

TRIBUNAL ESPECIAL ECONÓMICO PARA SERVICIOS PÚBLICOS

Hebert Tassano Velaochaga*

El presente artículo plantea un cuestionamiento a la fragilidad institucional en la cual pueden encontrarse los reguladores de servicios públicos, al tener que ser revisadas sus decisiones por el Poder Judicial, dada la ineficiencia con que se desempeña este poder del Estado. Propone como alternativa la creación de un Consejo Económico como Tribunal Especial Económico como última instancia en asuntos regulatorios de servicios públicos, argumentando que permitirá el reforzamiento de la institucionalidad regulatoria y con ello el desarrollo de las industrias reguladas. Para fundamentar la propuesta, se explica el nuevo rol del Estado en la economía y la creación de los reguladores de servicios públicos, analizándose su desempeño en el país, apelándose a la nueva economía institucional de Douglas North como fundamento para reforzar la propuesta.

1 Introducción

Las decisiones que toma la administración pública están sujetas siempre a controles posteriores, tanto dentro de la propia administración como fuera de ella, pudiendo ser modificada vía un laudo arbitral (como el arbitraje en la contratación pública) o impugnadas ante el

Revista de Economía y Derecho, vol. 7, nro. 25 (verano de 2010). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de dicha casa de estudios. Máster en Regulación por la UPC y el IEDE de España.

Poder Judicial, que tradicionalmente se encarga de su revisión.

Esta pluralidad de instancias creada para garantizar los derechos de los ciudadanos y administrados, no obstante haber sido creada con una finalidad garantista, puede generar situaciones en las que la eficiencia social y económica a la que apunta o debe apuntar un sistema jurídico se pierda. He ahí el problema y las razones que justifican una revisión, en ciertos ámbitos, de la instancia encargada de revisar ciertas decisiones de la administración pública.

Las expresiones vertidas por un presidente de organismo regulador¹ nos llevan automáticamente a pensar en que una decisión técnicamente respaldada como la que fue en su momento emitida por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) puede ser modificada por razones muy poco predecibles por parte de la autoridad jurisdiccional, la cual en la realidad no da muestras de tener la capacidad de resolver materias tan específicas, técnicas y complejas como la tratada en el ejemplo.

La idea del presente trabajo es justamente brindar una alternativa de solución a esta situación². Si bien en un momento el sistema de revisión de actos administrativos por parte del Poder Judicial consagró una garantía por la cual los actos de la administración no están exentos de control, con el devenir del tiempo y los cambios tecnológicos y comerciales, ello nos ha mostrado que necesita de algunos ajustes importantes.

2 Nuevo rol del Estado en la economía. Creación de los organismos reguladores de servicios públicos

2.1 Estado regulador

El nuevo Estado regulador supone una reconsideración de las tareas públicas (gestión) y un repliegue a funciones de carácter ordenador y no prestador.

La regulación económica (siempre realizada a través del Derecho Administrativo o más propiamente dicho del Derecho Administrativo Económico) es un determinado tipo de intervención pública (función del Estado) singularizada por su finalidad, de intervenir el mercado cuando este falla, falla por razones estructurales o por consideraciones vinculadas a los requerimientos propios del Estado. Esta intervención pública responde al imperativo de conciliar, armonizar las exigencias de funcionamiento eficiente de los mercados con las exigencias propias

de la satisfacción de necesidades colectivas. Todo lo anterior implica una nueva forma de gestión por parte del Estado, que incluye una nueva gestión y rol de la administración pública a través de los denominados organismos reguladores.

En lo que corresponde al Estado regulador, este es aquel que ejerce acción sobre el mercado. Esto se produce mediante una intervención “arbitral” del Estado sobre el mercado, buscando el equilibrio entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del Estado. En ese sentido, la regulación deberá ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo³. En ello será importante el rol de los organismos reguladores que se crean.

2.2 La prestación de los denominados servicios públicos

Podemos entender al servicio público, en su acepción tradicional, como la técnica legal de regulación sobre actividades de contenido económico cuya titularidad ostenta el Estado y su gestión los particulares, destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, por lo cual debe el Estado asegurar su prestación de manera obligatoria y sujeta a reglas preestablecidas.

Asimismo, el servicio público implica el desarrollo de una actividad económica, calificada como tal por el Estado, en atención a un procedimiento denominado *publicatio*. En virtud a la titularidad estatal como consecuencia de esta es que el Estado ejerce potestades administrativas intensas sobre la prestación del servicio en orden a asegurar tal garantía prestacional⁴ a través de los organismos reguladores.

2.3 Los organismos reguladores

Muchos Estados en el mundo a través de las gestiones de sus gobiernos de turno han cambiado su rol de dueños y operadores de empresas de servicios dando lugar al establecimiento de acuerdos regulatorios con el fin principal de mejorar la prestación de diversos servicios considerados como esenciales para lograr un adecuado desarrollo económico⁵. En este proceso, las entidades denominadas reguladoras han jugado un rol crítico dentro del ambiente, influyendo en la implementación de reformas, ante la presencia de la presión del gobierno, del sector privado, de los consumidores y de otros grupos de interés⁶.

La desregulación, la privatización y la reestructuración generan puntos políticos de difícil manejo. Por ello, el desempeño de las agencias reguladoras debe buscar la credibilidad en los inversores, la transparencia en sus procesos y la eficiencia de la economía en general⁷.

Los reguladores se crean para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión, aislados de los vaivenes políticos, más aun en un país con una institucionalidad débil, como el Perú.

El objetivo no es tener un ente regulador “exitoso”, sino que el regulado contribuya con su labor a tener un sector con un buen desempeño. Para ello es necesario incrementar la credibilidad regulatoria, usar los recursos eficientemente, adoptar procesos transparentes, decisiones técnicamente sustentables y predecibles por parte del regulador.

El arte de la regulación, herramienta de los reguladores, consiste en el entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de las reglas y los requerimientos institucionales. La negociación con los inversores reduce la necesidad de regulación. La competencia es un sustituto de la regulación. El gran dilema que se presenta en algunos aspectos de las industrias tradicionalmente reguladas es cuando esta industria está lista para dejar de ser regulada e implementar la competencia, es decir, cuándo regular (*ex ante*) y cuándo permitir el juego de la competencia (*ex post*). Un claro ejemplo de este dilema en el Perú es o fue el caso del mercado de telefonía de larga distancia.

Tres factores determinan la efectividad del ente regulador:

- Un marco legal que defina sus funciones y le provea autoridad.
- Recursos disponibles y de libre manejo para realizar sus funciones.
- Capacidad técnica y moral de sus funcionarios.

Los factores anteriormente señalados buscan ser parte de las herramientas del regulador para introducir una nueva estructura de mercado que requiere autoridad legal, técnica y recursos. Los inversores buscan que las decisiones regulatorias, económicas y políticas les favorezcan. Por ello, para cumplir sus objetivos, el regulador debe manejar sus relaciones con las empresas reguladas, los consumidores, los políticos⁸, los medios de comunicación y otras partes interesadas, de manera adecuada, con solvencia legal, técnica (capacidad de sus funcionarios y sustento de sus decisiones) y económica. Este manejo es muy complejo y requiere gran capacidad por parte del regulador para no ceder ante una de las partes. El regulador tiene un complicado rol,

más complicado aun en países en desarrollo como el nuestro, donde las presiones tienen en muchos casos un correlato social real.

