

## **LAS PRIMERAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS REGULATORIAS PERUANAS (\*) (\*\*)**

ORLANDO VIGNOLO CUEVA (\*\*\*)

**SUMARIO:** I. NOTA INTRODUCTORIA: LA LIBERALIZACIÓN PERUANA DE LOS NOVENTA.– II. LOS ANTECEDENTES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA CLÁUSULA DEL ESTADO REGULADOR.– III. EL NACIMIENTO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES PERUANOS: 1. Una categoría para los organismos reguladores.– IV. LOS ORGANISMOS REGULADORES APARECIERON Y CONTINÚAN COMO CUASHINDEPENDIENTES.– V. EL PRIMER ORDEN COMPETENCIAL DE LOS REGULADORES.– VI. A MODO DE CIERRE: UN EJEMPLO DE ORGANISMO REGULADOR EN LA SOMBRA.– VII. CONCLUSIONES DEL TRABAJO.– VIII. ABREVIATURAS.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La liberalización peruana de inicios de los años noventa, apoyada en el influjo fundamental del principio de subsidiariedad horizontal, produjo no sólo cambios prestacionales y normativos en sectores (con la consecuente reducción del Estado prestador), sino también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa que sirva y se acomode a ciertas características de unas aparentes «nuevas» potestades regulatorias, las cuales —desde una versión más estricta y ejecutiva— comportan una adaptación de la policía administrativa y otras competencias que permiten la intervención correcta y el sostenimiento de estos sectores liberalizados. El presente trabajo intenta desentrañar estos mitos y otras verdades jurídicas sobre el surgimiento de esta fórmula organizativa cercana a cumplir 26 años de existencia.

*Palabras clave:* liberalización; organización regulatoria; potestad administrativa; regulación.

**ABSTRACT:** *Peruvian liberalization in the early 1990s, supported by the fundamental influence of the principle of horizontal subsidiarity, produced not only utilitarian and*

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 noviembre 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de marzo de 2018.

(\*\*) El presente trabajo constituye una síntesis y adaptación de algunos capítulos de la tesis doctoral defendida por el suscrito en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza durante el mes de junio del año 2017. En los siguientes meses aparecerá una publicación completa de esta investigación doctoral, reflexionada desde y para el Derecho Peruano, en la que se analizará el principio de subsidiariedad en su vertiente social y su relación con la liberalización de sectores y el propio surgimiento de las organizaciones regulatorias.

(\*\*\*) Doctor en Derecho la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Profesor de la Universidad de Piura (Perú). Director de la Revista Anuario de la Función Pública. Abogado del Estudio Echeopar (Perú). Correo electrónico: orlandovignolo@yahoo.com.

*normative changes in sectors (with the consequent diminish of the State as a provider), but also the creation of a new organizational administrative structure that serves and accommodates certain characteristics of apparent «new» regulatory powers, which – from a more strict and executive version – entail an adaptation of the administrative police and other competencies that allow the correct intervention and the support of these liberalized sectors. The present work attempts to unravel these myths and other juridical truths about the emergence of this organizational formula close to being 26 years of existence.*

*Key words: liberalization; regulatory organization; administrative power; regulation.*

## **I. NOTA INTRODUCTORIA: LA LIBERALIZACIÓN PERUANA DE LOS NOVENTA**

El análisis jurídico-administrativo de la puesta en marcha de los organismos reguladores siempre permitirá cerrar el estudio del proceso peruano de la liberalización, este último tan poco analizado en la doctrina nacional (1). El origen de estas administraciones públicas tiene un dato específico, se produjo bajo una importante cobertura de la subsidiariedad social u horizontal, en el sentido que este principio constitucional permitió justificar para ciertos ámbitos complejos, la necesidad de contar con nuevos sujetos que, desde datos organizativos, funcionales diferentes y con un régimen propio, pudieran afrontar las disfuncionalidades de las libertades (económicas) y el mantenimiento de un nuevo orden de relaciones entre agentes y participantes de diversas naturalezas (usuarios, prestadores e intervinientes diversos, todos con naturaleza jurídico-privada) (2).

En síntesis la liberalización peruana produjo no sólo cambios prestacionales y normativos en sectores, sino también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa (3), que sirva y se acomode a ciertas características de las «novedosas» potestades regulatorias (4), las cuales —desde una versión más estricta y ejecutiva— comportan, incluso con algunas

---

(1) Vale indicar que estas aparentes «nuevas» administraciones públicas fueron asumidas por muchos países de Sudamérica siguiendo el modelo de las agencias reguladoras norteamericanas, en un marco temporal similar al nacimiento de las Comisiones reguladoras independientes españolas. Ver estos recuentos en VIRGALA FORURIA (2004).

(2) La relación entre ciertos derechos económicos, la subsidiariedad y otros principios rectores de la economía es muy estrecha. Así, el profesor BETANCOR reconoce que muchos de estos últimos son «*derechos fundamentales que incorporan en su contenido los principios rectores de la política social y económica: ejemplo de la integración armónica*». Ver esta cita en BETANCOR (2010: p. 126).

(3) ARAGÓN REYES (2009: p. 45).

(4) Ver estas cuestiones iniciales sobre las organizaciones regulatorias en BETANCOR (2010: p. 313).

innovaciones de más reciente data, «la utilización de poderes de distinta naturaleza: normativos, de control y supervisión, arbitrales y sancionadores» (5).

Ahora bien, quisiera entregar algunos datos de conceptualización sobre el fenómeno marco ocurrido desde inicios de los años noventa. Así debe entenderse que la liberalización fue esencialmente diseñada como un mecanismo de política económica interventora de carácter progresivo, que permitió *despublificar* varios sectores en busca de devolverlos a manos privadas, permitiendo la extirpación de buena parte del protagonismo público imperante antes de la última década del siglo pasado (6). Este proceso estuvo marcado por hitos muy marcados, tramos contados claramente desde la promulgación del llamado «paquete normativo eléctrico» (además de otros dispositivos sectoriales puntuales) y la posterior y completa juridificación de varios de los institutos probados en estos ámbitos específicos en la posterior CP de 1993 (7). En ese sentido, debe reconocerse como antecedentes más remotos, potentes y preconstitucionales al Decreto Legislativo No. 674, del 27 de septiembre de 1991, por el cual se aprueba la promoción y participación de la inversión privada de las empresas; el Decreto Legislativo el No. 701, del 5 de noviembre de 1991, por el que se buscaba eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas que afectaban a la libre competencia; y en tercer lugar, el Decreto Legislativo No. 757, que ordenaba el crecimiento de la inversión privada, del 8 de noviembre de 1991.

A continuación una breve síntesis y las reglas más importantes que se aprobaron en estos dispositivos (8).

---

(5) LAGUNA DE PAZ (2016: p. 33).

(6) Aunque no indica ni construye la raíz despublificadora que acompañó a la liberalización peruana, el profesor TASSANO reconoce que este fenómeno tiene como «contenido central y medular» el de «devolver a los privados la libre iniciativa económica, lo que, antes, en virtud de actos del Estado, estaba reservado a la titularidad y gestión estatal». Ver esta cita en TASSANO VELAOCHAGA (2016: p. 107).

(7) Ver los rasgos del concepto de despublificación en LÓPEZ-MUÑOZ (1999: p. 138). Por otro lado, debo indicar que no comparto la postura de TASSANO en cuanto a que sólo «a partir del nuevo marco constitucional, se empezó a aplicar una política de liberalización de la economía que implicó un cambio en el modelo económico estatal. Por consiguiente, en virtud del nuevo rol subsidiario del Estado, ello supuso que este pudiera intervenir como ente regulador en el mercado, abocándose preferentemente a garantizar que los agentes que se desenvuelvan dentro de él no excedan el límite de lo permitido por la norma constitucional y por las normas sectoriales aplicables, y que, además, realicen su actividad a la par de un régimen de libre competencia». Ver esta cita en TASSANO VELAOCHAGA (2016: p. 106). Al respecto, los datos normativos antes entregados, demuestran que la liberalización peruana empezó desde 1991, a partir del paquete liberalizador preconstitucional promovido por el Gobierno de Fujimori.

(8) Un listado de otros dispositivos legales preconstitucionales (anteriores a la vigente CP de 1993) que permitieron la implantación sectorial de la naciente liberalización, a partir

En cuanto a la inicial norma, el segundo de sus considerandos recogió abiertamente una visión *reactiva* que acompañó a este proceso tan trascendente. El dispositivo en cuestión indicaba lo siguiente:

*«Que la Actividad Empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y, de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario; Que deben crearse las condiciones necesarias para el desarrollo y crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, con objeto de lograr la modernización, saneamiento y vigorización de las actividades a su cargo».*

A su turno, el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 701 dejó marcado el carácter de la *competencia* entre agentes, señalando claramente que esta debía desplegarse como un medio, para lo cual resultaba urgente:

*«eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores».*

---

de una habilitación y delegación expresa del Congreso de la República (que luego fue cerrado y disuelto antijurídicamente por el Presidente Fujimori), debe incluir a los Decretos Legislativos No. 640 (de liberalización operativa del servicio de transporte interprovincial), el No. 642 (que decreta la inclusión de la oferta y demanda en el servicios de transporte terrestre interprovincial), el No. 644 (que liberó de restricciones y obstáculos administrativos y legales el acceso a las rutas y tráfico internacional para las empresas navieras nacionales), el No. 648 (que redujo la participación accionarial estatal en el capital de la antigua empresa pública AEROPERÚ), el No. 651 (que permitió el establecimiento de la libre competencia en las tarifas del transporte urbano, el No. 653 (que promovió la inversión privada en el sector agrario), el No. 655 (que eliminó el monopolio de la empresa estatal Petroperú en la venta de hidrocarburos), el No. 662 (que otorgaba protección y garantías jurídicas a la inversión extranjera), el No. 659 (que declaró la racionalización de las tramitaciones y actuaciones administrativas en la importación, a fin de promover el comercio internacional y la inversión privada en este sub-sector), el No. 668 (que dictó medidas para liberalizar el comercio exterior), el No. 685 (que eliminó la *publicatio* del servicio postal, estableciendo la prohibición de «*toda forma de monopolio, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos*» en estas prestaciones esenciales, para declararse a continuación la garantía prestacional pública a partir de garantizarse la libertad de tránsito postal en el país: el «fomento y control» de este servicio «corresponde al Estado»), el No. 696 (que dictó normas de acceso a la inversión privada en la renovación urbana), el No. 697 (que dictó normas de acceso a la inversión privada en los servicios de saneamiento, el No. 702 (que presenta normas para la transformación competitiva y liberalizada del sector telecomunicaciones), la No. 708 (que promueve la inversión privada en minería), el No. 718 (que permitió la creación de un aparato prestacional de asistencia sanitaria de titularidad privada), la No. 750 (que promueve la iniciativa privada en el sector pesquero), entre otras normas.

En tercer lugar, el Decreto Legislativo No. 757 completó el camino de la nueva libre competencia señalando claramente el primer régimen de la iniciativa privada y libertades económicas aplicables en todos los sectores posibles, y bajo las distintas formas jurídicas permitidas por nuestro Derecho. En ese sentido, vale una prevención, pues no se debe considerar como la gran y única norma liberalizadora (9), aunque su contenido establece claros elementos de lo que luego se terminaría discutiendo y aprobando en la CP. En cualquier caso esta Ley —según su artículo 1— estableció un régimen ordenado de:

*«derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel».*

En suma, la liberalización tuvo claros objetivos que pueden extraerse del conjunto de dispositivos legales y la propia CP que se han presentado hasta ahora en este acápite. Estas finalidades intrínsecas del fenómeno son las siguientes:

- (i) Primero, buscaba favorecer la participación de operadores en un mismo ámbito siempre en búsqueda de la competencia. Con ello se estimuló la aparición de impulsos prestacionales nuevos y diversos (privados).
- (ii) Se presentó como una liberalización respetuosa de una iniciativa pública racionalizada porque dejó abierta la posibilidad de que fuese el propio Estado, a través de su actividad empresarial y las organizaciones administrativas competentes, el que se haga responsable del manejo de concretas prestaciones (situación que se encuentra hartamente demostrada a lo largo del presente trabajo).
- (iii) En tercer lugar nuestra liberalización buscó la introducción de fórmulas de competencia como mecanismo o medios ideales para optimizar el acceso y alcanzar cuotas de eficiencia y eficacia en la producción de mejores servicios. Por ello se presentó a esta noción como el mejor elemento para el mercado; pues actúa como una «supuesta» fuerza que disciplina a los operadores posibilitando que éstos contribuyan

---

(9) Estimo que no puede hacerse mención y uso de esta norma legal preconstitucional, olvidando el papel y alcance de otros dispositivos producidos en el paquete liberalizador habilitado y delegado por la Ley No. 25327. En ese sentido, la revisión de la liberalización peruana sólo puede entenderse mirando el conjunto de todas estas leyes, incluyendo las posteriores construcciones que aparecieron reconocidas en la CP de 1993. En el mismo sentido, de prudencia y revisión integral, se encuentra planteado el trabajo de SHIMABUKURO TOKASHIKI (2016: p. 85)

a la maximización del bienestar social (desde la producción de las cantidades correctas de bienes y servicios que los usuarios y consumidores necesitan y siempre al menor precio posible).

