

---

# Análisis de la “función normativa” de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

La dicotomía del rol del Estado en la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad<sup>(\*)(\*\*)</sup>

**Richard Martin Tirado**

Abogado. Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1 Introducción.

En las últimas semanas, el Poder Ejecutivo viene discutiendo la elaboración de un proyecto de Decreto Supremo que precise los alcances de la “función normativa” a cargo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, establecida en la Ley No. 27631<sup>(1)</sup>, norma que en su oportunidad modificó los alcances de dicha función, respecto de los términos preceptuados por la Ley No. 27332<sup>(2)</sup>.

Es destacable el esfuerzo desarrollado desde el ámbito del Poder Ejecutivo con el propósito de otorgarle un cauce adecuado al ejercicio de la “función normativa”. Sin embargo, al mismo tiempo es preciso evaluar si el ejercicio de dicha “función”, guarda compatibilidad con las tendencias prevalecientes en materia de Derecho Administrativo y en concreto, con las disposiciones contenidas en la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Para efectos del presente trabajo, no se puede entender el desarrollo o ejercicio concreto de la “función normativa” a cargo de los organismos reguladores, si

es que no se efectúa una breve explicación con respecto del marco legal vigente que ha motivado la atribución de dicha función a los reguladores. En tal sentido, es preciso efectuar algunas reflexiones con respecto al proceso de “post-privatización” y los antecedentes que en su momento inspiraron la creación y funcionamiento de los organismos reguladores.

Si bien en la hora actual existen profundos cuestionamientos en relación a la forma en que se han venido desarrollando los procesos de privatización y de entrega de concesiones en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, también es cierto que, desde los primeros años de la década de los ‘90, el Poder Ejecutivo a través de legislación delegada, así como de normas de rango inferior a ley, pudo establecer un marco normativo que sirvió de impulso a los procesos de privatización y/o concesión.

En este contexto, se han venido utilizando diversas técnicas de intervención del Estado en la actividad económica, que han permitido delimitar o separar la titularidad y la gestión de los servicios públicos, sin que ello implique dejar de lado el sometimiento de dicho

(\*) El presente trabajo contiene opiniones estrictamente personales y no comprometen en modo alguno a las instituciones de las que el autor forma parte.

(\*\*) Escrito en el mes de mayo de 2002.

(1) Ley que modifica el literal c del artículo 3 de la Ley No. 27332. Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 16 de enero de 2002.

(2) Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 29 de julio de 2000.

servicio a la esfera del Derecho Administrativo<sup>(3)</sup>. Uno de los casos más evidentes es el referido al uso de la concesión administrativa, con el objeto de lograr la gestión de un activo público en forma temporal por parte de los particulares<sup>(4)</sup>.

Uno de los principios aplicables al régimen jurídico de la concesión administrativa, fue el conocido como “quien concede no debe controlar”. Este concepto, aplicado en la experiencia inglesa, y luego llevado a la práctica de algunos países latinoamericanos, implica que el Estado (concedente en los contratos de concesión) en su condición de parte contractual, no podría someter a su libre arbitrio el control sobre las actividades que desarrollara su contraparte (el concesionario). En función de ello, se hacía necesario a la luz de las experiencias internacionales existentes sobre el tema, fijar un marco legal a través de los mecanismos de la denominada “regulación económica”, y dentro de ellos, fomentar el diseño y puesta en funcionamiento de las “agencias de regulación”, las mismas que en nuestro país son conocidas como “Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos”.

En el marco de las reformas introducidas, se fueron estableciendo sucesivamente los distintos organismos reguladores en función del tipo de actividad que fue motivo de transferencia o de entrega en concesión al sector privado. El primero de ellos, fue el OSIPTEL (Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones), creado por el Decreto Legislativo No. 702<sup>(5)</sup>, como organismo público encargado de garantizar la calidad y eficiencia del servicio de telecomunicaciones brindado al usuario y para proteger el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de prácticas contrarias a la libre y leal competencia. Posteriormente, fue creada la SUNASS (Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento), creada por el Decreto Ley No. 25965, a fin de proponer las normas para la prestación de los

servicios de saneamiento, fiscalizar la prestación de los mismos, evaluar el desempeño de las entidades que los prestan, promover el desarrollo de esas entidades, así como para aplicar sanciones. Posteriormente, por la Ley No. 26734<sup>(6)</sup>, se creó al OSINERG (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía), como el organismo público encargado de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas, referidas a la conservación y protección del medio ambiente, en el desarrollo de dichas actividades. Finalmente, mediante la Ley No. 26917, se estableció al OSITRAN (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público), como organismo público encargado de normar, regular y supervisar los mercados relativos a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Inicialmente, los organismos reguladores fueron creados como entidades públicas adscritas al sector en el que se ubicaba la actividad económica regulada. Así, el OSIPTEL fue creado como una entidad adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones; la SUNASS fue creada como una entidad adscrita al Ministerio de la Presidencia; OSINERG fue creada como una entidad adscrita al Ministerio de Energía y Minas, y finalmente, el OSITRAN fue creada como una entidad adscrita al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción<sup>(7)</sup>.

La idea prevaleciente en el esquema inicial de adscripción de los organismos reguladores a los sectores en los que se ubicaban las actividades reguladas, se puede explicar desde una perspectiva de control decisorio de los sectores sobre un conjunto de actividades que en términos tradicionales, formaban parte de las competencias de los Ministerios. La existencia, por lo menos formal, de un régimen de tutela

(3) Por definición, los servicios públicos son de titularidad estatal, puesto que son definidos como actividades esenciales para la vida en sociedad, que por su importancia para ella, son sometidos a un régimen jurídico de Derecho Público, mediante un procedimiento denominado *publicatio*, a través del cual el Estado se reserva su titularidad. Ahora bien, la gestión de los servicios públicos, dentro de un entorno de una economía liberalizada, se asocia a la prestación misma del servicio, que puede ser prestada por el Estado o por los particulares.

(4) Al respecto Juan Carlos CASSAGNE precisa que “(l)a necesidad de que los servicios públicos sean prestados con eficiencia y con un nivel de calidad tal que haga posible la satisfacción del interés público que justifica su creación, sumado al carácter subsidiario con que el Estado debe desarrollar su actividad, han sido factores determinantes para acudir a los procedimientos de gestión privada de prestación de dichos servicios”. Cfr. *Los entes regulatorios de los Servicios Públicos*. En: *Revista Jurídica de Buenos Aires*. 1998-III. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: La Ley, 1998. p. 3.

(5) Ley General de Telecomunicaciones, modificada sucesivamente. Posteriormente, fue dictado el Decreto Supremo No. 013-93-TCC, como Texto Único Ordenado de la Ley General de Telecomunicaciones.

(6) Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG). Dicha norma fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 31 de diciembre de 1996. Modificada posteriormente por la Ley No. 26817, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* con fecha 24 de junio de 1997.

(7) Ver el artículo 2 de la Ley No. 26917.

administrativa en forma de adscripción, garantizaba un nivel de dependencia normativa y de sujeción a las políticas sectoriales por parte de los organismos reguladores.

Desde el punto de vista de la teoría regulatoria, este no constituía el panorama más favorable para el desarrollo de los organismos reguladores, toda vez que por definición, el rol de los organismos reguladores implica un nivel objetivo de imparcialidad, esto es, casi un rol arbitral en la ejecución de sus actividades<sup>(8)</sup>. La sujeción al sector que representaba los intereses del concedente, afectaba por lo menos desde un punto de vista conceptual, el nivel de autonomía que debían asumir los organismos reguladores. Este criterio motivó que se adscriba dichas entidades a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Posteriormente, por razones fundamentalmente coyunturales antes que técnicas, mediante los Decretos de Urgencia No. 024-98 y No. 025-98, y la Ley No. 27111, a propósito de la transferencia de funciones de la PROMCEPRI a la COPRI, los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos fueron adscritos al Ministerio de Economía y Finanzas. Sin embargo, con la dación de la Ley No. 27332, se precisó en forma unívoca nuevamente la adscripción de dichos organismos a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), toda vez que se buscaba concretar en el plano normativo, esa garantía de independencia e imparcialidad, así como de autonomía con la que debían contar los organismos reguladores en su actuación<sup>(9)</sup>, circunstancia que no se venía dando en tanto los sectores imponían ciertas trabas a las labores de dichas entidades. Para superar esta situación, se adscribió a los organismos reguladores a la Presidencia del Consejo de Ministros, con el objetivo de alejar a

dichas entidades de toda clase de interferencia del poder político, como principal garantía de su instrumentalidad y fomentar así, el rol arbitral en el ejercicio de sus mecanismos de regulación de los mercados de los servicios públicos.

En este contexto, el marco jurídico de los organismos reguladores resultaba ser, muchas veces, insuficiente para lograr una aplicación adecuada de sus potestades. En la mayoría de los casos, aparecían conflictos de competencia entre los reguladores y los Ministerios (como en el caso del OSITRAN y el MTC), o de competencias compartidas (caso del sector eléctrico, donde el OSINERG fue concebido originalmente como un organismo fiscalizador y sancionador, puesto que la potestad de fijación de tarifas estaba asignada por mandato de la Ley No. 25844, a la Comisión de Tarifas Eléctricas-CTE, organismo descentralizado adscrito al Ministerio de Energía y Minas). Sin duda alguna, no existía un marco legal uniforme, que equipare las funciones de los distintos sectores regulados, lo que incidía notoriamente en la percepción de la ciudadanía con respecto a la labor desarrollada por los organismos reguladores.