El nivel de independencia que debe tener el regulador en sus relaciones con el entorno y con los objetivos de la actividad regulatoria implica que debe guardar distancia en sus relaciones con las empresas y con los procesos políticos. Dado que su objetivo es mantener un equilibrio entre las empresas, las autoridades políticas de turno y los consumidores, el regulador no puede permitir ser “capturado” por alguna de estas partes. Así, el regulador “independiente” disminuye (no elimina) el nivel de discrecionalidad del gobierno, disminuyendo, por ejemplo, el costo de capital.

Para lograr un regulador “independiente”, se debe de establecer lo siguiente:

- En la ley, su autoridad, funciones y competencias claras, excluyendo toda discrecionalidad gubernamental.
- Elección de sus cuadros laborales en base a criterios profesionales, con restricciones por conflictos de intereses.
- Protección contra remociones arbitrarias, durante periodos fijos determinados.
- Con solvencia técnica, al contar con un buen personal.
- Con transparencia y fortaleza en la gestión.

Las decisiones de un regulador deben ser realizadas desde un punto de vista profesional y tomando en cuenta el sustento establecido en las normas.

El correcto rol del regulador y el respeto por el mismo traen un beneficio social. Como así lo demuestra la experiencia internacional y nacional, un regulador independiente mejora el desempeño del sector regulado, disminuye el riesgo de los inversionistas y mejora, por lo tanto, la situación del consumidor y, con ello, la economía y condición social del país, fin principal de todo Estado. Los organismos reguladores deben de ganarse su legitimidad ante la sociedad logrando mejoras en el sector que regulan y mostrando eficiencia.

2.4 Los organismos reguladores en el Perú

En el Perú –y como parte de un proceso relativamente similar al que se experimentó en países de nuestro entorno como Argentina y Chile, entre otros–, la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de trans-

formación del rol del Estado en la economía, que se desarrolló en la década de 1990 y que determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura⁹.

Consecuencia de la reorientación del papel del Estado en la economía, se crearon organismos reguladores de los servicios públicos –telecomunicaciones: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel); electricidad: Organismo Supervisor de Inversión en Energía (Osiner); saneamiento: Superintendencia Nacional de Servicios y Saneamiento (Sunass)– y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte –puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran)–¹⁰.

La finalidad de la creación de los organismos mencionados fue garantizar un tratamiento técnico de la regulación, fiscalización y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolios naturales o poco competitivos y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras.

La Ley 27332¹¹, denominada Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, fue creada para establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento de tales entidades. En el caso del sector energía, un cambio importante fue la fusión por absorción de la Comisión de Tarifas de Energía (CTE), integrándose al Osiner, que se consolidó en mayo de 2001, fecha en que este último implementó la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (GART) como el área técnica independiente y responsable que soporta la regulación de tarifas de energía con un mayor nivel de coordinación con las áreas de supervisión¹². La citada ley precisa:

Las funciones que le asigna la ley a los reguladores de servicios públicos son seis:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas.

b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

c) Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y la materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo.

d) Función fiscalizadora o sancionadora: comprende la facultad de investigar e imponer sanciones en su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia entre estas y sus usuarios o terceros o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos.

f) Función de solución de los reclamos: de los usuarios de los servicios que regulan.

2.5 Diseño regulatorio

Comparando lo que señala la teoría para el mejor diseño de los organismos reguladores y lo que encontramos normado en el Perú para los mismos, consideramos que el diseño regulatorio peruano, en general, es bastante bueno. Los elementos señalados para lograr la independencia del regulador con solvencia técnica, transparencia y fortaleza en la gestión se cumplen casi en su totalidad. Se garantiza un importante margen de autonomía en sus funciones, a pesar de la complicada vida política del país, saben manejar sus relaciones con los grupos de interés y han logrado en cada caso con diferente nivel de éxito sus objetivos. La principal prueba de esto está en los niveles de calidad y cobertura de varios de los servicios regulados. Claro que todavía existe mucho por hacer en un país en desarrollo: el marco legal siempre es perfectible, como la posibilidad de darles a los reguladores un régimen similar al del Banco Central de Reserva (fundamentado en el rol económico que cumplen en importantes mercados) y siempre existirán críticas a ciertas actuaciones que realicen o que dejen de hacer, en algunos casos como parte de los intereses de los grupos de presión.

El sistema regulatorio peruano es bastante sólido, técnico e independiente. Por lo tanto, consideramos que los reguladores han cumplido con el mandato legal que la Constitución y las normas le asignan, que va mas allá de proteger solamente los intereses de los consumidores y han estado a la altura de las circunstancias sacando adelante, como ya se ha indicado, en gran parte las industrias reguladas por la credibilidad que daban al sistema, beneficiando con ello a la sociedad en su conjunto.

3 El marco institucional de un Estado

3.1 Economía e instituciones

El que un Estado logre una economía estable le permite lograr un desarrollo económico-social perdurable en el tiempo y, con ello, cumplir con uno de los objetivos básicos del Estado, el bienestar de su población.

Las economías requieren de un marco institucional propicio para desarrollarse. Las instituciones son reglas de juego que establecen incentivos para el comportamiento de los diferentes actores económicos y políticos (estas reglas de juego pueden ser formales e informales).

North sostiene categóricamente, basándose en su exhaustivo trabajo de análisis económico de la historia, que las instituciones, estas “reglas de juego” ampliamente concebidas, son el determinante subyacente del desempeño de las economías¹³.

Entonces nos preguntamos: ¿qué marco institucional es favorable para el desarrollo económico moderno? En síntesis, podemos responder que es aquel en que se ha desarrollado un Estado capaz de monitorear derechos de propiedad y hacer valer los contratos. Y, lo que es más importante aún, que dicho Estado esté enraizado en la cultura de la nación, a través de un sistema de valores que premie el éxito y la honestidad en el intercambio. Parte de lo señalado se puede reforzar con la creación del Tribunal Especial que se propone, basándose en la importancia y el rol que cumplen los organismos reguladores de servicios públicos, como se ha expuesto.

El Perú ha avanzado significativamente en mejorar el marco institucional en que opera la economía, en cuanto al marco legal o lo que North llama reglas formales. El régimen económico de la Constitución Política del Perú de 1993 establece un mejor marco de lineamientos para la acción del Estado y el respeto a los derechos de propiedad y contratación. Existen evidentes avances en la liberalización y desregulación de diferentes mercados, aunque faltan leyes importantes. Asimismo, se ha creado un conjunto de organizaciones destinadas también a mejorar el marco institucional para el funcionamiento del mercado: el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), en el campo de los derechos de propiedad intelectual, casos de resolución de quie-

bras y demandas de consumidores, por señalar algunas de sus áreas; la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev), en el campo de la seguridad de los inversionistas en el mercado de capitales. No obstante los avances realizados —el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), la Superintendencia Nacional de Servicios y Saneamiento (Sunass), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) y Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) en el área de los servicios públicos—, ¿cuán sólido es el marco institucional en que se desarrolla la economía peruana? o ¿qué le falta para consolidarse? Una respuesta a estas preguntas es, a nuestro entender, la creación de un Tribunal Especial Económico como última instancia en asuntos regulatorios de servicios públicos.

