



Ramón Huapaya Tapia^(*)

Algunos apuntes sobre las relaciones entre el **Derecho Administrativo Económico** y el concepto anglosajón de la “Regulación”^{(**)(***)(****)(*****)}

“(…) MANEJAMOS UN CONCEPTO AMPLIO DE LO QUE CONSTITUYE LA REGULACIÓN, ENTENDIÉNDOLA COMO UN SINÓNIMO DEL CONJUNTO DE FORMAS JURÍDICAS QUE ADOPTA LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE INTERVENCIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA ECONOMÍA Y DE LOS DERECHOS PRIVADOS, TAL COMO SE ENSEÑA TAMBIÉN EN LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA Y ANGLOSAJONA. ESTO ES ASÍ, PORQUE COMO YA LO HEMOS SEÑALADO, LA TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ANGLOSAJÓN NO ES SISTEMÁTICA Y ES TÓPICA, DESCONOCIÉNDOSE EN ESA EXPERIENCIA EL CRITERIO METODOLÓGICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTINENTAL (…)”

*Don't fret precious I'm here,
step away from the window
and go back to sleep*

(…)

*Pay no mind what other voices say
They don't care about you, like I do, (like I do)
Safe from pain, and truth, and choice, and other poison devils,
See, they don't give a fuck about you, like I do.*

*Just stay with me, safe and ignorant, go,
back to sleep, go back to sleep*

«Pet»

A Perfect Circle

Thirteen Step

(*) Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Estudios concluidos de Maestría en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Derecho Administrativo Económico y Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima y la Academia de la Magistratura.

(**) A Vivian, mi segunda existencia.

(***) Este trabajo debe mucho a las enseñanzas recibidas por parte del Doctor Eduardo Quintana, en el Curso *Derecho de la Regulación y de la Competencia* de la Maestría de Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - Semestre 2008-II. El gran conocimiento sobre la regulación y el Derecho de la competencia (tanto de los sistemas anglosajones, como continentales) de Eduardo, tan poco común en nuestro medio, nos ha motivado a emprender este intento de estudio comparativo de Derecho Administrativo sobre un tema tan caro a él.

(****) Naturalmente, la responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de las entidades para las cuales presta sus servicios en el sector público o privado.

(*****). Agradezco al Señor José Carlos Gonzales Cucho, estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por su apoyo en la labor de investigación necesaria para el presente trabajo.



1. Introducción (algunas motivaciones que explican este trabajo)

Uno de los temas más importantes dentro del Derecho Público actual, es el que se encuentra referido a la intervención pública en la economía, la “mano visible” del Estado que interviene en las relaciones económicas, pues, si bien es pacífico afirmar que a nivel comparado existen mayores o menores grados de libertad en los sistemas económicos regidos por el libre mercado, en todos éstos existe una intervención del Estado para ordenar o regular las actividades económicas, debido a diversos objetivos de política económica que se manifestarán en el presente estudio.

Es importante comprender que, tal como lo señaló Ramón Martín Mateo⁽¹⁾, “el mercado necesita del Estado” sea tanto para corregir las imperfecciones o “fallas” del mismo o para lograr objetivos de bienestar social o redistributivos que no se pueden alcanzar si confiamos sólo en las “fuerzas” del mercado o en la nuda iniciativa privada⁽²⁾. Así, sin caer por ello en contradicciones o desfasadas posiciones socialistas, creemos que, si bien el sustento del mercado es la existencia de un orden jurídico y de derechos fundamentales económicos *de los particulares* tales como la libertad de empresa, la propiedad y la libertad de contratar, no es menos cierto que el Estado, en mayor o menor grado, utiliza sus *poderes de intervención* en todos los mercados, estén abiertos a la competencia o no, usando para ello diferentes instrumentos jurídicos, centrados fundamentalmente en mecanismos de Derecho Público, con el objetivo de propiciar el interés general a través de políticas de competencia y de regulación.

Dicho lo anterior, en primer lugar, es universal reconocer que la primera forma de intervención del Estado en la economía consiste en proveer el ordenamiento jurídico básico para las transacciones sobre la propiedad (una Constitución y un

“TODA POLÍTICA REGULATORIA DEBE SER EVALUADA EN SUS ALCANCES, IMPACTO Y CONSECUENCIAS SOBRE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA QUE SOPORTA LAS CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN. LAMENTABLEMENTE ELLO NO PASA MUY A MENUDO EN EL PERÚ. LO QUE NOS FALTA ES EMPLEAR HERRAMIENTAS DE POLÍTICA PÚBLICA DIRIGIDAS A EVALUAR LA CONVENIENCIA Y NECESIDAD DE LAS INTERVENCIONES PÚBLICAS SOBRE LOS MERCADOS, AL ESTILO DE LOS ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO (A.I.R.) QUE SE REALIZAN COMÚNMENTE EN EUROPA PARA ANALIZAR LOS IMPACTOS PROPUESTOS POR LAS MEDIDAS REGULATORIAS DISPUESTAS POR LA AUTORIDAD PÚBLICA (...).”

sistema jurídico). Luego, en esa medida, es tarea del Estado reconocer normativamente mecanismos de Derecho Privado, como leyes civiles, mercantiles y societarias que permitan definir y reconocer los derechos básicos que posibilitan las transacciones en el mercado. Así, se ha señalado que la función primaria del Estado, en cuanto a la ordenación del

(1) Entre otros escritos de este autor, uno de los padres del Derecho Público económico español, véase, Martín Mateo, Ramón. *El marco público de la economía de mercado*. 2da. edición. Pamplona: Aranzadi, 2003.

(2) Por ejemplo, existe evidencia empírica en los países regidos por los modelos continentales de Derecho Administrativo (Europa y Latinoamérica) donde luego de procesos de privatización de monopolios estatales sobre diversas actividades económicas, el Estado tuvo que intervenir legislativamente para generar incentivos a la competencia, la misma que no apareció por sí misma, sino fuera, por medidas de regulación o de fomento para introducir competencia. Para este caso concreto, véase, ARIÑO, Gaspar y otros. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara, 2004; y, CASSAGNE, Juan Carlos y Gaspar ARIÑO. *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.



Ramón Huapaya Tapia

mercado, es el reconocimiento y protección de los derechos. Por tanto, “las normas básicas del ordenamiento de una sociedad, como el reconocimiento de los derechos de propiedad y las garantías sobre el cumplimiento de los contratos con la sanción de eventuales incumplimientos, harán posible que existan los mercados”⁽³⁾. Esto es el reconocimiento de una verdad innegable: en el mercado se transan derechos, que vienen definidos por un ordenamiento jurídico. En tal sentido, el mercado no es “espontáneo”, viene definido por el sistema jurídico, es una suerte de *pañó cobertor de transacciones*, que cubre el desarrollo de los diversos acuerdos y contratos que celebran los particulares para gestionar sus intereses económicos y comerciales⁽⁴⁾, en el marco de la competencia económica.

Sin embargo, cuando las normas dispositivas y la autonomía de la voluntad (poder de disposición o transacción que ostentan los sujetos privados sobre su patrimonio, bienes y derechos) no son suficientes para lograr un funcionamiento pleno del mercado y se producen distorsiones en precios, calidad o en la misma provisión de los bienes y servicios necesarios para el sistema económico o, siendo más explícitos, cuando la *competencia* en un mercado determinado no es suficiente para producir los beneficios que ofrece el proceso competitivo, se produce la *intervención correctiva u orientadora* del Estado en la economía mediante mecanismos de Derecho Público, dirigidos a establecer reglamentaciones para el ejercicio de los derechos, otorgar títulos habilitantes (concesiones,

autorizaciones, licencias, permisos, registros), establecer medidas de restricción, control o de fiscalización del ejercicio de actividades económicas, entre otras medidas de Derecho Público. Concretamente, esta intervención se producirá empleando las normas y técnicas del “Derecho Administrativo Económico” o de la “intervención administrativa en la economía” en el caso de los sistemas jurídicos continentales, mientras que, en los sistemas anglosajones se hablará de la intervención estatal mediante la *regulation*⁽⁵⁾. Así las cosas, creemos que hechas las salvedades que señalaremos a continuación, existen evidencias de la existencia de un paralelo conceptual entre los sistemas continentales de “intervención administrativa en la economía” y el concepto genérico anglosajón de la regulación⁽⁶⁾, conforme lo veremos a continuación.

Sin embargo, antes de comenzar es necesario dejar en claro que, las visiones teóricas existentes en la literatura jurídica y económica sobre la regulación (y sus manifestaciones metodológicas típicas: regulación social y regulación económica⁽⁷⁾) reflejan que, cuando hablamos de dicho concepto, estamos frente a uno bastante

(3) DE LA CRUZ FERRER, Juan. *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico: Modelo y análisis de la Ley 54/1997*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 96.

(4) Sobre el particular, una completa teorización en AGUILAR VALDEZ, Oscar. *Competencia y Regulación. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio*. En: Autores varios. *Servicio Público, Policía y Fomento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho. 2da. edición. Buenos Aires: RAP, 2005. pp. 59-121, especialmente páginas 59 y siguientes. Cabe señalar además que, no hay que confundir el concepto de mercado con el de competencia. El mercado es un marco institucional para las transacciones, puesto que se transan derechos definidos por el ordenamiento legal. En tal sentido, el mercado es una creación jurídica, mientras que, la competencia es algo que se descubre, que surge espontáneamente por la interacción libre de la oferta y la demanda. Por eso se dice que, la competencia surge de un proceso de descubrimiento (BULLARD, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2006) mientras que, el mercado viene definido por el Derecho. El gran tema es evitar que la intervención del Estado, al definir el ordenamiento jurídico del mercado, termine malogrando el proceso competitivo.

(5) Cfr. OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2004.

(6) Más adelante veremos que, necesitamos superar la idea de que la regulación se identifica únicamente con la idea de la “regulación económica” y que ésta es un tema que excede el ámbito del Derecho Público.

(7) No desconocemos que existen nuevas variantes y perspectivas en cuanto a la definición de los sistemas de regulación, las cuales están comenzando a ser difundidas en la experiencia inglesa. Particularmente completas nos parecen las reflexiones de QUINTANA Eduardo y Maleka CARRASCO. *Regulación en tiempos de escasez: asignación de gas para la generación de*



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

singular, susceptible de ser definido desde la política, la economía, el derecho e inclusive las ciencias sociales⁽⁸⁾. Asimismo, se discute mucho sobre la propia pertinencia de la regulación estatal como solución adecuada frente a las fallas de los mecanismos de mercado en la economía⁽⁹⁾ desde el seminal trabajo de Stigler, en la medida que la regulación (sobre todo, en su variante denominada “regulación económica”) en muchos casos, bajo una pretendida procura del “interés público”, muchas veces ha escondido propósitos mercantilistas o para favorecer a determinados sectores empresariales⁽¹⁰⁾. Asimismo, se discute mucho actualmente sobre las relaciones de política estatal entre los mercados “competitivos” o sujetos al régimen de la libre competencia y los mercados “regulados” o sujetos a intervención regulatoria

estatal⁽¹¹⁾, relación por lo demás complicada y que ha ido variando en el tiempo, conforme lo veremos a continuación.

Asimismo, la visión de la regulación como fenómeno jurídico va a variar dependiendo si estamos frente a una visión europea o norteamericana⁽¹²⁾, puesto que una cosa es la regulación al estilo norteamericano, basada en una experiencia en la cual históricamente todas las actividades económicas han estado fundamentalmente en manos privadas⁽¹³⁾ (aún inclusive los grandes monopolios prestadores de servicios públicos) y sujetas a control

energía eléctrica. Original *pro-manuscripto* a ser publicado en la Revista de Derecho Administrativo. n.º 8. Revista editada por el Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010. 25 pp, las cuales siguen las nuevas propuestas del estudioso inglés Colin SCOTT. Sobre este particular, véase: SCOTT, Colin. *Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors*. En: *European Law Journal*. Volumen 6. n.º 4. Diciembre 2000, pp. 316-322; y en MURRAY, A. y C. SCOTT. *Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power*. En: *The Modern Law Review*. Volumen 65. n.º 4, Julio 2002. pp. 500-512. Ambos textos en QUINTANA, Eduardo. *Materiales de Enseñanza del Curso Derecho de la Regulación y de la Competencia*. Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2008.

- (8) Por ejemplo, BUSTAMANTE, Jorge. *Desregulación. Entre el derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993, p. 14, señala que la regulación no es un concepto jurídico, sino económico.
- (9) Cfr. STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. En: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Volumen 2, n.º 1, Spring, 1971, pp. 3-21.
- (10) STIGLER, *Op. cit.*; p. 3, comienza su famoso ensayo sobre la teoría de la regulación económica con estas precisas reflexiones sobre la teoría de la regulación basada en el “interés público”: “*The State-the machinery and power of the state - is a potential resource or threat to every industry in the society. With its power to prohibit or compel, to take or give Money, the state can and does selectively help or hurt a vast number of industries. (...) The central tasks of the theory of economic regulation are to explain who will receive the benefits or burdens of regulation, what form regulation will take, and the effects of regulation upon the allocation of resources*”. Para la demostración empírica de este postulado, con abundantes fuentes de derecho norteamericano. Véase: HARO SEIJAS, José Juan. *Contra los excesos de la Regulación Económica. Sobre Monopolios Naturales, Instalaciones Esenciales y Otros Fantasmas*. En: *Themis* n.º 50. Lima, 2005. Especialmente, pp. 160-163
- (11) Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar. *Competencia... Op. cit.*; y, ORLANSKI, Leonardo. *Competencia y Regulación*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- (12) Véase, MALARET, Elisenda. *Administración Pública y Regulación Económica*. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Santander, 2007. En: Autores varios. *La Autonomía Municipal. Administración y Regulación Económica*. Títulos Académicos y Profesionales. Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Pamplona: Thomson-Aranzadi - AEPDA, 2007. pp. 127-160, especialmente, p. 129 y siguientes.; y, DARNACULLETA, Mercé. *La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana*. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y José ESTEVE PARDO (Directores). *Derecho de la Regulación Económica*. (Colección dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO). Volumen I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación. Madrid: Iustel, 2009. pp. 349-386, especialmente, pp. 349-363.
- (13) Excepción hecha de algunos supuestos atípicos como el caso de la Tennessee Valley Authority (TVA), empresa estatal norteamericana creada en la época del New Deal para brindar varios servicios para el Valle del Tennessee, y que, actualmente, es uno de las más grandes empresas generadoras eléctricas de EE.UU (Sobre este tema, véase, BIANCHI, Alberto. *La Regulación Económica*. Tomo 1. *Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina*. Buenos Aires: Ábaco, 2001,



Ramón Huapaya Tapia

“regulatorio” por parte del Estado⁽¹⁴⁾, mientras que, en Europa, las ideas y las nociones de la “regulación” aparecen en un escenario totalmente diferente (1980 en adelante) signado por importantes procesos de retroceso del rol del Estado en la economía, donde se tuvieron que librar intensas batallas para romper monopolios públicos o actividades reservadas al Estado y contra la empresa pública como actora principal de las economías estatales, sobre todo, en las experiencias comunistas-socialistas. Así, Europa, luego de privatizar monopolios estatales, desregular y re-regular los mercados y luego de introducir competencia mediante la privatización de empresas públicas y la liberalización de servicios públicos y actividades de interés general, “descubre” las técnicas de la regulación, entendida *a la europea* como un proceso de control sobre las actividades económicas de los sujetos privados que pueden incidir en el interés general⁽¹⁵⁾. Por tanto, serán distintas las experiencias y los conceptos que se manejen sobre la regulación en ambas experiencias, puesto que mientras que, en EE.UU la intervención “regulatoria” del Estado en las actividades económicas se ha formado como un concepto de aplicación excepcional y debidamente justificada, en Europa, la intervención estatal sobre las actividades privadas se presupone a fin de resguardar objetivos de interés general. De allí que importa bastante diferenciar entre ambas experiencias para encontrar los puntos de acercamiento y los puntos donde se difiere.

Dicho lo anterior, cabe señalar que es un objetivo de este trabajo, poder trazar pie para señalar nuestra posición respecto a las relaciones y vínculos que existen entre el concepto jurídico de la regulación, en cuanto al Derecho Público y, en particular, al empleo de mecanismos jurídicos del Derecho Administrativo. Una relación que, muchas veces, pasa desapercibida, cuando no es minusvalorada, debido a que los juristas que tratan los temas regulatorios se deslumbran frente a los supuestos nuevos contenidos traídos desde dicha experiencia anglosajona. Así por ejemplo, cuando se discute sobre los contenidos y la temática de la regulación, se señala que estamos frente a una nueva “rama del Derecho” o a una disciplina autónoma, denominada “Derecho regulatorio” o “Derecho de la regulación”, cuando en realidad, conforme lo demostraremos, los contenidos fundamentales de la regulación en el derecho anglosajón, están anclados en el Derecho Administrativo, tanto en dichos lares, como en los nuestros. Esto tiene que ser adecuadamente contrastado con otro hecho

especialmente, pp. 101-102, también, GARRIDO FALLA, Fernando. *La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones del gobierno en Norteamérica*. En: *Revista de Administración Pública*. Volumen I. n.º 3. Septiembre-diciembre 1950. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1950. Para mayor información actualizada sobre las funciones de la TVA, véase [referencia del 02 de setiembre de 2009] disponible en web: <http://www.tva.com/abouttva/history.htm>.

(14) Una importante descripción del proceso de formación estatal de la regulación de la economía en el siglo XIX en Norteamérica puede verse en: GOLDIN, Claudia and Gary D. LIBECAP (Editores). *The Regulated Economy. A Historical Approach to Political Economy*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1994. 312 pp. Y, asimismo, la clásica obra de Herbert HOVENKAMP. *Enterprise and American Law (1836-1937)*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. Para los primeros años del desarrollo de la regulación durante el siglo XX, puede verse una de las primeras obras de Derecho Administrativo escritas en Norteamérica, por el gran jurista James LANDIS. *The Administrative Process*. New Haven: Yale University Press, 1941, traducida al español por Enrique E. BLEDEL con el título de *El Poder Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1951; y, también, BERK, Gerald. *Louis D. Brandeis and the making of regulated competition 1900-1932*. Nueva York: Cambridge University Press, 2009. En idioma español, puede verse, además de la obra de BIANCHI ya citada, del mismo autor: *Desarrollo de la regulación económica en los Estados Unidos*. En: *RDA*. Año 11. n.º 30-32. Buenos Aires, 2009. pp 297-428; y asimismo, *Historia Constitucional de los Estados Unidos*. 2 tomos. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2008. Nosotros mismos en un trabajo inicial, hemos señalado algunas anotaciones sobre el tema, cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las public utilities y su influencia en la formación del Derecho Administrativo norteamericano*. En: *Revista de Derecho Administrativo*, editada por el Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año III. n.º 5. Lima, 2008.

(15) Cfr. MALARET, Elisenda. *Administración Pública y Regulación... Op. cit.*



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”

fundamental: Actualmente, en el derecho anglosajón, se entiende que los sistemas de regulación, entendiendo en este concepto de la manera más amplia posible, exceden el ámbito de la actividad estatal o al menos del Derecho Público⁽¹⁶⁾, puesto que dicho concepto, altamente proteico, engloba tanto fórmulas públicas como privadas (sistemas de autorregulación pura y autorregulación regulada), e inclusive “normas técnicas” y “normas de arquitectura” para el diseño de sistemas para el control de las actividades humanas en general⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, y pese a lo anteriormente señalado, cabe indicar que, este trabajo responde a un esfuerzo de intentar una teorización del concepto de regulación desde el Derecho Público, a fin de vincular su desarrollo al Derecho Administrativo, tanto en las experiencias continental como anglosajona. Sobre todo, porque en nuestro medio pareciese que se quisieran “importar”, nociones anglosajonas como las ideas de “regulación social” y “regulación económica”, las cuales son propias de la doctrina y la teoría de la regulación y del *administrative law* en EE.UU e Inglaterra, pero que son categorías jurídicas que expresan un criterio metodológico de la doctrina y la jurisprudencia de dichos países para categorizar las formas de intervención de la Administración Pública⁽¹⁸⁾ sobre las actividades de los particulares, ante la falta de un método uniforme, dado el carácter casuístico y tópico del Derecho Administrativo anglosajón (además, porque, en el caso inglés, por la enorme influencia del patriarca Dicey⁽¹⁹⁾, durante mucho tiempo hubo

resistencia total a la idea de un régimen de Derecho Público para la Administración Pública -de un *régime du droit administratif*- como excepción al common law, idea que recién se comienza a introducir tímidamente en el derecho inglés bien entrado el siglo XX). Por el contrario, el Derecho Administrativo propio, de corte continental europeo, sí que tiene mucho tiempo desarrollando ideas metodológicas para sistematizar el Derecho Administrativo y sus zonas de influencia sobre la actuación de la Administración Pública sobre los derechos de los particulares, como se puede apreciar desde las grandes construcciones teóricas de los juristas franceses que influyeron en toda Europa y desde allí a Iberoamérica. Tal vez, la razón de la falta de conexión entre las experiencias jurídicas es que la cultura jurídica que sustentó la intervención pública en la economía siempre ha sido tópica (sectorial) y basada en un respeto importante hacia la propiedad privada y las libertades económicas, mientras que, en el caso europeo, el Estado siempre tuvo un papel importante como ordenador y gestor (empresario) en el sistema económico⁽²⁰⁾, durante gran parte del siglo XIX y los tres primeros tercios del siglo XX.