Es así que, luego de comprobar esta situación fáctica, y a iniciativa de la Presidencia del Consejo de Ministros, se expide la Ley No. 27332, denominada "Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos". Este nuevo cuerpo legal, incorporó sustantivas reformas en el régimen jurídico aplicable a los organismos reguladores, dotándolos de significativas potestades y competencias, unificando en cierta medida, la situación jurídica preexistente a nivel de cada una de dichas entidades. Si pudiera, en forma esquemática, señalarse las principales innovaciones de la Ley No. 27332, podríamos resumirlas en las siguientes:

- (8) Para Héctor Mairal, en los sistemas angloamericanos de licencia para la prestación de servicios públicos, el Estado es solamente un árbitro o controlante. Citado por UEZ, Román Alberto. *Entes Reguladores de los Servicios Públicos Domiciliarios. Responsabilidad del Estado por la omisión en actividad de control*. En: *Revista Jurídica La Ley*. Tomo 1999-C. Sección Doctrina. p. 1061. Anota Uez, en su interesante estudio, lo siguiente: "(l)a función esencial del Estado en la actualidad, es controlar la calidad y eficiencia de los servicios, y evitar las distorsiones del mercado, defendiendo la competencia, o creando condiciones que la simulen en el caso de los monopolios, sea cual fuere su origen. Esta conclusión nos obliga a tratar de encontrar la respuesta a tres preguntas, la primera es en qué forma y con qué instrumentos el Estado ejercerá esta trascendental función de control, la segunda es cuándo los órganos creados para ejercer el control incurrirán en fallas o incumplimiento de esta función, y la tercera qué consecuencia le aparejará al Estado la falla o incumplimiento en la función de control ejercida por los entes reguladores por él creados, a través de los distintos marcos regulatorios. La respuesta a la primera pregunta, la dan la creación de los marcos regulatorios de los distintos servicios prestados, que establecen los entes reguladores, organismos administrativos, tomados del derecho norteamericano y anglosajón, con facultades de regulación, de control o fiscalización, de asesoramiento y también de las denominadas jurisdicciones, estas últimas que ejercen en algunos casos obligatoria y en otras voluntaria". Cfr. *Ibid.* p. 1063.
- (9) Se ha señalado que "(l)a independencia funcional es de vital importancia para el normal desarrollo de las funciones que le han sido asignadas al ente (regulador) ya que impide la intromisión o influencia de los poderes políticos de turno en cuestiones que, la mayor parte de las veces, han de resolverse sobre la base de criterios técnicos, económicos y jurídicos". Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 6.

a) Se precisó que los organismos reguladores se encuentran adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, cuentan con personería de Derecho Público interno, y tienen autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

b) Se estableció la figura de un Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa en los organismos reguladores.

c) Se unificó el régimen de los aportes por regulación que deben efectuar las empresas sometidas a la misma.

d) Se estableció el régimen laboral aplicable a dichas entidades.

## 2 ¿Por qué fue necesario establecer criterios o mecanismos de regulación y asignar dichas tareas a los organismos reguladores?

No es posible entender la actividad regulatoria del Estado, si es que previamente no se fija con absoluta certeza, cual es el rol que le compete al Estado en materia de intervención en la actividad económica.

Al respecto, Ferney Moreno<sup>(10)</sup> nos precisa que existen algunas preguntas claves para poder entender el ejercicio de la actividad regulatoria del Estado. Al parecer de dicho autor, que compartimos, estas dudas o interrogantes se encuentran vinculadas a los siguientes temas: (i) ¿por qué interviene el Estado?; (ii) ¿cómo interviene el Estado?; (iii) ¿en dónde interviene el Estado?; y, (iv) ¿para qué interviene el Estado?

Las respuestas a cada una de dichas interrogantes pueden ser ilimitadas. Ferney Moreno nos responde cada una de ellas<sup>(11)</sup>, pero es evidente que desde la propia perspectiva de análisis que se tenga sobre el tema, las respuestas pueden ser diversas, dependiendo de la ideología, la opción política o la visión económica que se tenga.

En este contexto, no cabe la menor duda que el fenómeno de la regulación puede ser abordado desde diversas perspectivas. Quizás el mayor énfasis haya sido puesto en el análisis económico del mismo. En nuestro caso, se tratará de agregar algunos conceptos o criterios desde la perspectiva jurídica y en especial, desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

A diferencia de los otros enfoques, y aunque parezca una verdad redundante, el análisis de los aspectos jurídicos de la regulación es propio de los juristas. Tal como afirma Ferney Moreno<sup>(12)</sup>: “(...)mientras los economistas diseñan los modelos de regulación aplicables a un mercado determinado, los juristas tienen la competencia para normativizar esos modelos dentro del Estado de Derecho”.

La intervención del Estado en la economía debe efectuarse en un escenario concreto: el Estado de Derecho. En dicho modelo paradigmático de la organización estatal, no sólo existen normas de imperativo cumplimiento, sino también principios y valores que se extienden para preservar el Estado de Derecho. Algunos de dichos valores, se encuentran directamente vinculados a criterios de orden económico, tales como la eficiencia económica, reducción de costos de transacción, etcétera.

En este contexto, las autoridades encargadas de la regulación económica, deben igualmente contemplar para la adecuada toma de decisiones, el hecho de que no sólo existen principios de carácter económico, sino también, principios y valores que gobiernan el ordenamiento jurídico del país.

El concepto de regulación constituye un concepto difícil de precisar, pues implica tener una concepción previa sobre la intervención del Estado en la economía. En tal sentido, consideramos que uno de los problemas que ofrece definir la regulación económica, pasa por ubicar el mismo en el contexto de un profundo proceso

(10) Cfr. FERNEY MORENO, Luis. *Servicios Públicos Domiciliarios. Perspectivas del Derecho Económico*. Prólogo de Gaspar Ariño. Primera edición. Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. pp. 27-28.

(11) Al respecto, Ferney Moreno señala lo siguiente: “(a) el tema de la función de regulación le precede otro más genérico cual es la intervención del Estado en la economía: **¿por qué interviene el Estado?, ¿cómo interviene el Estado?, ¿en dónde interviene el Estado?, y ¿para qué interviene el Estado?**. Nuestra respuesta a estos interrogantes ubica la regulación dentro de este contexto. Veamos la primera pregunta: ¿por qué interviene el Estado? El Estado interviene por muchas causas, verbigracia, fallas del mercado, existencias de bienes de dominio público, el interés público o general, el bien común y la protección del orden público económico. La segunda pregunta: ¿cómo interviene el Estado? El Estado interviene a través de la creación de empresas públicas, la planeación, nacionalizaciones, supervisión y control, fomento al sector privado y la regulación. Precisamente la regulación es una de las formas principales de intervención del Estado en la economía. La tercera pregunta: ¿en dónde interviene el Estado? El Estado puede intervenir en el uso del suelo, en la producción, distribución, en el consumo de los bienes y servicios y en recursos naturales. La última pregunta: ¿para qué interviene el Estado? El Estado interviene para alcanzar un mejor bienestar general de los ciudadanos. Cabe agregar que la intervención del Estado en la economía trae como consecuencia decisiones que promueven eficazmente el mercado, pero, por otro lado, puede generar fallas del Estado con efecto en la economía”. Cfr. Ibid.

(12) Cfr. Ibid. p. 37.

de transformación del Estado basado en la experiencia peruana e internacional<sup>(13)</sup>.

### 3 Subsidiariedad y solidaridad en el rol del Estado en la actividad económica.

La década del '90 importó una transformación significativa en las políticas públicas y económicas de diversos países de América Latina. En este contexto, el Estado ha venido asumiendo un rol **subsidiario** en su actuación en la economía a través de sus distintos instrumentos normativos, legislativos y jurisdiccionales.

Tal como apunta Cassagne, “la regulación económica constituye una de las funciones esenciales del Estado subsidiario que se configura básicamente - en su dimensión normativa- como una típica emanación del denominado poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad en el campo económico a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos (y demás actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los cuales se ubica la protección de los usuarios)<sup>(14)</sup>”.

En la misma línea de acción, Gaspar Ariño precisa que las directrices actuales por donde discurren los cauces de actuación del Estado en la economía, son las de los principios de subsidiariedad y de solidaridad. Al respecto, dicho autor señala lo siguiente:

“Hay dos principios esenciales, aparentemente contradictorios, que han jugado siempre como polos de tensión en la configuración del orden social: uno de ellos es el principio de **libertad individual y subsidiariedad estatal**, otro **el principio de igualdad de todos los hombres y de solidaridad social**. El primero encuentra soporte básico en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos

y satisfacción de necesidades. El segundo encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo. En la adecuada articulación de ambos principios, en cada momento y en cada lugar, radica una de las claves del Estado moderno<sup>(15)</sup>”.

En realidad, la subsidiariedad y la solidaridad son conceptos metajurídicos complementarios entre sí, a los que se les debe agregar para su adecuada comprensión, el rol innovador que ha provocado la doctrina social de la iglesia en la reformulación del papel del Estado en la actividad económica.

No es esta la oportunidad para desarrollar la evolución histórica de ambos principios, pero sí es importante señalar, que a lo largo del tiempo, las sucesivas Encíclicas Papales fueron postulando la idea de que la subsidiariedad estatal puede formularse en términos tales, en que **no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, como tampoco lo es**, porque daña y perturba el recto orden social, **quitar a las comunidades menores lo que ellas puedan realizar por sí mismas**, para atribuirlo a una comunidad mayor y más elevada<sup>(16)</sup>. Estas ideas, esbozadas a lo largo de décadas, calzaron justamente en la etapa de la quiebra del modelo del Estado de Bienestar y el advenimiento de la denominada época de las liberalizaciones.

Desde un punto de vista conceptual, el principio de subsidiariedad no sólo tiene un contenido ideológico, como expresión de una forma de organización política del Estado. También existe una perspectiva orgánica o institucional que le otorga contenido a dicho principio, en función de criterios de competencia en la organización del Estado. Inclusive hoy en día, y a la luz del deber de colaboración entre los Estados, existe una dimensión supranacional que propicia la aplicación de dicho principio<sup>(17)</sup>.

(13) Sobre el tema puede revisarse el texto de TAWIL, Guido Santiago. *Avances Regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria*. Mimeografiado. En: [www.bomchil.com.ar/default](http://www.bomchil.com.ar/default), pp. 1-3.

(14) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público*. En: Estudios de Derecho Público. Buenos Aires: De Palma, 1995. p. 97.

(15) Cfr. ARIÑO, Gaspar, con la colaboración de Juan Miguel DE LA CUÉTARA y Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO. *Principios de Derecho Público Económico. (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Primera edición. Granada: Comares, 1999. p. 111.

(16) Cfr. *Ibid.* p. 114.

(17) Cfr. Las interesantes páginas escritas en dicho sentido por Juan Martín GONZÁLEZ MORAS: *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el Principio de Subsidiariedad*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. pp. 99-113.

Así, la subsidiariedad no solamente cumple un rol de orientación de la actuación del Estado en la economía, sino que, siguiendo a Gaspar Ariño<sup>(18)</sup>, en la medida que existen dos modelos o sistemas básicos de organización económica: uno presidido por la libre iniciativa económica y la libre decisión empresarial y otro, llamado de dirección o planificación central, presidido por las decisiones de la autoridad estatal y por la propiedad colectivizada de los medios de producción; resulta de suma importancia reparar en que el principio de subsidiariedad se configura como uno de capital importancia para la explicación misma del fundamento y base de todo sistema económico.

Así, conviene afirmar que la subsidiariedad no es pues, un concepto propio del denominado liberalismo económico, ni ha sido elaborado por sus teóricos o impulsores. Desde una postura principista, tiene un fundamento antropológico y de orden iusnaturalista que se sustenta en la idea de que el hombre en sí mismo es titular de un conjunto de derechos fundamentales anteriores y superiores al Estado y a cualquier organización. En este contexto, el Estado no es un fin en sí mismo, sino que es sólo un instrumento al servicio del hombre. Se trata de una perspectiva que afianza sus bases en la firme creencia en que es el individuo quien mejor toma las decisiones sobre sí mismo y sobre su destino, toda vez que en su iniciativa e inventiva es donde radica el motor del desarrollo. En tal sentido, Gaspar Ariño afirma que así como la subsidiariedad es consecuencia ineludible de la libertad y dignidad del hombre; la solidaridad es exigencia, también inescapable, de la naturaleza social del hombre<sup>(19)</sup>.