Como se notará, frente a los datos mostrados de la antigua Constitución de 1979, la *liberalización* supuso un cambio radical pero necesario, forzado por la ineludible obligación de estabilizar y acometer la fuerte crisis económica y el sobre-endeudamiento de los tres anteriores regímenes políticos (que actuaron entre 1968 a 1990), incluyendo el desorden ocasionado durante la inicial dictadura militar (1968 a 1980), bajo los cuales se llegó a un índice hiperinflacionario jamás alcanzado en una sociedad occidental; sumado a la galopante destrucción de los sectores productivos del país, entre otros problemas que serían largos de enumerar y escapan a los propósitos de este trabajo.

Sin embargo, a pesar de la anterior cuestión, vale resaltar un concreto antecedente de origen que no puede dejar de valorarse al momento de entender el fenómeno. Estos hechos anteriores fueron la enorme deuda externa que manteníamos con el BM, el FMI y otros organismos multilaterales durante el periodo final de los ochenta, lo que forzó al Gobierno de Fujimori a ensayar un proceso de inserción creado y diseñado por mano exógena. Este programa amplio tenía como prioridades la restauración de un mínimo de equilibrio macroeconómico con dotes de transparencia, flexibilidad y credibilidad, la redefinición de la intervención estatal en los sectores (incentivando la inversión privada en todas las esferas de la actividad económica) y la reorganización y racionalización de la estructura de ingresos y gastos del sector público (10).

Es en medio de este listado de prioridades impulsadas y concretizadas fuera del país (11), que emerge la *despublificación* como el contenido general

---

(10) La implementación de este tipo de programas basado en la austeridad presupuestaria, liberalización del comercio y privatización, fue aplicado simultáneamente en más de setenta países deudores del tercer mundo y de Europa del Este. Ver este dato en GUARNIDO RUEDA; JAÉN GARCÍA; AMATE FORTES (2007). En el mismo sentido a las explicaciones dadas en el párrafo principal, puede revisarse a ROSENTHAL COUTINHO (2003: pp. 123-124), quien señala que «*da aplicações de austeridade econômica que se convencionou chamar de Consenso de Washington. Esse termo, cunhado em 1990 pelo economista inglês John Williamson, designa o conjunto de políticas liberalizantes incisivamente recomendadas por o tesouro norteamericano, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento (todos com sede em Washington, daí o Nome)*».

(11) Debe reafirmarse que la ponderación de los hechos obliga a entender que no todos los datos y disposiciones liberalizadoras fueron ensambladas en el país. Las grandes líneas y los conceptos esenciales de corte económico, que debieron ser aplicados de modo progresivo, provinieron del ajuste estructural de los países sudamericanos patrocinado por el FMI y otras organizaciones multilaterales. En Perú, en ese momento tan duro, cumplimos el papel de adaptarnos y darle carta jurídica a estructuras «extrañas» como la gestión indirecta de los servicios (bajo formas de privatización), siempre con el afán último de obtener liquidez para amortizar nuestra cuantiosa deuda externa. Finalmente, y esto nunca ha sido recono-

de la *liberalización* en marcha, la cual debe entenderse fue y sigue acompañada de una armonización necesaria surgida de la interpretación del propio entramado de la CP. Esto es, el Estado social, democrático de Derecho al reconocer el protagonismo de las personas, los derechos económicos y su conexión con la expansión del mercado (como espacio económico prioritario y natural), de manera obligatoria deberá tener una referencia y asumirá en cada situación concreta el contenido del interés público. Esta armonización permanente y constitucional no solo implica el inicial establecimiento de los límites de los derechos (económicos) y el mercado, sino es también el punto de partida para la cláusula del *Estado regulador* surgida inmediatamente por los propios efectos liberalizadores (12).

En adición, no debe perderse de vista que ninguna de las construcciones anteriores pudieron haber sobrevivido en los años venideros, si es que la liberalización no hubiese tenido los hombros anchos de la *subsidiariedad horizontal* (13). Al respecto, es claro que este instituto fue revalorizado por el Constituyente de 1993, a partir de colocarle variantes claras y exactas que permitieron conseguir los efectos devolutivos antes señalados y posteriormente presentar el resguardo protector para la primacía de las personas en la vida del país. Por eso debe dejarse totalmente sentado que la CP se presenta frente a su antecesora como una carta constitucional técnicamente superior en la construcción y señalamiento del régimen económico y social, pues aparece conformada con un rumbo fijo y se sostiene internamente con un cierto orden sistémico. Por tanto, en este punto, no puedo estar más de acuerdo con R. HUAPAYA, en cuanto al recojo de una visión equilibrada dentro de la CP pues el actual «*texto constitucional, sabiamente, pondera adecuadamente el respeto de las libertades económicas privadas, junto con ámbitos de intervención estatal, sea mediante regulación, o mediante el ejercicio de la actividad empresarial a cargo del Estado*» (14).

---

cido debidamente, este proceso de recepción considero es el disparador de nuestro Derecho administrativo moderno, pues exigió la construcción acelerada de categorías, sin tener muchas bases y contando con poquísimas fuentes doctrinales y jurisprudenciales.

(12) Ver estos datos en la interesante postura asumida por BETANCOR (2010: pp. 108-127).

(13) La subsidiariedad no puede ser estimada como el «*complemento de la liberalización*». Por el contrario, este principio constitucional es el eje central de todo el proceso o fenómeno tratado y, más todavía, es la figura de protección continúa de varios de los efectos producidos dentro de ese marco. Por lo dicho, considero que no es del todo correcto el título sintético brindado por CAIRAMPOMA ARROYO (2012: pp. 318-319).

(14) HUAPAYA (2013: p. 696). En el mismo orden de ideas al expresado en el párrafo principal, la jurisprudencia del TCP ha seguido mostrando y agregando datos a esta vena equilibrada de la CP. Así, desde el año 2003 admitió abiertamente la conciliación de la actividad privada con el interés general dentro de una economía social de mercado en base a dos aspectos: (i) La exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que fuerza a una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y la

Ahora bien, la puesta en práctica de esta liberalización de raíz despublicadora se presentó desde varios institutos posibles. Así, siguiendo a LÓPEZ-MUÑIZ, puede reconocerse de manera variopinta que la nuestra tuvo materialización dispersa, en virtud de su descrito contenido general, pues estuvo marcada por la introducción de «*más dosis de libertad (...) por lo que incluye tanto la despublicatio, como la desregulación total o parcial o la neorregulación menos restrictiva de las libertades económicas*» (15). Es más, no sólo se busco la aparición de estos dos técnicas (desregulación en sentido estricto y la implantación de un nuevo ordenamiento legal que como vimos se empezó a lanzar en fechas anteriores a la promulgación de la CP), se asumió como figura estelar y de mayor impacto político a la privatización de las mermadas empresas públicas, sin que el uso de esta técnica implique su colocación como sinónimo de la liberalización peruana, siendo solamente un instituto importante que produjo unos efectos puntuales (el desmantelamiento y liquidación de estos sujetos económicos junto con todo su aparato organizativo secundario).

Por lo expresado, es que no puede entenderse a la *liberalización* peruana en un sentido único sin tomar en cuenta otras técnicas (todas son especies que tienen cobertura en el fenómeno general). Por el contrario fue un proceso *despublicador* intenso, vertebrado en varios institutos y que desde la perspectiva jurídica tuvo una «*significación eminentemente relativa*» (16). Incluso abarcó en posición estelar pero no exclusiva «*a los fenómenos de privatización, por cuanto en la medida en de que hecho las actividades y servicios pasan de alguna manera a manos no públicas (...) pasan del ámbito de la sujeción propio del Poder público al de la libertad —aunque esté muy limitada— que es exclusivo de los sujetos particulares*» (17).

A sentido contrario, no puede comprenderse a la *liberalización* como la consecuencia o producto de otras figuras, surgida después o a la sombra de frases indeterminadas como el cambio del papel estatal en la economía o, peor todavía, en posición de efecto directo de la desregulación, la privatización, o de la potenciación de las concesiones (18). El significado jurídico correcto

---

participación activa de los ciudadanos en el quehacer social y público. (ii) La identificación del Estado con los fines de contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, los contextos que justifiquen su intervención activa como su abstención, evitando que su participación se torne en un obstáculo para el desarrollo de la sociedad y los ciudadanos. Por todas, revisar el contenido de las sentencias recaídas en los expedientes N° 0008-2003-AI/TC y N° 00034-2004-PI/TC.

(15) LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 137).

(16) LÓPEZ-MUÑIZ (Ibidem, p. 137).

(17) LÓPEZ-MUÑIZ (Ibidem, p. 137).

(18) Al menos implícitamente, en contra de la postura mantenida en el párrafo principal, se encuentra el profesor DANOS quien señala que en «*el Perú —y como parte de un proceso relativamente similar al que se experimentó en países de nuestro entorno como Argentina y*



—a mi modo de ver— implica asumir su colocación como una noción marco, genérica y jurídicamente anterior que permite dar cobertura a otras, evitándose así la confusión del paralelismo por supuestas sinónimas y la aminoración de su extenso contenido (a partir que sólo entenderla explicada mediante alguno de sus institutos de desarrollo). Finalmente, la liberalización siempre es el punto de partida y los límites para montar cualquier explicación jurídico-administrativa sobre el reacomodo de la intervención estatal frente a la sociedad y las personas.

Por otro lado, y como punto de cierre de las explicaciones sobre el sentido jurídico de la figura, es necesario dar cuenta que la liberalización se acompañó de un intento de «huida del derecho público» que de manera inconsciente y harto exagerada (desconociendo el Derecho administrativo que se venía ensamblado), se manifestó en múltiples ámbitos surgidos de manera posterior al retroceso estatal (por ejemplo en la forma de definir los nacientes contratos de concesión (19), la exagerada amplitud material del naciente arbitraje administrativo (20) o al tratar de conceptualizar la regulación). Estas situaciones viciosas, con pocos fundamentos y razones de fondo, hasta ahora

---

*Chile, entre otros— la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló durante la última década del Siglo XX 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 infraestructura». Ver esta cita en DANOS (p. 60)*

(19) Esto se muestra tras de la idea de *pacto* que reconoce un sector de la doctrina como elemento que define a este tipo de contratos administrativos, utilizando un supuesto acuerdo de partes que reemplazaría a «*las normas administrativas precisamente para dar credibilidad a los compromisos del Estado y para limitar su actuación a determinados parámetros. El contrato de concesión, desde esta perspectiva, es un instrumento para reducir —no para ampliar— la discrecionalidad del Estado y sus agentes*». Ver esta cita en BULLARD (2011: p. 24). Al respecto, y sin ánimo de entrar al detalle de una tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo, habría que indicar que el régimen de formación de estos contratos se sostiene desde el ejercicio de potestades administrativas y en abierta aplicación a una serie de principios públicos, lo cual, de saque, los coloca fuera del pactum y la autonomía de la voluntad de los intervinientes.