- (16) Agradezco a Eduardo Quintana, quien tuvo la enorme deferencia de hacer varios comentarios a este trabajo, y quien además, me hizo ver en sus clases, siguiendo a Colin Scott y otros estudiosos anglosajones, que los sistemas de regulación exceden el ámbito del Derecho Público y de la propia intervención del Estado.
- (17) Entiendo que Eduardo Quintana viene preparando un trabajo bastante amplio sobre el desarrollo del concepto de regulación y de los sistemas regulatorios que se pueden presentar, lo cual será muy beneficioso en nuestro medio, anclado en ideas clásicas y falta de ideas renovadoras sobre este tema. Mientras tanto, cabe la referencia a lo que ha escrito recientemente. Cfr. QUINTANA, Eduardo y Maleka CARRASCO. *Regulación en tiempos de escasez: asignación de gas para la generación de energía eléctrica*. Original *pro-manuscripto* a ser publicado en la *Revista de Derecho Administrativo*. n.º 8. Revista editada por el Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010. 25 pp. *Op. cit.*
- (18) Recordemos que, como lo señalan CARBONELL y MUGA: “(...) el Derecho Administrativo norteamericano se forma estrechamente unido al nacimiento y desarrollo de las agencias; es, fundamentalmente, el Derecho de las agencias”. Cfr. CARBONELL, Eloísa y José Luis MUGA. *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Prólogo de Juan José Lavilla. Madrid: Marcial Pons, 1996. Para mayor abundamiento de citas e información sobre la referida afirmación, véase HUAPAYA, Ramón. *Op. cit.; in totum*.
- (19) Es famosa la frase de Dicey (autor de *Introduction to the Law of the Constitution*, libro que actúa como sustituto de una Constitución escrita para Inglaterra) sostenida en un encuentro con M. Barthélemy (Decano de la Facultad de Derecho de París y prestigioso administrativista). Ante una pregunta de Barthélemy sobre el Derecho Administrativo en Inglaterra, Dicey respondió a secas: “*In England, we know nothing of administrative law; and we wish to know nothing*”.
- (20) Sobre este tema, es importante resaltar el aporte del profesor español Esteve Pardo. Cfr. ESTEVE PARDO, José. *La regulación de la economía desde el Estado garante*. Ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española



Ramón Huapaya Tapia

Mientras tanto, siguiendo a Esteve⁽²¹⁾, consideramos que, actualmente, en Latinoamérica nos encontramos imbuidos todavía aún en un proceso de liberalización y adecuación de los marcos regulatorios para la introducción de competencia en los mercados de interés económico general (fundamentalmente constituidos por los clásicos servicios públicos, servicios de interés general⁽²²⁾ y obras públicas de infraestructura), lo que se desarrolla en un entorno donde el Estado ha abandonado sus posiciones como gestor o empresario y, por el contrario, se ha desarrollado como un Estado *regulador* y *garante* de prestaciones, lo cual importa bastante porque, salvo casos aislados (Venezuela, Bolivia, Argentina), la mayoría de ordenamientos latinoamericanos se sustentan, actualmente, en los alcances del principio de subsidiariedad y de respeto a la iniciativa privada como motor esencial del desarrollo económico, lo cual ha llevado a una reconfiguración importante de las relaciones entre sociedad y Estado, más alejada de la experiencia europea y mucho más cercana a la experiencia norteamericana, donde desde *Munn versus Illinois* (1876) se acepta que el Estado es un *regulador* del sistema económico cuyo desarrollo está confiado a la iniciativa privada. Por dicho motivo, consideramos que, actualmente, nos encontramos con bemoles y algunos preocupantes retrocesos⁽²³⁾ en una etapa

de *convergencia jurídica* entre los sistemas de intervención pública en la economía, debido al influjo del sistema norteamericano de la regulación. Por ello, entonces, debemos mirar a los avances teóricos y normativos que se dan en el derecho de la competencia y la regulación anglosajones (tanto norteamericanos, como británicos), pero sin perder la perspectiva de nuestro Derecho Administrativo, mucho más sistemático, ordenado y que, actualmente, está en un proceso de revisión de sus estructuras dogmáticas⁽²⁴⁾ para adaptarlas a la reciente *americanización*⁽²⁵⁾ del ordenamiento jurídico continental.

Asimismo, otra de las motivaciones que impulsan a tomar partido en este tema es que, consideramos conveniente efectuar reflexiones jurídicas que superen el aletargamiento que supone confiar exclusivamente en visiones economicistas del fenómeno de la regulación. No se trata de privilegiar una disciplina por otra (o el derecho sobre la economía o viceversa),

de Profesores de Derecho Administrativo. Santander, 2007. En: Autores varios. *La Autonomía Municipal. Administración y Regulación Económica. Títulos Académicos y Profesionales. Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*. Pamplona: Thomson-Aranzadi - AEPDA, 2007. pp. 79-125, especialmente, pp. 79-92, quien, con una sensibilidad jurídica de resaltar, hace un paralelo importante entre las ideas de regulación "a la americana" y la regulación "a la europea".

(21) Cfr. ESTEVE PARDO, José. *La regulación de la economía desde el Estado garante... Op. cit.*

(22) Como la actividad bancaria, financiera, de las AFP, seguros, o el Mercado de Valores.

(23) Insistimos, como los de Venezuela, Bolivia y Argentina. Para un excelente análisis jurídico sobre la lastimosa situación de pérdida de libertades económicas en Venezuela, debido al avance imparable de un "Estado social" que emplea la regulación como medio no para ordenar, sino para sacrificar la propiedad privada y la libertad de empresa, véase, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *Reflexiones sobre la Constitución y el modelo socioeconómico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional*. Caracas: FUNEDA, 2008.

(24) Por todos, véase el monumental esfuerzo del profesor español Santiago Muñoz Machado, quien, actualmente, ha emprendido un proceso de renovación integral de la sistemática y de los contenidos del Derecho Administrativo con su monumental *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, proyectado para cinco tomos, pero a la fecha han aparecido sólo tres: Tomo I. *La formación de las Instituciones Públicas y su sometimiento al Derecho*. Madrid: Iustel, 2006; Tomo II. *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Iustel, 2006; y, Tomo III. *La organización territorial del Estado. Las Administraciones Públicas*. Madrid: Iustel, 2008. Asimismo, del mismo autor, quien aparece como Director, puede verse la colección *Derecho de la Regulación Económica*, proyectada para nueve volúmenes, de los cuales a la fecha han aparecido cinco: Volumen I. *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel, 2009; Volumen II. *Mercado de Valores*. Madrid: Iustel, 2009; Volumen III. *Sector Energético* (en dos tomos). Madrid: Iustel, 2009; Volumen IV. *Telecomunicaciones*. Madrid: Iustel, 2009; y, Volumen VIII. *Comercio Exterior*. Madrid: Iustel, 2009.

(25) Cfr. BALLBÉ, Manuel. *El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*. En: *Revista de Administración Pública*. n.º 174. Madrid: CEPC, 2007. pp. 215-276.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

ni tampoco rechazar la perspectiva del análisis económico del Derecho, que es un método de análisis que ha aportado (y seguirá aportando) muchísimo a la evolución de la ciencia jurídica. Pero hay que poner las cosas en su lugar: la teoría de la regulación en la medida que comporta *básicamente* una intervención del Estado en las actividades económicas con típicos instrumentos de Derecho Público, es una teoría jurídica o que, al menos, tiene bases jurídicas. Motivo por el cual, es un objeto de análisis interesante desde la perspectiva del Derecho, sin subyugarse a la discrecionalidad de los economistas o a un mero análisis matemático de estos temas.

Finalmente, cabe acotar que, sostendremos que teóricamente *no compartimos, ni encontramos justificación alguna hablar de la existencia de un “Derecho Regulatorio”*⁽²⁶⁾ como pretenden algunos, “sino que la mayor parte de las técnicas y medios legales empleados por la regulación en los sistemas anglosajones son propias del Derecho Administrativo en dichos países”⁽²⁷⁾, “y por tanto, al menos en lo que se refiere al empleo de mecanismos de Derecho Público, suponen fundamentalmente un capítulo especial dentro de esta rama del Derecho”. Así pues, mal se hace en pretender afirmar la “novedad” de un derecho de la “regulación” como algo novedoso y que “superaría” la

doctrina del Derecho Administrativo, tanto en los países anglosajones como en los pertenecientes al sistema continental de Derecho Administrativo⁽²⁸⁾.

En estricto, consideramos que, todas las herramientas de intervención estatal en la economía se ejercen a partir de mecanismos de Derecho Administrativo, hecho que denota la inexistencia del concepto o siquiera noción del “derecho regulatorio”. Esto es igual tanto en Norteamérica como en Inglaterra donde, por ejemplo, las obras generales que se dedican al Derecho Administrativo consideran a la *regulation* como uno de los contenidos de esta rama del Derecho. Así, por ejemplo, en la experiencia norteamericana, una de las principales obras de Derecho Administrativo, como es *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, text and cases*⁽²⁹⁾, de Stephen Breyer⁽³⁰⁾, Richard B. Stewart⁽³¹⁾, Cass R. Sunstein⁽³²⁾ y Matthew L. Spitzer⁽³³⁾, no incluye un capítulo de “derecho regulatorio” o siquiera

(26) Seguimos en este punto, las reflexiones de la profesora catalana Elisenda MALARET (*Op. cit.*; pp. 159-160), quien señala que: “Parece difícil sostener que la regulación construye una nueva rama del derecho, ni tampoco un nuevo derecho o que la regulación sea algo radicalmente distinto del derecho económico tradicional o de la intervención pública tradicional. Sin embargo, existen importantes transformaciones en relación al pasado. El Estado regulador supone una reconsideración de las tareas públicas y un repliegue a funciones de carácter ordenador y no prestador, de emanación de normas jurídicas -generales o individuales- y no de gestión (...)”.

(27) Es evidente que el “espectro” de aplicación de regulación excede el Derecho Administrativo, y el derecho mismo, si es que tomamos por ejemplo, la existencia de sistemas híbridos, sistemas de autorregulación u otros modelos enunciados en QUINTANA, Eduardo y Maleka CARRASCO, *Op. cit.*; *In totum*. Sin embargo, nosotros nos referimos en este caso a los mecanismos de la regulación que forman parte del Derecho Público, los cuales, al menos en nuestro sistema, son la expresión mayoritaria de los sistemas de regulación.

(28) Así, por ejemplo, seguimos a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2006, p. 17), quien señala que “Es usual abordar a la regulación desde una suerte de perspectiva neutra, como si existiera un Derecho de la regulación, con contenido sustantivo propio. Sin embargo, como ya he destacado en otras ocasiones, al aproximarnos a la regulación, especialmente en Iberoamérica, constatamos que en realidad, las técnicas a las que acude la Administración económica son las propias y tradicionales del Derecho Administrativo, ahormadas, claro está, a la complejidad del objeto de la acción administrativa, pero, en definitiva, técnicas específicas del Derecho Administrativo”.

(29) Cfr. BREYER, Stephen, Richard STEWART, Cass R. SUNSTEIN y SPITZER. *Administrative Law and Regulatory Policy*. 5ta. edición. Nueva York: Aspen Publishers, 2002.

(30) Associate Justice de la Corte Suprema de Estados Unidos.

(31) Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Nueva York.

(32) Actualmente, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Harvard y antes, por mucho tiempo, en Chicago.

(33) Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Sur de California.



Ramón Huapaya Tapia

trata a dicha rama como un “derecho especial”. Por el contrario, dicha obra, trata a la regulación como parte del Derecho Administrativo, como un contenido esencial de éste. Por otro lado, y en la misma línea de acción, uno de los mejores textos del Derecho Administrativo inglés reciente, como es el libro *Law and Administration*⁽³⁴⁾ de Carol Harlow⁽³⁵⁾ y Richard Rawlings⁽³⁶⁾, señala que la regulación es un capítulo esencial del Derecho Administrativo, refiriendo que “*Regulation is the essence of administrative law, constituting much of the interface between the state and the individual or ‘legal persons’*. To a greater or lesser extent, and a myriad of different ways, citizens, small business, large corporate and even multinational enterprise fall into its domain. *As prime machinery of governance, regulation has epitomized the contemporary mixing in administrative law of public with private powers: steering not rowing. The recent UK process of regulatory reform itself is an archetypal example of domestic administrative law development in a global context*”⁽³⁷⁾ (resaltado nuestro).

En tal sentido, es importante reparar que, ni siquiera en la experiencia jurídica anglosajona se señala, en general, la existencia de un “derecho regulatorio”, ni tampoco de figuras similares. Los desarrollos recientes, espectaculares, del Derecho Administrativo anglosajón (tanto en Inglaterra, como en EE.UU), por el contrario, estudian y comprenden que, básicamente la regulación es un fenómeno del Derecho Público que refleja el poder de intervención y ordenación general de la economía por parte del Estado, empleando mecanismos y formas propias del Derecho Administrativo. Tal vez, lo que sucede es que nuestros estudiosos del “derecho regulatorio” a la *créole*, solamente han compulsado obras de economistas, quienes hablan genéricamente de *regulation*⁽³⁸⁾ pero sin darle a dicho concepto la contextualización jurídica necesaria en

el ámbito del Derecho Administrativo (a pesar de la enorme calidad, de talla mundial, de estos trabajos económicos). Entonces, si se reconoce que la regulación será un fenómeno que puede ser definido desde la ciencia, la economía y la técnica, no hay que perder de vista que su contenido y formas, sea en la experiencia continental o anglosajona, estarán siempre vinculados al derecho y, particularmente, al Derecho Administrativo.

Por lo demás, este trabajo también se funda en una preocupación importante con respecto a la importancia de la regulación en el sistema económico, en un entorno donde se tiende a poner en un altar a las ideas de “competencia” y eficiencia”, y se rechaza toda forma de intervención pública que no tenga dichos objetivos como norte. Richard Posner, un autor nada sospechoso de intervencionismo o de ideas similares, ha señalado recientemente, refiriéndose a la vigencia del sistema económico capitalista, que él mismo necesita a la regulación como un sistema de ordenamiento de la economía para permitir el alineamiento de los incentivos del comportamiento de los agentes privados con el objetivo general consistente en difundir el bienestar. Y si el sistema de regulación (pública) es defectuoso, “(...), it must be changed, because competition will not permit businessmen to subordinate profit maximization to concern for the welfare

(34) Cfr. HARLOW, Carol y Richard ROWLINGS. *Law and Administration*. 3era. edición. Londres: Cambridge University Press, 2009.

(35) Profesora emérita de *Public Law* en London School of Economics and Political Science.

(36) Profesor de *Public Law* en University College of London.

(37) Cfr. HARLOW, Carol y Richard ROWLINGS. *Law and Administration... Op. cit.*; pp. 233-234.

(38) Baste, por ejemplo, citar el caso de la obra de economistas muy citadas en nuestro medio, como las de Alfred KAHN. *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. Massachusetts Institute of Technology, 1988. (Con varias reimpressiones) o el muy empleado libro de texto sobre regulación de VISCUSI, W. Kip, Joseph E. HARRINGTON y John M. VERNON. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ta. edición. The MIT Press, 2005. p. 953. En español, pueden verse las contribuciones sobre estos temas de MARTÍNEZ DE VEDIA, Rodolfo. *La organización en la regulación de servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003; LASHERAS, Miguel Ángel. *La regulación económica de los servicios públicos*. Madrid: Ariel, 1999, y, BEL I QUERALT, Germá (Editor). *Privatización, desregulación y ¿competencia?* Madrid: Civitas, 1996.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

of society as a whole, and ethics can't take the place of regulation” (resaltado, nuestro)⁽³⁹⁾. Sin embargo, también hay que evitar caer en lo que un recentísimo trabajo denomina *El mito de la regulación*⁽⁴⁰⁾: hay que evitar creer que la regulación siempre es necesaria para solucionar todo fallo del mercado (un mito ampliamente difundido y aceptado como credo en nuestro sistema). Por el contrario, la regulación es una solución fundamentalmente pública que debe ser controlada y mesurada, a fin de evitar los riesgos de los excesos cometidos en su nombre. De todas formas, la búsqueda de este equilibrio es necesario y para ello el sistema garantístico del Derecho Administrativo puede ser empleado con notable eficacia, conforme señalaremos a continuación.

2. Concepto de la *regulation*. Su vinculación con el Derecho Administrativo. La distinción entre “regulación social” y “regulación económica”, y su paralelo conceptual con las figuras propias del Derecho Administrativo.

Como punto de partida, es pacífico entender que el concepto de regulación proviene de la experiencia científica anglosajona. Particularmente, denota varios significados desde el campo de conocimiento en que sea definido. Por ejemplo, la regulación es definida desde el punto de vista de la sociología como “un control sostenido y enfocado ejercido por una agencia del Estado sobre actividades valiosas para la comunidad” (Selznick, citado por Ogus⁽⁴¹⁾, también Muñoz Machado⁽⁴²⁾), sin embargo, este concepto ha sido juzgado como muy restringido y en su lugar se propone definir a la regulación como un “concepto político económico que puede ser interpretado

haciendo referencia a distintos sistemas de organización económica y las formas legales que los mantienen⁽⁴³⁾. Ahora bien, también puede ser definida como “una interferencia o influencia del Estado sobre las conductas en la sociedad⁽⁴⁴⁾. En todo caso, y más allá de diversas teorías, el concepto jurídico (con una gran carga económica y política) de la regulación “nos remite a una acción deliberada del Estado utilizando mecanismos de Derecho Público, dirigida a influir sobre las actividades económicas realizadas en los mercados para conseguir objetivos de interés público, normando, supervisando, vigilando, sancionando y eventualmente, resolviendo controversias entre los sujetos regulados”. Conforme a dicho concepto, la regulación implica fundamentalmente una idea o acción ordenadora de Derecho Público sobre el mercado, y refleja en buena cuenta, el concepto macro que contiene la mayoría de las diversas formas jurídicas de intervención del Estado sobre la economía.

Ahora bien, la regulación entendida como la hemos definido, surge en la mayoría de casos, ante la deficiencia de las soluciones privadas para el adecuado funcionamiento del mercado, sin perjuicio de que la teoría anglosajona ha señalado, como detallaremos más adelante, que la regulación como actividad interventora del Estado en la economía puede tener otros objetivos y causas⁽⁴⁵⁾. Es decir, la regulación no

(39) Cfr. POSNER, Richard. *The crisis of capitalist democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 2.

(40) Cfr. BETANCOR, Andrés. *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Navarra: Civitas, 2010, obra que continúa la senda del excelente trabajo del mismo autor, *Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

(41) OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2004. ... *Op. cit.*; p. 1.

(42) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y José ESTEVE PARDO (Directores). *Derecho de la Regulación Económica*. (Colección dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO). Volumen I. *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel, 2009. pp. 15-243. Especialmente, p. 111.

(43) Cfr. OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2004. ... *Op. cit.*; p. 1.

(44) Cfr. BALDWIN, Robert y Martin CAVE. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Nueva York: Oxford, 1999. p.2.

(45) Sobre este tema véase, BALDWIN y CAVE. *Op. cit.*; y BREYER Stephen. *Regulation and its Reform*. Cambridge y Londres: Harvard University Press, 1982, entre otros.



Ramón Huapaya Tapia

es espontánea ni parte de transacciones o soluciones privadas, sino que, es deliberada y, fundamentalmente, impuesta desde el Estado. Sin embargo, en relación a las soluciones de mercado siempre será un *second best*, toda vez que es una técnica de intervención pública que actúa *en defecto* del Derecho Privado. Esto es así porque, en principio, el Derecho Privado (o derecho dispositivo) es eficiente para resolver los problemas de coordinación y de costos de transacción que se presenten en los sistemas económicos. Si es que tales mecanismos no funcionan, la solución se encuentra, con todos sus bemoles, en la intervención pública. Sin embargo, no toda intervención regulatoria es adecuada para los problemas suscitados en los mercados, ni tampoco todas las formas que puede adoptar la regulación deben ser idénticas.

Asimismo, es pertinente dejar en claro que, la regulación es más que solamente producir normas dirigidas a ordenar conductas económicas. Tal como lo señala Muñoz Machado⁽⁴⁶⁾, “(...) es claro que la función de regulación, que define el modo básico de intervención pública en la economía actualmente, alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias, que se ejercitan por órganos especiales, cuyo uso ha tenido un desarrollo en los últimos años hasta alcanzar una posición central nunca conocida antes. Es diferente por la naturaleza y contenido de las atribuciones que implica, por su régimen y por los órganos que las tienen conferidas. Poco en común, por lo pronto, tiene la función reguladora con el significado que tradicionalmente el Derecho continental europeo otorga al concepto regulación, normalmente reservado para la aprobación de normas por el legislador o por la Administración. (...) *Regular no es, pues, producir normas (lo es también desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo, consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del*

mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias y también el poder sancionador”. (resaltado, agregado).