El papel asignado al principio de subsidiariedad parte pues, no sólo de un concepto económico, sino que es aún más profundo, es filosófico. Sin embargo, su utilidad para la economía radica en que dentro de la esfera de actuación del hombre que se encuentra reservada única y exclusivamente para él, se ubica la

libre iniciativa para el ejercicio de actividades económicas. En consecuencia, la subsidiariedad se aplica para el ámbito económico en dos líneas de acción:

a) Una vertiente **negativa** en virtud de la cual, los individuos tienen el derecho a ejercer libremente sus actividades económicas, de modo tal que el Estado debe respetar este libre ámbito de actuación, aunque sin renunciar a su papel de gestor y garante del bien común;

b) Una vertiente **positiva**, en base a la cual, si la iniciativa privada es insuficiente o no es ejercida por los individuos, y existen necesidades de la sociedad que deban ser satisfechas, el Estado tiene el deber de intervenir y suplantar a la iniciativa privada.

La vertiente negativa tiene como correlato el concepto de un rol regulador del Estado, un rol de **autoridad del sistema económico**, mientras que la vertiente positiva tiene al Estado en un rol de, o bien **promotor de la iniciativa privada** o bien de **agente en el sistema económico**, que actúa en el mismo única y exclusivamente en defecto o insuficiencia de la iniciativa privada<sup>(20)</sup>.

Ahora bien, la subsidiariedad no se identifica necesariamente con un modelo de Estado liberal, sino que implica una visión del Estado ágil y que es adecuada al mundo globalizado en el que vivimos. Dicho principio implica una reformulación del rol del Estado en el que de un lado, se respete la libre iniciativa privada y del otro, se concilie la función de gestor del bien común que en sí misma legitima al Estado. Por ello es que el modelo de Estado subsidiario responde a la experiencia propia de cada país, pero también, implica la aplicación de unas bases comunes que sirvan de guía al desempeño del rol del Estado en la economía.

En el modelo subsidiario, el Estado asume roles de autoridad, de promotor y de agente en el sistema económico. Ahora bien, la prelación en el ejercicio de estos roles varía de acuerdo a las circunstancias económicas, sociales y culturales de cada país, puesto que la

(18) Cfr. ARIÑO, Gaspar, con la colaboración de Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, José Luis VILLAR EZCURRA, Mónica ARIÑO GUTIÉRREZ y Rafael ORTIZ SÁNCHEZ. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado. Gestión Pública. Regulación económica*. Segunda edición. Granada: Comares, 2001. pp. 110-111.

(19) Cfr. *Ibid.*, p. 113.

(20) En atención a las vertientes del principio de subsidiariedad, resulta conveniente recordar la clasificación que ensaya Gaspar Ariño Ortiz, quien señala que existen dos variantes del principio referido:

a) Subsidiariedad institucional: significa que no deben centralizarse al más alto nivel aquellas decisiones que puedan ser adoptadas con igual o mayor eficiencia a un nivel político y administrativo inferior y, por consiguiente, más próximo a los ciudadanos. Este principio se ha defendido en las relaciones intergubernamentales, tanto nacionales (es lo que se conoce con el nombre de descentralización político-administrativa: reserva a los gobiernos regionales y locales de todas aquellas cuestiones en las que esté comprometido el interés común, manteniéndose las competencias en todas las demás cuestiones reservadas a cada Estado).

b) Subsidiariedad estatal: se refiere a las relaciones entre el individuo y el Estado. En este orden, el principio contempla, no una cuestión organizativa sino sustancial: cuál ha de ser el grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país, y cuál debe ser el ámbito de libre actuación de los ciudadanos y los grupos sociales intermedios. Es este último sentido de la subsidiariedad (y su complemento, la solidaridad) el que responde a lo que se ha denominado como subsidiariedad horizontal. Cfr. *Ibid.*

subsidiariedad constituye un parámetro flexible y no rígido, es un principio de actuación estatal y no un dogma, por lo que puede ser relativizado de acuerdo a las circunstancias.

### 3.1 El principio de solidaridad.

El segundo parámetro o línea directriz en la que se articula la actuación estatal en la economía es la **solidaridad**. En relación con este concepto, Gaspar Ariño precisa lo siguiente: “(l)a defensa de la libertad y de la iniciativa individual tiene un envés no menos importante: la solidaridad social. Como ya hemos dicho, ésta es la consecuencia de la naturaleza social del hombre, que debe llevar a éste a una firme y perseverante actitud de contribución al logro del bien común. El bien común no es sólo la suma del mayor número de bienes individuales posibles -no sólo el óptimo paretiano- sino algo más. Es, sobre todo, la creación de aquellas condiciones (algunas medibles en términos económicos y otras no) en las que cada uno de los miembros de una sociedad pueda llevar una vida más humana, desarrollar mejor su personalidad, lograr sus aspiraciones<sup>(21)</sup>”.

Debe tenerse en cuenta, para comprender estas palabras, que el hombre no solamente es un ser digno y libre, un fin en sí mismo. También es un ser gregario, que se relaciona con los demás, un ser social, un ser que vive en una comunidad. Y en tal sentido, el hombre posee derechos inalienables, pero debe ejercerlos dentro de ciertos límites, siendo que el primero de ellos es el respeto del derecho de los demás. Esta es la base de la búsqueda del bien común, que si bien es lograda mediante la acción del individuo, requiere también la participación de una organización mayor: el Estado como garante y gestor de ese bienestar.

En base a los dos principios expuestos, es que se debe interpretar el sistema de economía social de mercado, modelo por el cual, ha optado el constituyente peruano para definir el sistema de relaciones económicas

consagrado al más alto nivel normativo. Por cierto, el desarrollo de una economía social de mercado se sustenta sobre las bases o principios del mercado, puesto que implica la aplicación de sus reglas de juego (libre fijación de precios, libertad de movilidad de factores de la producción y la demanda), pero atenuadas por la intervención del Estado sobre ese mercado, en orden a corregir sus fallas y a cumplir su rol de gestor del bien común. En tal sentido, se cumplen los dos roles principales del Estado en la economía, en principio, la regla juega a que el Estado participe como **autoridad**, como árbitro, como regulador del mercado; no obstante ello, también participa como **promotor** de la actividad de los particulares, y como **agente**, al establecer prestaciones con garantía pública, y al ejercer actividad empresarial en estricto defecto o insuficiencia de la iniciativa privada.

### 3.2 Aplicaciones fácticas del principio de subsidiariedad.

Existen muchas vertientes para evaluar el principio de subsidiariedad. Así, se afirma que existe una subsidiariedad ideológica, una subsidiariedad vertical, subsidiariedad horizontal, subsidiariedad institucional, subsidiariedad substantiva, entre otras aplicaciones del principio.

Si acudimos a la definición que nos brinda el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la subsidiariedad puede ser definida como la “tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias”, señalándose que el significado de la subsidiariedad deriva del concepto de subsidiario, concepto que como adjetivo hace referencia a lo “que se da o se manda en socorro o subsidio de uno”, mientras que en términos jurídicos, lo subsidiario hace referencia a “la acción o responsabilidad que suple o robustece a otra principal”<sup>(22)</sup>

(21) Ibid. p. 120.

(22) Giovanna Razzano anota que, “(e)timológicamente, el término ‘subsidiariedad’ deriva el latín *subsidium*, que, en la terminología militar romana, indica las tropas de reserva, aquellas que están detrás del frente (las *subsidiariae cohortes*). Aplicado a la sociedad el principio de subsidiariedad indica la intervención compensativa y auxiliar de los organismos sociales más grandes -como el Estado- a favor de los individuos y de los grupos intermedios (...) En cuanto al contenido, se trata de un principio presente desde los orígenes del pensamiento clásico. El concepto de subsidiariedad puede en efecto encontrarse ya en Aristóteles, en la medida en la cual se lo considera comprendido en el ámbito de la noción de suplencia o, también, como el reverso de la medalla, en aquella de insuficiencia. La sociedad descrita por el estagirita se compone de hecho, a partir de la familia, de grupos cada vez más articulados, cada uno de los cuales posee finalidades propias y provee a sus relativas necesidades (...) pero es la ciudad, que representa el horizonte ético del hombre griego, la que viene a satisfacer todas sus necesidades, haciendo así posible la autarquía. De aquí la idea de que los grupos más pequeños, para la desvinculación de determinadas tareas, tienen la necesidad de reclamar la pertenencia a un organismo más vasto, propiamente político, para la completa realización del hombre, el alcance de todas sus finalidades y el absolvimiento de sus relativas tareas. La ciudad, entendida en este sentido, no responde sólo a las incapacidades, sino que aporta también un verdadero y propio acrecimiento del ser”. Cfr. RAZZANO, Giovanna. *Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della costituzione della Commissione Bicamerale*. En: *Diritto e Società*. 1997/4. Padua: CEDAM, 1997. Citada por GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín. Op. Cit.: pp. 36-37.

---

El concepto de regulación no es sólo de competencia específica de la economía. En rigor, constituye un concepto difícil de precisar, puesto que implica tener una concepción previa o determinada sobre el constante problema de la intervención del Estado en la economía

---

Se reconocen dos variantes de la subsidiariedad, apareciendo como dos vías: la primera **horizontal**, relativa al respeto del principio en el reparto de competencias entre las esferas del poder público y la sociedad civil (o, en otros términos: entre el Estado y el mercado), y otra **vertical**, relativa a la forma de ejecución de esas prerrogativas asignadas al Estado, por parte de sus órganos: es decir, el respeto del principio entre las diversas esferas de poder público en que pudiera estar organizado políticamente el Estado, resguardando la posibilidad de que siempre se actúen las competencias públicas en el ámbito del ciudadano, miembro de la sociedad civil.

### 3.2.1 La subsidiariedad horizontal.

El principio de subsidiariedad aparece pues en la historia como principio político de organización social, que discute la relación: individuo-sociedad-poder público. Enfrenta discusiones vinculadas a las relaciones de “pertenencia” a determinados órdenes sociales u organizativos. Aquella pertenencia que otorga derechos y deberes a los respectivos miembros de la comunidad, y que, paulatinamente, irá desarrollándose como pilar de la organización social.

El principio de subsidiariedad, en su acepción de criterio rector de la distribución **horizontal** de cometidos entre poder público y sociedad civil, se encuentra en la base teórica del constitucionalismo clásico de corte liberal; que el mismo, en efecto, estableció a través de las normas constitucionales, aquel reparto de competencias, haciendo que todo aquello que -en principio- no fuera explícitamente atribuido a la esfera de actuación del poder público, quedará en manos de los individuos-sociedad civil.