(20) No hace mucho se abrió una discusión por el control de los actos administrativos producidos por las organizaciones regulatorias en sede *arbitral*, como si los primeros se tratarán de objetos posibles de ser revisados en esta jurisdicción privada constitucionalmente reconocida, sin tomar en cuenta, entre otras razones sustanciales, la obligatoriedad del control contencioso-administrativo recaído sobre las actuaciones administrativas preceptuado por el artículo 148 de la CP. En ese sentido, aparecieron posiciones que indicaban tan temerariamente que «*la decisión regulatoria es una decisión administrativa y por tanto un acto que no sería de libre disposición. Pero dada la existencia de un contrato ley, el acto del regulador se vuelve una violación contractual privada. Y siendo una vulneración a un contrato privado, estaríamos frente a un tema arbitrable*». Ver esta cita en BULLARD (2011: p. 30). Para una adecuada comprensión del arbitraje administrativo y otras técnicas alternativas de solución de conflictos en vía administrativa se puede revisar los fundamentos sostenidos por BACA ONETO (2006: p. 221 y ss).

nos persiguen, y se muestran tanto en casos de presentación de un desprestigio innecesario y falso en contra de esta ciencia jurídica (21) o al tratar de transponer normas privadas a relaciones jurídico-administrativas, sin pasar por la necesaria *administrativización* del supuesto extraño o ajeno. Quizás, en este último punto (por las consecuencias jurídicas graves que pueda traer hacia los derechos subjetivos), es siempre necesario que los cambios y transformaciones liberalizadores nunca debieron ni deberán perder de vista, siguiendo las palabras claras del profesor CLAVERO ARÉVALO, que el «*Derecho administrativo, concebido tantas veces como un Derecho especial, tiene que olvidarse de tales concepciones y configurarse como lo que es, como el Derecho común de la Administración pública, y, por tanto, no limitarse a recibir los conceptos fabricados por el Derecho común privado*» (22).

En esta última y agotadora tarea principal se encuentra nuestro Derecho administrativo, luego de más de 25 años de iniciada una de las liberalizaciones con mayores resultados beneficiosos que puedan mostrarse y estudiarse en Latinoamérica, pero cuyos efectos siempre necesitarán de dosis elevadas de equilibrio y racionalidad jurídica.

## II. LOS ANTECEDENTES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA CLÁUSULA DEL ESTADO REGULADOR

Los organismos reguladores son creados por el Legislador peruano (23) como una modalidad apartada de las verdaderas AAI, destinadas a desenvolverse principalmente en sectores de fuerte incidencia económica, siempre con una característica fundamental que las identifica: su relativa y variada *autonomía* (de la que daremos cuenta luego) (24), condición de protección organizativa que le permite responder de mejor manera a dos propósitos principales de interés público. Por un lado garantizar la prestación o suministro efectivo de los diversos servicios que están bajo su competencia por parte de los operadores (con características de habitualidad, continuidad, universalidad y calidad en la cobertura a favor del conjunto de los ciudadanos) (25). En segundo término afrontar el objetivo de revisar y resolver los reclamos de los usuarios del servicio

---

(21) El año 2015 un conocido y reputado economista calificó a la LPAG como una norma culpable de la *burocratización* de la vida de los peruanos y medio que impide el avance de los mercados. Se puede revisar la columna de opinión del señor R. ABUSADA en el siguiente enlace: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/peru-trabado-roberto-abusada-salah-noticia-1781382> Última revisión: 14/03/2017.

(22) CLAVERO ARÉVALO (1952: p. 63).

(23) VIRGALA FORURIA (2004).

(24) BETANCOR (2010: p. 314).

(25) FERNÁNDEZ GARCÍA (2004: p. 70).

por prestaciones defectuosas o incumplimiento de contratos de concesión (o surgidos de la ejecución de los respectivos títulos habilitantes de los prestadores).

En cualquier caso son entidades administrativas que desde siempre aparecieron conformadas como separadas de manera *relativa* del Gobierno, los políticos y otras fórmulas diversas de sujeción, por lo tanto, aisladas y protegidas frente a la partidización política y cualquier elemento propio de la jerarquía o *rectoría* (26) respecto de otras administraciones públicas.

Lo anterior no debe confundirse con la figura organizativa de la *adscripción* que el Legislador peruano siempre recoge y reconoce como concepto en las respectivas normas de creación de estos reguladores, a fin de unirlos por afinidad funcional a un Ministerio y al propio Consejo de Ministros (27).

---

(26) El concepto de *rectoría* que aparece reconocido en varias normas de organización administrativas peruanas debe ser entendido como una competencia de dirección y ordenación muy extensa recaída sobre un determinado sector de actuación a favor de una administración pública específica. En cualquier caso esta potestad administrativa debe respetar la división territorial del poder instrumentalizada mediante la descentralización preceptuada por nuestra Constitución. Ahora bien, la *rectoría* incluiría principalmente en cabeza de una organización administrativa, las siguientes funciones: (i) la capacidad de reglamentar con alcance nacional (ii) de colocar bases de actuación y de práctica de potestades parajudiciales para eliminar controversias y presentar criterios uniformes sobre materias controvertidas (a partir de un órgano decisor, pero que siempre quedaría sometido a la presunción *iuris tantum de legalidad* aplicable a sus respectivos actos administrativos) (iii) el ejercicio de ciertas potestades ejecutivas (para formular políticas públicas únicas pero con un cierto margen de adaptabilidad y adecuadas a la citada autonomía de determinadas entidades que comparten roles en la materia) y (iv) finalmente de preparación y formulación de los correspondientes procedimientos que instrumentalizarán las potestades de todas las administraciones públicas intervinientes en la materia correspondiente. Como se notará es un concepto macro, muy de origen peruano, aunque tiene algunos rasgos cercanos a la Constitución Mexicana (ver el artículo 25 de la Constitución Mexicana).

(27) La *adscripción* es un mecanismo o técnica de medida que trata de afirmar la responsabilidad política ante el Congreso de la República de un Ministro respecto de organizaciones administrativas diversas y sobre las que existe una afinidad material y competencial con el Ministerio bajo su mando (por eso la *adscripción* se refiere a un sector de actuación). No es una noción de jerarquía, ni de vinculación sujeta de una entidad administrativa frente a otra. En el Derecho peruano, el Presidente del Consejo de Ministros responde generalmente por diversos organismos funcionalmente heterogéneos pero adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, mientras los demás Ministros responden de manera más homogénea por entidades funcionalmente más cercanas al correspondiente Ministerio al que le corresponde mandar. Debe entenderse que la administración pública peruana del Estado se ha venido organizando en sus relaciones con el Parlamento mediante este instituto introducido al país desde 1963 con la antigua Ley del Presupuesto Funcional, no existiendo mayores datos para temer o alegar una posible afectación de la autonomía relativa de los organismos reguladores, a partir de su aplicación efectiva y frecuente.

Finalmente, este elemento aparece actualmente reconocido de manera única para todos los organismos reguladores, indicándose que quedan adscritos a la Presidencia del consejo de ministros (ver el artículo 32 de la LOPE).

Tampoco puede confundirse con una pérdida de autonomía de esta novedosa administración pública, si es que aparece en una determinada materia o sector de actuación, compartiendo potestades con otras que no gozan de sus presupuestos de protección, pues como bien lo afirmó BETANCOR la pérdida de este presupuesto «no quiere decir que el regulador tenga el monopolio de la ordenación de un mercado o sector económico determinado. El regulador independiente está inserto en un sistema de regulación de dicho sector en el que las potestades administrativas de intervención, control o supervisión están compartidas con otras autoridades administrativas que no responden a esa característica organizativa» (28).

Por otro lado es necesario precisar que estos «entes administrativos» utilizaron varias denominaciones en diferentes países (29), no existiendo hasta la fecha un consenso sobre su *nomen iuris*. Así por ejemplo se denominan *agencias* en el mundo anglosajón (30), *autoridades administrativas* en Italia y/o *autoridades administrativas independientes* en Francia y España, u *organismos reguladores* en nuestro país. Frente a esta terminología tan heterogénea he considerado conveniente utilizar para este trabajo el nombre de *organismos reguladores*, dejando de lado al término ajeno de A.A.I (31) u otros. En cualquier caso esta denominación considero es posible de ser generalizada en el Derecho peruano y su aplicación paritaria debe darse de manera obligatoria como una cura ante la desordenada legislación sectorial, a partir del reconocimiento actual hecho por el legislador peruano (según se explicará a continuación).

Sin embargo, a pesar de disparidad en las nomenclaturas en varias realidades, lo cierto es que la característica común de este tipo de administraciones públicas es que nacen a la par de acontecimientos económicos, políticos

---

(28) BETANCOR (2010: p. 314).

(29) ARAGÓN REYES (2009: p. 45).

(30) En sentidos terminológico y organizativo, utilizar las palabras Comisión y Agencia es lo mismo, teniendo ambas un claro origen en el Derecho norteamericano.

(31) Las administraciones públicas independientes, según definición que es perfectamente trasladable a nuestro Derecho, son «*organizaciones administrativas de carácter institucional no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder ejecutivo*». Ver esta cita en el interesante libro de MAGIDE HERRERO (2000: p. 33). Esta categoría es asumida en el Derecho peruano por el profesor ABRUÑA indicando que sólo quedan incluidas en esta clasificación el «*Jurado Nacional de Elecciones, el Banco Central de Reserva en el ejercicio de sus funciones específicas y la Superintendencia de Bancas y Seguros*». Ver esta cita en ABRUÑA (2010: p. 186).

y jurídicos propios de la liberalización (32). Por ejemplo en España, esta organización administrativa aparece en 1994 con la Ley de ordenación del sistema eléctrico nacional (LOSEN) ley 40/1994 que crea la primera Comisión reguladora española en la electricidad (CSEN), lo que más adelante sería la Comisión Nacional de la Energía (CNE) (33). Luego, continúa en 1996 con la expedición del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio de Liberalización de las Telecomunicaciones, que creó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

A su turno, en Perú se originaron a partir de 1991 en medio de la denominada «*Reforma y modernización del Estado*» (34), proceso amplio que implicó la reducción estatal a una mínima expresión y la implantación —en general— de muchísima flexibilidad en la gestión de las organizaciones administrativas (incluso con la introducción —poco técnica— del Derecho privado). Esta reducción y retirada del Estado abrió paso a la entrada y competencia de nuevos operadores en varios sectores (despublicados) (35) y el correspondiente reacomodo de las nacientes administraciones públicas bajo la cláusula del *Estado regulador* (36).

(32) Ver reflexión preliminar de Fernández ORDÓÑEZ (1999: p. 5) en la obra de LASHERAS (1999).

(33) La CNE nació por Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Sector de Hidrocarburos, y luego fue desarrollado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó su Reglamento.

(34) Esta expresión normativa presentada en el párrafo principal identificó a varios procesos de reforma administrativa iniciados por distintos Gobiernos peruanos. El primero de ellos fue establecido por el ex—Presidente Fujimori durante su primer periodo de gestión. Entre los distintos lineamientos que guiaron este proceso resaltaron: a) el establecimiento de un programa de renuncias voluntarias de empleados públicos y personal de empresas estatales, bajo incentivos económicos; b) la reorganización y creación de entidades cuyas funciones resultaban importantes para el éxito del programa económico del gobierno. Bajo este lineamiento apareció la administración tributaria y aduanera (SUNAT), el primer regulador denominado OSIPTEL (1991), el famoso INDECOPI (1992) y el segundo regulador denominado SUNASS (1992) y; por último, c) la reorganización de la administración pública en general. Posteriormente aparece un segundo intento hacia 1995 bajo el mismo Gobierno fujimorista. En este periodo se creó el tercer regulador denominado OSINERG (1996) y dos años después aparece el cuarto regulador llamado OSITRAN (1998). Un tercer momento fue la llamada modernización del Estado peruano planteada mediante la Ley No. 27658, norma que a lo largo de sus 4 capítulos y 15 artículos buscaba la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y una participación más directa de la Presidencia del Consejo de Ministros en este proceso. Para una revisión profunda de estos procesos de reforma puede examinarse —desde las Ciencias de la administración— la importante obra de RAMÍO MATAS (2008: pp. 60-63).

(35) Ver la obra de MALARET GARCÍA (2003: p. 757).