En función a lo anterior, es preciso señalar que, la regulación contiene dentro de su definición como “poder de ordenación y seguimiento de una actividad”, una serie de potestades públicas típicamente vinculadas al Derecho Administrativo, bajo un esquema de “ordenación normativa-control-sanción”. Esta amplitud de contenido ha llevado a que, al menos metodológicamente, la literatura anglosajona plantee que existen dos variantes o campos de aplicación del concepto de regulación⁽⁴⁷⁾, dependiendo del objetivo que se pretenda lograr. De un lado, tendremos, (i) *la regulación social*, o una intervención del Estado en los mercados dirigida a lograr un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, evitando que las consecuencias del ejercicio de determinados derechos privados perjudiquen a los derechos de terceros los cuales se formalizan como intereses públicos o de la colectividad, en materias tales como seguridad, sanidad, medio ambiente, seguridad alimentaria, seguridad frente a los avances tecnológicos, protección al consumidor, cohesión social, entre otras materias⁽⁴⁸⁾; y por otro, (ii) *la regulación económica* (o regulación en sentido estricto), que implica en su *acepción clásica*⁽⁴⁹⁾ una intervención *sustitutiva* del Estado sobre los aspectos esenciales de los derechos fundamentales económicos (propiedad, libertad de empresa, libertad de contratar) a efectos de reemplazar las condiciones de funcionamiento de los mercados escasa o pocamente competitivos, *simulando* la

(46) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Op. cit.*; p. 111.

(47) Cfr. OGUS, Anthony. *Op. cit.*; BALDWIN y CAVE, *Op. cit.*; DE LA CRUZ FERRER, Juan. *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002; y, DE LA CRUZ FERRER, Juan. *Teoría de la Regulación y Derecho Público*. Ponencia presentada al II Congreso Iberoamericano de Regulación Económica. Montevideo, 2006. Consultado digitalmente [Referencia del 30 de noviembre de 2006] Disponible en web: www.asierregulacion.org.

(48) DE LA CRUZ FERRER, Juan. *Principios... Op. cit.*; p. 138.

(49) Más adelante, en este mismo documento, veremos que existen diferentes variantes de la regulación económica, siguiendo a ORLANSKI, Leonardo. *Competencia y Regulación... Op. cit.*



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

existencia de competencia mediante el establecimiento de barreras de entrada y de salida sobre las actividades, el número de operadores e imponiendo las decisiones esenciales de la producción: qué, cómo, cuándo, dónde y a qué precio operar⁽⁵⁰⁾.

Se entiende que, manejamos un *concepto amplio* de lo que constituye la regulación, entendiéndola como un sinónimo del conjunto de formas jurídicas que adopta la actividad pública de intervención y supervisión de la economía y de los derechos privados, tal como se enseña también en la experiencia norteamericana y anglosajona. Esto es así, porque como ya lo hemos señalado, la teoría del Derecho Administrativo anglosajón no es sistemática y es tópica, desconociéndose en esa experiencia el criterio metodológico del Derecho Administrativo continental que clasifica (con variantes de acuerdo a la experiencia jurídica que se trate) las formas de intervención pública en la economía desde una visión general que distingue entre la actividad ordenadora o constrictiva de la Administración (el viejo “poder de policía”), la actividad de fomento y la actividad prestacional o de servicio público (sostenida en el derecho español desde Jordana de Pozas⁽⁵¹⁾ y mantenida actualmente, entre otros, por Ariño⁽⁵²⁾). En tal sentido, la regulación social y económica no pueden ser vistas como “inventos” o creaciones espectaculares del Derecho Administrativo anglosajón, sino que reflejan únicamente un criterio metodológico para analizar en forma general un fenómeno que en nuestra experiencia jurídica ya está suficiente conceptualizado, puesto que nuestras normas y nuestro sistema jurídico está totalmente construido ya desde la perspectiva de las clasificaciones y metodologías propias del Derecho Administrativo. Por tanto, no es necesario adoptar estos conceptos que pueden ser referentes teóricos

interesantes a nivel comparado pero que carecen de utilidad para entender nuestras categorías jurídicas⁽⁵³⁾. Sin embargo, vale la oportunidad para señalar que, en la experiencia peruana se ha adoptado, sin mucho análisis, un concepto *restringido* de la regulación, el cual lo identifica con la regulación económica, en su variante *sustitutiva* o clásica, la cual entiende que la regulación es una “interferencia” del Estado en las actividades económicas calificadas como servicios públicos u obras de infraestructura, dirigida a controlar los monopolios naturales, bajo una forma de intervención *ex ante* o predeterminadora de las reglas jurídicas aplicables a tales actividades⁽⁵⁴⁾.

Lo cierto es que, en la experiencia anglosajona, dentro del concepto amplio de regulación, como ya lo hemos dicho, coexisten las ya citadas variantes metodológicas para acercarse al fenómeno de la regulación desde el Derecho Público, claramente definidas y diferentes una de la otra, esto es, de un lado, existe la *regulación de riesgos* o la *regulación social*, que se produce en mercados marcadamente competitivos pero que requieren de una intervención correctiva del Estado para prevenir o mitigar los riesgos que el ejercicio de los derechos individuales puede causar sobre la colectividad (por ejemplo, el típico ejemplo de las regulaciones bancarias de consumo, derivadas de la existencia de

(50) Cfr. DE LA CRUZ FERRER, Juan. *Principios... Op. cit.*; p. 140.

(51) Cfr. JORDANA DE POZAS, Luis. *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*. En: *Revista de Estudios Políticos*. n.º 48. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949. pp. 41-54.

(52) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara, 2004.

(53) Por eso somos tan críticos con la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el caso “Alfagás contra Repsol”, el cual citamos más adelante, donde usándose una clasificación teórica, se pretenden establecer consecuencias jurídicas vinculantes para nuestro ordenamiento. Para una crítica importante a esta Resolución, que compartimos en su totalidad, véase PATRÓN SALINAS, Carlos. *El que mucho abarca, poco aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en materia de Libre Competencia*. En: *Derecho y Sociedad*. N.º 30. Lima, 2008. pp. 401-408.

(54) Esta es la visión que maneja, por ejemplo, Alfredo Bullard, y que ha hecho mucho éxito en nuestro medio. Cfr. *Derecho y Economía... Op. cit.*



Ramón Huapaya Tapia

asimetría informativa), mientras que, por otro lado, tenemos a la *regulación económica* o regulación en sentido estricto, que es una intervención estatal agresiva sobre mercados afectados de defectos congénitos en su estructuración o funcionamiento, motivo por el cual se emplean instrumentos que buscan *en principio* “sustituir” la competencia, como por ejemplo pasa en la regulación de tarifas propia del régimen de control de los monopolios naturales en los servicios públicos.

Dicho lo anterior, “un ejercicio importante es vincular los alcances de los conceptos de la regulación social y de la regulación económica”, propios de la ciencia económica y de la experiencia jurídica anglosajona, “con respecto a los institutos propios del Derecho Administrativo Económico de corte continental”. Aquí cabe señalar que, siguiendo a Esteve Pardo, consideramos que el concepto de “regulación social” guarda un paralelismo con lo que nosotros conocemos teóricamente como la actividad administrativa de ordenación y control de las actividades de los particulares, es decir, el “poder de policía”, forma de actuación administrativa que, actualmente, podría ser entendida como una actividad de “gestión de riesgos” o de regulación de los riesgos que genera la convivencia social⁽⁵⁵⁾. Mientras que, por el lado de la regulación económica, dicha rama teórica de la regulación se condice con el régimen jurídico de lo que llamamos la “potestad estatal de control y ordenación sobre las actividades de interés general y los servicios públicos económicos”. Es por ello que, consideramos que el ejercicio que realiza Esteve Pardo en un reciente trabajo que ya hemos citado⁽⁵⁶⁾, es de primer orden: “es imperativo encuadrar los conceptos de las técnicas de la regulación (social y económica) dentro del Derecho Público” y, particularmente, para distinguir lo que es la actividad propia del régimen de la actividad de policía administrativa (básicamente una actividad ordenadora), que se da en todas las actividades económicas sean competitivas o no, de lo que constituye la *regulación económica*, la misma que constituye la intervención administrativa sectorial (que valgan verdades, emplea las técnicas del poder de policía) pero focalizada en servicios públicos y actividades económicas de interés general (sector bancario, financiero, de seguros, mercado de valores, etcétera), donde la intervención administrativa se justifica debido a las particulares circunstancias de monopolio o de fallas de mercado

existentes y que constituyen el principal (no el único) justificativo para la intervención mediante las técnicas de la regulación económica.

Cabe señalar, finalmente, que ambos tipos de regulación tienen un tronco común: emplean mecanismos del Derecho Público clásico, pero adaptados a la singularidad de cada mercado donde se produzca la intervención administrativa. Así, por ejemplo, en una actividad con fuerte competencia, pero con altas externalidades como la minería, la regulación estará orientada a mitigar los efectos de las externalidades a falta de acuerdos contractuales (por ejemplo, las autoridades ambientales pueden emplear técnicas de policía administrativa para fijar estándares de calidad ambiental, límites máximos permisibles y obligaciones medioambientales, cuyo cumplimiento está sujeto a la amenaza de imposición de una sanción), mientras que, en una actividad donde no exista competencia como en el servicio público de abastecimiento de agua y saneamiento (clásico monopolio natural), la intervención del Estado estará dirigida a paliar los efectos de la conducta de dicho monopolista sobre los usuarios de dicho servicio esencial, en orden a asegurar la prestación del servicio en condiciones de calidad, los beneficios esperados del inversionista y, finalmente, el bienestar de los usuarios.

3. ¿Cómo interactúan los conceptos, metodológicos, de “regulación social” (de riesgos) y la “regulación económica” (en su acepción “clásica”)?

Ya hemos dicho que la realidad del mercado es que, en principio, éste debería funcionar con el orden jurídico básico, en el que se transen

(55) ESTEVE PARDO, José. *El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público*. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y José ESTEVE PARDO (Directores). *Derecho de la Regulación Económica* (Colección dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO). Volumen I. *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel, 2009. pp. 387-405.

(56) Cfr. ESTEVE PARDO, José. *El encuadre de la regulación... Op. cit.*



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

libremente los derechos de propiedad mediante las técnicas contractuales. Para mitigar los riesgos de tales operaciones existe la institución de la responsabilidad civil como elemento disuasivo y de punición contra aquellas transacciones que no se lleven a cabo. Sin embargo, la solución de los problemas económicos empleando exclusivamente el ordenamiento jurídico privado ha demostrado que no es un escenario ideal, puesto que las soluciones de los problemas de las relaciones económicas mediante transacciones o acuerdos contractuales devienen en insuficientes frente a problemas tales como selección adversa, riesgo moral, elevados costos de transacción, asimetrías informativas, externalidades, entre otros problemas propios de las economías de mercado libres. Por dicho motivo, pese a que existe competencia (actual o posible) en los mercados, existen situaciones en las cuales las transacciones privadas no son suficientes para solucionar pérdidas de eficiencia o costos sociales.

En tal sentido, siguiendo el esquema anglosajón propuesto por Ogus (2004), para corregir ciertas fallas de mercado (externalidades, asimetría informativa, riesgos de la competencia, entre otras) existentes en los mercados se acepta la intervención regulatoria, metodológicamente denominada como *regulación social*, la misma que busca conciliar los efectos del ejercicio de los derechos individuales en relación a la colectividad. Pensemos, por ejemplo, en un típico caso de regulación social como la intervención ambiental en la actividad minera. Nos queda claro que, la actividad minera es sumamente competitiva y que, además, sus transacciones funcionan en base a un esquema de contratos privados. Sin embargo, el impacto ambiental y social que genera la actividad genera un cúmulo de externalidades (negativas y positivas) que motivan la intervención del Estado para solucionar dichas falencias que inciden sobre la colectividad debido a la actividad individual minera, debido a que los costos privados de solución a tales problemas son demasiado altos⁽⁵⁷⁾. Por ello, se interpreta, siguiendo la metodología anglosajona, que la intervención del Estado se expresa a través de las técnicas de la regulación social o de *regulación de riesgos*

para mitigar los efectos ambientales de dicha actividad económica. “Lo importante es que la regulación social (o mejor dicho el poder de policía) no es una forma de intervención vinculada a fallas en la competencia. La regulación social, en principio, puede ser aplicada conjuntamente con el régimen estatal de protección de la competencia, salvo los supuestos de exención descritos en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”. En tal sentido, luego de los mecanismos de Derecho Privado, existe la intervención estatal que se manifiesta a través de la ordenación de los mercados competitivos a través de las técnicas de la regulación *externa* o social, entendida como regulación de riesgos, la misma que se instrumenta a través de las técnicas propias del poder de policía administrativo, tal como veremos en otro acápite del presente texto.

Sin embargo, luego de la regulación de riesgos existe un nivel distinto de intervención estatal que supone una interferencia directa sobre las decisiones esenciales del proceso de mercado y que se justifica, sobre todo, en la existencia de situaciones monopólicas o de poder de mercado absoluto, es decir, situaciones donde no existe o falla, casi por completo, la competencia. Estamos aquí frente a la técnica de la *regulación económica*, la misma que comprende en su *acepción clásica*, básicamente, un sacrificio de las libertades económicas de los particulares a través de medidas unilaterales ordenadas por una agencia o entidad estatal, a fin de ordenar el mercado en cuestión, como si existiese competencia o, al menos para lograr simular

(57) Piénsese, por ejemplo, en los costos de transacción para ubicar a los afectados, los costos de determinar afectaciones reales, los costos de formalizar las transacciones, la posibilidad de que existan *free riders*, entre otros aspectos. Por lo demás, las soluciones privadas para solucionar temas ambientales no han sido las mejores, sino compruébese las falencias de la solución privada (transacciones sobre la base de compensaciones monetarias) del derrame de mercurio de Choropampa (Cajamarca) que hasta ahora generan litigios y costos para las empresas involucradas, así como para la imagen de la minería como actividad productiva.



Ramón Huapaya Tapia

su existencia. Así, por ejemplo, en el mercado de distribución de agua potable y alcantarillado estamos frente a la existencia de un monopolio natural (la infraestructura de distribución de agua potable y alcantarillado), que motiva la intervención estatal mediante la fijación del precio del agua potable y de sus servicios asociados.

Ahora bien, situándonos en la perspectiva anglosajona, el empleo de las técnicas de la regulación (tanto social como económica) es una solución de *segundo mejor* frente al empleo de las normas de competencia como correctivos a las disfunciones del mercado y que ha sido ampliamente discutida teóricamente, puesto que existen amplios debates con respecto a las teorías de la regulación, desde las posturas revisionistas de Stigler⁽⁵⁸⁾ y Posner⁽⁵⁹⁾ a inicios de la década de 1970, en seminales trabajos donde ambos pusieron a prueba el paradigma de la regulación basada en la búsqueda de la protección del interés público. De ahí que, actualmente, existan varias teorías⁽⁶⁰⁾ que explican la regulación, sea a favor (como las teorías del interés público e institucionalistas), así como en contra (teorías del origen corporativo o privado de la regulación, sostenidas por académicos vinculados a la escuela del *public choice*)⁽⁶¹⁾.

En todo caso, conviene precisar aquí que, “en principio, la regulación económica busca obtener los mismos beneficios que se obtienen de un proceso competitivo (eficiencia, innovación, precios ajustados a la interacción de la oferta y de la demanda,

prestación adecuada de los bienes y servicios), pero a través de herramientas de intervención que influyen directamente en la conducta de los agentes económicos”. Por ello (al menos en su visión “clásica”), la regulación económica constituye una intervención que suplanta la libre iniciativa privada, en aras de perseguir el bienestar general que se encuentra “ausente” debido al defecto de la competencia. Es por ello que esta visión “clásica” de la regulación económica la entiende como un “sustituto” de la competencia o como una solución opuesta a las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, veremos a continuación cómo esta visión se ha transformado en la actualidad, toda vez que se asume que la regulación sustitutiva se ha transformado en una “regulación para la competencia” o “regulación pro-competitiva”, entendiéndose actualmente que existe una relación de *complementariedad* entre las normas de competencia y la regulación económica, por lo que se afirma la existencia de un nuevo modelo de regulación económica⁽⁶²⁾. ¿Cómo se entiende este proceso de “gran transformación”⁽⁶³⁾ de los procesos de la regulación económica? Lo veremos a continuación.

(58) STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. En: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Volumen 2. n.º 1, 1971). pp. 3-21.

(59) POSNER, Richard. *Natural Monopoly and its Regulation*. 30ma. Edición de aniversario con el prólogo del autor. Washington DC.: CATO Institute, 1999. Este trabajo es una versión actualizada del trabajo original del autor, del mismo título, del año 1969. POSNER, Richard. *Natural Monopoly and its Regulation*. En: *Stanford Law Review*. Volumen 21, n.º 3, febrero de 1969. pp. 548-643. (Acceso vía JSTOR).

(60) Cfr. BALDWIN y CAVE, *Op. cit.*; pp. 18-33; CROLEY, Steven P. *Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process*. En: *Columbia Law Review*, Volumen 98, n.º 1. Enero de 1998. pp. 1-168; también MORGAN, Bronwen y Karen YEUNG. *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Londres: Cambridge University Press, 2007. pp. 16-78.

(61) Para una explicación actualizada respecto del origen de dichas teorías y su aplicación, véase: PRIEST, George L. *The Origins of Utility Regulation and the “Theories of Regulation” Debate*. En: *Journal of Law and Economics*. Vol. XXXVI. n.º 1. Parte 2. John M. Olin Centennial. Abril de 1993. pp. 289-323.

(62) Cfr. ARIÑO, Gaspar y Lucía LÓPEZ DE CASTRO. *La competencia en sectores regulados*. Granada: Comares, 2003; y, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: ARA, 2004; y también CARLTON, Dennis y Randal PICKER. *Antitrust and Regulation*. *NBER Working Paper Series* n.º 12902. 57 pp. [Referencia del 19 de octubre de 2009] Disponible en web: <http://www.nber.org/papers/w12902>.

(63) Cfr. KEARNEY, Joseph D. y Thomas W. MERRILL. *The Great Transformation of Regulated Industries Law*. En: *Columbia Law Review*, Volumen 98, n.º 6, Octubre de 1998. pp. 1323-1409.



4. La vinculación entre las clases o tipos de regulación económica y el derecho de la competencia a través de sus objetivos: buscar introducir los beneficios de la competencia en los mercados mediante la intervención pública

Conforme a calificada doctrina⁽⁶⁴⁾, la regulación (sobre todo, la económica) no necesariamente se tiene que ver justificada en fallas de mercado. Por el contrario, las fallas de mercado únicamente explican las principales razones *económicas* de la regulación, pero también pueden existir otras razones económicas adicionales a dichas fallas de mercado para emplear la técnica regulatoria⁽⁶⁵⁾, tales como⁽⁶⁶⁾ las sobreganancias excesivas de las empresas de servicios públicos, problemas de competencia excesiva, falta de equidad, escasez e inclusive el paternalismo, entre otras razones⁽⁶⁷⁾. Adicionalmente, pueden servir como justificativos a la regulación problemas de agencia, problemas de riesgo moral, problemas de coordinación entre las agencias gubernamentales para regular y también razones como el paternalismo, e inclusive, motivaciones políticas como la aspiración de concretar la denominada “justicia distributiva”.

El tema aquí es, como lo señala agudamente Breyer⁽⁶⁸⁾, que los remedios regulatorios y los instrumentos a ser empleados, van a variar de acuerdo a las razones que sean invocadas. En todo caso, la idea es lograr una mezcla adecuada de los instrumentos regulatorios y comparar los costos y los beneficios de la regulación y de las soluciones de mercado⁽⁶⁹⁾, para tomar decisiones adecuadas de política regulatoria.

En ese sentido, al mencionar las soluciones de mercado nos abocamos a otra modalidad interventora del Estado en la economía: el Derecho de la Competencia, que busca potenciar el proceso competitivo ante conductas que restrinjan u obstaculicen la entrada y la competencia entre empresas con las finalidades de lograr la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores⁽⁷⁰⁾, aparentemente proponiendo objetivos y metas distintos a los planteados tanto por la regulación social y la regulación económica.

(64) OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland-Oregon: Hart Publishing, 2004... *Op. cit.*; pp. 29-54; y, del mismo autor, *Estructuras e Instituciones Regulatorias*. En: *Themis* número 54. pp. 273-285. Lima, 2006; BREYER, Stephen. *Regulation...* *Op. cit.*; pp. 15-35; y, BALDWIN y CAVE. *Understanding...* *Op. cit.*; pp. 9-17.