Por lo expuesto, podemos afirmar que las instituciones desempeñan un papel clave en los costos de una economía, pues determinan, junto con la tecnología empleada, los costos de transacción y transformación y, por consiguiente, la utilidad y la viabilidad de participar en la actividad económica.

La moraleja más importante que puede destacarse es que el marco institucional desempeña una función importante en el rendimiento de una economía. Por ello, la necesidad de reforzar la institucionalidad de los reguladores de servicios públicos en cuanto a la revisión de sus decisiones mediante un Tribunal Especial Económico.

Al contrastar el marco institucional en países como Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania y Japón con países del Tercer Mundo o con los del pasado histórico de las naciones industrializadas, queda en claro que es este marco institucional el que constituye la clave del éxito relativo de las economías, tanto entre diferentes países en un determinado momento de la historia como a lo largo de la historia de una sociedad específica.

3.2 Organismos reguladores de servicios públicos y el marco institucional

Los organismos reguladores de servicios públicos cumplen un rol fundamental actualmente en el desarrollo económico de un país, al tener a su cargo la regulación de servicios públicos, esenciales para el bienestar y desarrollo de un país.

El desarrollo de las instituciones regulatorias requeridas y apropiadas en los países latinoamericanos ha ido más despacio de lo deseado y ha generado en algunos aspectos críticas de expertos, lo que da materia para mejorar el marco y el diseño regulatorio.

Este proceso regulatorio tiene como finalidad, entre otras, lograr un mayor desarrollo de los sectores definidos como servicios públicos para alcanzar el bienestar de la población. Así, las políticas regulatorias diseñadas cuidadosamente y la selección apropiada de regímenes e instrumentos regulatorios pueden incrementar la limitada capacidad de compromiso de un país y la efectividad de la regulación, promoviendo la confianza del inversionista sobre la estabilidad del marco regulatorio y limitando la posibilidad de captura del regulador. Para lograr lo anterior, es necesario que se especifiquen reglas formales y vinculantes para proveer un ancla creíble para el sistema regulatorio en todo el proceso. El mecanismo para establecer normas debe ser resistente antes las presiones de cambios y, a la vez, tener la capacidad para adaptarse a las nuevas realidades.

En la literatura especializada se establece que cuando un país decide qué y cuánto regular, los principales principios que deben observarse para un efectivo diseño regulatorio y para evitar la captura del regulador son, entre otras:

a) La credibilidad del marco regulatorio. Esto significa que las reglas y marco regulatorio no deben cambiar, que las oportunidades para renegociar deben ser mínimas y que debe existir capacidad de aplicar y hacer cumplir regulación. El marco legal regulatorio debe ser promulgado mediante el instrumento legal más “irreversible” o difícil de modificar. En algunos países será una ley; en otros, un contrato. Como señales de que las normas se podrán hacer cumplir, se pueden nombrar a la estructura, el equipo y el presupuesto de la agencia regulatoria y su reputación.

b) La regulación debe ser apropiada para las dotaciones institucionales de cada país. La regulación debe ser hecha a la medida de las necesidades de cada país. De lo contrario, no será creíble, exitosa ni sostenible.

c) Independencia de la agencia regulatoria. Hay cinco condiciones necesarias para que las instituciones regulatorias sean efectivas: i) libertad gerencial (exonerar a la agencia de reglas salariales estatales que pueden no permitir atraer y retener profesionales calificados); ii) autonomía política y presupuestal; iii) *accountability* (responsabi-

lidad por sus actos); iv) pesos y contrapesos (*checks and balance*) y v) incentivos.

El planteamiento de la creación de un Tribunal bajo el contexto que el presente artículo plantea, se da en armonía y con la idea de reforzar los tres puntos señalados.

Así, los organismos reguladores deben trabajar en un marco que prefiera la competencia y las prácticas regulatorias que asemejen al mercado y deben estar sujetas a controles y procedimientos que aseguren su integridad, independencia, transparencia y rendimiento de cuentas (*accountability*) del proceso regulatorio. Además, deben existir mecanismos que permitan escuchar a las partes interesadas, que establezcan plazos y la obligación de fundamentar decisiones y establecer un debido proceso.

3.3 Las industrias reguladas

La organización económica en las industrias que proveen los servicios públicos es uno de los aspectos más complejos de la actividad económica. Estas industrias se caracterizan por la existencia de importantes costos hundidos¹⁴, economías de escala¹⁵ y de ámbito¹⁶, y el consumo masivo de los servicios^{17/18}. A esto hay que agregar que la maduración de las inversiones y los periodos de depreciación de los activos en estas industrias es elevada –por encima de los 15 años para el caso de las telecomunicaciones, 20 años para el sector eléctrico, 30 años para los servicios de agua y desagüe y aun plazos mayores para el caso de la infraestructura de transporte–, de forma que las inversiones en estas industrias no solo son elevadas y hundidas en parte importante, sino que requieren de largos periodos de recuperación de la inversión, lo que implica horizontes de largo plazo al momento de tomar decisiones tarifarias y de crecimiento de la demanda. Por lo tanto, además de reglas claras y estabilidad, se necesita de mecanismos adecuados y confiables para resolver los posibles conflictos que surjan durante la larga ejecución de las concesiones.

Las características tecnológicas de estas industrias también son un factor determinante para su regulación. Por un lado, la existencia de muchos operadores en los segmentos de la industria donde existen las condiciones de un monopolio natural (debido a la existencia de redes) impediría una operación eficiente de las empresas, debido a que se perderían las economías de escala y se duplicarían ineficientemente los costos fijos.

Por otro lado, la existencia de pocos operadores en ausencia de regulación generaría ineficiencias en la asignación (pérdida de eficiencia social), porque las empresas aprovecharían su poder de mercado o porque la competencia entre empresas puede que no sea efectiva o poco factible (posiblemente por el control vertical de la industria por una de las empresas o la existencia de asimetría entre ellas).

Como resultado de estas fallas de mercado y las limitaciones de las alternativas competitivas a la regulación como las subastas o la desafiabilidad (*contestability*) de los mercados, los gobiernos intervienen usualmente con una combinación de regulación a la entrada, regulación de precios y, más recientemente, implementación de mecanismos de competencia en distintos segmentos de estas industrias reguladas. Todo esto configura un contrato regulatorio, que, por lo antes mencionado, es un contrato de largo plazo, el cual está sujeto al problema de incompletitud, en tanto no será posible incorporar en el contrato regulatorio todos los *shocks* de costos y de demanda que a lo largo de la ejecución del contrato se presenten. El diseño institucional y organizacional de los organismos reguladores debe resolver de forma óptima, en términos de mayor bienestar social, los intereses en conflicto de los actores de la actividad regulatoria: Estado, empresa regulada y organismo regulador.