(36) Desde las Ciencias de la administración el profesor RAMÍO MATAS (2008) señalaba que estos procesos de implantación del Estado regulador parten «*de la base de un proceso de reingeniería organizativa orientando a mejorar la eficiencia y eficacia de los aparatos públicos convencionales, con eficiencia y eficacia orientados a obtener una moderna gestión*».

En suma, es claro que la inclusión del Estado regulador permitió buena parte de la adaptación pública en los años iniciales de nuestra liberalización, a partir de las potestades que se habilitaron a las nuevas entidades regulatorias, siempre en la búsqueda de los dos propósitos antes mencionados y de corregir ineficiencias, desventajas y limitar asimetrías informativas. Sin perjuicio de esto el Estado regulador también aseguró que estos nuevos desempeños administrativos se efectuaran de manera más acorde a los mercados abiertos (pero sin que los últimos —a veces— dejen de ser intensamente intervenidos), en el que se permita la inclusión, participación y entrada de más operadores y agentes económicos. En suma, la *cláusula del Estado regulador* aunque pareciera ser una novedad de la liberalización no renovó nuestra «arquitectura administrativa» (37) (aunque sí permitió el alumbramiento de un Derecho administrativo peruano mucho más serio y científico), siendo correcto afirmar que fue un ajuste de los viejos paradigmas con ciertas nuevas fórmulas de intervención administrativa (38).

### III. EL NACIMIENTO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES PERUANOS

Además del propio proceso de liberalización de los noventa lo cierto es que las transiciones políticas en América Latina ayudaron mucho al nacimiento de las organizaciones regulatorias en esta parte del mundo (39) pues dieron el marco fáctico perfecto para cumplir con las exigencias ciudadanas de creación de Administraciones neutrales, permitir y asegurar el ingreso y participación de operadores económicos privados (inversión extranjera directa) y además originar un sistema mínimo de institucionalidad y gobernanza. En ese sentido, este antecedente histórico también resultó decisivo para nuestro país, no sólo para permitir un retroceso de la presencia estatal en los sectores productivos y de servicios, sino porque frenó los largos procesos de nacionalizaciones confiscatorias (40) que llevó adelante la dictadura militar anterior a

---

*pública; Y por otra parte, de la necesidad de regular con eficiencia y neutralidad política (es decir con autonomía e independencia) numerosos sectores económicos y sociales generándose un proceso de centralidad combinada entre los agentes públicos y el mercado».*

(37) Ver esta gráfica frase en la obra de LAGUNA DE PAZ (2016: p. 34).

(38) MUÑOZ MACHADO (2009: p. 18). Ver estos rasgos aparecidos en España con la implantación del Estado regulador en la obra de LINDE PANIAGUA (2005: pp. 44-45).

(39) La primera transición democrática frente al largo periodo de dictaduras vivido por Latinoamérica comenzó en República Dominicana (1978) y fue seguida luego por Ecuador (1979), Bolivia (1982), Argentina (1983), Nicaragua (1984), Brasil y Uruguay (1985), Guatemala (1986), Chile (1990), El Salvador (1992) y Panamá (1994).

(40) El largo periodo de la dictadura militar (1968-1980) es una época a ser estudiada por el actual Derecho administrativo peruano, pues mucho de lo realizado en esa etapa impactó en varios de los contenidos de los institutos que hasta ahora utilizamos. Por ejemplo

la Constitución de 1979 y que tuvo no pocos reflejos en la segunda parte de la década de los ochenta.

Este panorama sombrío cambió en los primeros años de los noventa, a partir que el país se embarcara en un programa de estabilización económica e inserción en escenarios internacionales aunado a una reforma estructural que incluía el citado y desordenado programa de privatización de empresas estatales. De este modo se eliminaron las restricciones a la inversión extranjera, impulsó la desregulación, la neorregulación y la lucha frontal contra el estatismo imparente en las épocas iniciales de la liberalización (41).

El contexto del nacimiento de los llamados organismos reguladores en el Perú se da en medio de estos procesos, incluso con anterioridad desmonopolización y pulverización de la iniciativa estatal en las telecomunicaciones, pero siempre al amparo de la liberalización emprendida antes de la promulgación de la vigente CP (42). Así pueden establecerse tres etapas claramente marcadas:

- (i) La primera iniciada a mediados de 1991 hasta 1998 que aparece normativamente dispersa y con menos dosis de autonomía para los recién creados.
- (ii) Una segunda a partir del año 2000 hasta el 2005, época en la que se consolida el desarrollo de estas entidades administrativas (a partir de la promulgación de la Ley No. 27332) y en la que también aparecen otras organizaciones administrativas que tienen componentes organizacionales y funcionales cercanos a los iniciales reguladores.

---

la expropiación forzosa y varias de sus deficiencias, tienen que ver con las anómalas construcciones que se usaron en esa época. En este periodo las nacionalizaciones de diversos bienes y servicios no tenían una compensación real, inmediata y efectiva a favor de los privados. Al menos, esto puede predicarse de la entrega de los llamados «bonos de la deuda agraria», tanto que éstos fueron considerados por el actual TCP como un elemento «no cancelatorio» por su propia entrega o tenencia (entonces fueron medios que atentaron contra la garantía patrimonial de los afectados). Ver, entre muchas otras, la STCP, recaída en el Exp. 0022-1996-PI/TC, 16 de julio del 2013, F.J. 14.

(41) ALCAZAR; POLLAROLO (2000: p. 15), BONIFAZ; URRUNAGA (2006: p. 7).

(42) Durante esta época inicial de la liberalización ocurre también la creación del INDECOPI mediante ley No. 25868 de noviembre del 1992, apareciendo configurado como un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Esta figura organizativa (de plena originalidad del legislador de la época) hasta ahora se sigue reconociendo como una especie de nuestra «descentralización funcional», que permite a la entidad «descentralizada» algunos niveles de autonomía y su creación legislativa mediante el uso de la técnica fundacional. Ver estas cuestiones en CABALLERO ORTIZ (1981: p. 7).

Por otro lado, el INDECOPI nació para promover el desarrollo de las libertades en la economía peruana, la leal y honesta competencia, así como para garantizar que los diversos mercados funcionen adecuadamente mediante libre competencia y protección de los consumidores, haciendo una suerte de árbitro general, aunque sin los niveles de autonomía con los que nacieron los organismos reguladores.

Esta etapa puede considerarse como la de reforzamiento institucional, paridad de tratamiento y eliminación de la dispersión con la que surgieron al inicio de la ola liberalizadora.

- (iii) Finalmente, el tercer periodo entre el año 2007 y el 2009 que estuvo marcada por la expedición de la LOPE, la cual ha fijado mecanismos y condiciones para que se creen nuevos reguladores, aunque muchas veces se les reconozca con otros nombres (principalmente con la denominación de Superintendencias y bajo la subcategoría de «Organismos técnicos especializados»).

En las siguientes líneas de este trabajo me ocuparé principalmente de la primera parte, tal como indica el título de este capítulo, sin embargo dado que se tratan de hechos separados sólo por la evolución legislativa aplicable a estas entidades administrativas, en algunas explicaciones introduciré las explicaciones sobre la segunda y tercera fase (esta última con datos más restringidos).

En primer término, como bien afirma DANOS, para el caso peruano no puede considerarse que estas organizaciones administrativas se concentraron sólo en espacios prestacionales. Su irrupción se dio también en ciertos aspectos concesionales con otras justificaciones de corte económico y para controlar ejecuciones contractuales, puesto que la creación de los «*organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras*» (43).

En el mismo sentido, también cabe reconocer que las cuatro iniciales organizaciones regulatorias no fueron planificadas en sus creaciones con un sólo *criterio* (de anterioridad o posterioridad a la aplicación de la correspondiente técnica aparecida en la liberalización). Por ejemplo el primer ámbito donde aparecieron (el OSIPTEL para el sector de telecomunicaciones) ocurrió en noviembre del año 1991 antes de la venta de la compañía peruana de teléfonos (CPT) que prestaba el servicio para la ciudad de Lima Metropolitana y de la propia empresa nacional de telecomunicaciones (ENTEL) que operaba en el resto del territorio peruano (44). Los otros tres aparecieron después de

---

(43) DANOS (2000: p. 60).

(44) El texto original del artículo 79 del Decreto Legislativo No. 702, norma dada dentro del paquete liberalizador y que debe ser catalogada como un instrumento más de neo-regulación, preceptuaba el origen del primer organismo regulador peruano en los siguientes



manera desordenada (45), incluso fuera de la privatización o como parte de los procesos de reforma estatal emprendidos por el Gobierno Fujimorista (46). Así, el OSITRAN surge «en fecha previa al inicio del proceso de otorgamiento de concesiones de infraestructura de transporte de uso público. En cambio, OSINERG fue creado años después del inicio del proceso de transferencia de la propiedad de empresas estatales y del establecimiento del nuevo marco regulador del sector. El caso de SUNASS es especial porque se trata de un organismo que fue creado en el marco del proceso de reestructuración del sector, saneamiento desarrollado durante los primeros años de la década pasada, por el cual los servicios de agua potable y alcantarillado que eran de responsabilidad de una empresa estatal nacional (SENAPA) fueron transferidos a las municipalidades provinciales y distritales, con excepción de la empresa de saneamiento de Lima – Callao (SEDAPAL) que mantiene su calidad de empresa del gobierno nacional» (47).

---

términos: «La Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones, que en adelante se denominará «Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones», se encargará de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas».

(45) Los otros dispositivos de creación de los tres organismos reguladores iniciales de la liberalización surgieron fuera del paquete normativo de 1991. Así en diciembre de 1992, en medio del régimen del auto-golpe se creó el regulador con las dosis de protección organizativa más tenues y con un ordenamiento sumamente disperso, la denominada SUNASS encargada de proponer «las normas para la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria de excretas, reúso de aguas servidas y limpieza pública, fiscalice la prestación de los mismos, evalúe el desempeño de las entidades que los prestan, promueva el desarrollo de esas entidades, así como aplique las sanciones que establezca la legislación sanitaria y recaude las multas y tasas que esa misma legislación disponga» (ver el artículo 1 del decreto ley No. 25965). Posteriormente, el artículo 1 de la ley No. 26734 de 1996 creó el OSINERG (ahora llamado OSINERGMIN) como «organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería». Finalmente, unos años después en 1998, el legislador mediante los artículos 2 y 3 de la ley No. 26917 ordenó la creación del OSITRAN para intervenir en la infraestructura nacional de transporte de uso público y «regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios».

(46) La SUNASS es el ejemplo más claro de la inclusión de una organización cuasi-regulatoria en un proceso de reforma estatal, sin que necesariamente existan espacios de privatización reales (la privatización de empresas estatales no es un presupuesto para su surgimiento). Esto es fácilmente demostrable pues en 1998 la naciente SUNASS había reconocido en su sector a 145 Empresas prestadoras de saneamiento (EPS) incluyendo a la poderosa empresa estatal SEDAPAL. El resto de estos operadores eran de propiedad de una serie de Municipalidades.

(47) DANOS (2000: pp. 61).

Es claro que estos dos ámbitos objetivos enlazados al ingreso de los privados en ciertos desmonopolizados servicios (con la anterior o consecuente privatización de las correspondientes empresas estatales que dejaron estos sectores) y, en segundo lugar, la inclusión de nuevas iniciativas en las infraestructuras en red del transporte terrestre, aéreo, marítimo, ferrocarrilero y fluvial; marcaron el inicio del modelo de competencia y de un incipiente régimen de fallos de mercado (por una asignación ineficiente de recursos mediante precios) que intento adaptar las ideas económicas de la *public choice* y de ciertos datos de la *regulation* norteamericana (48), bajo las cuales el «Estado debe regular para corregir este fallo (...) el mercado puede recuperar su lógica natural y alcanzar, por consiguiente, el óptimo paretiano» (49).