(65) Estas son explicadas detalladamente y en forma resumida por BALDWIN y CAVE. *Ibid.*

(66) Cfr. BREYER, Stephen. *Regulation...* *Op. cit.*; p. 21; y, BALDWIN y CAVE. *Understanding...* *Op. cit.*; p. 11.

(67) Cfr. QUINTANA, Eduardo y Maleka CARRASCO. *Op. cit.*; pp. 3-4.

(68) Cfr. BREYER, Stephen. *Regulation...* *Op. cit.*; pp. 34-35.

(69) Cfr. BALDWIN y CAVE. *Understanding...* *Op. cit.*; pp. 16.

(70) Cfr. Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 1.- La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Es pertinente señalar que, la afirmación señalada en nuestro texto no obvia que las finalidades del derecho de la competencia pueden ser disímiles, dependiendo de la experiencia jurídica a la cual se recurra (anglosajona o continental europea), e inclusive de la corriente de pensamiento a la cual se adscriban los teóricos de la competencia. Por ejemplo, para la Escuela de Chicago, el objetivo de la defensa de la competencia siempre será la búsqueda de eficiencia (véase BORK, Robert. *The Antitrust Paradox*. Free Press, 1993), mientras que, para otros teóricos, el objetivo de la política de competencia será la protección de las pequeñas empresas (como lo fue, en inicio, para la jurisprudencia norteamericana que aplicó la *Sherman Act* durante la primera mitad del siglo pasado), o inclusive, el bienestar de los consumidores aisladamente considerado, o también la promoción de la innovación y el desarrollo tecnológico. Para mayores referencias sobre este tema, puede verse: HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. 2da. edición. St. Paul, Minnesota: West Group. Hornbook series, 1999. pp. 47-76, HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2005; y también SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. *The Law of Antitrust: An integrated handbook*. St. Paul, Minnesota: Thomson-West. Hornbook Series, 2006. pp. 10-19.



Ramón Huapaya Tapia

Como se precisará más adelante, esta herramienta de intervención que en cierta medida también ordena el mercado (a través de un sistema de sanciones dirigido a proteger la eficiencia y al mercado), deberá ser conjugada con las medidas regulatorias (en especial con la regulación económica) debiendo primar en algunos casos y ser supletoria en otros en función de las finalidades que se persigan.

Asimismo, cabe señalar que, comúnmente, la idea del rol de la regulación económica como simuladora del proceso competitivo, suele ir aparejada en nuestro medio a través de la difundida distinción entre la regulación como técnica de intervención *ex ante* frente a las normas de competencia *ex post*⁽⁷¹⁾, no obstante que, en la realidad, ambas técnicas interventoras no suelen ser estáticas tal como se les hace parecer, primordialmente, en las industrias sometidas a regulación económica en las cuales no es de extrañar que dada la potencialidad de que se presente un escenario competitivo se hace necesario aplicar normas de competencia en un escenario de regulación económica sectorial (por ejemplo, como sucede, actualmente en el Perú, en el caso del sector telecomunicaciones o en el ámbito de la generación de energía eléctrica al servicio de los denominados “clientes libres” en el caso del sector eléctrico).

Las ideas anteriormente señaladas nos remiten al escenario de las relaciones entre el derecho de la competencia y la regulación como técnicas de intervención del Estado en la economía. Partiendo del concepto amplio de regulación que manejamos es preciso señalar que, en principio, cuando existen mercados abiertamente competitivos el Estado introduce mecanismos de Derecho Público para solucionar los problemas derivados de externalidades, asimetrías informativas y otras fallas de mercado distintas de problemas vinculados a la falta de competencia siguiendo la visión anglosajona de la “regulación social”, concepto que, como ya hemos aclarado, nos remite a la idea continental del genérico “poder de policía” con que cuenta la Administración Pública. Sin embargo, junto a éstas técnicas, en los mercados competitivos también interviene el Estado mediante un “sistema público de protección de la competencia”, el mismo que se implementa a través de una legislación *antitrust* (en el Perú, mediante el Decreto

Legislativo 1034). Precisamente, si atendemos a lo que señalan Quintana y Carrasco⁽⁷²⁾, esta coexistencia del derecho de la competencia y la “regulación social” se complementan o, en todo caso, no se excluyen, ya que cada forma de intervención tiene sus propios objetivos, alcances y ámbito, en algunos casos discurren paralelas y, en otros momentos, se entremezclan, pero no necesariamente tienen que ser opuestas o excluyentes.

Tal vez, la idea anteriormente expresada se ilustra mejor con un gráfico.

Gráfico 1
Interrelación teórica del Poder de Policía (“Regulación social”) y el Derecho de la Competencia

	Realidad: Mercados competitivos (regulación laboral, de venta minorista y mayorista, industrias no monopólicas, entre otros)
Solución de problemas derivados de externalidades, asimetrías informativas, riesgos y peligros	Poder de Policía, sectorialmente aplicado (normas técnicas, de calidad, de seguridad, medio ambientales, de protección del orden público, etc.), entendido como “Regulación Social”
Infracción a las normas de competencia	(Relaciones de interacción) Régimen legal de defensa de la competencia

La idea que subyace a las afirmaciones anteriores es que los mercados competitivos se preservan mejor a través de una intervención estatal que promueva y estimule la competencia entre los agentes del mercado (mediante la fijación de políticas a favor de la competencia), así como con una intervención estatal punitiva

(71) Posición muy difundida en nuestro medio por Alfredo Bullard. Véase, BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra. 2da. Edición, 2006. pp. 907 y siguientes.

(72) Cfr. QUINTANA, Eduardo y Maleka CARRASCO. *Op. cit.*; pp. 5-6.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

y correctora de aquellas conductas ilícitas que afecten la competencia (entendiendo al derecho de la competencia como un Derecho Público sancionador que, desde sus orígenes, busca reprimir las inconductas o ilícitos que perjudiquen a la competencia como bien jurídico protegido por la normativa estatal). Por ello, la coexistencia entre la intervención pública mediante el poder de policía (“regulación social”) y el derecho de la competencia es algo aceptado al menos a un nivel teórico, puesto que se trata de manifestaciones de intervención pública que operan a distintos niveles: de un lado, el derecho de la competencia destinado a proteger el proceso competitivo y en última instancia, la eficiencia y el bienestar de los consumidores, mientras que la denominada “regulación social” no incide más que parcialmente sobre las actividades económicas, puesto que su aplicación responde a la reducción de las externalidades en beneficio del bienestar colectivo y de evitar daños a derechos de terceros, problemas que al no haber podido ser resueltos mediante los mecanismos de Derecho Privado deben ser resueltos mediante la intervención administrativa.

Ahora bien, sin duda alguna, la coexistencia antes señalada, si bien es cierto no reflejaría mayores problemas desde un punto de vista teórico, pero en la práctica, habría que tener bastante cuidado con los bemoles derivados de afirmar tajantemente dicha coexistencia, como ha sucedido en el caso de una reciente Resolución de INDECOPI (Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI emitida en el procedimiento iniciado por la empresa Alfa Gas S.A. contra Repsol YPF Comercial

del Perú S.A.), que genera muchas dudas con respecto a su operatividad (e inclusive con respecto al papel del INDECOPI en su calidad de agencia de competencia), si es que atendemos a las informadas razones señaladas tanto por Quintana⁽⁷³⁾ así como por Patrón Salinas en sendos trabajos sobre dicho particular⁽⁷⁴⁾, donde se advierte el peligro de señalar jurisprudencialmente con carácter vinculante, que las normas del sistema de defensa de la competencia pueden aplicarse a todos los supuestos de “regulación social” (como lo hace INDECOPI en la Resolución antes indicada), con *un pésimo empleo del “principio de supletoriedad” del Derecho de la competencia con respecto a la regulación*, puesto que se obvia el importante supuesto normativo consistente en la existencia de conductas anticompetitivas que pueden estar determinadas por una norma constitucional o legal inclusive, o por un acto administrativo (figura conocida en Europa como las reglamentaciones públicas anticompetitivas y en Estados Unidos como la *state action doctrine*)⁽⁷⁵⁾, tesis que demarca un límite al derecho de la competencia frente a “actos soberanos del Gobierno” (Constitución, leyes y actos administrativos)⁽⁷⁶⁾

(73) QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Normas de competencia en industrias reguladas*. En: *Revista de Economía y Derecho* n.º 19 (2008).

(74) PATRON SALINAS, Carlos. *El que mucho abarca, poco aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en materia de Libre Competencia*. En: *Derecho y Sociedad*. n.º 30. Lima, 2008. pp. 401-408.

(75) Sobre el particular, véase: LOPEZ-ESCUADERO, Manuel. Las reglamentaciones nacionales anticompetitivas (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 17 de noviembre de 1993, asuntos Meng, Ohra y Reiff). En: *Revista de Instituciones Europeas*. Volumen 21, n.º 3, 1994. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. pp. 917-942; CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. *Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados miembros: deberes de los órganos que aplican el derecho de la competencia y responsabilidad de las empresas*. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año 8. Número 17. Enero-Abril 2004. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. pp. 161-191. Para un análisis de la *State action immunity*, véase: MARCOS, Francisco. *Comentario al artículo 4 - Conductas exentas por ley*. En: MASSAGUER, José, Jaime FOLGUERA, José Manuel, SALAARQUER y Alfonso GUTIÉRREZ (Directores). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. pp. 222-259; y, asimismo, BUSH, Darren. *Mission Creep: Antitrust Exemptions and Immunities as Applied to Deregulated Industries*. En: *Utah Law Review*. Volumen 63. n.º 3. 2006. pp. 761-810.

(76) Véase, además, para una profundización de este supuesto de exención, el completo trabajo de REBOLLO PUIG, Manuel. *Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia*. En: COSCULLUELA MONTANER, Lluís (Coordinador). *Estudios de Derecho Público Económico*. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas, 2003. pp. 719-742.



Ramón Huapaya Tapia

que restringen la competencia por otros fines más valiosos⁽⁷⁷⁾. Esta figura precisamente ha sido recogida en las dos primeras oraciones⁽⁷⁸⁾ del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante LRCA), norma que prescribe que “Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley”. Precisamente, esta última norma recoge la figura de la exención de aplicación de la LRCA para aquellas conductas que sean consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, lo cual constituye una excepción a la regla general del sistema de libre competencia proclamada por la propia Constitución de 1993, en su artículo 61⁽⁷⁹⁾. Ahora bien, ¿era necesaria la inclusión de una norma como ésta en nuestro ordenamiento jurídico? Como bien señala Shyam Khemani, lo ideal es que todos los sectores productivos, económicos y comerciales se encuentren sujetos a las reglas de libre competencia, sin embargo, puede que por motivos sociales, económicos y políticos se establezcan excepciones a las reglas generales a fin de promover objetivos tanto o más importantes que los de las normas de libre competencia⁽⁸⁰⁾, tal como pueden serlo, por ejemplo, la seguridad pública⁽⁸¹⁾, el bienestar de un sector vasto de la

población (mediante la fijación administrativa de precios en monopolios naturales), entre otros. Por ejemplo, para Shyam Khemani, exenciones legales pueden darse en sectores como la negociación colectiva, las centrales de compras públicas (monopsonio estatal⁽⁸²⁾), derechos de propiedad intelectual, gremios de profesionales liberales, servicios públicos, actividades reservadas al Estado por seguridad (por ejemplo, el caso de las restricciones de libre comercialización del anfo⁽⁸³⁾ y la hoja de coca), entre otros. Ahora bien, no debe dejarse de lado que estas normas legales que excluyen conductas del ámbito de aplicación de la LRCA deben respetar los principios de ésta y, sobre todo, deberían cumplir con las siguientes condiciones, a fin de evitar el abuso de las excepciones legales a la LRCA: (i) las exenciones deben ser consecuencia de aplicación de lo previsto en una norma jurídica (puede ser una Ley o un Reglamento o un acto de aplicación de los mismos); (ii) detallar específicamente las conductas que están fuera del ámbito de aplicación de la

- (77) Sobre el particular, véase SHYAM KHEMANI, R. *Aplicación de las leyes sobre la competencia: Exenciones y excepciones*. Nueva York-Ginebra: Naciones Unidas - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), 2002. 41 pp. [Referencia de fecha 05 de julio de 2008] Disponible en web: http://www.unctad.org/sp/docs/ditccplmisc25_sp.pdf.
- (78) No citamos la tercera oración porque es una de las peores normas que ha podido introducir la Ley de competencia vigente, en cuanto prescribe que “El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”. Para sólidas críticas sobre dicha norma, véase: BULLARD, Alfredo. *Lo Bueno y lo Feo*. *Diario Perú* 21, 30 de junio de 2008; y, PATRÓN, Carlos. *Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de represión de conductas anticompetitivas*. En: IUS ET VERITAS n.º 36. pp. 122-144, especialmente, 129-131.
- (79) Constitución Política de 1993. Artículo 61. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...).
- (80) SHYAM KHEMANI, R. *Aplicación de las leyes sobre la competencia: Exenciones y excepciones*. New York -Ginebra. Naciones Unidas - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), 2002. 41 pp. [Referencia del 05 de julio de 2008] Disponible en web: http://www.unctad.org/sp/docs/ditccplmisc25_sp.pdf, pp. 2 y 3.
- (81) Al prohibirse la venta de sustancias o productos riesgosos para la salud. Por ejemplo, se puede prohibir la venta al público del producto “rascapiés” que, habitualmente, se vendía en fiestas navideñas pese a tener un contenido venenoso. Así, el mayorista ya no podrá vender dicho producto, lo cual ya no constituirá un caso de “negativa injustificada a contratar”, sino que, dicha conducta será perfectamente legal gracias a la norma que la habilita.
- (82) Véase el Decreto Legislativo 1018, que crea la Central de Compras Públicas - Perú Compras, para encargarse de las compras corporativas obligatorias para las entidades estatales, conforme lo señale un decreto supremo con voto aprobatorio del Consejo de Ministros.
- (83) El anfo es un material que incrementa dramáticamente la onda expansiva de explosivos tales como la dinamita. Su venta se encuentra regulada y restringida para ciertas operaciones autorizadas previamente por el Estado, desde la década de 1990 en las épocas de asonada del terrorismo.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

LRCA; y, (iii) las excepciones deben ser taxativas y no pueden ser objeto de interpretación o de aplicaciones extensivas o analógicas. El Gráfico 2 nos ayudará a entender mejor el tema de la interrelación del “poder de policía” y el régimen legal de la competencia.

Gráfico 2
Interrelación práctica del Poder de Policía (“Regulación social”) y el Derecho de la Competencia

	Realidad: Mercados competitivos (regulación laboral, de venta minorista y mayorista, industrias no monopólicas, entre otros)
Solución de problemas derivados de externalidades, asimetrías informativas, riesgos y peligros	Poder de Policía, sectorialmente aplicado (normas técnicas, de calidad, de seguridad, medio ambientales, de protección del orden público, etc.), entendido como “Regulación Social” Zona Común (I)
Zona especial: conductas anticompetitivas permitidas por ley	Interacción del Poder de Policía y el Derecho de la Competencia (Exenciones a la libre competencia como consecuencia de una norma legal, artículo 3 de la LRCA) Ejemplo: la prohibición de venta libre de hoja de coca, o el monopolio legal del Estado en la venta de anfo o armas de guerra.
Infracción a las normas de competencia	Régimen legal de defensa de la competencia Zona común (II)

En tal sentido, si bien teóricamente es posible interpretar que la “regulación social” puede aplicarse conjuntamente con el régimen legal de defensa de la competencia, en la práctica puede que existan casos en los cuales dicha convivencia no sea posible (conforme a lo descrito en el Gráfico 2. Por tanto, hizo mal el INDECOPI al emplear el denominado *principio de supletoriedad* a un ámbito objetivo distinto al cual debe aplicarse. ¿Dónde puede aplicarse el principio de supletoriedad? Dicho principio tiene sentido y operatividad plena en el ámbito de las relaciones entre regulación económica y el régimen legal de defensa de la competencia, como veremos a continuación. Precisamente, aún cuando existan supuestos donde la aplicación del derecho de la competencia podría resentirse si es que es vinculado con la

“regulación social”, “estaremos en un punto distinto cuando hablamos de las relaciones entre la denominada ‘regulación económica’ y el derecho de la competencia”.

Precisamente, en la literatura económica se ha postulado, como una tesis primaria, la calidad de antítesis de ambas técnicas de intervención pública en los mercados. Vale decir, es un lugar común señalar que, si es que existe regulación económica, el derecho de la competencia cede y debe ser inaplicable y viceversa, dado que “si existe competencia suficiente, la regulación económica no debería existir”. La visión que creemos estática entiende que la regulación es un remedio *ex ante* frente a los problemas del mercado, mientras que, el derecho de la competencia es un remedio *ex post* y, por tanto, más favorable para las libertades económicas, visión que fue muy difundida entre las décadas de 1960 y 1970 del siglo pasado, sobre todo por aquellos partidarios de la “teoría de la captura” (Stigler) con respecto a la regulación, pero que, actualmente, ha caído en desuso, particularmente, por la influencia de los procesos de privatización, desregulación y liberalización de los mercados que ha operado en la década de 1980 del siglo pasado en adelante, procesos que han desnudado las falencias del análisis tradicional que enfrentaba a la competencia y a la regulación económica⁽⁸⁴⁾. Sobre todo, porque en los complejos escenarios económicos actuales, a la par de la influencia tecnológica, la globalización económica y otros fenómenos recientes, los mercados ya no se consideran *per se* sujetos a intervención dirigista del Estado, ni tampoco abiertamente “libres”, sino que, se asumen, fundamentalmente, escenarios de competencia imperfecta, donde es necesario elegir un “menú” de mecanismos y herramientas de intervención que se sostienen entre típicas medidas regulatorias

(84) Véase, KEARNEY y MERRILL. *The great... Op. cit.*; y, Ariño, Gaspar. *Principios... Op. cit.*



Ramón Huapaya Tapia

y medidas propias de la aplicación de derecho *antitrust*. Piénsese por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones, mercado que hace unos 40 años era considerado como “una industria monopólica sujeta a regulación económica sectorial” y, por tanto, donde la competencia se encontraba excluida, mientras que, actualmente, (desde la mitad de la década de 1990 del siglo pasado en adelante) dicho sector es uno de los escenarios más importantes donde se puede ejemplificar, de modo concreto, la coexistencia de técnicas de regulación económica y de defensa de la competencia⁽⁸⁵⁾, es decir, el campo de acción del llamado *regulatory antitrust* o de la “regulación para la competencia” proclamada, entre varios otros, por Ariño⁽⁸⁶⁾. Otro tanto pasa en la industria eléctrica, donde, actualmente⁽⁸⁷⁾, se asume con naturalidad que existe la aplicación de normas regulatorias y de competencia en los mercados eléctricos, supuesto de hecho que, precisamente, también ocurre en el Perú (Decreto Ley 25844, que aprueba la Ley de Concesiones Eléctricas), donde el segmento de generación en la industria eléctrica está sujeto a un régimen de libre competencia, mientras que, los segmentos de transmisión y distribución están sujetos a regulación económica.

“Ello es así, porque, modernamente, se postula teóricamente⁽⁸⁸⁾ que, tanto la Regulación Económica como las normas del régimen de defensa de la competencia, son técnicas complementarias de intervención estatal en la economía”⁽⁸⁹⁾,

toda vez que ambas figuras persiguen obtener los beneficios de la competencia en las industrias sujetas a control estatal, puesto que se ha caído en cuenta de que muchas veces, y aunque parezca paradójico, la regulación al “simular” competencia o al “fomentarla”, como el propio derecho *antitrust*, al final buscan obtener los mismos objetivos, que son el bienestar del consumidor mediante las intervenciones estatales correctivas de las actividades del sistema económico. En tal sentido, el *ex ante* (la regulación económica) y el *ex post* (la defensa de la competencia) se complementan, en lugar de excluirse.

4.1 Las variantes de la regulación económica y la solución al problema de la coexistencia de la regulación económica procompetitiva y el derecho de la competencia a través del principio de supletoriedad.

A fin de desentrañar la interrogante señalada con respecto a la posibilidad de coexistencia de la regulación económica y el derecho de la competencia como técnicas de intervención pública en los mercados, es necesario fijar algunas precisiones sobre el concepto de

(85) LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: Regulación y Competencia*. 2da. edición. Navarra: Aranzadi, 2007. pp. 187 y siguientes.

(86) Cfr. ARIÑO, Gaspar. *Principios... Op. cit.*

(87) En este punto, véase, BOLZE, Ray S., John C. PIERCE y Linda L. WALSH. *Antitrust Law Regulation: A new focus for a competitive energy industry*. En: *Energy Law Journal*. Volumen 21. n.º 1, 2000. pp. 79-112; HERNÁNDEZ, Juan Carlos. *Regulación y Competencia en el Sector Eléctrico. Evolución, regulación actual y perspectivas de futuro*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2005; también, GUILLÉN CARAMÉS, Javier (Director). *Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2009. Recientemente, véase, BECKER, Fernando (Director), CAZORLA PRIETO, Luis María (Director), MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián (Director) y José Manuel SALA ARQUER (Director). *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*. Tomos I (Parte Jurídica) y II (Parte Económica). Madrid: Thomson-Aranzadi, 2008.