Ahora bien, aunque parezca sorprendente, donde aparecerá la discusión del principio de subsidiariedad, es a través de la intervención pública de la Iglesia Católica. Lo importante será indicar el tenor del discurso

de la Iglesia, y la búsqueda de concentrar el valor del principio de subsidiariedad en su valor o acepción **horizontal**. Esto es, como criterio rector de separación de lo público y lo privado, y como eje de legitimación de cualquier intervención del poder público en el campo de la libre iniciativa privada.

Frente al panorama de crisis económica de entreguerras, la Iglesia “recuerda” aquel que considera el principio político rector, el principio de subsidiariedad; tan propio del Estado desarrollado a partir de las ideas liberales, tanto políticas como económicas.

El principio de subsidiariedad, en la visión de las diferentes encíclicas papales, es concebido, como principio de distribución de competencias -en sentido amplio-, entre el poder público, en cualquiera de sus manifestaciones territoriales, y la sociedad civil. Asimismo, como núcleo organizador de interacción social sobre la base del interés económico privado. Luego, y correlativamente, implicará un término de referencia para la **legitimación** política de aquella división competencial, y de las posibles intervenciones públicas en la economía.

El nuevo enfoque del principio de subsidiariedad implica que se realice una lectura del esquema de relación público-privado dinamizada a través del principio de proporcionalidad; esto es, **sin desconocer las competencias** -y correlativas obligaciones por parte del Estado en tanto garante de la prestación y control de determinadas actividades económicas de relevancia social y de la regulación del derecho de propiedad privada y libre empresa en función social- se procederá a la mutación de las técnicas de intervención asignadas, o mejor: se dará paso a nuevas formas de actuación de aquellos principios a partir de una re-regulación (como efecto de la desregulación) de las actividades gestionadas o controladas por el Estado.

### 3.2.2 La denominada subsidiariedad vertical.

El principio de subsidiariedad, a partir de su definición, y por su mismo contenido de principio protector del libre desarrollo de las voluntades e iniciativas privadas en el seno de la sociedad, tiene una significativa importancia en función a las modalidades de organización del poder público. No basta con el establecimiento general de límites jurídicos al Estado respecto de sus posibilidades de intervención en aquella zona de privacidad, sino que es necesaria su actuación en forma adecuada.

Una vez delimitado el campo de acción de cada una de las esferas pública y privada, tomará trascendencia la forma de actuación de aquellas competencias públicas. Es decir, fundamentalmente, las formas posibles de su actuación **político-territorial**.



Pues bien, paralelamente a la conceptualización antes señalada sobre la vía **horizontal** de la subsidiariedad, se recurrirá al mismo para desarrollar estrategias de actuación **descentralizada** de las competencias públicas. Aquí, nos encontramos en la faz o vertiente **vertical** del principio, a la relación Estado central-entidades públicas menores. Se tratará, entonces, que aquellas competencias atribuidas al poder público sean actuadas por las autoridades más cercanas a la esfera de acción de los ciudadanos.

Respecto de los Estados unitarios (donde los entes públicos territoriales menores, sean provincias o comunas, representan sólo un modo de actuación administrativa descentralizada de las propias competencias del Estado nacional) y los llamados Estados regionales (que se diferencian de aquéllos por el hecho de **garantizar** la existencia de las entidades públicas menores); puede decirse, quizá con mayor generalidad, que el principio de subsidiariedad es visto como la concreta posibilidad de profundizar los modelos de creciente descentralización política.

Por aplicación del principio de subsidiariedad, los Estados nacionales, deberían **delegar** todas aquellas facultades que podrían ser desarrolladas con suficiencia por parte de los entes públicos menores, más cercanos a los ciudadanos. A partir de ello, se podría intervenir, correlativa, y supletoriamente, sólo en caso de **insuficiencia** en la gestión de aquéllos respecto a los objetivos prefijados. Esto conlleva una clara valoración de naturaleza política por parte del Estado nacional, en tanto unidad garante del cumplimiento de las competencias asignadas al poder público.

La aplicación vertical del principio de subsidiariedad, podrá servir tanto para justificar la descentralización de las competencias públicas -propugnando siempre un mayor grado de autonomía por parte de los entes públicos menores-, como la centralización de aquéllas, a partir de la valoración de **oportunidad y conveniencia** de la delegación efectuada, que siempre podrá realizar la unidad política mayor.

#### 4 Los instrumentos del poder público para su actuación reguladora del mercado.

El rol del Estado subsidiario implica que sean reconcebidos los instrumentos o técnicas de su

intervención en el mercado como autoridad. Antes de explicar las distintas técnicas de intervención pública sobre el mercado, deben señalarse algunas ideas previas. No es una idea nueva la que señala que el mercado funciona siempre bajo una lógica de competencia. Sin embargo, la competencia es un ideal abstracto, un modelo teórico en el cual los precios se fijan libremente y resultan de la interacción libre y consensuada de la oferta y la demanda. Pues bien, así como la competencia perfecta es un modelo ideal, tanto como lo es el modelo del monopolio, surge un modelo económico intermedio, denominado de **competencia imperfecta**. En dicho modelo, que es el aplicable en la realidad, existen los mercados, pero su formación y su funcionamiento que, en principio deberían funcionar en competencia, no lo hacen por distintos factores: **costos de transacción, fallas de mercado, fallas del gobierno**.

En este orden de ideas, la competencia ya no puede ser considerada como un ideal, como un modelo: es un concepto que debe ser juridificado y trasladado al plano normativo para ser protegido y respetado. En tal sentido, el ordenamiento jurídico responde estableciendo normas destinadas a proteger el valor **libre y leal competencia** de las amenazas que suponen la presencia del poder monopólico o la asimetría de la información, generadas por el propio sistema, donde los agentes ni son tan libres, ni tan iguales ante los otros, por lo que se recurre al Estado para que a través de su poder de coerción, ordene y regule el sistema de conductas y estructuras económicas. Debe tenerse en cuenta también que la regulación de la denominada Defensa de la Competencia, no está solamente destinada a ordenar y establecer los cauces por donde discurrirán las conductas de los agentes económicos en el mercado, sino que, adicionalmente, debe disciplinar el rol del Estado como autoridad en el sistema económico.

La defensa de la libre y leal competencia es el principio de base del mercado, por lo que el Estado en su rol de autoridad y promotor, debe actuar en la misma dirección, puesto que la defensa de la competencia constituye un **título jurídico de intervención del Estado en el mercado**<sup>(23)</sup>, el mismo que se ejerce a través de sus denominados instrumentos de acción pública en el mercado<sup>(24)</sup>. Éstos, a lo largo del desarrollo

(23) Conjuntamente con el de la protección de los usuarios, la garantía de la inversión privada, así como el de actuar principalmente en la provisión de bienes semipúblicos.

(24) Cfr. SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Madrid: IDELCO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998. p. 17.

económico han podido instrumentarse en dos grandes modelos: el de **defensa de la competencia** y el de la **regulación económica**<sup>(25)</sup>. El presente trabajo se concentra en el estudio de lo que se ha venido en llamar regulación económica.

#### 4.1 La regulación económica. Su concepto y fines.

La regulación económica es un concepto que proviene de la literatura económica. En tal sentido, su adaptación al plano jurídico ha creado diversos problemas, toda vez que no se tienen claramente definidos sus límites y su caracterización jurídica. Algunos sectores, afirman por un lado en forma enfática que sus virtudes desplazan a las antiguas instituciones del Derecho Administrativo, diseñadas para un régimen jurídico de intervencionismo estatal, burocrático e ineficiente. Otros afirman que existen cuestiones de "Derecho Regulatorio", como una nueva rama jurídica encargada de estudiar el fenómeno de la intervención del Estado en la economía en un marco de libre mercado. Nada más alejado de la realidad.

La regulación económica es un concepto eminentemente acuñado en la experiencia anglosajona. En dicho escenario, se distingue entre lo que se viene a llamar *economics of regulation* y el *economics of antitrust*, puesto que como hemos señalado, la acción del poder público actúa mediante la regulación económica o mediante la defensa de la competencia. Ahora bien, ¿por qué se efectúa tal distinción de conceptos en el estudio del fenómeno de la intervención pública en el mercado?. En rigor, la regulación económica implica una intervención *ex ante* del poder público en el mercado, implica la actuación estatal para estimular el desarrollo de la competencia, puesto que ésta, o no existe o es insuficiente para garantizar el correcto desarrollo de un determinado mercado. Por el contrario, la defensa de la competencia sirve para instrumentar la acción del Estado como garante o árbitro de la actuación de los agentes económicos en un marco de competencia, por lo que su acción definitivamente es *ex post*. La lógica de la regulación entonces obedece

a que el Estado ejerce sus mecanismos de intervención para desarrollar condiciones de competencia (sin sustituir al mercado), mientras que la defensa de la competencia implica una lógica de intervención destinada a mantener una competencia adecuada<sup>(26)</sup>.

Breyer ha anotado que la regulación económica "es el instrumento en manos de los poderes públicos a través del que intentan controlar los precios, la producción, la entrada y salida del mercado, las condiciones de la producción de bienes o prestación de servicios, las decisiones de la calidad de los productos de las empresas y evitar que las decisiones privadas puedan lesionar el interés público<sup>(27)</sup>". Así, la regulación económica se constituye en un medio de intervención de los poderes públicos en la economía, que afecta el funcionamiento de los mercados. Desde una perspectiva económica, las acciones de regulación **son reglas generales o acciones específicas impuestas por agencias administrativas que interfieren directamente con el mecanismo de asignación de mercado, e indirectamente al alterar las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y productores.**

Se han señalado tres grandes notas características de la regulación:

- a) La propiedad del sector regulado se mantiene en manos privadas;
- b) Su objetivo en principio no es sustituir al mercado o su lógica, sino corregir sus quebras; y,
- c) Constituye una actividad altamente especializada y técnica.

La regulación económica viene asociada a una intervención del Estado en sectores de la actividad económica en los que no existen condiciones de competencia efectiva o donde no aparecen condiciones que permitan el desarrollo de la misma. En EE.UU., de donde proviene esta teoría, se asocia el empleo de la regulación en la presencia de los denominados **monopolios naturales**<sup>(28)</sup>. Sin embargo, la regulación no puede ni debe agotarse en tal concepto. La regulación constituye algo más, es una técnica integral, compleja, diseñada para arbitrar entre intereses distintos, algunas veces coincidentes, muchas veces contrapuestos.

(25) Al respecto, puede consultarse CASÉS PALLARÉS, Lluís. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Escola D'Administració Pública de Catalunya. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995. p. 24.

(26) Cfr. *Ibid.* p. 35.