Es decir en este inicial nuevo marco regulatorio el Estado debe eliminar todas aquellas restricciones y barreras burocráticas que tienden a aumentar los costes de transacción, para lograr que los monopolios naturales puedan operar eficientemente sin que se deteriore la calidad del servicio o se generen precios que impliquen un abuso de posición de dominio de ciertos operadores. Esto luego decantara en la necesidad de ejercitar un supuesto nuevo cúmulo de poderes de la «regulación» mediante formas organizativas independientes, transparentes y eficientes, pero siempre ligadas a ámbitos de fuerte contenido económico (con posibilidades de rentabilización empresarial), los cuales marcarán una tendencia de origen —no justificada— de reducción de sus papeles en la realidad actual (50).

---

(48) Se nota mucho la influencia de la escuela económica de Chicago en una serie de documentos sobre la regulación y el papel de los organismos reguladores peruanos. Por todos se pueden revisarse las ideas vertidas en el siguiente enlace: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/MMartinez\\_Chiclayo.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/MMartinez_Chiclayo.pdf). Última revisión: 22/03/2017.

(49) BETANCOR (2010: p. 103). Debe aclararse que en el pasado las fallas del mercado constituyeron un argumento que ha servido para que el Estado proveyera directamente todos los bienes y servicios posibles, creándose la idea extendida en el país del Estado productor.

(50) Creo firmemente, que si existen en nuestra realidad actividades diversas que mezclan a operadores privados y públicos en aspectos tradicionalmente «sociales» (asistencia sanitaria, educación, etc.), pero que sin embargo muestran fuertes aspectos de incidencia empresarial, mercados y nociones económicas, podrán existir los presupuestos y contenidos suficientes para pensar en la aparición de potestades «regulatorias» para evitar daños a terceros, asegurar que estas actuaciones prestacionales «sociales» interanalicen los costes que generan y, por último, puedan tutelar la utilización racional de todo tipo de bienes públicos. Ver estas ideas en LAGUNA DE PAZ (2016: p. 35). Por eso, estimo es posible la creación y funcionamiento de organismos reguladores para servicios esenciales de diversa índole (de doble iniciativa sobre todo), siempre que el Legislador los permita, generando —en paralelo— la reducción o limitación de la jerarquía y las potestades de las administraciones públicas del Estado (y el propio Gobierno).

En cualquier caso en la actualidad muchas de estas consideraciones aparecen reflejadas en los «organismos reguladores en la sombra», organizaciones instrumentales que sin tener esta denominación y con algunos rasgos, se acercan y casi son muy cercanas a las organiza-

Lo anterior es el punto de partida de los «entes» reguladores peruanos, alejándose así del influjo gubernamental y la política, mostrando razonada autonomía, brindando a los inversores en ciertos sectores liberalizados o de nuevas infraestructuras en red, dosis de transparencia, velando al mismo tiempo por un trato imparcial frente a éstos que permita dirimir controversias e incertidumbres. Finalmente garantizando el acceso y los derechos de los usuarios del servicio o el emprendimiento correspondiente. En suma la finalidad última «*de la creación de los organismos anteriormente mencionados, fue la de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras*» (51).

### 1. Una categoría para los organismos reguladores

Más allá de la heterógena denominación utilizada casuísticamente y que puede llevar a confusiones (entre superintendencia u organismos), el ordenamiento peruano reconoce que los organismos reguladores pueden quedar calzados como *administraciones públicas instrumentales*, los cuales evidentemente nacen por un mandato fundacional del Legislador, con personería jurídica-pública propia y otorgada directamente por norma legal, con un nivel dependencia a una de las tres administraciones públicas territoriales (la estatal), pero sin las dotaciones de independencia intensa y que particularmente la CP (y también la antigua Constitución) sólo otorga y reserva para las verdaderas *administraciones públicas independientes* (especie de organización administrativa institucional que como adelanté sólo puede ser predicada para el Jurado Nacional de Elecciones, la SBS y el BCR).

Al respecto el profesor ABRUÑA ha sido bastante claro en clasificar a este tipo de entidades administrativas, siendo jurídicamente posible que la siguiente definición que citaré pueda ser trasladable a su aparición e incluso resulte aplicable en las actuales circunstancias (dada la falta de cambio legislativo o constitucional sobre la independencia). Los organismos reguladores fueron y son *organizaciones instrumentales*, en tanto, aparecen configurados por el legislador con una «*cierta autonomía relativa con respecto a una organización pública superior, corporativa o estrictamente institucional, de la que dependen y a la que sirven. Son manifestaciones del uso de la técnica de descentralización, pero encierran en sí un fenómeno complejo en el que con una base común,*

---

ciones administrativas que vengo explicado. Del estatuto de algunas de estas Administraciones públicas me ocuparé en la última parte de esta colaboración.

(51) TASSANO VELAOCHAGA (2006: p. 246).

*personalidad jurídica y cierta autonomía, los fines, medios, dependencias y sujeción al Derecho Público pueden ser muy diversos. Son creadas para gestionar una actividad propia de la Administración Pública de la que dependen, de ahí que se les denomine instrumentales»* (52).

Es más, en concordancia con esta anterior categoría que desmitifica la supuesta independencia de los organismos reguladores respecto del Gobierno y el conjunto del Poder ejecutivo, estas entidades administrativas de la liberalización surgieron como fenómenos organizativos de una poco analizada *descentralización por servicios o funcional*, concepto que sin embargo aparecía reconocido expresamente en el antiguo Decreto Legislativo No. 560. En esta norma se permitía la creación de entidades administrativas dependientes del Presidente del Consejo de Ministros dedicadas a diversas actuaciones, pero con algún nivel de autonomía administrativa (ver los artículos 55, 56 y 57 del citado dispositivo). En años posteriores del presente siglo, esta misma noción de descentralización funcional también quedó reconocida en la actual LOPE a través de las denominadas entidades del Poder ejecutivo que quedaron adscritas a un específico Ministerio. Estas últimas pueden ser de dos tipos: (i) los organismos públicos ejecutores y (ii) los organismos públicos especializados (ver los artículos 28 y 29 de la ley No. 29158). Justamente dentro de esta última subcategoría se ha reconocido a los *organismos reguladores* como entidades de intervención básicamente economicista, puesto que actúan «en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional» (ver el artículo 32 de la citada ley No. 29158).

En suma, aunque la actual normativa de organización de la administración del Estado presenta un nivel más alto de autonomía a favor del desenvolvimiento de los organismos reguladores, en virtud de la abierta eliminación de una serie de antiguas y expresas declaraciones de dependencia o pertenencia que se pueden revisar en las normas legales de creación de estas entidades (53), lo cierto es que antes y ahora puede catalogárseles como *administraciones institucionales instrumentales* capaces de tener un ámbito de protección con

---

(52) ABRUÑA (2010: pp. 180-181).

(53) Por ejemplo, resultaba bastante claro el original artículo 80 del Decreto Legislativo No. 702 que señalaba al OSIPTEL como «un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera». En el mismo sentido aparece el artículo 1 de la Ley No. 26734 que aunque declara al inicial OSINERG como entidad con «personería jurídica de Derecho Público Interno» y con un nivel alto «de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera», aparecía configurado finalmente con un nivel de «pertenencia» al Ministerio de Energía y Minas. Más gráfica resultó la expresión contenida en el artículo 1 del decreto ley No. 25965 por la que se declaró que la SUNASS es «una Institución Pública Descentralizada» y autónoma, pero «perteneciente» al desaparecido Ministerio de la Presidencia.

niveles intensos de autonomía que deben ser sostenidos desde formas diversas (principalmente en la selección de sus directivos y otros mecanismos que permitan aislar su desempeño competencial). Sin embargo, dada su manifestada categorización siempre serán organizaciones administrativas necesitadas de que el Legislador apruebe y extienda ciertos modos de lejanía y de protección (mediante la no intervención sujeta por parte del Gobierno y las propias administraciones ministeriales).

Así los organismos reguladores son depositarios y claras muestras organizativas de la descentralización funcional que imperó y hasta ahora subsiste en nuestro Derecho administrativo de la organización, apareciendo la última como una noción centrada en dotar al sujeto creado de una personalidad jurídica-pública distinta y propia, además de una serie de medios materiales, humanos y competenciales, pero siempre con algún de dependencia respecto de la organización administrativa fundadora, dato de origen que permite el nacimiento de múltiples opciones organizativas con más o menos niveles de autonomía administrativa, funcional, económica-financiera, de personal (54). En particular, y como una muestra concreta de la amplitud de supuestos que recoge la descentralización funcional peruana, los organismos reguladores se ubicaron y mantienen una posición de tutela y protección distinta incluso respecto de otras integradas en el conjunto de entidades instrumentales del Poder ejecutivo (55), dado su papel y la necesidad de muestras o manifestaciones

---

(54) Ver sobre los conceptos de la administración institucionales y la descentralización funcional en CABALLERO ORTIZ (1981) y ARIÑO ORTIZ (1974).

(55) Una muestra incompleta y por pulirse de esta protección diferenciada es el régimen de los órganos de gobierno de estos organismos reguladores. El Legislador indica que estas entidades administrativas se encuentran dirigidas «por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese» (ver numeral 6 del artículo 32 de la ley No. 29158). Al respecto creo que la única de construir un régimen de directivos de los Organismos reguladores alejado de los políticos es configurarlo como un componente o escalera final de una especial *carrera profesional y pública del personal regulatorio*, en la que existan posibilidades de concursos internos de ascenso entre los funcionarios que desde siempre han trabajado en el ejercicio de potestades y actuaciones de sectores regulados. No creo que el actual esquema de concursos públicos y designación con remoción por causales tasadas dirigidos por la Presidencia del Consejo de Ministros sea del todo malo respecto de la protección de la autonomía de la organización regulatoria, sin embargo nunca podrá ser comparable con un sistema de carrera que permita elegir a los mejores dentro del grupo de funcionarios concursados (que no le deben el puesto a nadie más que a sus capacidades y méritos personales). Vale decir, que el Legislador peruano podría construir, a razón de la Ley del servicio civil y la irrupción de un modelo de carrera vertical y horizontal, un sistema especial y distinto para este personal administrativo tan particular, incluyendo en la capa superior a sus respectivos Directivos y Gerentes.

concretas de *despolitización* que exigía el inicio de la liberalización (56), aunque siempre aparecerán rasgos de su vinculación de dependencia o cierto nivel de subordinación con el gobierno y ministerios (57).

Incluso esta mencionadas extensión y diversidad subsisten hasta el día de hoy. Al respecto dadas las similitudes entre las subcategorías de Organismos públicos del Poder Ejecutivo y el dato de la independencia competencial «*con arreglo a su Ley de creación*» que otorga el Legislador al barrido para los Organismos reguladores y otra modalidad de entidad instrumental (ver el artículo 31 de la LOPE), es que en el seno de nuestra descentralización funcional se viene produciendo un fenómeno extraño de intercambiabilidad y relativización de las denominaciones aplicadas al conjunto de estas puntuales organizaciones administrativas, bajo el cual se puede indicar normativamente una nomenclatura y supuestas diferencias funcionales u organizativas, pero en la realidad terminan apareciendo más cercanías que diferencias entre las administraciones públicas comparadas. Por tanto, a pesar que el Legislador pretenda plantear distancias entre los denominados organismos reguladores y los organismos técnicos especializados, algunas de las entidades administrativas creadas dentro de la última subcategoría aparecen ejercitando labores propias y conformadas con la estructura propia de un organismo regulador, aunque con protecciones y garantías más tenues (a pesar de la independencia funcional general preceptuada por la propia LOPE) (58).

Por último el TCP aunque no ha construido nociones organizativas aplicables a los organismos reguladores, lo cierto en algunas sentencias de la década pasada se han intentado reforzar el valor de la *autonomía* de estas entidades administrativas, comprendiendo que esta característica otorgada por

---

(56) La preocupación por la obligatoriedad de la despolitización de los reguladores se ha mostrado en diferentes países occidentales. Así, un importante autor hace algunos años atrás consideraba que parte de las comisiones reguladoras de los servicios de red españoles habían sido copados: «*Los partidos políticos las han invadido, sus decisiones y las votaciones en su seno han estado cada vez más «alineadas», según las posiciones políticas de quienes nombran a sus miembros, con o sin instrucciones; las injerencias políticas en ellas han sido crecientes, y ello alcanzó su clímax cuando hace ya más de dos años (abril de 2007) el presidente de la CNMV decidió dimitir ante el intervencionismo gubernamental en la OPA sobre Endesa de Enel y Acciona*». Ver este comentario crítico del profesor G. ARIÑO, G en el siguiente enlace: <http://www.expansion.com/2009/07/17/opinion/1247861372.html>. Última revisión: 23/03/2017.