3.4 Necesidad de fortalecer las decisiones de los reguladores de servicios públicos

De los principales principios que debe observar un país para un efectivo diseño regulatorio, consideramos que para el caso peruano uno que falta desarrollar y fortalecer es el de los Tribunales Administrativos y muy vinculado a ello las consecuencias de las revisiones judiciales de ciertas decisiones del regulador por las implicancias que ello trae en la industria regulada.

Lo anterior se sustenta en el hecho de que la experiencia muestra que países con fragilidad institucional, como el Perú, enfrentan severos problemas de confianza y de efectivo cumplimiento de sus normas y contratos, como es el hecho que su Poder Judicial no cuente con salas especializadas en la administración de controversias de materia altamente especializada, que además resuelvan con celeridad las mismas y que sus resoluciones estén libres de cuestionamientos. Por ello, para promover la inversión y el desarrollo de los servicios públicos, se crean

instancias administrativas que representan una alternativa al Poder Judicial en la resolución de controversias altamente especializadas. Ello resulta complementario a las demás funciones encargadas al organismo regulador, como las que se han indicado.

Como parte del diseño institucional regulatorio, el mecanismo de solución de controversias al interior de los reguladores busca reducir los costos de transacción asociados a la ejecutabilidad de las reglas establecidas por el organismo regulador, sus resoluciones y los compromisos contraídos por las partes en el marco de las relaciones bilaterales que surgen entre ellas como parte del proceso productivo del sector respectivo (telecomunicaciones, energía, saneamiento, infraestructura). En ese sentido, debe evaluarse cualitativamente su accionar en cada sector.

La naturaleza de las controversias resueltas por los Tribunales especiales tendrá un efecto importante sobre el funcionamiento del sector correspondiente, abordando muchas veces los aspectos más problemáticos que surgen del marco regulatorio, normativo y del diseño del mercado sobre el cual actúan. Muchas veces es a través de estos Tribunales que se ventilan los problemas que existen en el sector por una mala técnica de regulación o vacíos normativos, que deberán ser complementados o “llenados” por las decisiones que sobre aspectos particulares emita el Tribunal.

Por lo expuesto, los Tribunales especializados deben ser un complemento de las disposiciones normativas de los organismos reguladores, en la medida que sus decisiones interpretan y aplican tanto las leyes del sector, sus reglamentos y las diversas disposiciones normativas que sobre un tema particular existen. Así se resuelven los conflictos entre las empresas y estas pueden tomar decisiones de inversión confiadas en la buena interpretación del marco normativo vigente (debido al tecnicismo y preparación del Tribunal) en caso surja alguna controversia con otro agente que participe del sector. Ello promueve un mayor desarrollo de infraestructura y de bienestar asociado a las mismas.

Así, dada la naturaleza e implicancias que tienen las resoluciones dadas por los reguladores que causan un efecto importante sobre el funcionamiento del sector regulado, al resolver los aspectos más controvertidos y problemáticos del marco regulatorio bajo su competencia y, por lo tanto, afectando el diseño del sector. Es que la solución adecuada a los cuestionamientos de las resoluciones del regulador tendrá efectos sobre la competencia, la inversión y la eficiencia en el sector

(con el consecuente incremento en el bienestar de los diferentes usuarios del servicio público al cual se haga referencia).

Por lo expuesto, consideramos que la labor de los reguladores debe reforzarse y perfeccionarse. Lo anterior en adición a que ellos mismos promuevan la utilización de sus mecanismos de solución de controversias, ampliando los supuestos en los que se deba acudir a ellos, publicitando su labor, entre otras formas de reforzamiento, debe buscar que las decisiones de estos Tribunales no se pierdan en un posible proceso contencioso administrativo, donde jueces que muchas veces no poseen el conocimiento de materias tan complejas, como las que tienen a su cargo los organismos reguladores y que han sido resueltas por personal especializado en la materia, se modifiquen sin criterios válidos o se diluyan en su aplicación por el letargo de lo que puede durar uno de estos procesos judiciales¹⁹, con lo que la eficacia e importancia que tienen los reguladores en la prestación de los servicios públicos se pueden perder por los intereses de los que impugnan o la ineficacia de los que tienen que resolver las impugnaciones.

4 “Justicia administrativa”²⁰ en la estructura del Estado

4.1 La desjudicialización (teórica) a través de la intervención administrativa

Existe una mayor participación de la administración pública en diversos casos. En el escenario actual se le ha otorgado mucha potestad a la misma para que pueda resolver sobre temas de diversa índole. En este contexto se da el surgimiento de los Tribunales Administrativos, lo que refuerza el sistema de intervención administrativa hasta entonces existente.

Cuando utilizamos el término de “desjudicialización teórica”, lo hacemos porque con el tiempo no es que se le hayan sustraído determinadas competencias a los jueces, sino que se pasa a otorgar a la administración pública, la potestad de resolver sobre diversas materias que en un principio eran exclusivas de la vía judicial, interviniendo ahora el Poder Judicial solo para la revisión que el proceso contencioso administrativo le permite hacer.

Esta “desjudicialización” se lleva a cabo, por ejemplo, cuando vemos que un procedimiento concursal (que inicialmente se llevaba a

cabo ante un juez) se efectúa ante un ente administrativo (el Indecopi), así como un reclamo por la mala prestación de un servicio público, en vez de acudir directamente al Poder Judicial bajo los supuestos tradicionales de responsabilidad civil, deba ir ante la Administración, por constituirse esta en vía previa.

La vía previa administrativa no es ciertamente un capricho, lo que intenta es que un ente especializado resuelva sobre temas que requieren de dicha especialización, para que, en caso esto llegue a ser impugnado ante la autoridad judicial, el juez pueda contar ya con mejores elementos de juicio para resolver, los mismos que derivan de esta suerte de “camino” o “senda” que la vía previa administrativa hace proveer al juzgador.

Entonces se tiene así un doble efecto deseado: i) por un lado, la administración brinda una decisión sustentada en su especialización, y, ii) por otro lado, se limita la participación del Poder Judicial a la revisión en última ratio (a través del Proceso Contencioso Administrativo desarrollado por la Ley 27584), lo que permite no sobrecargarlo de funciones²¹.

4.2 El surgimiento de los Tribunales Administrativos y consejos directivos

Como se infiere de lo expuesto, las modificaciones en la administración pública forjaron la creación de diversos Tribunales Administrativos, los que resuelven controversias y declaran derechos en las materias de su competencia y de consejos directivos como cabeza de los reguladores que definen importantes temas.

Así, tenemos a Tribunales especializados, como el Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), el Tribunal Administrativo de la Propiedad del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri), el Tribunal de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev), el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), los Tribunales que resuelven reclamos de los usuarios de servicios públicos, así como los Tribunales de Solución de Controversias, estos últimos pertenecientes a los organismos reguladores de la inversión privada, además de los Consejos Directivos de los reguladores.