(27) Cfr. BREYER, Stephen. *Regulation and deregulation in the United States: Airlines, Telecommunications and Antitrust*, En: *Deregulation or Re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*. Editado por G. Majone, 1990. Citado por CASÉS PALLARÉS, Lluís. *Op. Cit.*; p. 25. Cabe señalar que Stephen BREYER es actualmente uno de los *Justices* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, constituyendo uno de los principales autores especializados en materias de regulación económica en dicho país. Sus decisiones como ponente en varios fallos judiciales han revolucionado el Derecho Administrativo en los Estados Unidos, siendo generalmente disidentes de los *justices* de la denominada *New Right*, encabezados por el polémico Antonin Scalia y el *Chief Justice* William Rehnquist.

(28) Cfr. TAWIL, Guido Santiago. *Op. Cit.*; p. 4.

Al respecto, Tornos precisa que el concepto de regulación aparece con fuerza en el campo del Derecho Público vinculado al proceso de **liberalización de la economía**, proceso que es entendido como el de la apertura de sectores de la actividad económica antes reservados al sector público (reserva jurídica que podría ir o no acompañada de la reserva de gestión) a la libre iniciativa económica<sup>(29)</sup>.

En este contexto de liberalización de la economía, operación conceptual que ha consistido en una revalorización de la libre iniciativa privada como piedra angular del sistema de economía de mercado (inspirada por el postulado de la subsidiariedad); el Estado ha marcado un retroceso en sus técnicas de intervención, tanto en su rol como autoridad, como el de agente, inspirado sin duda alguna por aquellas palabras de Ariño: "(...) en una economía de mercado de una sociedad libre, la presunción debe jugar siempre a favor de la iniciativa privada y la actuación del Estado deberá ser excepcional (por tanto, justificada en cada caso), ante la falta, inexistencia o fracaso de aquélla"<sup>(30)</sup>.

No obstante ello, aunque nos encontremos en un contexto de **liberalización** (retorno del libre ejercicio de actividades económicas a la iniciativa privada), **desregulación** (eliminación de restricciones a la actividad económica de los privados, estableciendo políticas proconcurrenciales) o **re-regulación** (establecer marcos normativos más dinámicos, y que dejen mayor espacio a la iniciativa privada), debe recordarse que tales conceptos no son vacíos ni abstractos, sino que en buena cuenta, ello no puede significar otra cosa que **el Estado se ocupa del mercado**, tal como ha precisado con mucha razón Soriano<sup>(31)</sup>. Es en función a esta idea que debe interpretarse el sentido de la regulación.

La regulación existe porque aparecen situaciones en las que la competencia por sí misma no se manifiesta o es insuficiente para lograr condiciones de normal funcionamiento de un determinado mercado. Se habla pues de **fallas de mercado**<sup>(32)</sup> que son disfunciones o anomalías del mercado que se presentan en la realidad cuando no se cumple algún supuesto del modelo de competencia perfecta (información completa sobre

los bienes y agentes del mercado, libre movilidad de los factores de la producción, existencia de un bien homogéneo o fácilmente sustituible y, que ningún agente influya en el precio de mercado o en la cantidad transada). Ahora bien, en presencia de estas fallas del mercado, éste por sí solo no asignará los recursos de manera eficiente, en términos paretianos. Por ello, se afirma que existe una condición necesaria (pero no suficiente) para la intervención del Estado en la actividad económica.

La regulación no es pues, un sustituto de la competencia, como se ha afirmado alguna vez, sino que es una **herramienta de facilitación de la misma**. Ahora bien, ¿cuál sería entonces la diferencia fundamental entre las acciones de regulación y las políticas de competencia?. Creemos que estas diferencias son de grado y de oportunidad de actuación, antes que de sustancia. Ocurre que ciertos mercados son sometidos a la aplicación de instrumentos de regulación porque las fallas de mercado son tan intensas que para poder funcionar, dichos mercados requieren una intervención estatal que favorezca la libre concurrencia de los factores de la producción, para luego **poder instrumentar condiciones que favorezcan** la competencia, hasta que esas fallas del mercado sean superadas y la actividad económica sea desregulada, tomando la acción del Estado un rumbo distinto, puesto que la actividad ahora es sometida a un control *ex post*: los agentes económicos se rigen libremente por las reglas del mercado, pero en caso cometan una infracción a las mismas, se les aplicarán las reglas del derecho de la libre competencia.

Por ello es que ahora se habla de una **regulación para la competencia**: en el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario, y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquélla no existe) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existen elementos de monopolio natural<sup>(33)</sup>. Debe tenerse en cuenta entonces que, el mercado tiene muchas ventajas, pero lo fundamental es el dato de su existencia como tal: para que éste exista y funcione con corrección, es preciso, en muchos casos, que el Estado cree un sistema jurídico-institucional

(29) Cfr. TORNOS MAS, Joaquín. *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*. Prólogo de Lluís de Carreras. Consell Audiovisual de Catalunya. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999. p. 53.

(30) Cfr. ARIÑO, Gaspar. *La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión*. En: *Revista de Administración Pública*. No. 88. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1979. p. 59.

(31) Cfr. SORIANO GARCIA, José Eugenio. Op. Cit.; p. 18.

(32) Se afirma que "(l)a regulación, en general, hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado". Cfr. ARIÑO, Gaspar. *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Estudio preliminar de Juan Carlos CASSAGNE. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996. p. 98.

(33) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Ibid.* pp. 101-102.

adecuado. En tal sentido, cuando el Estado crea ese marco jurídico de ordenación de las conductas de los actores del mercado, la regulación aparece necesaria, pero debe ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado<sup>(34)</sup>. Ariño, señala así que “(l)a regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye<sup>(35)</sup>”.

Pues bien, la regulación económica, expresada en términos jurídicos, es una herramienta de acción de los poderes públicos en la economía. Pero posee características especiales, puesto que es de aplicación excepcional a la regla general de la libre competencia. Por la intensidad con que opera en los mercados (estableciendo estándares y reglas de actuación de los agentes económicos), debe arbitrar los intereses de los factores de producción (empresas y consumidores), así como la misión de gestión del bien común y garantía del interés público que tiene el Estado. La regulación no se asemeja a una mera imposición de reglas, o a una reglamentación intensa de actividades. La regulación económica es un instrumento de acción de los poderes públicos en la economía, pero no puede asemejarse a una actividad de imposición unilateral, no sugiere la idea de la mera imposición de una norma, sino **arbitrar entre intereses contrapuestos, velar por el funcionamiento de un mercado, es una suerte de ordenación concertada del mercado.**

Así, el producto de la regulación no es parecido a la imposición de un Reglamento, sino más bien es producto de una autoridad imparcial (un regulador), que es una suerte de árbitro o juez, que busca la solución más justa y equitativa que permita el desarrollo de las acciones de los agentes del mercado. **La regulación, por tanto, no es sino el arbitramento de las actividades de los agentes económicos en el mercado en una situación en la que aparecen fallas en el mismo.** Pero no sólo se trata del buen funcionamiento del mercado en abstracto; sino que han surgido otros valores que son susceptibles de tutela mediante la regulación: la protección de los usuarios y el servicio del interés público. En tal sentido, la regulación es instrumentada en organismos autónomos, neutrales y apolíticos: los organismos reguladores, que pueden ser

asimilados a “árbitros” de las actividades que regulan. Deciden entre los intereses de los productores, los consumidores y el Estado, no para darle la razón a uno sólo de ellos, sino para lograr el equilibrio de ese sistema, aproximación que se obtiene mediante la actuación consensuada o mediadora de los intereses de los agentes económicos de un sistema.

En dicho contexto, resulta necesario prestar atención a las palabras de Joaquín Tornos cuando señala que “(l)a finalidad de la regulación no es imponer el mandato de una norma previa a través de actos administrativos, básicamente autorizatorios o sancionatorios. La idea de regulación supone la búsqueda de un equilibrio entre intereses generales, o entre derechos fundamentales que se limitan mutuamente, así como la actuación para concretar los principios o valores que deben regir la conducta tanto de personas públicas como privadas. **El Derecho que determina la actuación reguladora es prescriptivo, pero también principal y orientativo.** Regular no supone imponer el mandato abstracto de la norma previa, supone buscar el funcionamiento correcto de un sistema complejo, en el que los derechos en juego no están claramente delimitados. Las resoluciones que se adopten tratarán de buscar su fuerza en el procedimiento de adopción o en la naturaleza del órgano del que emanan. **Si la actividad de policía es la imagen del poder de imperio, la regulación reclama más bien la idea de equilibrio, consenso, acuerdo<sup>(36)</sup>”.** (Resaltado agregado).

## **5 Potestad reglamentaria de la administración pública. Acto administrativo, acto administrativo de alcance general, reglamentos generales y reglamentos singulares.**

Es necesario efectuar una importante y necesaria distinción entre los conceptos de acto administrativo y reglamento. Lamentablemente, hasta la reciente entrada en vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), la inercia de la doctrina nacional (salvo honrosas excepciones como es el caso de Morón<sup>(37)</sup>), había descuidado el estudio de las distintas

(34) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Ibid.* p. 102.

(35) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios...*, p. 557.

(36) TORNOS MAS, Joaquín. *Op. Cit.*; p. 70.

(37) La obra de Morón aunque no necesariamente trata sobre la temática del Derecho Administrativo sustantivo y sus instituciones, constituye el primer esfuerzo ordenado y sistemático de efectuar un estudio serio sobre las instituciones del procedimiento administrativo y la justicia administrativa. Véase su *Derecho Procesal Administrativo*. Volumen I. Primera edición en Página Blanca Editores, Lima, 1997, y su segunda edición actualizada en Editorial Rhodas, Lima, 1999. Actualmente, pueden consultarse sus *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

categorías conceptuales aplicables al Derecho Administrativo. Una de ellas justamente es la de la concepción del acto administrativo y su diferenciación con la figura del Reglamento, figuras distintas, y que en otros ámbitos y experiencias han sido materia de estudios especializados.

En esta parte del presente trabajo, es preciso evaluar las diferencias existentes entre ambas figuras jurídicas, así como la caracterización de la distinción hecha entre ellas, puesto que las consecuencias que emergen de realizar dicho estudio son de primer orden, en cuanto a su efectividad práctica para los operadores jurídicos de la regulación económica.

### 5.1 El acto administrativo y su relación con el concepto de reglamento.

El concepto más difundido del acto administrativo, es el esbozado por Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández, que es tributario a su vez, del esbozado años atrás por Zanobini. Este concepto señala que:

“Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria<sup>(38)</sup>”.

En otros términos, la definición adoptada en la LPAG, es bastante cercana a dicho concepto. Así, tenemos que el artículo 1 de la Ley No. 27444, precisa lo siguiente:

“1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (...)”

