarlos al ejercicio de la regulación⁷¹.

La definición que nos interesa definir tiene en cuenta además, que en el contexto de un Estado con una economía liberalizada o en proceso de liberalizar sus actividades económicas, algunos planteamientos consideran que las fuerzas del mercado son suficientes para que las relaciones entre sus actores estén equilibradas, pero ya la experiencia ha demostrado que los equilibrios del mercado no son perfectos, sino que se producen fallos y es ahí donde deben estar las medidas correctivas – que traten de velar por el interés público – de los poderes públicos materializadas a través de la regulación⁷².

También debe ser tomarse en cuenta que la regulación a desarrollar por los poderes públicos podría producirse en un mercado sin competencia, de manera que tengan que intervenir las condiciones del intercambio a través de una serie de medidas autoritativas que configuren, dentro de lo posible, condiciones de oferta que correspondería a las que resultarían de un mercado en competencia⁷³.

El objeto de la regulación será entonces el mercado y la empresa cuál sujeto que obra sobre el mercado; de esta forma, la regulación afrontará el mal funcionamiento del mercado a través de medidas correctivas y, por este aspecto, el Estado que regula se contrapone al Estado que provee – por la misma

organización o a través de sujetos a cargo de ello –, las prestaciones de los servicios esenciales⁷⁴.

No obstante lo señalado, consideramos que la definición de regulación que buscamos concretar va más allá de corregir los fallos del mercado⁷⁵, ya que las vinculaciones de distintos sectores económicos producen una serie de externalidades que requieren de una regulación oportuna, al igual que para la mejora de la información disponible para los consumidores a efecto de que puedan tomar decisiones adecuadas respecto de los productos que usan y consumen⁷⁶.

Del mismo modo, consideramos que la regulación que nos interesa definir va más allá de la regulación para la competencia⁷⁷, es decir ha de dirigirse a que el mercado como institución social cumpla con una función económica, pero sin olvidar que esta función debe estar asociada a la satisfacción de unos objetivos que, en algunos casos, están al margen del mercado. «Lo singular de esa nueva situación es que ya no se trata tan sólo de garantizar el buen funcionamiento del mercado, sino que han aparecido otros cometidos que requieren una función reguladora»⁷⁸.

Entonces, el tipo de regulación hacia cuya definición pretendemos acercarnos es aquél que está orientado a actividades económicas que por tener carácter esencial son considerados servicios públicos que presentan una problemática y un conjunto de principios y técnicas comunes de ahí que sea una categoría de regulación que pueda considerarse más intensa que los otros tipos de regulación y que considere que el mercado de dichos servicios ha de ser eficiente pero no porque en sí mismo sea éste el objetivo, sino que ha de ser eficiente porque siendo eficiente sirve mejor al interés general⁷⁹.

71 En este punto seguimos el planteamiento de G. ARIÑO, *Principios de Derecho público económico...*, Loc. cit., idem.

72 Por eso convenimos con J. TORNOS MAS, “La actividad de regulación”..., Loc. cit., idem.; cuando sostiene que “se regula para buscar equilibrio, no para imponer de forma coactiva el interés general expresado en una norma previa”.

73 TRIMARCHI BANFI, F., “Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici”..., Ob. cit., pág. 952. Respecto de este tipo de intervención de los poderes públicos, el autor sostiene que: “L’intervento regolatore che si sostituisce all’operatore spontaneo degli attori economici, tende a produrre artificialmente risultati simili a quelli del mercato di concorrenza; alla sua sfera d’azione sono invece estranei interverte che sostituiscano alla razionalità allocativa del mercato altre finalità”.

74 Según F. TRIMARCHI BANFI, “Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici”..., Ob. cit., págs. 952-953; si estas premisas son correctas, se tiene que concluir que el método regulativo presupone que la prestación que se obtiene del mercado regulado está de acuerdo con la necesidad, según una apreciación de carácter político previa.

75 Al respecto, F. TRIMARCHI BANFI, “Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici”..., Ob. cit., pág. 954, sostiene que: “l’espressione “fallimento del mercato” spesso utilizzata con riferimento all’inadeguatezza delle prestazioni che questo fornisce, è ingannevole, poiché accomuna alle ipotesi di inadeguatezza dovute alla struttura non concorrenziale del mercato, quelle di inadeguatezza alla stregua di una valutazione di carattere politico”.

76 MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado. Los fundamentos...*, Loc., cit., idem.

77 A diferencia de lo que sostiene G. ARIÑO, *Principios de Derecho público económico...*, Ob. cit., pág. 604 y sigs., consideramos que la regulación en el ámbito de los servicios de interés económico general o de los servicios públicos va más allá de ser “un modelo de regulación para la competencia”.

78 ORNOS MAS, J., “La actividad de regulación”..., Loc. cit., idem.

79 En esta línea, R. PEREZ, Ob. cit., págs. 45-48; ha sintetizado cuáles deben ser las características que definan la regulación proyectada a una actividad como las telecomunicaciones: “In primo luogo, la nuova regolazione comporta la soppressione del vecchio regime fondato sulla riserva, che aveva, consentito il proliferare dei monopoli” (...), “in secondo luogo, la nuova regolazione si è qualificata per il perseguimento di fini non solo economici, ma

Finalmente, lo que debe quedar claro es que independientemente de la especificidad de las actividades consideradas servicios de interés económico general o servicios públicos la definición que hemos

asumido no está fuera del ámbito de la regulación económica, ya que es a partir de la misma que se van a desarrollar los modelos regulatorios en dichas actividades. 

anche sociali" (...), "in terzo luogo, l'attività di regolazione è, oggi, garantita, contrallata (e spesso posta in essere) da soggetti *ad hoc*, costituiti in modo da svolgere la loro funzione in posizione neutrale". *Vid.* también lo que sostiene J. TORNOS MAS, "La actividad de regulación"..., *Ob. cit.*, pág. 1340: para quien: "Los fines de la autoridad de regulación serían garantizar, al mismo tiempo, una situación de concurrencia efectiva en defensa del pluralismo, la protección de usuarios, menos rey minorías, y el logro de fines de servicio público previamente definidos. Para ello concurriría al ejercicio de la potestad de normación especializada, autorización, sanción, conciliación, mediación y arbitraje".