(88) Lo cual tiene reflejo inclusive en la normativa de varios servicios públicos y obras públicas de infraestructura.

(89) Cfr. CARLTON y PICKER. *Antitrust... Op. cit.*; KEARNEY y MERRILL. *The great transformation... Op. cit.*; ESTEVE PARDO, José. *La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias*. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y José ESTEVE PARDO (Directores). *Derecho de la Regulación Económica*. (Colección dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO). Volumen I. *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Iustel, 2009. pp. 293-347, especialmente páginas 337 y siguientes; BREYER, Stephen. *Antitrust, Deregulation and the Newly Liberated Marketplace*. En: *California Law Review*. Volumen 75. Número. 3. *Symposium: Anticipating Antitrust's Centennial* (mayo de 1987). pp. 1005-1047, LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Servicios de interés económico general*. Navarra: Civitas, 2009, y también, *Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. n.º 145. Enero-marzo 2010. pp. 87-111, y, finalmente, RUIZ OJEDA, Alberto. *La concesión de obra pública*. Madrid: Civitas, 2006, p.128, en nota 244, entre otros).



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

regulación económica. A tal efecto, debe recordarse que, los mercados sujetos a regulación económica pueden ser: (i) monopolios naturales; o, (ii) mercados monopólicos con segmentos competitivos, donde puede haber introducción de competencia. Esto es así porque en muchas industrias (en la electricidad, por ejemplo), la complejidad de la organización industrial puede hacer que existan segmentos de monopolio natural (transmisión y distribución) y segmentos competitivos o con elevado potencial competitivo (generación). Lo mismo puede pasar en las telecomunicaciones, donde existen servicios que aún tienen la calidad de monopolio natural (telefonía fija) y, por otro lado, servicios donde hay altos índices de competencia (telefonía celular, servicios de larga distancia nacional e internacional, servicios de valor agregado). La idea en estos casos es distinguir los objetivos de la regulación para cada caso.

En primer lugar, “si se trata de la regulación de un segmento de la industria que tiene las características de ser un monopolio natural”, la actitud del regulador debe ser la de simular la competencia, mediante instrumentos de determinación de conducta, como la fijación administrativa de precios y de estándares de calidad y de continuidad en la prestación del servicio. Inclusive, el diseño de la estructura organizacional del servicio puede hacer que, en caso de otorgar derechos de explotación exclusiva (concesiones) sobre monopolios naturales, se requiera aplicar mecanismos de competencia por el mercado (licitaciones, subastas, concursos públicos internacionales) para seleccionar al mejor operador en buenas condiciones de precios, inversiones comprometidas y calidad de la prestación del servicio⁽⁹⁰⁾. En síntesis, estaremos, en este caso, frente a un modelo de “regulación económica clásica o sustitutiva”.

Sin embargo, la noción de monopolio natural debe ser analizada con sumo cuidado, puesto que, en muchas ocasiones, dicho concepto no esconde sino una intención de establecer una situación monopólica por parte del Estado, sea por establecer privilegios o por presión de la industria⁽⁹¹⁾. En efecto, no es de extrañar que puedan configurarse pretendidos monopolios naturales, que en la realidad estén basados en las barreras que crea la propia regulación⁽⁹²⁾, de ahí que el análisis para establecer si estamos frente a tal clase de monopolios debe efectuarse proyectándose a largo plazo y evaluando la posibilidad de entrada de nuevos agentes. Esto, además, debe concordarse con el hecho de que los monopolios naturales, en realidad, son monopolios tecnológicos, puesto que la existencia de economías de escala y de subaditividad de costos se presentan debido a la imposibilidad de duplicar una infraestructura debido a razones técnicas y de elevados costos de reproducción, hechos que convierten en ineficiente todo intento de duplicar infraestructuras tales como, redes de distribución de energía eléctrica, gas natural o saneamiento, por citar ejemplos concretos de monopolios naturales típicos.

Por otro lado, “si luego de un proceso reorganizativo de la intervención administrativa en un sector económico específico sujeto a regulación⁽⁹³⁾, se ubica o identifica un servicio o

(90) Sobre este tema, en particular, véase RUIZ OJEDA, Alberto. *Op. cit.*; pp. 130-134, quien sigue la idea de “competencia por el mercado” acuñada por el clásico trabajo de DEMSETZ sobre la materia (Cfr. DEMSETZ, Harold. *Why regulate utilities?* En: *Journal of Law and Economics*, Volumen 11, n.º 1, Abril de 1968, pp. 55-65). Acceso vía el sistema JSTOR [Referencia de 08 de agosto del 2008].

(91) HARO SEIJAS, José Juan. *Contra los excesos de la Regulación Económica. Sobre Monopolios Naturales, Instalaciones Esenciales y Otros Fantasmas*. En: *Thémis*. n.º 50, 2005. p. 160.

(92) Por ejemplo, en este caso, puede verse el caso de la concesión monopólica artificialmente creada por la Municipalidad Provincial de Lima para el tema de las Inspecciones Técnicas Vehiculares, que en principio fueron entregadas a una sola empresa (Lidercon) con el manido argumento del “servicio público”. Felizmente, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI reaccionó adecuadamente.

(93) Procesos de reestructuración producto de la liberalización de actividades económicas, a través de técnicas como la “separación vertical de actividades” o *unbundling*. Por ejemplo, en el año 1992 dicha técnica se aplicó al Sector Eléctrico en el Perú, el mismo que, hasta esa fecha, era regulado en bloque como un gran “monopolio natural”. En el año 1992, se reformó la estructura organizacional de dicho mercado, separando los segmentos competitivos (generación) de los segmentos sujetos a regulación por ser monopolios naturales (transmisión y distribución).



Ramón Huapaya Tapia

Gráfico 3
División de la regulación económica “clásica” y “procompetitiva”

	Realidad: Mercados sujetos a fallas de mercado provenientes del monopolio natural y ausencia de competencia
Solución de problemas en segmentos del mercado que constituyen monopolio natural o falta absoluta de competencia	Regulación económica clásica o sustitutiva: <ul style="list-style-type: none"> - Control de tarifas, de precios, de calidad, supervisión directa de inversiones - Regulación del acceso (“permitting”) y salida del mercado. - En algunos casos (otorgamiento de derechos monopólicos) se aplica la “competencia por el mercado” - Empleo de herramientas típicas del poder de policía sobre los servicios públicos, mercados de interés general y obras públicas de infraestructura.
Solución de problemas en segmentos competitivos o potencialmente competitivos del mercado “monopólico”	Regulación económica pro competitiva (“Regulatory antitrust”): <ul style="list-style-type: none"> - Aplicación de técnicas creadas especialmente para impulsar o fomentar la competencia: Acceso de terceros a redes, competencia en servicios, interconexión, acceso a facilidades y recursos esenciales, sistemas de tarifas tope, y mecanismos de regulación por incentivos. - Desregulación del acceso al mercado, eliminación de derechos monopólicos. - ¿Aplicación de normas de derecho de la competencia?

segmento de mercado competitivo o potencialmente competitivo”, estamos frente a un fenómeno distinto, toda vez que la intervención regulatoria ya no sería (debería ser) sustitutiva, sino, por el

contrario, sería promotora de la competencia⁽⁹⁴⁾, mediante el establecimiento de soluciones tales como el *third party access*, el *open access*, el acceso a facilidades esenciales⁽⁹⁵⁾, la separación de los segmentos competitivos de los no competitivos en la industria, entre otros remedios regulatorios dirigidos a la promoción de la competencia⁽⁹⁶⁾. En este caso, estaremos frente a la “regulación económica para la competencia o también llamada *regulatory antitrust*”⁽⁹⁷⁾.

Definitivamente, si bien es cierto, la problemática de las relaciones entre el derecho de la competencia y la regulación exceden los alcances del presente trabajo, y además, existen recientes e importantes trabajos sobre el particular⁽⁹⁸⁾, es preciso dejar anotadas algunas reflexiones sobre este tema, sobre todo, por el alcance del denominado “principio de supletoriedad del derecho de la competencia con respecto a la regulación económica sectorial”. En virtud a este principio, se viene interpretando que, por el influjo horizontal del derecho de la competencia (que se proyecta sobre todas las actividades que se ejercen bajo iniciativa privada), es posible que existan conductas que pueden ser objeto de ordenación desde

(94) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *El servicio público y las técnicas...* Op. cit.

(95) Sobre el tema, VILLAR ROJAS, Francisco. *Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho Público Económico*. Granada: FER-Comares, 2004. Desde el punto de vista nacional, con interesantes argumentos para reservar el tema de las *Essential facilities* como una institución propia de la regulación, mas no de la defensa de la competencia (aún cuando disintimos del enfoque tan restrictivo que la autora emplea con respecto a la diferencia entre regulación y competencia, basado en el enfoque estático intervención *ex ante versus ex post*), véase, TOVAR MENA, Teresa. *La doctrina de las facilidades esenciales: ¿Derecho de la Competencia o Regulación Económica?* En: *Advocatus*. n.º 20. Lima, 2009. pp. 345-361.

(96) Sobre este tema, nuevamente, KEARNEY y MERRILL. *The great transformation...* Op. cit.; y, además, CHEN, Jim. *The Nature of the Public Utility: Infrastructure, the Market, and the Law*. En: *Northwestern University Law Review*. Volumen 98. n.º 4. pp. 1617-1708, especialmente, pp. 1653 y siguientes; para una visión algo crítica, GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts and Discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, especialmente páginas 247 y siguientes).

(97) Recordando siempre que, la política de regulación no necesariamente debe estar dirigida a “crear” competencia o a buscarla de todas maneras privilegiando este objetivo por sobre todo, puesto que existen objetivos diferentes que el Estado puede buscar a través de la intervención regulatoria en los mercados, como ya lo hemos demostrado en otras secciones de este trabajo.

(98) LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Servicios...* Op. cit., y, *Regulación...* Op. cit.; QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Normas de competencia en industrias reguladas*. En: *Revista de Economía y Derecho* n.º 19 (2008). pp. 117-143; PATRÓN, Carlos. *El que mucho...* Op. cit.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

el derecho de la competencia y la regulación económica sectorial⁽⁹⁹⁾. Aquí, entra en juego el referido principio de supletoriedad de la defensa de la competencia respecto de la regulación económica. Tal como lo señala Quintana⁽¹⁰⁰⁾, en principio, prima la regulación sectorial sustitutiva con respecto a las normas de defensa de la competencia, tanto por un criterio de especialidad (en la medida que si las dos normas regulan un mismo supuesto sería imposible aplicar las dos, por cumplir con la prohibición del *non bis in idem* en materia administrativa sancionadora), así como por un criterio de especificidad en la ordenación de conductas, puesto que se puede admitir que la regulación económica persiga otros objetivos distintos de la eficiencia. Sin embargo, cuando exista vacío o silencio de la regulación económica y se trate de segmentos sujetos a la regulación económica *pro-competitiva*, se encuentra plenamente justificada la aplicación de normas de derecho de la competencia para *complementar* el espacio dejado por la regulación económica. Esto último acontece, particularmente, en el ámbito de las telecomunicaciones, donde OSIPTEL es a la vez regulador, agencia de defensa de la competencia, y como tal, aplica las regulaciones sectoriales (la Ley General de Telecomunicaciones), la regulación sectorial *procompetitiva* (por ejemplo, el Decreto Legislativo 1019, Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones) y también

aplica la Ley de Defensa de la Competencia, Decreto Legislativo 1034. Entonces, si bien la regla de supletoriedad, por principio, prefiere exclusivamente a la regulación económica sustitutiva por sobre las normas de defensa de la competencia, dicha regla o principio no será aplicado cuando se trate de acciones dirigidas a complementar la regulación económica procompetitiva, la cual precisamente, puede ser aplicada conjuntamente con la legislación general de defensa de la competencia⁽¹⁰¹⁾.

Por lo demás, estas cuestiones son las que surgen al haberse adoptado técnicas que favorecen a la competencia en la mayoría de normas de regulación económica de los servicios públicos y obras de infraestructura de servicio público al menos en el Perú desde 1990 en adelante. Si nos damos cuenta de ello, por ejemplo, ¿acaso el *open access*, el *third party access* o la obligación de interconexión o de acceso abierto a facilidades esenciales, no son acaso técnicas que buscan introducir competencia en servicios que se prestan sobre infraestructuras monopólicas? A nuestro

(99) Insistimos, esto se viene dando bastante en el sector telecomunicaciones, por la dualidad de funciones que cumple el OSIPTEL (que es autoridad de competencia y a la vez ente regulador del sector de telecomunicaciones). También se viene dando en la experiencia europea, a tenor de lo señalado por LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Abuso de posición dominante por “compresión de márgenes” aplicando precios sujetos a regulación *ex ante*: STPI *Deutsche Telekom*. En: Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. n.º 3. La Ley. Madrid, 2008. Páginas 167-181; también en, Servicios... *Op. cit.*; y, Regulación... *Op. cit.*

(100) QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo: Normas... *Op. cit.*; pp.16-17.

(101) Por ejemplo, sobre este tema, se han dado varios pronunciamientos tanto del INDECOPI como de reguladores como el OSIPTEL y el OSINERGMIN. Con todo, se trata de una cuestión compleja, la cual ha remedido inclusive al derecho norteamericano reciente, como ha pasado con la decisión emitida por la Corte Suprema en el caso *Trinko* (*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*). Sobre este caso puede verse: WEISER, Phillip J.: *The relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era*. University of Colorado Law School. *Legal Studies Research Paper Series*. Paper Number 06-19. Junio de 2006. p. 29. Disponíble en web: <http://ssrn.com/abstract=814945>; asimismo, DOGAN, Stacey L. y Mark A. LEMLEY: *Antitrust Law and Regulatory Gaming*. En: *Texas Law Review*. Volumen 87, n.º 4, marzo de 2009. Páginas 685-729. Asimismo, recientemente, cabe señalar el caso *Linkline*, resuelto en el año 2009 por la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Pacific Bell Tel Co. v. Linkline Commc'ns, Inc., No. 07-512, Feb. 25, 2009*), donde se insiste en la política de separación entre competencia y regulación, así como en la preferencia por la regulación sectorial frente a la Sherman Act (norma de defensa de la competencia en los Estados Unidos). Sobre este último caso, puede verse el comentario del especialista chileno, Javier TAPIA en el Blog “Regulación y Competencia”, del profesor de la Universidad de Chile, Francisco AGÜERO: <http://regulacionycompetencia.blogspot.com/2009/03/linkline-separando-aguas-entre-cortes-y.html> (Consultado con fecha 08 de junio de 2010).



Ramón Huapaya Tapia

Gráfico 4
Aplicación práctica del principio de supletoriedad en el ámbito de las relaciones entre regulación económica y derecho de la competencia

	Realidad: Mercados sujetos a fallas de mercado provenientes del monopolio natural y ausencia de competencia
Solución de problemas en segmentos del mercado que constituyen monopolio natural o falta absoluta de competencia	Regulación económica clásica o sustitutiva: (Se aplica la “versión fuerte” o excluyente del principio de supletoriedad) Por aplicación de dicho principio, prima por especialidad y especificidad la regulación económica sectorial, la misma que desplaza totalmente la aplicación de las normas de derecho de la competencia en los mercados sujetos a regulación económica.
Solución de problemas en segmentos competitivos o potencialmente competitivos del mercado “monopólico”	Regulación económica pro competitiva (“Regulatory antitrust”): <ul style="list-style-type: none"> - Expresa la intervención estatal en los segmentos competitivos de los mercados aparentemente monopólicos. - Es aplicada por el Organismo Regulador exclusivamente. - Su fin es introducir los beneficios de la competencia a través de la regulación. - Inspirada en soluciones del derecho de la competencia, pero usa instrumentos específicos, propios de la intervención regulatoria u ordenadora de los mercados.
	¿Aplicación del Derecho de la Competencia? En principio no será posible la aplicación de las normas de competencia, salvo que se trate de aspectos donde existan vacíos o lagunas de la regulación sectorial, que necesiten ser cubiertos por la aplicación de las normas de defensa de la competencia para proteger el “orden público económico”. Vencida la supletoriedad, las normas del derecho de la competencia complementan el ámbito dejado por la regulación económica, pero cuidando no sancionar las conductas dos veces (para no violar el non bis in idem en materia sancionadora administrativa) ⁽¹⁰³⁾ .

criterio, en este tema de la convergencia de normas regulatorias y normas de competencia regulando supuestos similares, nos sitúa frente a una nueva *paradoja*, “la paradoja de que la regulación se ha convertido en el principal instrumento que el Estado emplea para introducir competencia en las industrias monopólicas”. En lugar de la desregulación como política pública, asistimos en el comienzo del siglo XXI a una *neo-regulación*, el denominado *regulatory antitrust* o la regulación para la competencia⁽¹⁰²⁾.

5. Algunas cuestiones sobre política regulatoria (o ¿cuándo regular?)

Luego de haber definido los alcances de la regulación y de las normas del derecho de competencia, es preciso entrar a tallar aún más sobre el ámbito de la “regulación” como el sentido genérico de la intervención pública en la economía. En tal sentido, toda política regulatoria debe ser evaluada en sus alcances, impacto y consecuencias sobre la actividad económica que soporta las consecuencias de la intervención. Lamentablemente, ello no pasa muy a menudo en el Perú. Lo que nos falta es emplear herramientas de política pública dirigidas a evaluar la conveniencia y necesidad de las intervenciones públicas sobre los mercados, al estilo de los análisis de impacto regulatorio (A.I.R.) que se realizan comúnmente en Europa para analizar los impactos propuestos por las medidas regulatorias dispuestas por la autoridad pública (donde es realizado, por ejemplo,

(102) Abundar en KEARNEY y MERRILL. *The great transformation... Op. cit.*; CHEN, Jim. *The nature... Op. cit.*; ARIÑO, Gaspar. *Principios... Op. cit.*; CASSAGNE y ARIÑO. *Servicios... Op. cit.*; DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *La regulación económica como alternativa*. En: *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*. n.º 130. Abril-junio de 2006. Madrid: Civitas, 2006. pp. 227-254; y, CARBAJALES, Mariano. *El Estado Regulador*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

(103) Cfr. QUINTANA, Eduardo. *Normas... Op. cit.*



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

por reguladores tales como el OFGEM⁽¹⁰⁴⁾ y OFCOM⁽¹⁰⁵⁾. Este análisis es necesario para evitar el riesgo de la “espiral regulatoria”⁽¹⁰⁶⁾, es decir, que la mala regulación pueda llamar nueva regulación que al final termine asfixiando los incentivos para competir o simplemente, empeore las cosas. Por tanto, son necesarias medidas que analicen el impacto de las nuevas regulaciones que se quieran introducir en los mercados. En este punto, la necesidad de evaluación de las políticas regulatorias es importante, debiéndose definir siempre, cual es el “impacto de las medidas regulatorias” para: (i) los beneficiarios de la política; (ii) los obligados a cumplir con la política; (iii) los costos para la Administración de hacer cumplir la política; y, (iv) cuál es el efecto para los clientes del servicio regulado y para el público en general.

Yendo al punto concreto, el tema de la adopción de políticas regulatorias debe estar enmarcado en las justificaciones típicas de la regulación, a las cuales ya hemos hecho referencia⁽¹⁰⁷⁾. De un lado, cuando existan fallas de mercado distintas a las del monopolio, será factible emplear técnicas de intervención, constricción, ordenación o sanción propias del poder de policía (o la llamada “regulación social”). Por el contrario, si estamos en una situación de monopolio o falta absoluta de competencia en un determinado mercado, es necesario distinguir, como ya hemos hecho, que el sentido de la política de regulación económica, en lo que respecta al acceso a agentes a un mercado, debe partir diferenciando si estamos frente a un monopolio natural o un mercado competitivo o, al menos, potencialmente competitivo. “Si estamos en un segmento de mercado que constituye monopolio natural”, por mucha simulación que haya, no será posible atraer a nuevos competidores por las cuestiones vinculadas a las economías de escala y a los costos hundidos (así como por una cuestión tecnológica fundamentalmente), y por tanto, la regulación necesariamente no tendrá que traer más competencia o impedir el acceso de nuevos competidores, ya que esto no será posible, o al menos es muy remoto. Por ello, en los monopolios

naturales cobra mucho valor la competencia por el mercado⁽¹⁰⁸⁾, instrumento que debe ser el mecanismo para que mediante concursos, subastas o licitaciones se genere competencia para acceder a un mercado monopólico, al cual posteriormente se le aplicarán las técnicas de la regulación económica clásica o sustitutiva. “Por otro lado, si estamos en un mercado o segmento de la industria que es competitivo o potencialmente competitivo”, sí que es necesario evaluar los efectos de la regulación con respecto al número de operadores que pueden acceder al mercado o el incremento de los costos de acceso. En este último punto, la regulación debe ser evaluada a fin de determinar si establece barreras de entrada, si veladamente busca perpetuar un operador dominante, si restringe los costos de acceso, entre otros aspectos económicos que deben ser necesariamente examinados por la autoridad regulatoria, la cual determinará los objetivos a conseguir, y propondrá los cambios que sean necesarios para introducir mayor competencia donde sea posible. Por tanto, la *justificación* de la regulación es importante para evitar excesos de la misma o, lo que es peor, su deficiencia como fruto de la mercantilización de la regulación.