Posteriormente a la dación de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, la misma se modificó mostrándose la voluntad del legislador por fortalecer el sistema de Tribunales Administrativos. La norma a la que hacemos mención es la Ley 27709, que modifica el artículo 9 de la Ley 27584, haciendo que las decisiones tomadas por determinados órganos colegiados o Tribunales Administrativos (coincidentemente con este trabajo, aquellos Tribunales más especializados), sea revisada por la Corte Superior correspondiente en primera instancia y por las salas de la Corte Suprema en apelación y casación.

Tal como se establece en la exposición de motivos²² de dicha norma, la modificación tiene como objetivo evitar i) la pérdida de especialización y predictibilidad, ii) el incremento de la litigiosidad maliciosa (entendida como la dilación injustificada de la decisión judicial, lo que se impide con el hecho de interponer la demanda en la Corte Superior) y iii) el incremento de costos para el Estado (que, ligado al punto anterior, permite un menor gasto de defensa judicial por parte de la administración).

Es entonces, como observamos, preponderante el papel que se les ha encargado a los Tribunales Administrativos, dotándoles de una institucionalidad que les permita conseguir la satisfacción del interés público, de una forma especializada (sobre todo en el caso de los organismos reguladores), rápida y confiable (confianza que brota de su independencia).

5 El control jurisdiccional de los actos administrativos

5.1 El contencioso administrativo

El contencioso administrativo fue diseñado como una forma de ejercer el control de la legalidad de los actos administrativos. La administración se vuelve parte en el proceso y debe comparecer en igualdad de condiciones tal cual una persona natural cuando es llevada ante los Tribunales Judiciales. Es el Poder Judicial en el que deberá alegar y demostrar que su actuación se encontró sujeta a la Constitución y a las leyes.

Con la dación de la Ley 27584 se pasa del contencioso administrativo que buscaba la nulidad del acto administrativo al denominado de plena jurisdicción, es decir, “además de permitir el uso de este

medio procesal para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados, se planteará que el contencioso administrativo en el Perú sirve también para el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines [...]”²³.

5.2. El problema del incumplimiento y eficacia en las resoluciones del Poder Ejecutivo (problemas en la regulación de servicios públicos)

Ciertamente en nuestro país poseemos una ley muy moderna que desarrolla el proceso contencioso administrativo, modernidad que se caracteriza sobre todo en que la pretensión solicitada pueda ir más allá de la mera solicitud de nulidad de la actuación pública, pudiendo requerir a la judicatura que se pronuncie sobre el fondo del asunto estudiado por la administración.

Naturalmente las normas –en realidad, quienes intervienen en la elaboración de ellas– suelen no prevenir o anteponer todos los problemas que surgen posteriormente a su dación. Se ha dotado al Poder Judicial de una gran herramienta para garantizar los derechos de los administrados, pero también de una gran responsabilidad que implica no hacer que el abuso que provenía de la administración, pase a ser uno que proviene del administrado.

Las leyes no pueden estar ajenas a la realidad (en general, el Derecho no puede ni debe estarlo). Son conocidos los niveles de ineficiencia de nuestro Poder Judicial, traducidos en demora de los procesos, corrupción, falta de preparación de los magistrados, etcétera²⁴. Quizá nuestra norma del contencioso administrativo es la mejor, pero en el escenario actual no encuentra su mejor aplicación debido a la fragilidad de la institución judicial en la aplicación de las leyes.

A pesar de ello, la Ley 27584 previó algunos de los problemas, estableciendo, por ejemplo, en su artículo 23 que la admisión de la demanda no impide la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de lo establecido por la norma sobre medidas cautelares con lo que los actos de la administración que se impugnen judicialmente no pierden su eficacia, salvo en el caso que se dicte una medida cautelar al interior del proceso. Con ello, tenemos por lo menos que se ratifica la importancia de la actuación pública, no permitiéndose que con la sola interposición de una demanda pierda eficacia la misma.

No obstante este “candado” a favor de la administración, resulta insuficiente cuando nos encontramos en situaciones como la descrita al inicio por el Presidente de un organismo regulador. Consideramos que determinadas decisiones de la administración deben recibir un tratamiento especial por ser de una importancia mayor al afectarse el interés general, que es el típico caso de los servicios públicos. Debe quedarnos claro, por ejemplo, que no tiene la misma relevancia el impugnar una denegación de funcionamiento de negocio efectuada por una municipalidad, que un mandato de interconexión en el campo de las telecomunicaciones. Y esta diferencia no solo radica en la cuantía presente, sino sobre todo en los efectos o externalidades que afectan a terceros, más cuando se trata de servicios públicos. Estas externalidades se manifiestan en variación en la inversión del sector, perjuicio y/o beneficio de usuarios, actuación judicial del Poder Ejecutivo, etcétera.

Algunos casos que consideramos emblemáticos –Termoselva, Empresa Nacional de Puertos (Enapu)– refuerzan este panorama incierto, que la falta de una regulación adecuada –en lo referente a impugnar decisiones de la administración– crea en algunos sectores de nuestra economía, sobre todo en el campo de los servicios públicos. Como bien señala el profesor Gaspar Ariño, “aunque el juez puede revisar las decisiones que el Gobierno tome sobre los servicios (públicos), lo que no puede es poner en peligro el buen funcionamiento del sistema con decisiones judiciales ejecutivas”²⁵. Por ello, el marco legal (sobre todo el regulatorio en los servicios públicos) debe anteponerse y responder ante decisiones judiciales que lo afecten.

6 El Tribunal Especial Económico como última instancia en asuntos regulatorios de servicios públicos

6.1 Experiencias comparadas

A nivel comparado existen experiencias interesantes que nos permiten ver alternativas al problema que planteamos, la falta de idoneidad del Poder Judicial para resolver las impugnaciones a ciertas decisiones de los organismos reguladores de servicios públicos que tiene importantes implicancias en aspectos de la regulación de las industrias reguladas

como las tarifas, la solución de controversias y las sanciones ambientales. Así tenemos los casos de los Consejos de Estado de Francia, de Colombia y el Panel de Expertos en Chile.

Cada modelo referido está ajustado a su propia realidad. Por ello, el Consejo de Estado en Francia y Colombia presenta particularidades en cada región y, en el caso del Perú, no ocurrirá la excepción.

En el caso de la experiencia regulatoria (de servicios públicos) chilena, el Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado propone recurrir a comisiones periciales y cuerpos arbitrales especializados extrajudiciales para la solución de controversias entre agentes privados y la autoridad regulatoria. En ese sentido: “Uno de los puntos que se ha destacado en el diagnóstico ha sido la ausencia de mecanismos de resolución de controversias expeditos y especializados, lo cual resiente la efectividad y legitimidad del sistema regulador. Varias de las propuestas que se han planteado anteriormente contribuyen a resolver este problema, *siendo especialmente importante aquella que define al Tribunal Nacional Económico* como instancia de apelaciones para decisiones adoptadas por las autoridades reguladoras y como órgano al cual le cabe resolver las controversias respecto de la legalidad de sus acciones”²⁶ [las cursivas son nuestras].