De acuerdo a la definición antes glosada, el acto administrativo, constituye una declaración intelectual, siempre unilateral, que debe proceder de una entidad administrativa, en aplicación del marco jurídico de normas de Derecho Público, destinada a producir efectos jurídicos en la esfera del administrado, y en ejercicio de una potestad administrativa, que necesariamente debe ser distinta a la potestad reglamentaria.

Ahora bien, corresponde explicar en qué consiste esta diferenciación efectuada por la doctrina respecto a la diferenciación hecha entre la concepción del acto administrativo como producto del ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria. Sobre todo, porque a nuestro entender existe todavía una confusión entre los conceptos de acto administrativo, acto administrativo de alcance o efecto general y los reglamentos.

La doctrina francesa, de acuerdo a las enseñanzas de Carre De Malberg, señala que dentro del término genérico de acto administrativo, se engloba tanto el de acto administrativo en sentido estricto (unilateral y particular), como el de acto administrativo de alcance general o reglamento<sup>(39)</sup>. En tal sentido, no existe como tal una potestad reglamentaria propiamente dicha, sino que se acepta pacíficamente que la Administración puede emitir actos administrativos con efectos particulares o de efectos generales, por ello es que no se efectúa una mayor diferencia entre ambas manifestaciones de voluntad de la Administración Pública, sino sólo por el criterio que distingue entre aquéllas de acuerdo a la calidad de los destinatarios de las mismas. Esta concepción, como anota Cassagne, es tributaria de aquella doctrina esbozada por Marienhoff y otros autores, que opinan que el reglamento es producto de la función administrativa<sup>(40)</sup>.

Sin embargo, tal como lo precisa Cassagne “si lo que realmente define su esencia o naturaleza es el hecho de la creación, modificación o extinción de normas de alcance general, es evidente que el reglamento es acto de legislación y no acto administrativo<sup>(41)</sup>”.

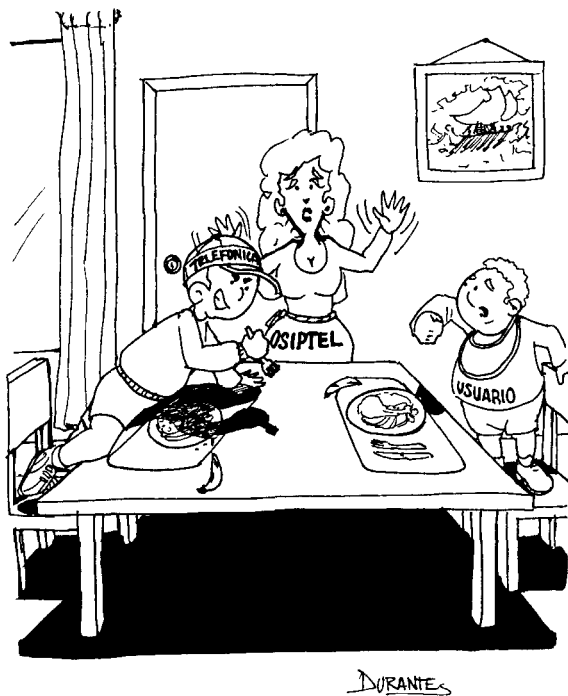
En esencia, el fundamento de dicha antigua concepción es que la base del principio de la separación de poderes atribuía una supremacía a la ley formal, (como emanación de la voluntad popular) expedida por el Poder Legislativo. En tal sentido, se consideraba que el ejercicio de la potestad reglamentaria a cargo del Poder Ejecutivo constituía una expresión de la acción ejecutora de las leyes. Este enfoque en la actualidad no encuentra ninguna justificación, pues lo cierto es que el poder es uno sólo y es inherente a la existencia del Estado, y que cada “poder” del Estado concentra el

(38) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. Reimpresión de la Décima edición. Madrid: Civitas, 2001. p. 540.

(39) Distinción que es seguida, entre otras legislaciones, por la argentina, tomando como base la definición del artículo 24 de su Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Volumen II. Sexta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 55.

(40) MARIENHOFF, Miguel Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. p. 237. Citado por CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo...*, p. 55.

(41) CASSAGNE, Juan Carlos. *Ibid.*



ejercicio de cada una de las funciones estatales, esto es, la legislativa, la judicial y la ejecutiva.

## 5.2 Criterios de diferenciación entre acto administrativo y reglamento.

Existen diversos criterios para explicar la diferencia entre el concepto de acto administrativo y reglamento. Uno de ellos ha sido el de la generalidad, puesto que en esencia, los actos administrativos tienen efectos particulares, mientras que los reglamentos, como actos normativos, son siempre generales. Sin embargo este criterio, viene siendo superado, pues hoy en día, se pueden constatar la existencia de actos administrativos con efectos generales.

Al respecto, De Otto precisa que "(u)no de los criterios utilizados para distinguir los reglamentos de los actos administrativos -el otro contenido posible de las mismas formas que los reglamentos revisten- es el de la generalidad. (...) Los reglamentos, por tanto serían normas generales, que afectan a una pluralidad indeterminada de ciudadanos, mientras que los actos administrativos serían singulares. Aunque éste criterio

es válido, en la mayor parte de los casos no es, sin embargo, enteramente correcto y la doctrina no lo considera hoy suficiente. La razón no está, como en el caso de la ley, en que haya reglamentos individuales, posibilidad remota, sino en que actos administrativos cuya naturaleza de tales no se discute tienen, sin embargo, un carácter general. Así ocurre con la convocatoria de unas oposiciones o con ciertas órdenes de policía, por ejemplo, la prohibición de transitar por un determinado lugar<sup>(42)</sup>".

Adicionalmente, tal como indican Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, el acto administrativo, sea singular o general su círculo de destinatarios, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste; para un nuevo cumplimiento habrá que dictar eventualmente un nuevo acto (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o de información pública, una nueva orden general). En cambio, la norma "reglamentaria u ordenadora", no se consume con su cumplimiento singular, antes bien, se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos; sigue "ordenando" la vida social desde su superioridad<sup>(43)</sup>.

En tal sentido, la característica fundamental y que es reconocida actualmente, como la más aceptada para distinguir entre acto administrativo y reglamento es la **capacidad de innovación del ordenamiento jurídico que éstos tienen**, puesto que introducen en él una norma que perdura en el tiempo, mientras que los actos administrativos aún cuando puedan ser generales, se agotan con su cumplimiento y no añaden nada a la normativa vigente<sup>(44)</sup>. Al respecto García De Enterría precisa lo siguiente: "(...) bastará apuntar que el criterio básico es siempre, y a nuestro juicio, el ordinalista: el Reglamento forma parte del Ordenamiento, sea su contenido general o particular, y el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del Ordenamiento jurídico, es un acto "ordenado" y no ordinalista. La distinción básica es, pues, la de Ordenamiento, por una parte, y la de acto ordenado, por otra, (...) ordinariamente el carácter del acto ordenado puede expresarse en un dato externo, el de que su cumplimiento es "consuntivo", agota el acto, en tanto que el cumplimiento de la norma no sólo no agota

(42) Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Quinta reimpresión de la segunda edición. Barcelona: Ariel Derecho, 1997. pp. 215-216.

(43) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo...*, pp. 185-186.

(44) Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional...*, p. 216. En idéntico sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo...*, p. 544.

o consume ésta, sino que, por el contrario, la afirma (...)<sup>(45)</sup>”.

### 5.3 El criterio de Santamaría Pastor.

Para entender aún mejor la existencia de estas cuatro categorías doctrinales, conviene prestar atención a las reflexiones que en su oportunidad formuló el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Juan Alfonso Santamaría Pastor. En su estudio sobre las fuentes del Derecho Administrativo, este destacado autor esbozó las siguientes líneas, que no nos resistimos a transcribir:

“Desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, la diferenciación clara y rotunda de los conceptos de acto normativo y no normativo es literalmente imposible, por cuanto se trata de una distinción convencional, histórica y, por lo demás, bastante imprecisa. El concepto de norma se forja sobre el de Ley; y este a su vez, sobre la idea, un tanto vagorosa, de generalidad. Este criterio aproximativo pudo quizá ser útil en los comienzos de la época constitucional, cuando la relativa simplicidad de la vida jurídica permitía actuar mediante leyes claramente generales (paradigmáticamente los Códigos) y mediante actos singulares de aplicación de aquéllas. Pero, a medida que la intervención estatal se complica, las formas de expresión del poder público se multiplican y matizan en una pluralidad de tipos de actos de generalidad o concreción sumamente variable, difuminando las fronteras entre lo normativo y lo no normativo: esta fue la realidad que la doctrina kelseniana elevó a categoría, negando la distinción entre norma y acto, calificando como norma a todas las decisiones jurídicas y ordenándolas de modo piramidal en una escala de concreción progresiva.

Pero la postura negadora de la distinción, que es a la que lógicamente ha de llegarse en el plano de la teoría general, está vedada al jurista positivo: justificada o no, la dualidad reglamento-acto administrativo es un dato del Derecho vigente, por lo que resulta inexcusable pergeñar un criterio abstracto para resolver los casos de encaje dudoso; un criterio que no podrá evitar el ser convencional, pero que debe poseer la mayor solidez técnica posible. Razonando así, la dificultad del problema, sin desaparecer, se reduce sensiblemente.

Los teóricos generales del Derecho que se han ocupado del tema han venido a coincidir, espontáneamente, en que éste ha de abordarse en base a dos pares de conceptos, aplicados a cada uno de los dos elementos esenciales de todo imperativo jurídico (normativo o no): el sujeto destinatario del mismo y el objeto (que engloba el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica o acción impuesta al sujeto). **En atención al sujeto pasivo**, los imperativos jurídicos pueden clasificarse en **especiales** (o individuales) y **generales**: los primeros tienen como destinatarios a una o varias personas identificadas de modo singular e inequívoco (por ejemplo, el nombramiento de uno o varios Ministros); en los segundos, los destinatarios se designan en base a conceptos abstractos, esto es, en cuanto pertenecientes a una categoría objetiva que puede comprender a todos los sujetos comprendidos en el ámbito de competencia del autor del mandato (por ejemplo, los españoles) o, más frecuentemente, a una parte de los mismos (por ejemplo, los médicos, los condenados a penas de privación de libertad, los jubilados). Por su parte, y **en atención al objeto**, los imperativos jurídicos pueden clasificarse en **concretos** y **abstractos**: los primeros tienen como objeto uno o varios supuestos de hecho o acciones singulares e irrepetibles (por ejemplo, la orden de destrucción de una concreta partida de alimentos en mal estado); los segundos, una categoría abstracta de supuestos de hecho (por ejemplo, robar) o de acciones (por ejemplo, sancionar con multa) definidas objetivamente y, por ello, repetibles, de tal manera que el mandato volverá a entrar en funcionamiento cuantas veces se de en la realidad un estado de cosas coincidente con la descripción abstracta que en él se contiene.

(...)