En todo caso, es necesario que el Estado tenga una clara política, sostenida y predecible, de regulación económica, sobre todo en las actividades típicas donde ésta se aplica: infraestructuras en red, servicios públicos y actividades de interés general, a fin de evitar vaivenes, interpretaciones contradictorias o pérdidas sociales. Aquí cobran mucho sentido

(104) OFGEM-Organismo de regulación de la electricidad y el gas.

(105) OFCOM-Organismo de regulación de las comunicaciones electrónicas.

(106) LAROCHE, Pierre. *Legal Issues concerning remedies in network industries*. En: *Remedies in network industries: EC Competition Law vs Sector-specific regulation*. Oxford: Intersentia, 2004. pp. 33-34. A su vez, en: QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Materiales... Op. cit.*

(107) Cfr. BREYER, Stephen. *Regulation... Op. cit.*; y, CARBAJALES, Mariano. *El Estado... Op. cit.*; p. 111.

(108) Cfr. RUIZ OJEDA, Alberto: *La concesión... Op. cit.*



Ramón Huapaya Tapia

las críticas de Haro⁽¹⁰⁹⁾ y Bullard⁽¹¹⁰⁾ contra la tentación estatal de pretender regular todos los aspectos de una industria, sin pensar adecuadamente en cuáles son las consecuencias que pueden surgir de dicha ampliación del espectro regulatorio. En tal sentido, sólo podrá ser posible implementar políticas uniformes de regulación en tanto y en cuando el Estado y los Organismos Reguladores velen por la uniformidad y la predictibilidad de la práctica regulatoria que se ve reflejada en las decisiones de tales organismos públicos⁽¹¹¹⁾.

6. Modelos regulatorios ¿Cómo se establece la regulación?

Vinculado a lo anterior, cabe preguntarse también, ¿cómo se regula o mejor dicho, cómo se aplica la regulación? Cabe señalar que, históricamente, existen dos tipos de modelos de regulación, la “regulación de comando y control” (o jerárquica), donde el regulador interviene directamente en la libertad de empresa del operador y le determina la calidad, las inversiones y los precios del servicio (bajo el histórico modelo del *rate of return* para la fijación de tarifas de servicios públicos), y de otro lado, se encuentra el modelo de “regulación por incentivos”, la cual, en palabras de Aguilar Valdez⁽¹¹²⁾, (...) puede ser definida como el mecanismo de regulación por medio del cual, a través de la imposición de recompensas y penalidades se obliga al regulado a obtener determinados objetivos o resultados en la gestión, respecto a los cuáles la compañía tiene cierta “discrecionalidad” en el “cómo” obtener tales resultados. La idea reposa en la doble finalidad de garantizar la “libertad de gestión” que le permite al prestador comportarse como una empresa sujeta a las reglas del “mercado” y, por otro lado, en evitar la “asimetría informativa” que existe entre regulador y regulado que, como vimos, es una de las principales “fallas” del anterior modelo regulatorio”.

En función a lo señalado, debe distinguirse el empleo de los mecanismos regulatorios clásicos del comando y control, que pueden funcionar para ciertos mercados caracterizados por ser monopolios naturales, de otros mecanismos, como los de

incentivos que pueden emplearse en mercados procompetitivos como los mecanismos de tarifas tope, acceso abierto de terceros o acceso regulado a facilidades esenciales, expresiones típicas de la regulación por incentivos. En tal sentido, bien puede existir regulación de comando y control que simule estructuras competitivas cuando no sea posible introducir competencia efectiva al mercado signado por el monopolio natural (y si acontece ello, pues el regulador tendrá que intervenir sobre precios y calidades, mientras no sean factibles otros remedios regulatorios), mientras que, por otro lado, la regulación por incentivos tiene más sentido de aplicarse en un escenario donde existan segmentos competitivos o procompetitivos en los mercados sujetos a regulación económica, donde sea posible realizar competencia por servicios en infraestructuras monopólicas o competencia sobre las infraestructuras.

No obstante la publicidad positiva que se hace sobre el modelo de la “regulación por incentivos”, es indudable que las políticas regulatorias también deben analizar los incentivos que el sistema ofrece a las empresas o agentes para que compitan. Aquí el análisis debe ser muy cuidadoso, sobre todo, si no estamos frente a un modelo de comando y control, sino en un modelo de regulación por incentivos. En este último modelo, la regulación lo que tiene que ofrecer es señales (incentivos) para que los agentes realicen inversiones o en infraestructura o en servicios para competir entre sí. Por tanto, el empleo de modalidades de regulación por incentivos se puede dar, ya sea incentivando la realización de conductas deseadas por la regulación

(109) Cfr. HARO, José Juan: *Contra... Op. cit.*

(110) Cfr. BULLARD, Alfredo: *Derecho... Op. cit.*

(111) Sobre la importancia de la predictibilidad de la práctica regulatoria, véase, ARIÑO, Gaspar: *Principios... Op. cit.* Asimismo, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel: Prólogo a la obra de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: *Derecho... Op. cit.*

(112) AGUILAR VALDEZ, Oscar. *Consideraciones jurídicas sobre los principales modelos regulatorios*. Original *pro-manuscripto*. Buenos Aires, 2006. 29 pp. Específicamente, p. 20.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

porque se generan efectos ventajosos según el marco legal o ya sea estableciendo incentivos para inhibir la realización de conductas consideradas negativas para el marco legal. Por tanto, las “señales” de la regulación o deben ofrecer incentivos (premios) o castigos (sanciones) para guiar la conducta de los agentes hacia los fines de la regulación. En tal sentido, el sistema de incentivos, en un mercado o segmento de mercado competitivo debe ser dirigido específicamente hacia generar competencia, incentivando la participación de nuevos actores hasta donde sea posible, y por otro lado, permitiendo la libre y leal competencia entre los actores existentes. Por ejemplo, en telecomunicaciones, la política de acceso a facilidades esenciales (para el ingreso de nuevos competidores) es un sistema regulatorio diseñado específicamente para incentivar la competencia en diversos servicios, estableciéndose, por ejemplo, obligaciones de interconexión, de acceso a facilidades e infraestructuras esenciales y hasta inclusive, se regula la obligación de compartición de infraestructura, como técnicas llamadas a estimular la competencia en servicios sobre las infraestructuras de los operadores dominantes.

7. Instrumentos jurídicos de la regulación (los medios y técnicas que emplea la regulación o mejor dicho ¿Con qué medios se regula?)

Como ya hemos señalado, siguiendo fundamentalmente a Muñoz Machado⁽¹¹³⁾ y a Esteve⁽¹¹⁴⁾, la regulación, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, se instrumenta a través de una serie de poderes públicos dirigidos a instrumentar la “actividad de continuo seguimiento estatal” sobre una serie de mercados de interés general. En tal sentido, para implementar la regulación se emplearán mecanismos típicos del Derecho Administrativo continental, básicamente provenientes del arsenal coercitivo y ordenador del poder de policía⁽¹¹⁵⁾,

(medidas delimitadoras y limitadoras de derechos, autorizaciones administrativas, el poder de fijación de tarifas, tasas y precios administrativos, el poder de fiscalización administrativa y la potestad sancionadora de la Administración Pública), junto con instrumentos novedosos provenientes de la experiencia norteamericana (interconexión, libre acceso a infraestructuras, acceso a facilidades esenciales, entre otros)⁽¹¹⁶⁾.

Asimismo, consideramos que las medidas regulatorias, en la medida que constituyen expresiones típicas del poder de policía estatal⁽¹¹⁷⁾, deben someterse también a los principios propios de esta potestad, específicamente, conforme lo señala Canda, a los de (i) reserva de Ley (toda medida regulatoria que interfiera directamente con la conducta de los particulares requiere una Ley expresa), (ii) especificidad (toda norma limitante debe ser precisa y clara en señalar cuál es la conducta regulada y qué bien jurídico se pretende proteger con la intervención normativa); y, (iii) razonabilidad (cuando la norma que fija la potestad de intervención pueda razonablemente optar entre varias medidas posibles, debe hacerlo por la menos gravosa para el interés de los particulares - proporcionalidad. Asimismo, cuando la Administración pueda elegir respecto de qué medida concreta de policía aplicar, deberá preferir la que, a la vez, resulte menos restrictiva de la libertad y garantice adecuadamente la tutela del bien jurídico en el caso protegido - principio *pro libertate*)⁽¹¹⁸⁾.

(113) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Fundamentos...* Op. cit.

(114) Cfr. ESTEVE PARDO, José. *El encuadre...* Op. cit.

(115) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *El servicio público y las técnicas concesionales*. En: Diario La Ley. Tomo 1995-C. p. 13. Disponible en web por suscripción vía “La Ley Online”: www.laleyonline.com.ar. p. 5.

(116) Sobre el particular, con abundantes fuentes, CARBAJALES, Mariano. *El Estado...* Op. cit.

(117) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Servicio Público...* Op. cit.

(118) Cfr. CANDA, Fabián. *Régimen jurídico de la actividad de policía*. En: Autores varios. *Servicio Público, Policía y Fomento*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2005. pp. 16-18.



Ramón Huapaya Tapia

Consiguientemente, una vez definido que los instrumentos de la regulación provienen enteramente del Derecho Administrativo, creemos preciso definir cuáles son estos instrumentos y técnicas jurídicas empleadas por las distintas clases de regulación.

7.1. Instrumentos jurídicos de la “regulación social”

La regulación social (conocida así en el derecho anglosajón) o “regulación de policía administrativa” (denominada así en el derecho continental) busca el control y ordenación de la actividad de los particulares. Ubicando dicho concepto en el ámbito del presente trabajo podemos considerar que, mediante la regulación social se busca conciliar los intereses económicos de los agentes económicos involucrados en la prestación de determinados servicios o venta de determinados productos en relación con el resto de la sociedad. En ese sentido, se busca tutelar bienes jurídicos tales como: seguridad, sanidad, medio ambiente, protección del consumidor, cohesión social, entre otros, los cuales suelen verse vulnerados por problemas tales como las externalidades, las asimetrías informativas, así como por la existencia de elevados costos de transacción⁽¹¹⁹⁾. Particularmente, como ya lo hemos señalado, este concepto de “regulación social”, algo vago e impreciso, se equipara a lo que nosotros en nuestra experiencia jurídica conocemos como el “poder de policía” administrativo.

Es preciso puntualizar que las fallas de mercado que sustentan el empleo de la técnica del poder de policía (o de la “regulación social”) en los mercados, son aquellas distintas de las vinculadas al monopolio natural, es decir, aquellas tales como las externalidades, la asimetría informativa, problemas de exceso de competencia, entre otros. Respecto de las externalidades podemos decir que éstas “(...) ocurren cuando la acción de un agente económico genera un beneficio o un costo sobre otro agente sin que éste último pague o sea compensado”⁽¹²⁰⁾. En relación a las asimetrías informativas, podemos considerarlas como la situación de *facto* que se da

entre los agentes económicos, al adolecer una de las partes de la relación contractual, de una adecuada o suficiente información sobre el producto, bien o servicio a contratar, lo cual puede generar situaciones de ineficiencia y de pérdida de bienestar.

Frente a tales problemas o fallos de mercado, tenemos que en la experiencia anglosajona se ha señalado la existencia de diversos “instrumentos jurídicos de la regulación social”, los cuales, en realidad, son típicas formas jurídicas del poder de policía del Derecho Administrativo, entre los cuales podemos mencionar:

- a) Medidas de reglamentación administrativa; mediante la cual se busca limitar la actividad de los particulares en aras de proteger a la colectividad. Esencialmente, se trata de establecer estándares ambientales, de calidad, seguridad y salud mediante normas jurídicas obligatorias.
- b) Obligaciones de suministrar información sobre los productos o servicios ofrecidos; las cuales suelen manifestarse mediante la solicitud de registro antes de iniciar una actividad, consignando la información que el Estado considera relevante solicitar *ex ante*, para poder realizar *ex post* una labor de fiscalización.
- c) Técnicas de condicionamiento y habilitación para el ejercicio de los derechos. Especialmente, otorgamiento de títulos habilitantes previa verificación

(119) Sobre este tema, más allá de las sobresimplificaciones comunes en nuestro medio, puede verse el completo trabajo (con abundantes fuentes norteamericanas y literatura económica) del jurista español Jesús ALFARO AGUILA-REAL. *Los costes de transacción*. En: IGLESIAS PRADA, Juan Luis (Coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*. Volumen I. Madrid: Civitas, 1996. pp. 131-162.

(120) Un buen análisis económico introductorio sobre esta cuestión puede verse en: GUERRA GARCÍA, Gustavo. *Entre Costos y beneficios. El Análisis Económico del Derecho en Perspectiva*. En: *Cátedra* n.º 1. Noviembre 1997. Lima, 1998. Asociación Civil Cátedra. Disponible en web para consulta online en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Catedra/1997_n1/Ent_Cost_Ben_Anali_Eco_Der.htm [Referencia del 07 de junio de 2010].



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

administrativa (por excelencia, la autorización administrativa y sus similares, licencias y permisos), o por mérito de comunicaciones previas a la Administración.

- d) Actos de comprobación, tales como las inspecciones, certificaciones o verificaciones.
- e) Establecimiento de registros como títulos habilitantes para el acceso a actividades económicas.
- f) Imposición de sanciones, medidas correctivas y ablatorias en general.

El común denominador de todos los instrumentos citados es que no inciden en la estructura interna de producción de la empresa, vale decir no se pretende incidir en el ciclo de producción ni en su estructura de costos. Estamos en un supuesto de “regulación externa”, que respeta las libertades económicas de los sujetos económicos, y no incide (no debería al menos) en el núcleo esencial o básico de dichas libertades.

7.2. Instrumentos jurídicos de la “Regulación Económica”

La regulación económica se introduce en la actividad económica, alterando el ciclo de producción, imponiendo en algunos casos decisiones estatales por sobre la voluntad gerencial de la empresa, puede atender a fallas de mercado, a una vocación promotora del estado a favor de la competencia o también puede estar destinada a lograr el mayor acceso, en condiciones de calidad y a precios razonables en los servicios públicos⁽¹²¹⁾. Para tales finalidades, en muchos casos, se puede afectar el quantum de la producción, a las zonas o mercados que sirve cada empresa, al precio que se paga por los bienes, entre otros diversos aspectos del ciclo productivo⁽¹²²⁾.

En tal sentido, la regulación económica se vale de instrumentos tales como:

- a) Fijación y uso de un sistema de normas de libre competencia⁽¹²³⁾.
- b) La regulación coactiva de las condiciones de producción y calidad de los bienes ofrecidos, fijando en muchos casos estándares de observancia obligatoria.
- c) Fijación administrativa de precios, figura que se manifiesta primordialmente en los servicios públicos que están en muchos casos sometidos a escalas tarifarias las cuales son revisadas periódicamente por el organismo regulador.
- d) Regulación de la estructura empresarial del sector, limitando el número de operadores permitidos para ingresar al mercado.
- e) Limitación en la producción.
- f) Reparto de cuotas de mercado (por ejemplo, mediante asignación de zonas territoriales en las concesiones).
- g) Acceso a infraestructuras y servicios esenciales⁽¹²⁴⁾ para promover la competencia mediante figuras tales como: el establecimiento de un derecho de acceso de terceros a redes, como la interconexión en telecomunicaciones, la compartición de

(121) LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación*. En: *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*. n.º 145. Enero-marzo 2010. p. 89.

(122) TOVAR MENA, Teresa. *Derecho de la Competencia y Telecomunicaciones*. Ara. 2006. pp. 100 y 101.

(123) En la medida que entendemos, con Quintana y Carrasco. *Op. cit.*; p. 5, que “A diferencia de las concepciones restringidas sobre la regulación, que la distinguen de las normas de protección de la competencia simplemente en función de que estas involucran una intervención ex - post, bajo esta clasificación tradicional de instrumentos regulatorios las normas de protección de la competencia también constituyen regulación. Considerar las normas de protección de la competencia como regulación es correcto, ya que emanan del Estado y son aplicadas por entes del Estado (las denominadas agencias de competencia), siendo irrelevante para tales efectos la etapa en que intervienen”.

(124) Sobre este importante tema en materia de servicios públicos, véase, CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael: CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. INAP. Madrid, 2003; y, VILLAR ROJAS, Francisco: *Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estudio de Derecho Público Económico*. FER - Comares. Granada, 2004.



Ramón Huapaya Tapia

infraestructuras, la regulación asimétrica de operadores dominantes, entre otras medidas similares⁽¹²⁵⁾. Aquí hablamos de las técnicas que, como ya hemos señalado, se aplican en la regulación *pro-competitiva* o la “regulación económica para la competencia”.

h) Establecimiento de obligaciones de servicio universal.

Como se puede apreciar, la regulación económica representa una intervención de suma intensidad sobre las libertades económicas (fundamentalmente sobre la libertad de empresa y la propiedad), las cuales son el sustento de la actividad empresarial, por lo que su empleo debe estar justificado en títulos jurídicos que habiliten la intervención estatal, tales como el servicio público, las obras públicas de infraestructura o los servicios privados de interés público (conforme a lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución). Ahora bien, la libertad de empresa no es sacrificada o eliminada⁽¹²⁶⁾ en la regulación

económica, sólo que únicamente estará sujeta a limitaciones en sus atributos. Por ejemplo, la libertad de formación de precios, parte de la iniciativa empresarial privada, la misma que se aplica en muchísimos servicios y bienes por la ley de oferta y demanda, pero que en el caso de los servicios públicos y obras públicas de infraestructura, está sujeta a una determinación administrativa, puesto que las autoridades públicas establecen las tarifas que se cobrarán en tales industrias. Consiguientemente, la regulación no supone la supresión de las libertades y derechos de los sujetos regulados, sino que, por el contrario, estamos hablando de un campo donde rigen limitaciones administrativas a los derechos, e inclusive restricciones a título de delimitación⁽¹²⁷⁾ del contenido de

Gráfico 5

Interrelación de las distintas formas de intervención administrativa en la economía, enlazando los conceptos anglosajones

Problemas a resolver con la intervención estatal		Problemas a resolver con la intervención estatal	
En: Mercados competitivos		En: Mercados con fallas estructurales de competencia	
Solución de problemas derivados de externalidades, asimetrías informativas, riesgos y peligros	Poder de Policía, sectorialmente aplicado (normas técnicas, de calidad, de seguridad, medio ambientales, de protección del orden público, etc.), entendido como “Regulación Social” I CUADRANTE	Solución de problemas en segmentos del mercado que constituyen monopolio natural o falta absoluta de competencia	Régimen de la regulación económica clásica o sustitutiva de servicios públicos, obras de infraestructura y mercados de interés general III CUADRANTE
	ZONA DE EXCLUSIÓN: aplicación de exenciones legales (Art. 3 LRCA)		RELACIONES DE SUPLETORIEDAD y de COMPLEMENTARIEDAD (cuando existan vacíos de la regulación sectorial)
Infracción a las normas de competencia	Régimen legal de defensa de la competencia II CUADRANTE	Solución de problemas en segmentos competitivos o potencialmente competitivos del mercado “monopólico”	Regulación procompetitiva y en caso de vacío o lagunas de la regulación, aplicación de las normas de defensa de la competencia (aplicación del principio de supletoriedad) IV CUADRANTE

(125) LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Regulación sectorial... *Op. cit.* Págs. 95-96.

(126) DE LA RIVA, Ignacio: La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados. En: Revista de Derecho Administrativo. n.º 44. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2003.

(127) Sobre la diferencia entre limitaciones y delimitación de derechos en el marco del Derecho Administrativo, véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen II. Editorial Civitas. Madrid, 1999.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

los mismos. Por eso es que la regulación se desenvuelve aplicando, básicamente técnicas jurídicas pertenecientes al poder de policía administrativo y el servicio público, claro está, modernizadas a la luz de los avances y evoluciones que el Derecho Público ha tenido recientemente, de lo cual se puede dar cuenta en autorizada doctrina⁽¹²⁸⁾.

Por tanto, la intervención administrativa regulatoria, empleará siempre materiales de Derecho Público y sobre todo, *técnicas jurídicas* del Derecho Administrativo. Se servirá de procedimientos, actos administrativos, medidas de policía, de fomento, e inclusive de medidas propias de la intervención administrativa en los servicios públicos, cuando corresponda.