Como es de evidenciarse, dicho Tribunal Económico sería el par del Tribunal que proponemos y cuyo fundamento de existencia es precisamente el mismo. En el caso de Chile –país con una ola de privatizaciones y concesiones anterior a la del Perú y, por lo tanto, con mayor experiencia regulatoria– se ha llegado luego de años de ejercicio regulatorio a considerar importante la inclusión de un ente separado de la Judicatura que pueda revisar estos casos relevantes y especiales por la materia técnico-económica y por el resultado que tiene su participación en la sociedad.

Cuando una institución no funciona, no es incorrecto plantear que otro organismo del Estado asuma sus funciones, más aun si se han realizado diversos esfuerzos por hacer que funcione. Ejemplos de ello tenemos varios en nuestro país, por ejemplo, las funciones de supervisión de las actividades mineras que se le transfirió al Osinerg por parte del Ministerio de Energía y Minas o la reciente creación de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías (Sutran), creada para suplir las falencias del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).

6.2 El modelo a implementar

El modelo de Tribunal que proponemos implementar es uno que tome parte de las funciones y estructura al Consejo de Estado francés y del panel de expertos de Chile. Tendría la función de ente revisor de las actuaciones administrativas, realizando el control de legalidad de ciertos actos administrativos dictados por los Tribunales de Solución de Controversia y los Consejos Directivos de los Reguladores de Servicios Públicos.

No obstante, hay determinadas particularidades que proponer a nuestro Tribunal. Como se señaló, nuestra Ley del Proceso Contencioso Administrativo permite la revisión de plena jurisdicción, es decir, que el Poder Judicial pueda pronunciarse más allá de la validez del acto o no, pudiendo hacerlo (si la parte impugnante lo solicita) sobre el fondo de la controversia, es decir, si la decisión administrativa fue correcta o no.

Ante esto, consideramos que la idea primigenia de una revisión de plena jurisdicción debe mantenerse por ofrecer más garantías de control, aunque la misma debe ir a formar parte de los atributos del Tribunal propuesto. Esta es la diferencia fundamental: el Tribunal no debe quedarse en el papel de un mero revisor de la legalidad, sino que también puede y debe ir más allá del mismo, pudiendo pronunciarse sobre la situación jurídica concreta en las materias asignadas e inclusive proponer, a quien corresponda, modificaciones en la normatividad para mejorar los modelos regulatorios.

6.3 Revisión: ¿de fondo o de forma?

Como ya se ha señalado entonces, la revisión que pueda realizar debe ser tanto la de forma (control de la legalidad) como la de fondo (jurisdicción plena). En el caso del control de legalidad, ello significa también el posible control de constitucionalidad de los actos administrativos, pero mediante un control difuso. La administración pública tradicionalmente –y en nuestro país viene siendo así– no puede ejercer el control difuso por no tener facultades jurisdiccionales como los jueces. Entre los diversos fundamentos a esta postura, se encuentra el peligro de encontrarse ante una administración que abuse de esta facultad en su beneficio y en detrimento del administrado²⁷.

No obstante ello, esta amenaza puede ser disuelta, otorgándole dicha potestad al Tribunal, que podrá efectuar el control de legalidad, pero no de constitucionalidad (ello seguiría reservado en nuestro modelo al Tribunal Constitucional), pudiendo inaplicar aquellas normas que considere inconstitucionales, tan igual como un juez de primera instancia lo puede hacer, pues es más fácil realizar un control sobre la actuación de un único ente que hacerlo sobre varios.

Lo que en la práctica proponemos es que las funciones que realiza el Poder Judicial como revisor de los actos de la administración pública se trasladen a este Tribunal de Estado en peculiares casos y bajo una regulación nueva y sobre todo propia. Ya se expuso antes las razones que ameritan la extirpación de este tipo de funciones a la judicatura y sobre las cuales no redundaremos.

6.4 ¿Qué materias asignarle?

Proponemos la instalación del Tribunal con funciones adicionales a los modelos típicos, justamente porque hay un interés en que decisiones que pueden afectar de sobremanera a la sociedad puedan ser revertidas (como las que afectan servicios públicos).

Si bien esto es parte de técnica legislativa y es opción del legislador acordar qué materias pueden ser revisadas por el Tribunal Económico, en principio consideramos que deben ser pasibles de revisión los actos administrativos emitidos por los Consejos Directivos de los organismos reguladores de servicios públicos referidas a tarifas, mandatos de interconexión y acceso y sanciones en materia ambiental, así como las resoluciones que resuelvan las disputas que se presentan ante los Tribunales de Solución de Controversias.

Serían pasibles de revisión tanto los procedimientos bilaterales (administrado-administración) como los trilaterales (declaración de derecho que efectúa la administración con participación de diversos administrados) realizados en las entidades nombradas.

Respecto a la formación de los miembros del Consejo de Estado, dado su importancia, se pueden establecer formas de designación con intervención del Congreso, pidiendo requisitos mínimos para acceder al cargo como ser un profesional especializado en la materia. Similar a lo que se hace para designar a los miembros del Tribunal Constitucional o siendo mas expeditivos como se ha hecho para nombrar a los presidentes de los reguladores de servicios públicos.

Finalmente, la instauración del mismo deberá ser necesariamente a través de una reforma constitucional, sobre todo y esencialmente porque se le está otorgando la posibilidad de administrar justicia en determinadas materias y con el efecto de que sus resoluciones sean inimpugnables. Ejemplos modernos de inclusión de entes en la Constitución los tenemos con la Defensoría del Pueblo, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) y la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Onpe), incluidos en la Constitución de 1993.

7 Conclusiones

- Los organismos reguladores de servicios públicos se crean para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión, aislados de los vaivenes políticos, más aun en un país con una institucionalidad débil.
- Los organismos reguladores deben trabajar en un marco que prefiera la competencia y las prácticas regulatorias que asemejen al mercado y deben estar sujetas a controles y procedimientos que aseguren su integridad, independencia, transparencia y rendimiento de cuentas (*accountability*) del proceso regulatorio. Adicionalmente, deben existir mecanismos que permitan escuchar a las partes interesadas, que establezcan plazos (*deadlines*) y la obligación de fundamentar decisiones y establecer un debido proceso.
- La experiencia muestra que países con fragilidad institucional, como el Perú, enfrentan severos problemas de confianza y de efectivo cumplimiento de sus normas y contratos, como es el hecho que su Poder Judicial no cuente con salas especializadas en la administración de controversias de materia altamente complejas, que además resuelvan con celeridad las mismas y que sus resoluciones estén libres de cuestionamientos. Ante ello, para promover la inversión y el desarrollo de los servicios públicos, se crean instancias administrativas que representan una alternativa al Poder Judicial en la resolución de controversias altamente especializadas. Ello resulta complementario a las demás funciones encargadas al organismo regulador, como la regulación tarifaria, la supervisión de la calidad, la solución de reclamaciones de los usuarios de los servicios públicos, etcétera.