(57) Una muestra actual de esta dependencia o subordinación específica y controlada de los Organismos reguladores peruanos es que estas entidades deberán determinar «*su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno*» (ver el numeral 1 del artículo 32 de la señalada LOPE).

(58) En suma, dada su falta de sistemática y coherencia, el legislador peruano superó hace buen tiempo el listado «cerrado» de Organismos reguladores establecido en el artículo 1 de la ley No. 27332.

el Legislador es muy valiosa para recubrir el correcto ejercicio de las potestades regulatorias y su propio funcionamiento de cara al interés público. Así, el Alto tribunal ha indicado que la «supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos creados por Ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable» (59). Además, el TCP intuye la necesidad de componentes organizacionales distintos de estas entidades señalando que el «Estado a través de los denominados Organismos Reguladores, controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, generar condiciones de competencia en los segmentos donde esta sea posible» (60).

#### IV. LOS ORGANISMOS REGULADORES APARECIERON Y CONTINÚAN COMO CUASI-INDEPENDIENTES

Considero que un dato distinto y novedoso de los organismos reguladores creados al inicio de la liberalización peruana es el relativo nivel de *cuasi-independencia* con el que aparecieron, debiendo entenderse que este dato organizativo es consecuencia de las distintas formas de autonomía reconocidas legislativamente (casi siempre relacionadas con aspectos administrativos, económicos-financiero y de gestión) y que no quitan ni aportan nada respecto de su categorización como entidad instrumental, aunque si abren el espacio para construir su régimen especial de organización. En suma se tratan de administraciones públicas surgidas con un amplio manejo técnico, funcional y capacidad para auto-organizarse y autoadministrarse (siempre con ciertos límites), pero sin la posibilidad de ser *independientes*, en tanto, separadas política y completamente del Gobierno y la administración del Estado. Si se quiere surgieron para tener un «ámbito de libre determinación, y la consiguiente relegación de la Administración gubernativa a un control esencialmente defensivo, es decir, más centrado en evitar que la entidad lesione intereses generales en el proceso de satisfacción de los intereses colectivos sobre los que se estructura, que en guiarla en el servicio de estos últimos» (61).

Sobre esto último, aunque la autonomía (y su producto específico: la *cuasi-independencia*) y la propia independencia puedan plantear la posibilidad de una diferencia de grado o intensidad, que no sólo se manifiesta en las distintas categorizaciones de entidad administrativa instrumental y administra-

(59) STCP, recaída en el Exp. 005-2003-AI, 03 de octubre del 2003, FJ 10.

(60) STCP, recaída en el Exp. 00034-2004-PI/TC, 15 de febrero de 2005, FJ 39.

(61) MAGIDE HERRERO (2000: p. 57).

ciones independientes, considero que en el caso de los iniciales organismos reguladores es mejor diferenciar a estas nociones en clave cualitativa puesto que la independencia siempre supone el rompimiento «*de la relación de instrumentalidad. Ruptura que no va dirigida a hacer posible la autoadministración, sino la neutralización política de una determinada actividad administrativa*» (62).

A partir de la distancia conceptual planteada, es evidente que la completa neutralización política del Gobierno nunca fue ni será predicable para nuestros organismos reguladores [entendido este concepto en un sentido jurídico de nula posibilidad de dirección del políticamente elegido o designado por éste dentro del Poder ejecutivo (63)], aunque tengan reconocidos por el Legislador un gran espacio y márgenes de maniobra para servir de manera mucho más neutral y objetiva a los intereses públicos sectoriales aparecidos en ámbitos prestacionales o de infraestructura en red. En suma el término *cuasi-independencia*, dada la posibilidad terminológica que existe en nuestro Derecho, abre el espacio para mostrarse como una denominación sintética que resume y junta a las diferentes autonomías reconocidas expresamente por el Legislador respecto de estas específicas entidades instrumentales (tanto antes como en la actualidad).

En adición, aunque se trate de una cuestión adaptada a la tercera etapa y a las vigentes reglas implantadas por la LOPE, bien vale la pena entender que la cuasi-independencia es la interpretación correcta de la genérica y actual calificación legal dada a los organismos reguladores como entidades administrativas con «*independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación*» (ver el artículo 31 de la LOPE). El contenido de esta protección funcional esta emparentado a lo que SÁNCHEZ MORÓN denominó *autonomía de gestión*, noción que siempre resulta «*limitada en todo caso (...) aquellos organismos dependen de una Administración territorial (a través de un Ministerio en el caso del Estado)*» (64).

Pero regresemos a los inicios. Ahora bien esta característica esencial mostrada en la primera Legislación de creación de los Organismos reguladores se basa en dos pilares fácilmente discernibles y de permanente aparición positiva (incluso en las etapas posteriores al término de ola liberalizadora), a saber los aspectos propios respecto de «*las autoridades que integran su máximo órgano colegiado, además de su presidente, que no pueden ser cesados libremente por el Gobierno*» (65). En segundo la existencia de «*una prohibición*

---

(62) MAGIDE HERRERO (Ibidem, p. 58).

(63) ABRUÑA (2010: p. 185).

(64) SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 409).

(65) BETANCOR (2010: p. 314).



*de impartición de órdenes e instrucciones por parte de éste que lo aleje de la función asignada» (66).*

En ese sentido estos fundamentos diagraman los tipos de cuasi-independencia de los reguladores (o notas cercana a ella) las cuales deben aparecer efectivamente para ser considerados como tales (más allá del mero reconocimiento normativo). Existiendo así la *orgánica* y la *funcional*, ambas siempre respecto del Gobierno de turno. La primera está referida al nombramiento, remoción y cese de sus directivos y los mecanismos que se usan para tales fines (el estatuto personal de estos máximos funcionarios públicos). La segunda se encuentra planteada con respecto a la existencia de una relación de jerarquía, tutela o control del mismo Gobierno respecto de estas entidades manifestada en el dictado de instrucciones o directrices de obligado o vinculante cumplimiento, o, mediante la posibilidad de modificar actos resolutorios o decisiones regulatorias mediante algún tipo de recurso administrativo o mecanismo propio del ejercicio de potestades gubernativas (el encuadre organizativo y funcional del Gobierno ante estas nuevas entidades administrativas).

Vale decir que a partir de la influencia anglosajona con la que se fundaron nuestras organizaciones regulatorias, la cuasi-independencia fue intentada de ser asumida como un «*supuesto aislamiento*» de la influencia del poder encarnado en el Poder Ejecutivo, buscando separar la política y la administración, a partir de una intensa autonomía organizativa y la imposibilidad de intervención, participación conjunta o revisión de roles por parte de los Gobiernos y otras administraciones públicas. Sin embargo esta última posición extrema y ya entrada en años, no encuentra encaje constitucional actual y supone el desconocimiento de una serie de razones técnicas, de gestión y jurídicas que han ido por un camino más cercano a la conjunción de esfuerzos administrativos, a fin de afrontar mercados ordenados no sólo por las primeras entidades administrativas (tal como actualmente viene sucediendo con el Organismo de Fiscalización Ambiental y su espacio competencial compartido con los organismos reguladores clásicos creados al inicio de la ola liberalizadora) (67).

A partir de esta cuasi-independencia de doble modalidad se puede construir una serie de adicionales consideraciones definitorias de estas entidades instrumentales. La más importante es la *especialidad* de esta organización administrativa con la que apareció para afrontar la transformación de los sectores despubblicados, con el propósito de asumir el papel de garante, supervisor y vigilante de las prestaciones brindadas por terceros, además del competente para el ejercicio de potestades de «*asignación de medios escasos o a la*

---

(66) BETANCOR (2010: p. 314).

(67) BETANCOR (2010: p. 327).

*imposición de obligaciones adicionales de servicio» (68). En ese sentido, como bien ha afirmado el profesor BETANCOR, deben convertirse en organizaciones administrativas con algún nivel de independencia cuya especialización afecta a «la función y a la organización. Esta es una organización especial para desarrollar una función especial. La especialidad de la organización tiene por finalidad facilitar la especialización adecuada para el óptimo desarrollo de la intervención regulatoria en el contexto de las singulares circunstancias del mercado. La regulación precisa reguladores y éstos deben ser tan especiales como la regulación que han de desenvolver que, a su vez, será tan especial como el mercado sobre el que se va a proyectar dicha intervención» (69). Es decir son especiales en tanto «organismos únicos y establecidos ad hoc, a los que se tiende a atribuir en bloque funciones de regulación referentes a actividades o sectores de interés general» (70).*

Por otro lado aparejadas a las dos anteriores aparece la *imparcialidad* que también resulto muy resaltada en el régimen de creación de estas organizaciones administrativas (71). Esta característica organizativa aparece configurada para reforzar la neutralidad y objetividad técnica con la que deben desenvolverse en los sectores liberalizados, principalmente en el desempeño de las llamadas potestades administrativas parajudiciales (de resolución de conflictos e incertidumbres mediante impugnaciones), las cuales, como bien afirmó ABRUÑA (para todas las administraciones públicas incluyendo las regulatorias) no representan «*expresión de potestad judicial (...) pues sus actos son realizados en virtud de una potestad administrativa que se encuentra revestida de la presunción iuris tantum de legalidad, a diferencia de la presunción iuris et de iure de legalidad de la que están dotados los actos realizados en virtud de potestad judicial*» (72).

Para cerrar las relaciones conceptuales de la cuasi-independencia vale indicar que aunque no aparecen expresamente reconocidas en los dispositivos iniciales, existen dos características adicionales que se enlazan con esta noción y aparecen implícitas en estos textos legislativos. Estas nociones han sido muy bien planteados por BETANCOR y han servido para otorgar la cobertura suficiente: (i) al nacimiento de mecanismos para solucionar los conflictos de interés aparecidos en supuestos concretos (monopolios naturales y los servicios

(68) SCHMIDT-ASSMANN (2003: p. 257).

(69) BETANCOR (2010: pp. 317-318).

(70) BACIGALUPO SAGESSE (2008: p. 17).

(71) Ver esta característica implícitamente recogida en el original artículo 79 del Decreto Legislativo No. 702 tras el ámbito objetivo del OSIPTEL como entidad administrativa encargada en el servicio de telecomunicaciones de «*garantizar la calidad y eficiencia (...) brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas*».

(72) ABRUÑA (2010: p. 113).

en red); y (ii) para crear instrumentos y actuaciones que permitan tener cierta de credibilidad ante los sujetos del mercado liberalizado (73). Ambas no han tenido desarrollo en las actuales circunstancias, aunque aparecen pensados en ciertas políticas de comunicación institucional y datos del empleo público practicados por estas organizaciones regulatorias.

Como última cuestión es necesario indicar que la cuasi-independencia aparecida durante el surgimiento de las organizaciones regulatorias, al estar basada en la autonomía y otros datos organizativos planteados por el Legislador en cada norma de creación (esencialmente los niveles de dependencia o vinculación subjetiva), no siempre pudo (y podrá) atribuirse de igual manera a los organismos reguladores iniciales (ni tampoco a los nuevos que se han creado a partir de la segunda etapa antes mencionada). Esta cuestión de disparidad en el tratamiento determina la necesidad de revisar casuísticamente sus regímenes de autonomía, bajo la idea de una manifiesta diversificación organizativa regulatoria (74).

Así, puede establecerse un primer grupo de reguladores en los que la cuasi-independencia se configuró con múltiples ámbitos de auto-organización y auto-administración, básicamente en aspectos administrativos, económicos, financieros y en los que aparecieron finalmente reflejados en una lenta construcción de la selección y remoción diferenciada de Directivos y menos niveles de sujeción respecto del propio Presidente de la República o de una concreta entidad ministerial (cuestiones que sobre todo se afianzaron durante la segunda etapa a partir de la promulgación de la Ley No. 27332). En este grupo puede considerarse al OSIPTEL, OSINERG y OSITRAN, todas entidades regulatorias en las que se puede revisar unos iniciales datos de fuerte y estricta dependencia (75) pero con dosis altas de autonomía funcional, que terminaron por ensamblar una ordenación propia y equilibrada con potestades administrativas protegidas.