8. Los costos de la regulación

El análisis costo-beneficio es una herramienta importante para la regulación, debido a que un aspecto que casi nunca es cuantificado al momento de proponer nueva normativa es el costo económico de las regulaciones sobre el mercado, ni tampoco se analiza la efectividad del mismo en la comunidad. Particularmente, en la experiencia peruana no tenemos datos de que se haya calculado alguna vez el costo que supone para la agencia reguladora diseñar y hacer cumplir la regulación. Por tanto, es evidente que debe ser una exigencia que en una buena política de análisis de impacto regulatorio se imponga un análisis del costo que supone para la Administración el hacer cumplir las políticas regulatorias, o al menos calcularlo hacia futuro, con carácter *previo* a la adopción de una medida regulatoria. Una medida no puede ser buena si genera nuevos y onerosos costos tanto para los regulados como para el regulador. En tal sentido, conforme a Larouche⁽¹²⁹⁾, si es que los costos para la administración y el sujeto obligado a implementar la regulación son mayores que el beneficio que obtiene la parte beneficiada

con la medida, el remedio regulatorio no cumpliría con las condiciones que debe cumplir toda política regulatoria diseñada en condiciones de eficiencia.

Conforme a un reciente documento del Banco Mundial⁽¹³⁰⁾, la importancia del análisis de la efectividad de los sistemas regulatorios radica en la necesidad de confrontar los costos de la regulación con respecto a los beneficios que esta puede traer a las actividades económicas que ordena. Por tanto, como veremos en la siguiente sección, el análisis costo-beneficio, correctamente entendido (Guerra García⁽¹³¹⁾), implica una serie de variables que tienen que ser determinadas previamente a la adopción de medidas de regulación. La regla sería que la regulación que no se encuentre justificada en un análisis costo-beneficio, no sirve y no encontraría justificación para ser mantenida, salvo que se demuestre concretamente que el Estado asume las pérdidas sociales por objetivos mayores que la mera búsqueda de eficiencia.

9. El dilema no es si la regulación debe existir o no: la regulación existe y la tarea es exigir que sea de buena calidad (la política de la Mejor Regulación existente)⁽¹³²⁾

Tal como se viene señalando actualmente⁽¹³³⁾, en ningún lugar del mundo moderno (salvo

(128) Desde el punto de vista del Derecho Público, véase, por todos, MUÑOZ MACHADO, Santiago: Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y José ESTEVE PARDO (Directores): *Derecho de la Regulación Económica*. (Colección dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO). Volumen I. *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Iustel. Madrid, 2009, pp.15-243.

(129) LAROUCHE, Pierre: *Op. cit.*

(130) BROWN, Ashley C., Jon STERN y Bernard TENEMBAUM con Defne GENCER. *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*. The World Bank. Washington, D.C., 2006. 397 pp.

(131) GUERRA GARCÍA, Gustavo: *Entre costos... Op. cit.*

(132) Debo confesar que estas ideas surgieron a través de un fructífero diálogo mantenido con el destacado profesor y especialista sobre la materia, Diego ZEGARRA VALDIVIA, a propósito del reciente libro del profesor español Andrés BETANCOR: *Mejorar la regulación*. Una guía de razones y de medios. Marcial Pons. Madrid, 2009.

(133) BETANCOR, Andrés: *Mejorar... Op. cit.*; RUIZ OJEDA, Alberto: *La concesión... Op. cit.*; y, ARIÑO, Gaspar: *Principios... Op. cit.*



Ramón Huapaya Tapia

en quienes permanecen en una visión reduccionista de la regulación bajo la influencia de las teorías críticas a la regulación de los años 60-70 del siglo pasado⁽¹³⁴⁾, se discute la pertinencia o la existencia de la regulación. Hasta los más terribles críticos de la regulación económica en su versión clásica o *sustitutiva*, como lo ha sido Richard A. Posner, ha aligerado sus posiciones más radicales, y ahora admite la regulación como una herramienta necesaria para el mantenimiento de la democracia y del mercado⁽¹³⁵⁾, precisamente contra los riesgos impredecibles y terribles que pueden generar crisis económicas globales como el reciente desborde del sistema financiero, que ha sufrido ingentes pérdidas a nivel global, amenazando inclusive la estabilidad de las economías de países enteros (por ejemplo, la quiebra de Islandia del año 2009 o la recentísima crisis griega, que está arrastrando a la debacle al sistema económico de la Unión Europea y a su moneda única, el euro).

En tal sentido, la propia existencia de los mercados y su *potencial* capacidad auto-destructiva (si es que los llevamos hasta los extremos más radicales), hace necesaria la “mano visible” del Estado para fijar reglas básicas y para administrar correctivos necesarios para guardar un equilibrio. El riesgo siempre será, claro está, que “*el remedio resulte peor que la enfermedad*”. Por ello, si la poderosa regulación estatal, sujeta a los poderes exorbitantes del Derecho Administrativo, existe, debemos tener cuidado con la misma, dado que la tendencia del Estado generalmente es caer en una “espiral regulatoria” que derive del maleficio consistente en que “la regulación llama más (y peor) regulación”⁽¹³⁶⁾. Esta preocupación con respecto

a la necesidad de la regulación y a la calidad de la misma, se está manifestando en las experiencias inglesa, americana y europea, donde actualmente se vienen desarrollando un movimiento a favor de la implementación de una “Política de Calidad en la Regulación” o la *Better Regulation Policy* - BRP⁽¹³⁷⁾, la misma que viene siendo aplicada a fin de combatir la “mala regulación” o la regulación que produce cargas que limitan la competencia o que conspiran contra el desarrollo de la iniciativa privada o la subsidiariedad estatal. Básicamente, se trata de la implementación de una política de “Análisis de Impacto Regulatorio” (como lo vienen haciendo OFCOM y OFGEM, los reguladores británicos de las telecomunicaciones y de la electricidad y el gas), *antes* de procurar una nueva norma o una medida de regulación (acciones de supervisión, de presentación de documentaciones, medidas de sanción, entre otras).

Por tanto, esta BRP, basada en unos principios formulados en 1995 por la OECD⁽¹³⁸⁾, sostiene la idea de que si la regulación existe, la misma tiene que ser de *calidad*, en el sentido que no debe generar sobrecostos ni cargas regulatorias excesivas, no debe discriminar entre sus destinatarios, debe ser transparente, no debe reprimir la competencia, no debe ser

(134) Esto no significa que le restemos un ápice de importancia a los trabajos de POSNER, STIGLER o DEMSETZ en su crítica al concepto clásico de la “regulación basada en el interés público”. Por el contrario, tales trabajos permitieron la toma de conciencia de los peligros de la regulación “a la carta” establecida por el Estado bajo influencia de las empresas. Esto ha permitido que la regulación evolucione, desde el modelo típicamente monopólico hacia la regulación para la competencia. Lo que sucede es que, a nuestro criterio, todo evoluciona y se transforma en el Derecho Público (la regulación inclusive), motivo por lo cual es necesario desarrollar nuevas teorías que expliquen de mejor forma la realidad.

(135) Cfr. Los recientes libros de este preclaro pensador estadounidense, donde se habla que más de crisis del sistema, se habla de crisis de la regulación que fue muy permisiva con los bancos y el sistema financiero: POSNER, Richard: *A failure of capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*. Harvard University Press, Cambridge, 2009; y, *The crisis of capitalist democracy*. Harvard University Press, Cambridge, 2010.

(136) Esto se refiere a la tentación de que una vez adoptadas medidas de regulación, siempre existe la posibilidad de “perfeccionarlas” o “mejorarlas”, con lo cual se generan nuevas normas, que modifican otras, y que pueden ser modificadas nuevamente, o unificadas, con lo cual se cumple el maleficio según el cual “la regulación llama más regulación”.

(137) Cfr. BETANCOR, Andrés: *Op. cit.* p. 95 y siguientes.

(138) Organisation for Economic Co-Operation and Development - OECD. *Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation*, del 9 de marzo de 1995. Citada por BETANCOR, Andrés: *Mejorar... Op. cit.* p. 98-99.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

innecesaria puesto que tiene que tener una finalidad y un sentido que beneficie al sistema económico y que no lo dañe. Por ello, la OECD, ha adoptado unos *principios de calidad regulatoria*, que compartimos a continuación:

- a) Adoptar en el nivel político más elevado programas amplios de reforma regulatoria que establezcan objetivos claros y marcos para su implementación.
- b) Evaluar los impactos y revisión sistemática de las regulaciones para asegurar que cumplen sus objetivos de manera eficiente y eficaz en un cambiante y complejo entorno económico y social.
- c) Asegurar que las regulaciones, las instituciones regulatorias encargadas de la implementación y el proceso regulatorio son transparentes y no discriminatorios.
- d) Revisar y reforzar donde sea necesario el alcance, la efectividad y la ejecución de la política de competencia.
- e) Diseñar la regulación económica en todos los sectores para estimular la competencia y la eficiencia, y eliminarla, salvo cuando haya una evidencia claramente demostrada de que son la mejor vía para servir a los intereses públicos en general.
- f) Eliminar las barreras regulatorias innecesarias al comercio y a la inversión mediante la liberalización continuada y el examen y la mejor integración de la apertura de los mercados en todo el proceso regulatorio, el fortalecimiento de la eficiencia económica y la competitividad.
- g) Identificar las conexiones importantes con los otros objetivos políticos y desarrollar políticas para alcanzar tales objetivos de manera que soporten la reforma.

Tal como puede apreciarse, estos principios de la política regulatoria, o de una “neoregulación”, son perfectamente aplicables a todos los sistemas de intervención estatal sobre la economía, o que reflejen aplicación de instrumentos públicos de regulación. La regulación, entonces, deberá estar justificada para cada caso, y si es preciso adoptar reglas de regulación, éstas deberán adoptarse superando un análisis

previo de subsidiariedad, de conveniencia, de utilidad y superar un esquema costo-beneficio. Sólo cuando el beneficio de adoptar una norma regulatoria sea mayor al costo de no tenerla, será preciso intervenir.

Estos principios, más allá de toda ideología, disciplinan al “Leviatán”, que muchas veces adopta regulaciones discriminatorias, por favorecer intereses corporativos o simplemente por adoptar modas extranjeras que no tienen cabida en el sistema jurídico nacional. Por tanto, la BRP que ya viene asomándose con fuerza en los ordenamientos jurídicos europeos y anglosajones, debe ser implementada en nuestro país, desarrollando normas, principios o “cartas de intención” para que el legislador y los Organismos Reguladores, gestionen o procuren establecer sistemas adecuados para la emisión de normas nuevas que engrosen el sistema regulatorio existente y también para evaluar la pertinencia de realizar acciones regulatorias distintas a la mera emisión de normas. Pero esta BRP supone adoptar ciertos “principios” de la regulación, los cuales determinaremos en la siguiente sección, siguiendo a Betancor⁽¹³⁹⁾.

10. Hacia la fijación de unos “principios básicos de racionalización de la regulación” (Betancor):

El ya citado y reciente trabajo del profesor español Andrés Betancor, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, es importante no sólo por su acercamiento al fenómeno de la regulación mediante la afirmación de la necesidad de implantar políticas que permitan obtener calidad y utilidad de la misma, sino también porque contribuye con la fijación de unos principios de racionalización de la regulación, los cuales son necesarios para

(139) BETANCOR, Andrés: *Mejorar... Op. cit.* Páginas 68-93.



Ramón Huapaya Tapia

evitar los males que puede traer un sistema de regulación sin objetivos claros o que carezca de una evaluación previa de sus beneficios y costos antes de su adopción. En tal sentido, Betancor propone la adopción de los principios que describimos a continuación:

10.1. Principio de subsidiariedad regulatoria

La mayoría de doctrina constitucional peruana considera que el principio de subsidiariedad del Estado en materia económica se agota en el contenido del segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución de 1993⁽¹⁴⁰⁾, el cual restringe la actividad empresarial del Estado en el marco de dicho principio. Sin embargo, nosotros consideramos que en realidad el principio de subsidiariedad no se agota en los estrechos límites de la actividad empresarial del Estado, sino que dicho principio encuentra su mejor apoyatura jurídica en los alcances del artículo 58 de la misma Constitución, a través de una lectura conjunta de los dos párrafos de dicho artículo, los cuales señalan lo siguiente:

Constitución Política de 1993:

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.

Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Cabe indicar que a nuestro criterio, el principio de subsidiariedad se encuentra mejor representado por este artículo constitucional genérico y cabecera del ordenamiento, que por las estrecheces del segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución peruana. ¿Por qué indicamos esto?. Porque en realidad, el mejor entendimiento del principio de subsidiariedad es que en materia económica, la iniciativa privada es el motor de la economía de mercado, la misma que se ejerce en un ámbito de transacciones e intercambios sujetos a las reglas

del Derecho Privado, tales como los contratos, las transferencias de derechos reales y propiedad intelectual, entre otras figuras. En el ámbito de la iniciativa privada ¿interviene el Estado? En principio no, debido a que los problemas de las relaciones jurídico-privadas se resuelven a través de los mecanismos del mercado, de asignación y reasignación de derechos (contratos / propiedad), obedeciendo los límites fijados por las normas imperativas y las cláusulas civiles de orden público (por ejemplo, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil) así como utilizando los “castigos” que supone la aplicación de un sistema de responsabilidad civil. Sin embargo, como ya hemos señalado, el Derecho Privado es insuficiente para responder frente a los retos de una economía que se mueve a ritmo colectivo, donde los derechos privados ya no afectan a una sola persona sino que tienen amplia incidencia en los terceros, y donde la mera libertad de iniciativa privada no puede ser reconocida como absoluta. Ni por asomo. Es por eso que el constituyente, sabiamente, declara en el segundo párrafo del artículo 58 que bajo el respeto a la libre iniciativa privada y a la “economía social de mercado”, el Estado (i) *orienta* el desarrollo del país, y (ii) actúa principalmente en materias tales como promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. En pocas palabras, el Estado no puede desentenderse del deber de intervenir en la iniciativa privada cuando sea necesario, pero esta intervención no tendrá por objetivo suprimirla o restarle sus atributos esenciales, sino, por el contrario, la intervención *será mediante la regulación cuando sea necesaria*, específicamente cuando los mecanismos del

(140) Constitución Política del Perú de 1993.

“Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar *subsidiariamente* actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” (cursivas agregadas).



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

Derecho Privado o dispositivo no funcionen, o también cuando, excepcionalmente y previo título legal habilitante, existan otros objetivos de interés público distintos a la búsqueda de eficiencia o la promoción de la competencia.

En tal sentido, la *intervención regulatoria del Estado* se enmarca en nuestro sistema jurídico bajo los términos de un principio de subsidiariedad (Cassagne⁽¹⁴¹⁾), puesto que en principio el Estado no debe regular aquello que pueda resolverse por los mecanismos del mercado o lo que es mejor dicho, por los mecanismos del Derecho Privado. En tal sentido, la regulación no es necesaria *per se*, sino que la misma será siempre una solución de segundo mejor. Por el contrario, cuando se tome la decisión de regular, ello será porque se ha analizado efectivamente que luego de un costo-beneficio o tal vez de un *análisis de impacto regulatorio*, los beneficios de regular son mayores que los costos que produce la no intervención pública. Además, la subsidiariedad regulatoria⁽¹⁴²⁾, implica que la regulación siempre debe estar justificada racionalmente, lo cual exige que toda acción regulatoria se encuentre motivada y adecuada a lo que dispone el marco constitucional, en este caso, responder a los justificativos constitucionales que el Estado tiene para intervenir. Por ejemplo, ¿debe el Estado regular los servicios públicos? El artículo 58 de la Constitución señala que sí, pero en este caso, habrá que justificar caso por caso la intervención regulatoria, toda vez que no todos los segmentos de una industria catalogada como servicio público requieren regulación. Pensemos por ejemplo, en un ámbito liberalizado, los contratos entre generadores y clientes libres en el sector eléctrico, ¿requieren una regulación intensa del Estado, tal vez la misma que éste dedica a la regulación de las relaciones entre las empresas distribuidoras y los usuarios de “servicio público? Parece que no, en la medida que en el caso de los contratos de suministro de electricidad a clientes libres no existe una “falla de mercado” que justifique esta intervención regulatoria por ejemplo, sobre precios. Por lo tanto, el Estado no debería dedicarse a intervenir en relaciones privadas que no afecten al servicio ni a la colectividad. Esto último precisamente refleja en sencillas palabras el contenido del principio de subsidiariedad regulatoria: la intervención

regulatoria del Estado sobre la iniciativa privada y las libertades económicas sólo será viable cuando sea necesaria y cuando los mecanismos del Derecho Privado no hayan sido eficaces para corregir los problemas del mercado.

10.2. Principio de proporcionalidad o de la idoneidad, mínima restricción y máximos beneficios del contenido restrictivo de la regulación:

Tal como lo refiere Betancor, el segundo principio fundamental de la racionalización de la regulación es el principio de proporcionalidad. Así, señala que “Mientras el primero (refiriéndose al principio de subsidiariedad) establece una directriz para justificar la conveniencia de la regulación respecto de la no-regulación, el segundo se refiere al contenido de la regulación, en particular, respecto de las restricciones (obligaciones y prohibiciones) que puede imponer a los particulares. La regulación ha de ser justificadamente necesaria, en los términos que resulta de la subsidiariedad, pero también ha de ser proporcional en el sentido de que las restricciones o limitaciones que impone son las adecuadas para alcanzar los objetivos previstos sin ir más lejos de lo necesario”⁽¹⁴³⁾. Para poder determinar la aplicación de este principio de proporcionalidad respecto de las intervenciones regulatorias del Estado, Betancor propone emplear como herramienta para este análisis un método ampliamente conocido en el ámbito de la ciencia jurídica del Derecho Público, como es el test de proporcionalidad o razonabilidad, el cual se justifica en este caso para analizar si es que los contenidos restrictivos de las medidas

(141) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2da edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2004; y, El servicio público... *Op. cit.*

(142) Cfr. BETANCOR, Andrés: *Mejorar... Op. cit.*; pp.70-76.

(143) Cfr. BETANCOR, Andrés: *Mejorar... Op. cit.*; p. 76.



Ramón Huapaya Tapia

regulatorias obedecen o no al principio de proporcionalidad.

Precisamente, este *test de proporcionalidad* ha sido ampliamente empleado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (inspirado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y antes en la del Tribunal Constitucional Federal alemán), cuando se trata de analizar la justificación de toda medida interventora del Estado en cuanto a los derechos fundamentales. Si asumimos que la libertad de empresa, la propiedad, la libre iniciativa privada y la libertad de contratar son derechos fundamentales económicos, toda medida de intervención regulatoria sobre los derechos debería ser analizada previamente bajo un test de proporcionalidad. Así por ejemplo, en la STC 0048-2004-AI (Sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Regalía Minera, el TC señala cuáles son los pasos o “etapas” de este test de proporcionalidad⁽¹⁴⁴⁾:

- a) Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.
- b) Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.
- c) Subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos

intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”.

Por tanto, la intervención estatal mediante la regulación, sobre todo aquella que tiene medidas restrictivas de los derechos fundamentales económicos, debe responder a este principio de proporcionalidad, para así demostrar tres cosas: (i) que la medida restrictiva es adecuada o idónea para lograr el fin constitucional previsto (por ejemplo, la buena prestación de los servicios públicos o la licitud del empleo del ahorro del público por parte de las instituciones financieras o de las AFP); (ii) que la medida restrictiva es necesaria e imprescindible para alcanzar el fin previsto (por ejemplo, la imposición de límites a operaciones de inversión de las AFP en el exterior para evitar que tengan riesgos derivados de las quiebras financieras de otros países; y, (iii) que se reporten más beneficios para el interés general que los costos privados que se imputan al titular del derecho restringido, es decir, que haya operado un verdadero análisis costo-beneficio de la regulación a ser adoptada para que los costos de la regulación no superen a los beneficios que ésta proporciona⁽¹⁴⁵⁾.

10.3. Principio de claridad en la exteriorización de la regulación

Finalmente, desde el punto de vista jurídico, Betancor propone el principio del “clari loqui” o claridad como un requisito esencial para la adopción de las medidas de regulación. Así, refiere que “El tercer principio se refiere a cómo la regulación es exteriorizada pero también a qué es lo que debe ser exteriorizado. La regulación ha de ser clara para facilitar su comprensión por todos y, en particular, por sus destinatarios. Además, ha de permitir que esos destinatarios

(144) También lo ha empleado, en las STC 0045-2004-AI, 008-2003-AI y 016-2002-AI, así como en otras sentencias.

(145) Cfr. BETANCOR, Andrés: *Mejorar... Op. cit.* Página 78.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

puedan comprender las razones que justifican la medida adoptada. Una y otra de las razones expuestas confluyen en otra de alcance constitucional: la seguridad jurídica⁽¹⁴⁶⁾.