- La naturaleza de las controversias resueltas por los Tribunales Administrativos tendrá un efecto importante sobre el funcionamiento del sector correspondiente, abordando muchas veces los aspectos más controvertidos y problemáticos que surgen del marco regulatorio, normativo y del diseño del mercado sobre el cual actúan. Muchas veces es a través de estos Tribunales que se ventilan los problemas que existen en el sector por una mala técnica de regulación o vacíos normativos, que deberán ser complementados o “llenados” por las decisiones que sobre aspectos particulares emita el Tribunal. Así, la solución adecuada a este tipo de problemas tendrá efectos sobre la competencia, la inversión y la eficiencia en el sector con el consecuente incremento en el bienestar de los diferentes usuarios del mismo. Por lo tanto, lo que resuelvan no puede “perderse” en el Poder Judicial.
- La solución adecuada a los cuestionamientos de las resoluciones del regulador tendrá efectos sobre la competencia, la inversión y la eficiencia en el sector (con el consecuente incremento en el bienestar de los diferentes usuarios del servicio público al cual se haga referencia).
- El Perú tiene una ley innovadora que desarrolla el proceso contencioso administrativo, que se caracteriza sobre todo en que la pretensión solicitada pueda ir más allá de la mera solicitud de nulidad de la actuación pública, pudiendo requerir a la judicatura que se pronuncie sobre el fondo del asunto estudiado por la administración
- Consideramos que determinadas decisiones de la administración deben recibir un tratamiento especial por ser de una importancia mayor al afectarse el interés general, que es el típico caso de los servicios públicos.
- El Poder Judicial no se encuentra en capacidad de revisar, en forma similar a la de la administración especializada, la impugnación de actos administrativos de esta última.
- Las carencias de la judicatura que se evidencian en corrupción, demora de los procesos y demás no permiten generar predictibilidad en los actores económicos e incluso inseguridad en los usuarios, en sectores tan sensibles e importantes como los servicios públicos.
- Las inversiones que el país requiere actualmente necesitan de un ambiente idóneo y adecuado para su desarrollo. La autonomía de los organismos reguladores y la garantía del respeto a sus decisiones

permiten el normal desenvolvimiento de las empresas de servicios públicos, autonomía que se puede ver mellada por la actuación del Poder Judicial.

- Es necesaria la creación de un Tribunal Especial Económico como última instancia en asuntos regulatorios de servicios públicos; en las materias indicadas, dado que a través de él se permitirá el reforzamiento de la institucionalidad regulatoria y, con ello, el desarrollo de las industrias reguladas y, por ende, lograr un desarrollo económico social del país.
- Con esta propuesta se trata de demostrar que esta opción de rediseño y reforzamiento de la institucionalidad de los organismos reguladores permitirá un mejor desarrollo de las industrias reguladas al tener una instancia especializada que, con predictibilidad y en corto tiempo, resuelva temas altamente complejos y de contenido económico, garantía que no se presenta con el actual Poder Judicial.
- Al lograrse un mayor desarrollo de las industrias relacionadas con los servicios públicos, se logrará superar el déficit que tenemos en estos servicios y, con ello, el Estado podrá lograr un adecuado desarrollo económico y social.

NOTAS

- 1 “Acataremos la resolución del Poder Judicial, pero apelaremos. Esta situación tendrá un impacto negativo en las concesiones, originando inestabilidad jurídica, porque dará pie a que cualquier juez pueda dictar una medida cautelar cuando al usuario no le gusta una tarifa”, declaró el presidente del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran), al ser consultado sobre la admisión de una medida cautelar por parte del Poder Judicial contra las tarifas aprobadas por el Ositran. En: Diario *El Comercio*, 1 de febrero de 2005, Sección Economía, p. B3.
- 2 Agradezco a David Mendiola por su apoyo e ideas para la realización de la presente investigación.
- 3 Cfr. Ariño 2004: 60.
- 4 Si desea mayor información sobre el tema del servicio público, consulte los siguientes textos:
 - Zegarra Valdivia, Diego (2005). *El servicio público fundamentos*. Lima: Editorial Palestra.

- Lazarte Molina, Jorge (2005). *Libertad de empresa y servicio público*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- 5 La actividad de infraestructura es la base del desarrollo de muchas industrias en el mundo, por lo que el desempeño de la misma tiene profundas implicaciones en el desarrollo de la economía del país. Estas empresas están adquiriendo nuevas formas, por lo que dichos cambios pueden originar beneficios y/o problemas que deben ser manejados. Para ello, las empresas deben ser más innovadoras. Por ejemplo, para desarrollar nuevos mecanismos financieros que le permitan cumplir su desempeño, esto puede ser muy complicado de implementar si estas actividades están en manos estatales.
- 6 Esta presión ejercida desde el gobierno y otros grupos de interés se ve reflejada en diversos acontecimientos que abarcan desde el ilegal pedido de renuncia de un ministro a un miembro del Consejo Directivo de un organismo regulador hasta la modificación del Reglamento de la Ley de Organismos Reguladores, que permitió el cambio del gerente general de ciertos reguladores a decisión del presidente del regulador.
- 7 Ideas tomadas del documento sobre el Décimo Programa Internacional de Regulación y Estrategia de Empresas de Servicios (PURC) y el Banco Mundial, elaborado por Armando Vargas en junio de 2001.
- 8 La política tiene una participación en el ambiente regulador. Las tarifas son un tema político pues afectan a la mayoría de los votantes. El regulador recibe una fuerte presión para disminuir las tarifas en el corto plazo, dejando para el largo plazo la decisión correcta, largo plazo que nunca llega, con lo cual el inversionista puede recibir una mala señal. Se podrá dejar de invertir y, a la larga, el gran perjudicado es el consumidor, a quien en principio se deseaba proteger, porque se afecta la calidad del servicio y su cobertura.
- 9 Cfr. Danos 2004.
- 10 Cfr. Danos.
- 11 En julio de 2000.
- 12 Posteriormente al Osinerg se les asignaron las labores de fiscalización minera, pasándose a llamar Osinergmin.
- 13 Cfr. Apoyo 1995.
- 14 La elaboración de infraestructura para la provisión de agua potable, electricidad y telefonía requiere del hundimiento de costos en la construcción de redes, es decir, costos que no son recuperables si se decide salir de la industria.
- 15 Normalmente una red que provee de uno de los servicios mencionados a un grupo dado de usuarios es menos costosa que dos o más redes para el mismo grupo de usuarios. Por lo tanto, en dichas industrias el número de empresas es muy reducido.