El segundo grupo está conformado en solitario por la SUNASS, entidad instrumental que, como adelanté, no surgió como una directa consecuencia o necesidad de respuesta regulatoria en el subsector saneamiento (sino como producto del proceso de reforma y disminución del aparato administrativo estatal), apareciendo en sus orígenes con una dependencia directa a una extinta organización ministerial (el Ministerio de la Presidencia), «con personería de derecho público» y «patrimonio propio y autonomía funcional,

---

(73) BETANCOR (2010: pp. 331-334).

(74) SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 407).

(75) Por todos, puede revisarse el texto original del artículo 80 del Decreto Legislativo No. 702 que preceptuaba que el «Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera».

*económica, técnica, financiera y administrativa*» (ver el artículo 1 del Decreto Ley No. 25965). El dato diferenciador en este regulador se encontraba en el señalamiento como único órgano de gobierno al correspondiente Superintendente, sin que ningún Consejo Directivo aparezca en esta posición máxima, situación que en la práctica aminoró las posibilidades reales de autonomía funcional de esta organización regulatoria, puesto que la designación de este órgano unipersonal correspondía «al Presidente de la República, a propuesta del Ministro de la Presidencia, mediante Resolución Suprema» (ver el artículo 16 de la Ley No. 26284) (76).

Debe indicarse que la evolución legislativa y reglamentaria colaboró mucho en fortalecer una cuasi-independencia más vertebrada y real de ambos grupos durante la segunda etapa de la historia de los organismos reguladores, demostrada —en concreto— con la introducción de un esencial y estándar régimen de acceso y remoción regulada del conjunto de Directivos de estas entidades. En ese sentido, nunca debe dejar de tomarse en cuenta a la Ley No. 27332 como la reductora del margen de las remociones (77) y, en fechas posteriores, a la esencial reforma de origen reglamentario que permitió la primera aplicación de concursos públicos (78) como técnica de salvaguarda de las designaciones del Presidente y miembros en los respectivos Consejos Directivos, permitiéndose así algún grado de aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En suma en la etapa de la unificación normativa se produjo un reforzamiento muy importante de la cuasi-independencia *orgánica*, aunque algunos

---

(76) También puede revisarse esta diferencia organizativa de la naciente SUNASS en DANOS (2000: p. 67).

(77) El reformado numeral 6.4 de esta ley reducía las causales de remoción de miembros sólo a los casos «*de falta grave debidamente comprobada y fundamentada, previa investigación en la que se les otorga un plazo de quince (15) días para presentar sus descargos, de conformidad con lo que se señale en sus respectivos reglamentos*».

(78) A pesar que la Ley No. 27332 sólo presentaba un régimen de acceso mediante designaciones, la posterior norma reglamentaria contenida en el Decreto Supremo No. 014-2008-PCM en sus artículos 2 y 9 admitió por primera vez el ingreso de Directivos de organismos reguladores mediante concursos públicos, abiertos y mediante la actuación de una Comisión evaluadora integrada por cuatro integrantes de corte técnico (que representaban a los Ministerios impactados por la actividad regulada). En este esquema de selección que se mantiene hasta la actualidad, una vez terminado el concurso, la Comisión selecciona una terna de candidatos que era dada a conocer al Presidente del Consejo de Ministros y éste, a su vez, lo presentaba al Presidente de la República. Finalmente es el Presidente de la República quien designa —de manera discrecional asumiendo cualquiera de las tres opciones— mediante Resolución Suprema a los miembros o miembro que integrarán el Consejo Directivo del organismo regulador. En conclusión esta norma reglamentaria creó un sistema de acceso mixto o intermedio para la alta burocracia de estas entidades administrativas (en el que se mezclan las fórmulas de concurso público y el sistema de libre designación política).

datos de esta época reflejan también la disminución de la intensidad de la dependencia al eliminarse este término de la definición contenida en el artículo 1 de la Ley No. 27332. Quedando los organismos reguladores reforzados en su ámbito competencial y autonomía funcional (al eliminarse cualquier forma de práctica de potestades de dirección activa y directa), pero nunca desligados de una vinculación y control de protección por parte del Gobierno (esencialmente para evitar cualquier lesión de intereses públicos y otras cuestiones puntuales de política general que no podían dejar de ser asumidas por el gobierno) (79).

Todos estos avances terminaron configurando las entidades administrativas que ahora conocemos y que se sostienen sobre la base de un régimen de apariencia estatutaria (80) compuesto por una garantía legal y reglamentaria de «*especial autonomía técnica y funcional respecto del poder político*» (81). La superación de la dependencia y control positivo que previó el Legislador en los primeros años de la liberalización y que se extendió hasta terminar la primera década del siglo pasado terminó transformándose completamente, permitiendo luego un segundo periodo de configuración como entidades administrativas con una importante cuasi-independencia protegida, pero que siguen manteniendo la incardinación y el valor de su instrumentalidad dentro del conjunto administraciones públicas estatales ubicadas en el Poder ejecutivo.

## V. EL PRIMER ORDEN COMPETENCIAL DE LOS REGULADORES

El surgimiento de este tipo de entidades administrativas estuvo marcado por un orden competencial disímil (82), en razón de la dispersa normatividad

(79) MAGIDE HERRERO (2000: p. 57).

(80) Indico la condición de «apariencia estatutaria» pues aparece como un régimen de reglas cerradas e imposibles de ser ampliadas en cuanto a los destinatarios (ver la lista de *numerus clausus* del artículo 1 de la Ley No. 27332), debido a la singularidades funcionales y organizativas de los organismos reguladores, pero que, sin embargo, dado el desorden de nuestra descentralización funcional y la falta de un adecuado Derecho administrativo de la organización, ha llevado al acercamiento muy estrecho de algunas entidades instrumentales de reciente creación para situarse en la posición de auténticos reguladores en la sombra, a pesar de denominarse y asimilarse a la subcategoría legislativa de «organismos técnicos especializados» (ver el artículo 31 de la LOPE). En el acápite final de este apartado trataré brevemente sobre esta cuestión tan actual, pero necesitada de contrastar respecto a los inicios de la liberalización.

(81) DANOS (2000: p. 63).

(82) Existieron un total de cinco leyes que habilitaron de diferentes potestades a los nacientes organismos reguladores, a saber: el Decreto Legislativo No. 702 (artículos 80, 81 y 82) para el OSIPTEL, la Ley No. 26284 (artículos 10 al 15) y el Decreto Ley No. 25965 (artículo 1) para la SUNASS, la Ley No. 26734 (artículo 5) para el OSINERG y por último la Ley No. 26917 (artículos 4 al 8) para el OSITRAN. Posteriormente, el Legislador ha tenido

que acompañó y otorgó cobertura a sus sucesivas creaciones, característica última manifestada con la promulgación de alguna norma legal extra que se necesitó para terminar de completar el proceso de habilitación de potestades administrativas a favor de estas nuevas organizaciones instrumentales. A pesar de este inicio algo caótico lo cierto es que si es posible encontrar un núcleo de potestades básicamente centradas y de cobertura en el régimen de política administrativa (el grupo de funciones más importante y representativo), potestades regulatorias no limitatorias, sumadas a potestades reglamentarias, auto-organizativas y de corte interno y parajudiciales, las cuales —más allá y salvo denominaciones disímiles aparecidas con las atribuciones dispersas— se han mantenido hasta la actualidad (ver los vigentes artículos 3, 4 y 5 de la Ley No. 27332).

El primer conjunto son potestades que resultan completamente explicables y contenidas en la clásicas técnicas de la policía administrativa (83), salvo algunos agregados más recientes y bastante escasos de entidad conceptual (84). Pudiendo clasificarse en: (i) potestades de ordenación y control (85) regulatorio destinadas a mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los operadores (allí donde el sector lo permita) o de mantenimiento de estándares de calidad y eficiencia en las actuaciones prestacionales o correspondientes ejecuciones contractuales de las concesiones de la infraestructura del transporte y servicios (manifestada principalmente en la posibilidad de imponer órdenes, mandatos prohibitivos, y medidas correctivas) (ii) potestades de supervisión y

---

un intento fallido por intentar uniformizar el orden competencial mediante la implantación de un solo régimen de potestades (ver los artículos 3, 4 y 5 de la Ley No. 27332), sin embargo al dejar vigentes todas las normas de creación (con una derogación diferida y supeditada a la producción de los nuevos regímenes, los cuales en muchos casos nunca se crearon salvo alguna excepción), permitió la coexistencia de un orden competencial único y las potestades propias habilitadas durante la primera fase de creación. Es decir, mezcló el orden con la dispersión funcional, situación que demuestra la falta de sistémica y política normativa que nos acompaña en múltiples ámbitos de actuación.

(83) Considero que el concepto de policía administrativa debe ser entendido en como una categoría institucional manifestada en diversas potestades destinadas a limitar y delimitar derechos y libertades, a fin de mantener el orden público. Esta última noción ha sido definida como «un mínimo juzgado imprescindible para la convivencia en comunidad». Ver esta última cita en REBOLLO PUIG (1999: p. 281).

(84) Tal como lo ha podido demostrar el profesor LAGUNA DE PAZ (2016: pp. 33-34).

(85) DANOS (2000: p. 73). En la actualidad, es claro que estos mecanismos de control ha tenido avances hacia técnicas más flexibles, aunque no con los nombres comunitarios, que por sobre todo buscan el cumplimiento de «*deberes de información y transparencia, actividades comunicadas y declaraciones responsables (...) procedimientos de evaluación y auditoría (...) que eliminan trabas burocráticas a las empresas*». Ver esta cita en SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 644).

fiscalización (86) referidas principalmente al contraste material, revisión del cumplimiento de diversas obligaciones normativas, contractuales y técnicas por parte de los correspondientes operadores y agentes regulados, todas las cuales quedarían enmarcadas en una gran competencia inspectiva (87) (iii) potestades de delimitación del contenido de los derechos de los regulados (iv) potestades de investigación preliminar y de indagación de medios indiciarios, que puede aparecer en paralelo o juntas con las anteriores (v) potestades sancionadoras en contra de conductas tipificadas y cometidas por los sujetos regulados (lo cual incluía las subpotestades de inicio, procesamiento, imposición de punición y ejecución de la misma).

En segundo lugar las potestades regulatorias no limitatorias estaban principalmente compuestas por: (i) Competencias diversas de promoción, información y sostenimiento de la competencia leal en el sector regulado, además de «*determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes*» (88) (ii) Potestades tarifarias que permitieron establecer la remuneración de ciertos concesionarios de naturaleza privada (89) (iii) potestades de fijación de precios manifestada principalmente en las actuaciones del OSITRAN respecto a mercados relativamente competitivos en los que no existían cláusulas tarifarias y con relación a «*otros cobros*» (90) y (iv) potestades de colaboración y asistencia con las entidades ministeriales competentes y cercanas al sector regulado.

---

(86) La fiscalización y supervisión por el estricto y necesario funcionamiento del sector para el cual han sido creados, y el diseño de mecanismos que permitan mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios o infraestructuras bajo su competencia, han sido de las cuestiones que más ha resaltado el TCP para los Organismos reguladores. Ver al respecto la STCP, recaída en el Exp. 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre del 2003, F.J 38, 39, 40 y 41.

(87) LAGUNA DE PAZ (2010: pp. 262-263).

(88) DANOS (2000: p. 73).

(89) Al respecto, debe entenderse que la tarifa «*debería reservarse a la remuneración exigida por la prestación de un servicio a través de concesionario o de entidad que actúa en régimen de derecho privado. La tarifa no es un ingreso de derecho público y no es manifestación de la potestad tributaria. La tarifa es ejercicio de la potestad tarifaria que nace con la conversión de una actividad de contenido económico en servicio público. En este sentido su fijación es fruto de una resolución sometida al Derecho administrativo, pero esta resolución no debe adecuarse a la normativa tributaria. La determinación de la tarifa responde a la financiación del servicio y, en el caso del concesionario, se vincula a la formalización del contrato concesional. No es fruto de un acuerdo, pero queda anudada a la vida del contrato en virtud del principio del equilibrio financiero*». Ver esta cita perfectamente adaptable a nuestro Derecho de las concesiones de servicios en TORNOS MAS (1994: p. 87).