10.4. El resultado de aplicación de los principios: la regulación necesaria

Betancor concluye la primera parte de su esclarecedor ensayo (tal vez uno de los primeros que en lengua castellana ha desarrollado una preocupación por la calidad de la regulación), señalando la respuesta a la pregunta de ¿cuál sería el resultado al cual se llegaría de adoptar los principios de racionalización de la regulación?. El profesor español, señala que el resultado de escoger la mejor medida de regulación (es decir aquella que restrinja menos los derechos y cumpla mejor sus objetivos), es lograr obtener la *regulación necesaria*. ¿A qué se refiere el autor con dicho término? Señala que “Con este término nos referimos a la regulación-restricción que (i) soluciona o gestiona un problema de interés y relevancia social según un screening abierto y transparente, o sea, democrático; (ii) es la mejor solución en comparación con la no-regulación y así lo ha justificado racionalmente el regulador competente como la opción más razonable (basada en razones suficientes y adecuadas) y racional (conferencia lógica entre las razones y las medidas regulatorias); (iii) su contenido restrictivo es proporcional a los fines perseguidos por lo que sus beneficios superan los perjuicios, costes o restricciones que impone; pero (iv) con la mínima restricción a los derechos y libertades de las personas; y, por último, (v) se exterioriza de una manera clara y comprensible para los ciudadanos, lo que contribuye a crear un entorno regulatorio seguro desde el punto de vista jurídico⁽¹⁴⁷⁾.”

En tal sentido, la racionalización de la regulación debe ser parte de una política regulatoria del Gobierno, la cual siguiendo exitosas experiencias (como las acontecidas en Estados Unidos, Inglaterra y la Unión Europea), asuma el reto de evaluar el sistema regulatorio existente, su cantidad,

calidad y posibilidad de cumplimiento, a fin de que, a futuro, tengamos la cantidad necesaria de regulación, y que la misma sea cumplida sin necesidad de generar sobrecostos en sus destinatarios o que la misma termine perjudicando al sistema económico en su conjunto.

11. Algunas breves reflexiones sobre las autoridades de regulación (¿Quién debe regular?).

El Perú, desde la reforma administrativa del Estado en los años 1990 en adelante, se determinó la necesidad de contar con Organismos especializados para la regulación de los servicios públicos, los cuales empezaron a aparecer progresivamente desde el año 1991 en adelante, algunos sin todas las características para ser considerados como tales⁽¹⁴⁸⁾, hasta que posteriormente, mediante la Ley 27332, se unificó el régimen jurídico de los “cuatro reguladores” de la inversión privada (OSINERGMIN, para la energía y minería⁽¹⁴⁹⁾, OSIPTEL, para las telecomunicaciones, OSITRAN, para la infraestructura de uso público, y, SUNASS, para los servicios de agua potable y saneamiento), motivo por el cual muchos consideran que los “únicos Organismos Reguladores” que existen en el Perú son los regulados por la citada Ley 27332 (criterio que inclusive ha sido seguido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que ha adoptado una conceptualización de Organismo Regulador muy influenciada por la Ley 27332). Sin embargo, consideramos que

(146) Cfr. BETANCOR, Andrés: *Mejorar... Op. cit.* Página 82.

(147) Cfr. BETANCOR, Andrés: *Mejorar... Op. cit.* Página 92.

(148) Por ejemplo, OSINERG - actualmente OSINERGMIN, que fue creado por la Ley 26734 como un ente exclusivamente fiscalizador y sancionador para el ámbito energético.

(149) Si bien es cierto, la minería no es una actividad sujeta a regulación económica, mediante la Ley 28964 se le transfirieron competencias en materia de supervisión y fiscalización minera al OSINERGMIN. Es un caso curioso que esta entidad, creada como ente fiscalizador a partir de un retiro de competencias que eran del Ministerio de Energía y Minas, una vez convertida en Organismo Regulador, venga asumiendo tantas competencias que no están vinculadas en estricto, a la regulación económica.



Ramón Huapaya Tapia

esta percepción es errónea, puesto que confunde el plano orgánico-formal de la denominación de algunos organismos como “reguladores”, con la realidad del plano material-funcional, según el cual, creemos que es posible afirmar que existen “reguladores” o “autoridades de regulación” fuera del marco de la Ley 27332. ¿Esto es así?. Frente a esta interrogante nos preguntamos ¿Acaso la Superintendencia de Banca y Seguros no es una autoridad regulatoria del sector bancario, de AFP y de seguros?. ¿Acaso la CONASEV no es la autoridad que despliega su regulación sobre el ámbito del mercado de valores?. ¿Acaso ambas autoridades públicas no tienen garantías de independencia funcional y técnica, inclusive constitucional en el caso de la SBS, frente al Poder Ejecutivo?. Evidentemente, el concepto de autoridad de regulación (muy ligado al de las “agencias” estadounidenses o al de las autoridades administrativas independientes europeas), escapa al ámbito formal de la denominación de un organismo como “regulador”. En tal sentido, en el Perú existen varias autoridades regulatorias que aplican las técnicas jurídicas de la regulación económica, y que por cumplir tan importantes funciones, han sido dotadas de un régimen especial de independencia técnica, presupuestal, administrativa y funcional frente al poder político, a fin de cumplir el encargo específico consistente en gestionar los procesos regulatorios para un sector o actividad económica específica.

Cabe anotar además que, nuestras autoridades de regulación no tienen un régimen jurídico uniforme (salvo en el caso de los servicios públicos e infraestructuras públicas conforme a la citada Ley 27332) con respecto a algunas potestades administrativas. Por ejemplo, los Organismos Reguladores de la inversión en Servicios Públicos cuentan con poderes propios para hacer valer la regulación desde un esquema de “norma-supervisión-sanción” pero no cuentan con poderes autoritativos o para conceder títulos habilitantes (como si los detenta, por ejemplo, la Superintendencia de Banca y Seguros, o la CONASEV). O por ejemplo, en algunos casos, las potestades normativas han sido configuradas de

manera muy limitada (como en el caso de los Organismos Reguladores, los cuales tienen una potestad normativa por delegación para determinados ámbitos como el fiscalizador o sancionador, pero no fijan la política normativa del sector, la cual pertenece a los Ministerios sectoriales), o en otros casos de manera muy amplia (por ejemplo, se puede apreciar la capacidad normativa de la Superintendencia de Banca y Seguros derivada de su autonomía constitucional). Con todo, el tema de la definición de las autoridades de regulación en el caso peruano ha sido tratado de manera muy escasa y limitada, centrándose en el tema de los servicios públicos, pero sin explorar más la riqueza del concepto y la utilidad del mismo. Sin embargo, se cuenta en doctrina, al menos en español, con interesantes reflexiones desde el Derecho Administrativo⁽¹⁵⁰⁾ con respecto a las Autoridades Nacionales de Reglamentación u Organismos Reguladores como se les cataloga en nuestra experiencia, a fin de explorar aún más el ámbito de acción de estos organismos públicos especializados, dirigidos a aplicar en la práctica, las acciones y medidas administrativas en que consiste la regulación.

También creemos necesario puntualizar siguiendo a Quintana⁽¹⁵¹⁾ que, actualmente, los Organismos Reguladores no son “señores omnipotentes” de la regulación o instituciones con riesgo a ser “capturadas” por las empresas o los sujetos regulados, tal como se viene repitiendo sin mucha reflexión de por medio. En realidad, los Organismos Reguladores comparten con varias entidades e instituciones su “espacio regulatorio”, el cual está sujeto a un compartimiento de

(150) Cfr. BETANCOR, Andrés. *Las Administraciones Independientes*. Editorial Tecnos. Madrid, 1994; y, MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*. INAP. Madrid, 2000.

(151) Cfr. QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿Captura o administración de recursos dispersos?.* En: *Thémis* n.º 52. Lima, 2006. pp. 93-120.



Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto algosajón de la “Regulación”

poder e influencia con el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, empresas públicas y privadas, la Defensoría del Pueblo, entre otros agentes que permanentemente ejercen presión y usan su poder para tratar de influir en las decisiones del proceso regulatorio. Es por dicho motivo, que es necesario continuar en el proceso de defensa de la institucionalización de los Organismos Reguladores en el Perú, en la línea de garantizar su independencia técnica con respecto, fundamentalmente, al poder político⁽¹⁵²⁾.

11.1. Las necesarias vinculaciones entre la *regulation* y el Derecho Administrativo.

En orden a concluir la presente entrega, conviene citar a Alberto Bianchi, notable publicista argentino, abiertamente influenciado en su obra escrita por el derecho norteamericano (y por tanto, nada sospechoso de chauvinismo), quien recientemente ha señalado lo siguiente:

“En primer lugar me parece oportuno referirme al equilibrio que entiendo debe haber entre lo clásico y lo nuevo en el Derecho Administrativo. En la Argentina hace quince años se produjo una formidable revolución en muchos aspectos, que impactó fuertemente en lo jurídico y en particular en el Derecho Administrativo. El fenómeno de la privatización de los servicios públicos permitió que recobrara interés la llamada “regulación económica”, que había quedado sumida en el olvido luego de muchas décadas de intervencionismo estatal en la economía. *Esto produjo algunos encandilamientos en quienes creyeron que la regulación económica se convertiría en el único contenido trascendente del Derecho Administrativo. Y no es así. Si circunscribiéramos el Derecho Administrativo a la regulación económica, o, peor aún, a algunos aspectos de la regulación sectorial, caeríamos en el error de los primeros comentaristas del Código Civil sancionado por Napoleón, que decían: “No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código Napoleón”. De igual modo, los que sólo quieren interesarse en*

el régimen jurídico de las telecomunicaciones, del agua, del gas, de la energía eléctrica, o incluso de la regulación en general, caerán en la misma estrechez intelectual que los viejos juristas franceses deslumbrados por la legislación napoleónica” (resaltado agregado)⁽¹⁵³⁾.

Esta primera reflexión nos permite entender que en nuestro sistema jurídico no es posible prescindir del Derecho Administrativo como ordenamiento jurídico que concreta el ejercicio del poder público. De tal suerte de que, cuando exista el ejercicio de un poder público de intervención estatal en la economía, los mecanismos y técnicas jurídicas que se emplearán no serán en su gran mayoría innovadoras, sino que el instrumental a emplear será el de las viejas armas del Derecho Administrativo, con las modulaciones y especialidades propias de la ciencia económica. Asimismo, es pertinente entender que, si bien es cierto, las innovaciones, la especialidad y la sofisticación que alcanza el empleo de las técnicas de la regulación en el Derecho Administrativo, no nos debe llevar a postular la sustitución del fiel *droit administratif* por la “regulación” o conceptos similares. De tal manera que ni se debe rechazar la enorme y rica influencia del Derecho Administrativo anglosajón (en sus variantes inglesa y norteamericana) como hacen muchos *chauvinistas*, ni tampoco debemos olvidar las bases sobre las cuales se ha construido nuestro sistema jurídico, al menos en el Derecho Público. El reto está en lograr un sincretismo, en recibir y adecuar

(152) Lamentablemente, en los últimos años, el Poder Ejecutivo no ha venido dando muestras de un respeto a la autonomía de los Organismos Reguladores, al menos en el plano directivo. Sobre este tema, un importante ensayo de política pública importante puede verse en la tesis doctoral de QUINTANILLA, Edwin: Autonomía del Organismo Regulador de Energía de Perú: Un estudio de caso. ESADE - Universidad Ramón Llull. Barcelona, s/f (2006). Disponible en web: http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/Tesis%20Edwin.pdf (Consultado el 09 de junio de 2010).

(153) BIANCHI, Alberto: *La potestad reglamentaria de los entes reguladores*. En: *Jurisprudencia Argentina*. Tomo 2006-III. pp. 1080 y siguientes. Consultado digitalmente por suscripción en Lexis Nexis. Disponible en web: www.lexisnexis.com.ar



Ramón Huapaya Tapia

las buenas influencias dirigidas a *aggiornar* el Derecho Administrativo propio, con lo bueno que puede venir desde otras latitudes.

Asimismo, creo oportuno también citar la opinión de Alfredo Gusman, destacado administrativista argentino, quien señala que:

“En los últimos tiempos se está apreciando una fuerte orientación hacia el arquetipo regulatorio de los Estados Unidos de América. El catedrático español Meilán Gil ha llegado a decir que hoy día, el protagonismo exportador de nociones jurídicas respecto de la idea de servicio público, que en su momento ocupó Francia, se ha desplazado a EE.UU. (...) Además el modelo norteamericano parece el referente a recurrir si se pondera, al margen de las cuestiones jurídicas, el sistema económico escogido que no se concilia con un Estado que ocupa el rol de principal prestador de los servicios públicos.

(...)

Los operadores jurídicos que nos dedicamos a esta disciplina, [se refiere al Derecho Administrativo] tradicionalmente no hemos profundizado el examen de las instituciones administrativas norteamericanas. *En estos momentos donde la discusión acerca de la manera más adecuada de regular los servicios públicos se ha entablado entre la sociedad, no deben descartarse las experiencias de los regímenes regulatorios de aquel orden jurídico, sin caer en la ingenuidad de perder de vista que ningún sistema es la panacea, ni en olvidarse de las peculiaridades propias de cada sociedad organizada.* Pese a proponer el análisis del marco norteamericano para averiguar si puede sernos de utilidad al momento de edificar nuestros métodos de control (interrogante que respondo afirmativamente) no me olvido de la advertencia de un francés (Gastón Jéze) que en el prefacio de la edición argentina de una de sus obras

desalentó la búsqueda de soluciones aplicables en forma general para todos los regímenes: *“cada Estado tiene su Derecho Público propio, su Derecho Administrativo particular”* ⁽¹⁵⁴⁾ (resaltados agregados).

Es cierto que es posible mirar hacia las vertientes novedosas que marca el Derecho Administrativo norteamericano con respecto a la regulación económica de los servicios públicos o a las intervenciones sectoriales en sectores regulados. Es claro también que ello será posible y necesario en la medida que se ha recibido influencia legislativa directa de la experiencia norteamericana, al menos en lo que se refiere a aspectos técnicos y económicos de los servicios públicos⁽¹⁵⁵⁾. Sin embargo, ello no quiere decir que por ello, debamos olvidarnos del Derecho Administrativo y abrazar sin más las ideas de la regulación económica como sustituto capaz de enterrar conceptos capitales del Derecho Administrativo tales como el servicio público, el poder de policía o el Derecho Administrativo económico. Por el contrario, la riqueza de análisis, perspectivas e instrumentos que trae la regulación deben servir para revitalizar el Derecho Administrativo, en un mundo cada vez más global y cada vez más influenciado por el sistema jurídico norteamericano, como lo podemos apreciar por ejemplo en el último grito de la moda, la regulación de los sistemas bancarios y financieros (donde el mundo espera expectante el resultado de la reforma regulatoria que Estados Unidos adoptará luego del desastre global de la crisis financiera que hasta ahora preocupa a tantas personas).

(154) GUSMAN, Alfredo. *La experiencia norteamericana en regulación de servicios públicos - Aportes para el diseño de un marco regulatorio aplicable a la Nación y a la ciudad de Buenos Aires*. En: *El Derecho*. Tomo 176. EDUCA. Buenos Aires, 1998. Páginas 863-874. Consultado digitalmente por suscripción en *El Derecho* en línea. www.elderecho.com.ar

(155) Cfr. SACRISTÁN, Estela. *Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*. Ábaco. Buenos Aires, 2007; RUIZ OJEDA, Alberto: *La concesión...* *Op. cit.*; y, ESTEVE PARDO, José: *El encuadre...* *Op. cit.*, y, *La regulación...* *Op. cit.*



12. Algunas reflexiones a modo de conclusión

*Oh, so many, many ways for me to show you
how your dogma has abandoned you...
“Judith”
A Perfect Circle
Mer De Noms*

En términos conclusivos, podemos sostener las siguientes afirmaciones, que tratan de resumir apretadamente los criterios desarrollados en el presente trabajo, dejando constancia que no hemos pretendido en modo alguno agotar estos temas, sino únicamente presentar un estado de la cuestión, hermanando al Derecho Administrativo con el influjo de las técnicas y de los principios de la regulación económica, en los términos que señalamos a continuación:

1. En primer lugar, la regulación es un concepto que no sustituye a la idea del servicio público o al propio Derecho Administrativo. La regulación es una técnica, instrumental, que sintetiza las nuevas expresiones de la intervención administrativa sobre las actividades de los sujetos privados en la economía, a fin de salvaguardar finalidades de interés público o de política económica, y que se instrumenta empleando conceptos, teorías, nociones y potestades propias del Derecho Administrativo.
2. La idea jurídica de la regulación, concepto desarrollado desde el derecho anglosajón en sus diversas manifestaciones, es un fenómeno que puede y debe ser analizado desde la perspectiva y las instituciones del Derecho Administrativo. No se trata de “vino nuevo sobre odres viejos”, sino de instituciones jurídico-públicas que han evolucionado, por la influencia del sistema jurídico norteamericano que se nota cada vez más en el Derecho Administrativo continental y en el latinoamericano⁽¹⁵⁶⁾.
3. La regulación implica más que un concepto de emisión o dación de normas, sino que es una actividad que implica un “seguimiento” o supervisión de actividades relevantes para la sociedad, actividad que se desarrolla desde el Estado. Correlativamente, ello implica que las

autoridades de regulación (organismos de la Administración Pública) asuman poderes exorbitantes para hacer cumplir los objetivos de la misma (poderes normativos, de supervisión, de coerción, de fiscalización y sanción, hasta inclusive de solución de controversias).

4. La regulación, en un sentido amplio, como el que manejamos en este trabajo, es el equivalente anglosajón al concepto europeo continental de intervención administrativa en la economía (Ogus). Sin embargo, en el Perú, se ha adoptado, acriticamente, un concepto de la regulación muy restringido y estático, como opuesto en forma absoluta al régimen de defensa de la competencia. Esta visión, que no compartimos, no refleja la realidad del derecho anglosajón actual, que cada vez más encuentra más que una relación de oposición, una relación de complementariedad entre las técnicas de la regulación y la defensa de la competencia.
5. Si bien es cierto hemos adoptado, siguiendo a Ogus, la división general entre regulación económica y social en el ámbito de la experiencia del Derecho Público anglosajón, dicha división es enteramente metodológica, y no tiene mayor sustento legal, además que ciertamente es algo vaga e imprecisa, constituyendo un esfuerzo de los juristas anglosajones para organizar metodológicamente los distintos tópicos y técnicas existentes en el ámbito de la intervención administrativa. Para nosotros dicha metodología, en principio, no es tan útil, porque en el Derecho Administrativo iberoamericano se cuenta con toda una teorización sobre la intervención administrativa en la economía y las diversas formas y aplicaciones que puede

(156) Sobre este proceso, con abundantes referencias, BALLBÉ (2007, p. 215-276)



Ramón Huapaya Tapia

tomar dicho ejercicio del poder público. Sin embargo, dicha división metodológica guarda utilidad para comprender que se trata de dos fenómenos que inciden en forma distinta dentro de los alcances de la concepción amplia de la regulación, como poder administrativo general de intervención pública sobre la economía y las conductas de los particulares. No hay nada malo en teorizar sobre estas divisiones, pero lo que es peligroso y preocupante es que haya entidades como INDECOPI (caso *Alfagas v. Repsol*) que utilicen dicha división en su jurisprudencia, y peor aún, con carácter de precedente administrativo vinculante.

6. Las relaciones modernas entre el Derecho de la competencia y la regulación no son estáticas (como sucede cuando se emplea el criterio de distinción de oportunidad de acción de cada una). Por el contrario, modernamente se acepta que se trata de técnicas complementarias, cuyas relaciones se rigen por un criterio de

supletoriedad, pero en un sentido bastante dinámico⁽¹⁵⁷⁾. Finalmente, ambas clases de políticas persiguen el mismo fin último, que es el bienestar del consumidor y en general de la sociedad, mediante la introducción de competencia efectiva en servicios, con lo cual, al final se produce una *paradoja*: la regulación instrumentada como técnica para obtener competencia, en lugar de la desregulación o la privatización, las cuales operaron en un primer momento para eliminar el estatismo económico.

7. Finalmente, no existe ya un dilema entre la existencia o no de la regulación. La regulación existe, se manifiesta de diversas maneras (sea en su variante “social” y la “económica”), y debe ser aplicada donde sea necesario. Sin embargo, esto no significa asumir una postura intervencionista, sino que, entendiendo que es una solución de “segundo mejor” con la cual hay que convivir ante el defecto de los mecanismos del Derecho Privado para solucionar las fallas del mercado o para obtener diversos objetivos de política económica distintos de la eficiencia, es necesario mejorar la regulación existente, eliminando la que sea innecesaria y sometiendo a permanentes *tests de razonabilidad, necesidad y eficacia a la que quede, quizá con el objetivo en que algún día “la mano visible” del Estado cada vez sea menos necesaria.*

(157) Cfr. Los trabajos de QUINTANA, Eduardo: *Normas... Op. cit.*; PATRON, Carlos: *Quien mucho abarca... Op. cit.*; y, LAGUNA DE PAZ, José Carlos: *La regulación... Op. cit.*, citados en este trabajo.