- 16 Proveer dos servicios relacionados como el agua potable y el alcantarillado es menos costoso en una empresa que produzca ambos servicios que en dos empresas especializadas en cada uno de dichos servicios.
- 17 A diferencia de otros bienes y servicios provistos en una economía, el consumo de los servicios de agua potable, electricidad o telefonía es masivo. Es decir, un número muy grande de personas es abastecido por las empresas (aun en el caso de los servicios de telecomunicaciones que presenta el menor ratio de penetración entre los servicios mencionados el número de usuarios está en el orden de los dos millones).
- 18 Cfr. *Levy y Spiller 1994*.
- 19 Las características institucionales son claves para el entendimiento de las restricciones que limitan las opciones de ingeniería básica de un país: la existencia de un Poder Judicial independiente que aplique el forzoso cumplimiento de las restricciones reguladoras, el papel de las instituciones legislativa y ejecutiva, y la existencia de normas informales ampliamente aceptadas que limiten el comportamiento oportunista.
Como consecuencia de que los procedimientos administrativos proporcionan estándares imprecisos para la revisión judicial, no pueden proveer una credibilidad reguladora sustancial en los países con múltiples puntos de veto. Asimismo, en los países con gobiernos unificados tales procedimientos no suministrarán credibilidad reguladora porque, en cualquier caso, las cortes no serán capaces de aplicar el forzoso cumplimiento del statu quo en el caso que se presenten cambios electorales. La especificidad legislativa puede proporcionar credibilidad reguladora en el primer tipo de sistema político, pero no en el último. Entonces los contratos reguladores parecen ser el principal conducto para proporcionar credibilidad reguladora en los sistemas políticos que se jactan de tener un gobierno unificado.
- 20 Decimos “justicia administrativa” y no justicia administrativa, porque la expresión en sí es materia de constante discusión. Opto por aquella corriente que señala que los actos de la administración no son jurisdiccionales. Hay gran cantidad de trabajos a favor de dicha postura y en contra. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente 007-2001-AI/TC, que “la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138 de nuestra Constitución Política, solo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas”.

- 21 Sería realmente imposible que la administración de justicia atendiera directamente todos los pedidos que se le efectúan a la Administración Pública. Así, esta suerte de filtro que constituye la vía previa ha dado hasta el momento buenos resultados.
- 22 Exposición de Motivos al Proyecto de Ley 2425 (periodo legislativo 2001-2006), presentado por el congresista Pedro Morales Mansilla.
- 23 Cfr. Espinosa-Saldaña 2006: 406.
- 24 Problemas que datan de muchos años atrás y se resumen en “lentitud de los procesos, corrupción, ineficiencia e ineficacia institucional, dificultad en el acceso a la justicia, falta de independencia, falta de idoneidad de los recursos humanos, capacitación insuficiente, procedimientos extensos y ritualistas, sistemas de gestión deficiente y sin la información requerida y confiable, infraestructura física pobre, escasa credibilidad en el sistema, entre otros”. Cfr. Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia 2004: 29.
- 25 Cfr. Ariño 2004.
- 26 Cfr. Jadresic y otros 2001: 187.
- 27 Un ejemplo palpable: en el caso de los municipios, que padecen de problemas presupuestales, otorgarles la posibilidad de inaplicar normas por considerarlas inconstitucionales haría caerles en la tentación de inaplicar aquellas normas que les recorten ingresos y que ellos (los municipios) consideren “no acordes” con lo establecido en la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola, Marcela y Lizarazu Rodríguez, Liliana (editoras) (2004). *La regulación económica: tendencias y desafíos*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Apoyo (1995). *El marco institucional para el desarrollo económico: gran charla magisterial del profesor Douglas North*. Lima: Apoyo y Banco Interandino.
- Ariño, Gaspar (2004). *Servicio público y control judicial: el caso de las tarifas*. Intervención en el Congreso de Juristas Hispanoargentinos. Buenos Aires.
- Barrantes, Roxana. *Curso: Introducción a la teoría de la regulación económica, diploma en instituciones y regulación de servicios públicos*, vols. I y II.
- Bianchi, Alberto (2001). *La regulación económica, desarrollo histórico, régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina*. Tomo I, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

- Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus) (2004). *Los problemas de la Justicia en el Perú: hacia un enfoque sistémico. Diagnóstico interinstitucional*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Córdova Cayo, Daniel (2007). *Gestión privada de los servicios públicos*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Danós, Jorge (2004). “Los organismos reguladores de servicios públicos en el Perú”, en *Primer Congreso de Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Jurista Editores.
- . “Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”, en *Themis, Revista de Derecho*, nro. 39, Lima.
- Espinosa-Saldaña, Eloy (2004). “Proceso contencioso administrativo, amparo alternativo y algunas previsiones a la espera de un amparo residual”, en *Primer Congreso de Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Jurista Editores.
- . (2006). “El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto”, en *Revista de Derecho Administrativo*, revista del Círculo de Derecho Administrativo (CDA), año I, nro. 1.
- Estache, A. y Martimort, D. (1999). “Politics, Transaction Costs, and the Design of Regulatory Institutions”, *Policy Research Working Paper 2073*. Washington D. C.: Banco Mundial, Regulatory Reform and Private Enterprise Division, Economic Development Institute.
- Fernández-Baca, Jorge (editor) (2006). *Experiencias de regulación en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Gray, P. (2001). *Private Participation in Infrastructure: A Review of the Evidence*. Washington D. C.: Banco Mundial, Private Provision of Public Services Group, Private Sector Advisory Services.
- Jadresic Marinovic, Alejandro y otros (2001). “La nueva regulación”, informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado, vol. 1. Santiago de Chile: Dolmen Ediciones.
- Levy, B. y Spiller, P. (1994). “The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative of Telecommunications”, en *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 10, nro. 2.
- Lizarazo Rodríguez, Liliana y Anzola Gil, Marcela (2004). *La regulación económica, tendencias y desafíos*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Pantoja Bauzá, Rolando (2004). “El control de la Administración Pública”, en *Primer Congreso de Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Jurista Editores.
- Parker, D. y Kirkpatrick, C. (2002). “Researching Economic Regulation in Developing Countries: Developing Methodology for Critical Analysis”, *Working Paper Series*, Paper 34. Manchester: Centre on Regulation and Competition.

- Pérez Hualde, Alejandro (director) (2006). *Servicios públicos y organismos de control*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexos.
- Quintanilla Acosta, Edwin (2005). “Dotación institucional de un país y su relación con la autonomía de los organismos reguladores. Revisión de literatura”, documento de trabajo 15. Lima: Escuela de Administración de Negocios.
- Smith, W. y Klein, M. (1994). *Infrastructure Regulation: Issues and Options for East Asia*. Washington D. C.: Banco Mundial, Private Participation in Infrastructure, Private Sector Development Department.
- Tabja R., Rodrigo (1999). “Perfeccionamiento de la gestión regulatoria. Lecciones de la experiencia chilena”, en *Cuadernos del Ilpes*, nro. 44. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (Ilpes).
- Távora, José (2007). “Balance de las reformas y Agenda pendiente”, en *Revista Derecho & Sociedad*, nro. 26. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- Ugaz, C. (2002). “Consumer Participation and Pro-Poor Regulation in Latin America”, Discussion Paper 2002/121. Helsinki: United Nations University (UNU) y World Institute for Development Economics Research (WIDER).
- Vidal Perdomo, Jaime. “El Consejo de Estado, juez de casación en Francia y en Colombia”, en: www.cejamericas.org/doc/documentos/vidal_perdomo.pdf.