Si combinamos estos cuatro tipos de mandatos, resultan otras tantas fórmulas prescriptivas, de las que dos no plantean ningún problema: la combinación **general-abstracto** constituye el prototipo de la norma jurídica, como la de **especial-concreto** viene a serlo del acto no normativo. Las dificultades surgen en las dos restantes, esto es, en las combinaciones **general-concreto** y **especial-abstracto**, en las que la mezcla al cincuenta por ciento de elementos contrapuestos permitiría preconizar tanto su naturaleza normativa como su carácter no normativo: en este punto, la mayoría

(45) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*. Originalmente publicado en la Revista de Administración Pública No. 29. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1959. Nosotros recogemos el texto de su posterior libro recopilatorio: *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 1981. p. 240.

de los autores coinciden en calificar la decisión como convencional, y remitirla al Derecho Positivo<sup>(46)</sup>.

Es importante que se preste atención a las afirmaciones que en su oportunidad estableció el profesor Santamaría Pastor. En rigor, este debería ser el criterio rector que debe primar para distinguir entre las categorías jurídicas que deben manejarse para conceptualizar las diferencias entre actos administrativos de alcance particular, actos administrativos de alcance general y reglamentos. Así, la combinación de los imperativos jurídicos, en relación con la actuación de la Administración Pública, en relación **general-abstracto**, remite al concepto del reglamento general o común, mientras que la combinación **especial-abstracto**, remite al acto administrativo de efectos particulares o acto administrativo en sentido estricto, tal como lo define la LPAG en su artículo 1.1.

No obstante lo dicho, como bien afirma Santamaría Pastor, los problemas surgen cuando se trata de buscar la calificación de los productos que se derivan de la combinación de las fórmulas **general-concreto** y **especial-abstracto**.

#### 5.4 La combinación general-concreto en la elaboración de imperativos jurídicos.

Esta primera combinación, se refiere al concepto del **acto administrativo general de contenido no normativo**, los mismos que han sido definidos como “actos administrativos que tengan por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos<sup>(47)</sup>”. En tal sentido, se advierte que existe una clasificación de los actos administrativos en generales e individuales. Aún cuando la doctrina considera que esta elaboración conceptual tiene origen puramente doctrinal, pese a que ha sido acogida por la jurisprudencia italiana y española<sup>(48)</sup>, cabe resaltar que en sede nacional, Moron Urbina señala que la definición de acto administrativo contenida en la LPAG también ha acogido la distinción entre actos administrativos generales e individuales.

Al respecto, dicho autor precisa lo siguiente:

“Puede decirse que la Ley acoge la clasificación de los actos administrativos, según sus destinatarios, al distinguir los actos administrativos generales de los actos administrativos individuales.

Los actos administrativos generales son aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número indeterminado o determinado de personas.

Es decir, la norma establece indirectamente la diferencia entre el acto de efectos generales o de contenido normativo, y el acto general, que aun no teniendo contenido normativo, interesa a un número indeterminado de personas. En estos casos, el acto es general porque interesa a un número indeterminado de personas, y no porque tenga necesariamente un contenido normativo. Por supuesto, también el acto general no normativo, puede tener por destinatarios a un número determinado de personas (...)”<sup>(49)</sup>.

Ello es muy cierto, debido a que esta clasificación adquiere relevancia en cuanto a la aplicación de la LPAG, sobre todo en las cuestiones referidas a la forma de adquisición de eficacia de estos actos, así como en lo relativo a la forma de impugnación de los mismos.

La LPAG establece un sistema de eficacia de los actos administrativos, basado en la notificación del acto administrativo, por lo que la regla general aplicable conforme al artículo 16 de la citada Ley, consiste en que el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos conforme a las prescripciones del capítulo III del Título I de la LPAG. Ahora bien, de conformidad con el artículo 20 de la LPAG existen tres modalidades de notificación, en función de un orden de prelación preferente entre cada una de dichas modalidades:

(i) Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio; (ii) mediante telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado; y, (iii) por publicación en el Diario Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta.

La importancia de haber efectuado una distinción entre las diferentes modalidades de publicación obedece a que la LPAG distingue entre el sistema de adquisición de eficacia de los actos administrativos conforme éstos sean particulares o generales.

(46) Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Volumen I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988. pp. 723-725.

(47) Cfr. con el artículo 46.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Española de 1958.

(48) Tal como lo señaló en su oportunidad SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. cit.: p. 725.

(49) Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. p. 64.



Para el caso de los primeros, la condición de eficacia de los mismos es que sean notificados personalmente, de acuerdo al régimen establecido en el artículo 21 de la LPAG<sup>(50)</sup>. En contraposición a ello, los actos generales tienen un régimen de notificación en principio, totalmente distinto, puesto que a ellos se les aplica la publicación como regla para su notificación, conforme a las prescripciones del artículo 23 de la LPAG, la misma que señala lo siguiente:

“23.1 La publicación procederá conforme al siguiente orden:

23.1.1 **En vía principal**, tratándose de **disposiciones de alcance general** o aquellos actos administrativos que interesan a un número indeterminado de administrados no apersonados al procedimiento y sin domicilio conocido (...)” (resaltado nuestro).

Tal como se puede constatar, la LPAG precisa que las “disposiciones de alcance general”, son referidas justamente a los actos administrativos de alcance general, puesto que los mismos interesan a una pluralidad indeterminada de sujetos<sup>(51)</sup>, y en consecuencia alcanzan eficacia únicamente con su publicación (por ejemplo, convocatorias a concursos públicos, licitaciones públicas, etcétera.). En tal sentido, la particularidad de esta situación, aunque la LPAG no lo señale expresamente, acoge la distinción hecha entre los actos administrativos de efectos particulares y los de efectos generales.

La otra cuestión de importancia que surge al analizar la temática de la diferenciación entre actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares es la temática que remite a la forma de impugnación de los mismos. Ciertamente, y como veremos más adelante, existen ciertas actuaciones de los organismos reguladores en que se afirma que los actos administrativos de efectos generales tienen naturaleza de “normas de carácter particular”<sup>(52)</sup>, por lo que aparentemente su vía de impugnación jurisdiccional

podría ser eventualmente la de la acción popular consagrada en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución de 1993. No estamos de acuerdo con dicha interpretación, puesto que en el caso de cualquier acto administrativo, sea de alcance particular o general, es impugnabile única y exclusivamente en la vía del proceso contencioso administrativo consagrado en el artículo 148 de la Constitución.

## 5.5 La combinación especial-abstracto en la elaboración de imperativos jurídicos.

De acuerdo con Santamaria Pastor a esta categoría habría que conferirle carácter reglamentario (si la generalidad de los destinatarios cede ante el carácter concreto del objeto del mandato, es este último dato el determinante de la naturaleza), puesto que nos encontramos ante la figura de los **reglamentos singulares**, esto es, disposiciones que proveen de un régimen o disciplina general o abstracta a sujetos concretos<sup>(53)</sup>. Así, afirma el estudioso español lo siguiente:

“La admisibilidad en abstracto de reglamentos singulares (esto es, de objeto o contenido abstracto, pero aplicables a un corto número de sujetos determinados *a priori* o fácilmente determinables) parece difícil de discutir: no sólo porque hay sectores del Derecho público en los que no cabe otra forma de normación (así, los reglamentos organizativos; o los **reguladores de sectores económicos donde opera una sola empresa o un corto número de ellas**), sino porque la singularidad del reglamento no supone una violación automática del principio constitucional de igualdad: puede suponerla, pero no la supone necesariamente, si se tiene en cuenta que este principio, del mismo modo que exige tratar de modo igual a los iguales, permite tratar desigualmente a los que se hallan en situaciones distintas. Por otra parte, no se advierte la razón de fondo por lo cual se reconoce esta posibilidad a la ley y se niega, en cambio, al reglamento(...): razón que, desde

(50) LPAG. Artículo 21.- Régimen de la notificación personal

21.1 La notificación personal se hará en el domicilio que conste en el expediente, o en el último domicilio que la persona a quien deba notificar haya señalado ante el órgano administrativo en otro procedimiento análogo en la propia entidad dentro del último año.

21.2 En caso que el administrado no haya señalado domicilio, la autoridad debe agotar su búsqueda mediante los medios que se encuentren a su alcance, recurriendo a fuentes de información de las entidades de la localidad.

21.3 En el acto de notificación debe entregarse copia del acto notificado y señalar la fecha y hora en que es efectuada, recabando el nombre y firma de la persona con quien se entienda la diligencia. Si ésta se niega, se hará contar así en el acta.

21.4 La notificación personal, se entenderá con la persona que deba ser notificada o su representante legal, pero de no hallarse presente cualquiera de los dos en el momento de entregar la notificación, podrá entenderse con la persona que se encuentre en dicho domicilio, dejándose constancia de su nombre, documento de identidad y de su relación con el administrado.

(51) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios...*, p. 117.

(52) Circunstancia a la que haremos referencia más adelante al describir la problemática generada por la emisión de la Resolución de Consejo Directivo No. 002-2002- CD/OSITRAN.

(53) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Op. Cit.; p. 725.

luego, no puede ser la de que el reglamento es ‘complementario de la Ley, en tanto que ésta es originaria y soberana’, ya que la vigencia del principio constitucional de igualdad opera tanto sobre las leyes como sobre los reglamentos(...)<sup>(54)</sup>”.

Debe quedar absolutamente claro, que la potestad reglamentaria, al ser una **potestad** normativa, debe en principio, respetar los principios materiales aplicables a la Ley. Sin embargo, así como existen leyes singulares (por ejemplo, las leyes que declaran la expropiación de un determinado bien) y leyes de caso único (por ejemplo, la ley de creación de una universidad, o la ley que declara determinado día del año como fiesta nacional); bien puede admitirse la existencia de “reglamentos generales” como “reglamentos singulares”. En el fondo, pues, como normas o imperativos jurídicos, tanto la ley como el reglamento gozan de la misma base material, por lo que corresponde admitir la existencia de la posibilidad de emisión de Reglamentos Singulares en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, tenemos los casos de aquellos Reglamentos de Organización y Funciones (ROF) de los Ministerios y entidades públicas. Estimamos que no existe un Reglamento (no sólo por el nombre) más singular que el normar sobre la estructura organizativa y funcional de una sola y determinada entidad pública, puesto que, en puridad, a través de los ROF se norma única y exclusivamente sobre dicha estructura subjetiva, por lo que si bien ese Reglamento tiene el carácter especial de imperativo jurídico, tiene una naturaleza abstracta, puesto que constituye un mandato que será de obligatorio cumplimiento por todos las autoridades de la entidad normada y será aplicado sucesivamente por los funcionarios a los que norma, puesto que tiene naturaleza normativa, de imperativo jurídico de obligatorio cumplimiento.

## 6 La denominada “función normativa” de los organismos reguladores.

El análisis efectuado en el numeral precedente, cobra sentido al momento de efectuar una evaluación de la “función normativa” a cargo de los organismos reguladores. En efecto, tal como se ha indicado, la Ley No. 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, contempla un conjunto de disposiciones destinadas a regular las funciones de los referidos organismos reguladores.

La Ley en mención, precisa en forma específica que los organismos reguladores ejercen las funciones: **supervisora; reguladora; normativa; fiscalizadora y sancionadora; de solución de controversias; y de solución de reclamos de usuarios.**

En el ámbito específico de la “función normativa”, el literal c del artículo 2 de la Ley No. 27332, precisa que dicha función consistía “en la facultad de dictar reglamentos, normas de alcance general, mandatos y otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios”. Posteriormente, con la dación de la Ley No. 27631, se procedió a modificar los alcances del literal c del artículo 2 de la Ley No. 27332, y se agregó dentro del ámbito del ejercicio de la función normativa de los organismos reguladores, la **facultad de tipificar las infracciones** por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y las derivadas de los contratos de concesión; así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos. La modificación incluía asimismo, la facultad de los organismos reguladores de **aprobar su escala de sanciones** dentro de los límites máximos establecidos mediante Decreto Supremo.

En forma complementaria, la Ley No. 27631 incluyó la facultad de tipificación de infracciones dentro de la **función normativa** de los organismos reguladores; sin embargo, cabe aclarar que dicha norma no incluyó la facultad de imposición de sanciones en la **función normativa**, toda vez que aquella se encuentra comprendida dentro de la **función supervisora y sancionadora** de los mismos. Asimismo, el artículo 2 de la Ley No. 27631, dispuso que el Poder Ejecutivo, debía elaborar el Reglamento respectivo de esta norma en un plazo máximo de 30 días.

Frente a ello, el Poder Ejecutivo ha visto la necesidad de elaborar un proyecto de Decreto Supremo atendiendo a la necesidad de reglamentar la facultad normativa de los organismos reguladores contenida en Ley No. 27631.

Tal como se puede constatar, existe una tendencia legislativa, bastante cuestionable, de identificar el ejercicio de la función normativa con la posibilidad de expedir “...**normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios**”, criterio que ciertamente no compartimos y que tiene un efecto directo en la naturaleza jurídica de las decisiones que

(54) Ibid. p. 736.

adoptan los organismos reguladores así como en los mecanismos de control jurisdiccional aplicables a dichas decisiones.

En tal sentido, las sucesivas versiones elaboradas al interior del Poder Ejecutivo, vienen corroborando la identificación de la “función normativa”, con categorías de especial significado o relevancia dentro de la esfera del Derecho Administrativo, como es el caso de la noción de acto administrativo, hecho que a nuestro juicio, no es correcto.

Por otra parte, de una lectura atenta del Proyecto de Decreto Supremo, se puede advertir lo siguiente:

a) El título del proyecto debería precisar que el mismo tiene por objeto reglamentar el ejercicio de la “Facultad Normativa de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos”.

b) Es un acierto que se haya considerado en vía legal que la facultad normativa recae en los Consejos Directivos de los organismos reguladores correspondientes, complementando en este sentido la prescripción contenida en el artículo 1 del Decreto Supremo No. 032-2001-PCM. Este aspecto, es de vital importancia dado que muchas veces se ejercía esta facultad por medio de resoluciones emanadas de la Gerencia General o de la Presidencia del Consejo Directivo.

c) En aras de consolidar la transparencia de la actividad regulatoria, el proyecto busca establecer la obligación de parte de los organismos reguladores de prepublicar las disposiciones que pretendan emitir con alcance general. Si bien ello ya se venía haciendo por parte de algunos organismos reguladores de conformidad con las normas sectoriales sobre transparencia, lo cierto es que se necesitaba de una norma de carácter general que imponga dicha obligación de manera absoluta. No obstante ello, sería importante establecer un mecanismo de salvaguarda que por excepción, permita en casos de urgencia debidamente motivados, para expedir resoluciones sin la prepublicación correspondiente. Ello sería necesario en razón de que muchas veces, los organismos reguladores deben adoptar decisiones con carácter de urgencia, siendo ineficiente que en algunos casos se exija la prepublicación. La salvaguarda para los usuarios de los servicios públicos, se encuentra en que dicha situación debe ser debidamente sustentada en el texto de la resolución expedida.

d) Un tema que merece especial importancia y se vincula a los aspectos antes señalados en el presente trabajo, se relaciona con **la naturaleza jurídica de las decisiones que adoptan los organismos reguladores**

**como consecuencia del ejercicio de la función normativa.**

En rigor, las disposiciones emitidas por los organismos reguladores en cumplimiento de la función normativa no implican necesariamente la dación de un acto administrativo. Al respecto, el proyecto, no precisa si en aplicación de la función normativa a cargo de los organismos reguladores, seguirán siendo de aplicación los mecanismos de impugnación contemplados para el proceso contencioso administrativo.

e) No queda clara la facultad de tipificar infracciones (que fue incorporada como parte de la **función normativa** de los organismos reguladores mediante la Ley No. 27631). En efecto, dichas atribuciones son propias de la **función fiscalizadora y sancionadora** de los organismos reguladores, a que se refiere el literal d del artículo 2 de la Ley No. 27332.

f) De acuerdo con lo establecido por la Ley No. 27332, modificada por la Ley No. 27631, la **función normativa** de los organismos reguladores comprende tanto la facultad de normar sobre aspectos específicos de competencia de los mismos, como la de tipificar las conductas que se consideren infracciones a las normas correspondientes. Sin embargo, las leyes en mención no señalan que la función normativa comprende la imposición de sanciones. Además, no podría hacerlo, toda vez que esta facultad tiene que ver con la función sancionadora de los organismos reguladores y no con la función normativa. Sin duda, que este es un problema que se ha generado con la dación de la Ley No. 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores, toda vez que existen facultades o potestades que legítimamente pueden ser calificadas como expresión del ejercicio de dos o más funciones de los organismos reguladores, como es el caso de la facultad de tipificar infracciones y establecer sanciones. No obstante ello, lo cierto es que la norma citada tiene rango legal, no pudiendo ser modificada mediante Decreto Supremo, en virtud del principio de legalidad contenido en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú.

En la medida que las disposiciones contenidas en el numeral 2.2 del artículo 2 del proyecto se refieren a la **función fiscalizadora y sancionadora** de los organismos reguladores, no deben ser reguladas en el proyecto.

En función de las consideraciones expuestas, el artículo 4 debe ser eliminado, ya que contiene disposiciones que son referidas a la **función fiscalizadora y sancionadora** de los organismos reguladores. Sin perjuicio de ello, cabe indicar que el término “escala de sanciones” no es adecuado, siendo

mejor que se consigne el término “tipos de sanciones”. Ello se explica por que se habla de “escala” sólo en el caso de sanciones de multa, pues su aplicación obedece a una graduación de imposición. No puede decirse lo mismo de las diferentes sanciones a imponerse, las cuales no se encuentran en una escala de intensidad, ya que dependiendo del caso concreto existen unas vías más graves que otras.

g) Es necesario, pues que la función normativa de los organismos reguladores no se confunda con la facultad sancionadora de los mismos, aún cuando con la Ley No. 27631 se haya generado una confusión al incluir dentro de la facultad normativa la posibilidad de tipificar infracciones, hecho que en teoría corresponde a la función sancionadora.

## 7 A modo de conclusión.

a) No se puede entender el desarrollo de la función normativa a cargo de los organismos reguladores, si no se ubica dicho ejercicio en el ámbito de los procesos de post-privatización y la necesidad de afirmar el nuevo rol que debe cumplir el Estado en materia de prestación de servicios públicos.

b) Los organismos reguladores fueron creados inicialmente como entidades públicas adscritas al sector en el que se ubicaba la actividad económica regulada. Sin embargo, por una serie de criterios, se ha trasladado el ámbito de dependencia orgánica de dichas entidades a la Presidencia del Consejo de Ministros.

c) El concepto de regulación no es sólo de competencia específica de la economía. En rigor, constituye un concepto difícil de precisar, puesto que implica tener una concepción previa o determinada sobre el constante problema de la intervención del Estado en la economía.

d) Existen diversas formas de aproximarnos al principio de subsidiariedad. En tal sentido, dicho principio no sólo tiene un contenido ideológico sino también orgánico-institucional.

e) La utilidad del principio de subsidiariedad radica en que dentro de la esfera de actuación del hombre que se encuentra reservada única y exclusivamente para él, se ubica la libre iniciativa para el ejercicio de actividades

económicas. La subsidiariedad se aplica para el ámbito económico en una vertiente **negativa**, toda vez que los individuos tienen el derecho a ejercer libremente sus actividades económicas, siendo que el Estado debe respetar ese libre ámbito de actuación, aunque sin renunciar a su papel de gestor y garante del bien común; mientras que, de otro lado, la subsidiariedad tiene una faz **positiva**, toda vez que en caso de que la iniciativa privada sea insuficiente o no sea ejercida por los individuos, y existan necesidades de la sociedad que deban ser satisfechas, el Estado tiene el deber de intervenir y suplantar a la iniciativa privada.

f) La subsidiariedad no se identifica necesariamente con un modelo de Estado liberal, sino que implica una visión del Estado adecuada al tiempo en que vivimos. En tal sentido, implica reformular el rol que debe cumplir el Estado en el que concilie y respete la libre iniciativa privada y se concilie la función de gestor del bien común que en sí misma legitima al Estado. Frente a ello, es necesario que sean reconcebidos los instrumentos o técnicas de intervención del Estado en el mercado.

g) La defensa de la libre competencia constituye un principio básico del mercado, por lo que el Estado en su rol de autoridad y promotor, debe actuar en la misma dirección, puesto que la defensa de la competencia constituye un **título jurídico de intervención del Estado en el mercado**<sup>(55)</sup>, el mismo que se ejerce a través de sus denominados instrumentos de acción pública en el mercado<sup>(56)</sup>. Estos a lo largo del desarrollo económico han podido instrumentarse en dos grandes modelos: el de **defensa de la competencia** y el de la **regulación económica**.

h) Las disposiciones emitidas por los organismos reguladores en cumplimiento de la función normativa no implican necesariamente la dación de un acto administrativo. Al respecto, es indispensable que se esclarezca que las decisiones de los organismos reguladores en aplicación de su función normativa sean pasibles de ser impugnadas mediante el proceso contencioso administrativo, considerando además que los órganos reguladores son entidades de carácter administrativo, cuyas actividades siempre deben encontrarse en posibilidad de ser controladas judicialmente. 卐

(55) Conjuntamente con el de la protección de los usuarios, la garantía de la inversión privada, así como el de actuar principalmente en la provisión de bienes semipúblicos.

(56) Cfr. SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Madrid: IDELCO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, p. 17.