(90) Este tipo de precios distintos a las tarifas aparecen cuando existen «*mercados que no funcionan en régimen de competencia efectiva (...) Con frecuencia, este es el caso de los sectores verticalmente integrados, en los que la prestación de servicios requiere la utilización de infraestructuras difícilmente replicables*». Ver esta cita en LAGUNA DE PAZ (2010: p. 258).

Tanto las potestades de policía regulatoria como las no directamente limitantes habilitadas a favor de los cuatro organismos reguladores antes mencionados, conformaron la esencia de la citada primera *cláusula del Estado regulador* (de origen legal), que restringió las labores prestacionales públicas, permitió la destrucción del estatatismo y devolvió el protagonismo a los privados dentro de la vida social y económica del país (según lo reclamado por la subsidiariedad horizontal). Este orden competencial exacto adentró a estas nuevas entidades instrumentales en los caminos de la búsqueda del buen funcionamiento del mercado a través de la competencia y la libre concurrencia, pero sin dejar de preservar el equilibrio entre los intereses de los diferentes participantes (operadores, consumidores, usuarios, terceros interesados). Es desde esta doble perspectiva que los organismos reguladores peruanos encontraron su utilidad y justificación en cada uno de los sectores que sucesivamente fueron liberalizados.

Pero el recuento de las potestades definitorias e iniciales de los organismos reguladores no estaría completo si es que no se muestran algunas notas importantes sobre las potestades reglamentarias y parajudiciales, siendo ambas fundamentales para completar el mantenimiento de las condiciones adecuadas para superar y encontrar respuestas ante las disputas o incertidumbres de los participantes y, en adición, un marco de estabilidad jurídica apropiado que permite el despliegue de «*la confianza en el respeto a las reglas de juego, favorece la seguridad jurídica, y con ello, el desarrollo de la actividad económica*» (91).

En primer término, las potestades reglamentarias fueron instrumentalizadas para ejecutar y desarrollar las incompletas y parcas normas legales de creación y funcionamiento de los organismos reguladores, esto a través del único tipo de reglamento que se conoce en nuestro Derecho: el *ejecutivo*. Aunque muchas veces estas entidades administrativas buscaron plantear intentos o muestras efectivas de sobrepasarlo (mediante versiones de reglamentos independientes o, peor aún, a través de dispositivos infralegales *contra legem*) (92). Por lo dicho es que los dispositivos reglamentarios regulatorios (no importando la jerarquía del órgano productor o su variada nomenclatura de empaquetadura

---

(91) LAGUNA DE PAZ (2010: p. 267-268).

(92) Quizás la muestra más clamorosa de *reglamentos contra legem* sean los primeras normas de los organismos reguladores que crearon los regímenes sancionadores regulatorios, los cuales aparecieron sin tipos infractores, sanciones y un procedimiento preestablecidos en las leyes de creación y funcionamiento de estas entidades. Esto supuso una violación abierta de varios principios de Derecho sancionador, pero adicionalmente una importante desconfiguración de la potestad reglamentaria regulatoria y del propio principio de reserva de ley. Por todas, ver el primer régimen sancionador de telecomunicaciones recogido en la Resolución del Consejo Directivo N° 001-96-CD/OSIPTEL.



como Directiva, Resolución del Consejo Directivo, Resolución de Presidencia del Consejo Directivo, etc.) siempre debieron ser considerados (y hasta ahora lo son) como «*los que desarrollan y complementan una ley porque la ley misma lo ha previsto mediante llamamiento expreso. Por ser una norma subordinada y de colaboración con la ley, el reglamento ejecutivo ni puede contradecir la ley que desarrolla, ni puede regular aspectos esenciales de la materia porque supondría invadir la esfera material de reserva legal*» (93).

Finalmente las potestades administrativas parajudiciales aparecieron en el cuasi-estatuto de los Organismos reguladores —fundamentalmente— para ejecutar y viabilizar la *función arbitral*, la cual desde siempre los presentaba perfilados como entidades administrativas con algún grado de singularidad (94). En ese sentido, como bien lo ha reconocido el profesor ABRUÑA estas últimas son potestades administrativas comunes dotadas de la típica condición jurídico-formal *iuris tantum de legalidad* (similar a cualquier otra practicada por las organizaciones administrativas) y cuyos actos administrativos producidos en sus respectivos ejercicios siempre se encuentran sometidos al posterior control judicial. Sin embargo, estas competencias *materialmente* presentan aspectos de resolución de conflictos o disputas y eliminación de incertidumbres diversas entre privados intervinientes en los sectores regulados que reflejarían una cercanía a la potestad jurisdiccional, pero sin que esto determine confusiones o una fórmula de cercanía con las agencias norteamericanas (sólo tienen un contenido *materialmente* cercano a esta distinta función pública desempeñada por los Jueces de la República) (95). Por último, debe indicarse que las potestades parajudiciales de los organismos reguladores se expresaron principalmente en la resolución de distintos recursos administrativos referidos tanto a la solución de reclamos de usuarios y a la solución de controversias propiamente de los prestadores (96).

## VI. A MODO DE CIERRE: UN EJEMPLO DE ORGANISMO REGULADOR EN LA SOMBRA

Tal como había indicado la evidente situación de diversidad organizativa continúa en el Derecho administrativo actual, dada la cercanía de los

(93) PARADA VÁZQUEZ (2008: p. 57).

(94) LAGUNA DE PAZ (2010: 33). En la doctrina peruana TASSANO ha indicado que la función arbitral se aplica sobre el sector regulado con el propósito de buscar «*el equilibrio entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del mismo Estado. Por ello, la regulación debe ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo*». Ver esta cita en TASSANO VELAOCHAGA (2016: pp. 111).

(95) ABRUÑA (2010: p. 109).

(96) DANOS (2000: pp. 76-93).

organismos reguladores con algunas organizaciones administrativas de clara intervención regulatoria en ámbitos prestacionales (pero que aparecen clasificadas legislativamente dentro de la categoría alternativa de *organismos técnicos especializados* según el artículo 31 de la LOPE).

En este acápite final intentaré sacar a la luz y explicar el fenómeno de intercambiabilidad y relativización de la supuesta lista legal cerrada de los cuatro organismos reguladores (ver el artículo 1 de la Ley No. 27332), que en la actualidad se presenta de manera muy potente generando más semejanzas y cercanías organizativas y funcionales entre las comparadas, pues en suma todas comparten la naturaleza de entidades instrumentales con autonomía relativa, niveles de dependencia y vinculación efectiva con el Poder Ejecutivo (97). En cualquier caso en esta parte sólo me referiré brevemente a una de las entidades nuevas creadas al amparo del mega proceso de aseguramiento universal en salud (la SUSALUD), siendo un ejemplo suficiente para mostrar la naturaleza cuasi-estatutaria del régimen organizativo regulatorio y, claro está, la posible ampliación del número actual de entidades regulatorias (más allá de las denominaciones institucionales y ciertas posiciones de *congelamiento* de la citada ordenación) (98).

En los últimos años, a partir del 2009 y con la LOPE en plena vigencia, con denominaciones más o menos paritarias, el Legislador ha venido creando ciertas entidades instrumentales para desempeñar funciones casi idénticas a los organismos reguladores (potestades de limitación regulatoria, parajudiciales, reglamentarias, determinación de precios, etc.). Así primero apareció la SUTRAN en el sector del servicio del transporte terrestre; luego la SUSALUD para cuidar y velar por la asistencia sanitaria pública y privada, además del desenvolvimiento del propio proceso del aseguramiento universal en salud; y, más recientemente, la SUNEDU para regular al conjunto de universidades públicas y privadas en las prestaciones del denominado «servicio educativo universitario». En todas estas entidades los datos organizativos que presenta el Legislador los concretizan con alta dosis de autonomía funcional (manifestada en aspectos administrativos, técnicos, económicos-presupuestarios, etc.), otorgamiento de personería jurídica-pública propia y potentes capacidades de gestión enmarcadas en una dependencia de corte negativo. Es más, al ser parte de los organismos públicos especializados (al igual que los reguladores), actúan siempre con la protección de la independencia funcional «*con arreglo a su Ley de creación*» (preceptuada en el artículo 31 de la LOPE). Todo esto

---

(97) ABRUÑA (2010: pp. 180-181).

(98) En la postura contraria, a pesar que no lo indican expresamente, sin embargo tampoco admiten la posible ampliación del régimen organizativo regulatorio a las nuevas Superintendencias dedicadas a aspectos prestacionales, puede revisarse a DANOS (2000: pp. 62-74) y TASSANO VELAOCAGA (2016: pp. 110-118).

podrá ser comprobado cuando se revise el régimen de la SUSALUD en las siguientes líneas.

Por otro lado este señalado fenómeno podría encontrar causas de explicación en la falta de claridad sobre los conceptos de entidad instrumental y los propios institutos de la descentralización funcional que aparecen recogidos expresamente en la LOPE, además de la propia omisión del Legislador para plantear una clasificación general de la administración pública peruana. En la actualidad, todas estas causas juntas han terminado por pulverizar la supuesta naturaleza estatutaria del ordenamiento organizativo regulatorio, presentado de manera agregada la cercanía de las subespecies de «los Organismos públicos especializados» prevista en el artículo 31 de la LOPE (que divide a los organismos reguladores y los técnicos especializados), al menos respecto de las posiciones actuales de las tres entidades administrativas señaladas anteriormente.

En adición también parece que las respuestas diferenciadoras por la «entidad económica» y de «mercado» de los cuatro organismos reguladores iniciales, tampoco presentan datos de solución frente al fenómeno organizativo mostrado. Al respecto, existen actividades diversas que mezclan a operadores privados y públicos en aspectos tradicionalmente «sociales» (asistencia sanitaria, educación, etc.), pero que sin embargo muestran fuertes aspectos de incidencia empresarial, espacios de mercados y nociones económicas, donde vale añadir podrían existir los presupuestos y contenidos suficientes para pensar en la aparición de potestades «regulatorias» que busquen evitar daños a terceros en la actividad de los operadores, asegurar que estas actuaciones prestacionales «sociales» internalicen los costes que generan y, por último, sean capaces de tutelar la utilización racional de todo tipo de bienes públicos (99).

Por eso, aunque se busque generar un discurso exclusivamente «económico» para explicar la posición actual y singularidad de los organismos reguladores, estimo que éste es posible de ser superado largamente a partir de la creación y funcionamiento de nuevas organizaciones administrativas dedicados a la regulación de servicios esenciales de diversa índole (de doble iniciativa en particular), siempre que el Congreso de la República permita y los dote de condiciones organizativas y funcionales singulares (como ha sucedido con la SUTRAN, SUNEDU y SUSALUD), generando —en paralelo— la reducción o limitación de la jerarquía y las potestades propias de las administraciones públicas del Estado (y del propio Gobierno).

En cualquier caso, todo lo dicho necesita ser comprobado a partir de revisar el régimen organizativo y funcionamiento de algunas de estas nuevas entidades instrumentales que se han presentado como los «reguladores no tipi-

---

(99) LAGUNA DE PAZ (2016: p. 35).

ficados legislativamente». Así el artículo 9 de la LMAUS planteó la creación de la SUSALUD (antes llamada SUNASA) (100), como una entidad administrativa adscrita al Ministerio de salud e instaurada con fuertes dosis de «*autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera*», y que además, dada su catalogación legal como *organismo público técnico especializado*, podría sintetizar estas autonomías en la protección de la cuasi-independencia funcional «*con arreglo a su Ley de creación*» (ver el citado artículo 31 de la LOPE).

Al menos, de los datos funcionales presentados, es claro que surge una cercanía indudable con cualquier regulador. Es más, como veremos luego en la esencia funcional también la SUSALUD comparte otro problema típico de estas formas organizativas singulares. Así extrañamente el Legislador a sabiendas que la asistencia sanitaria es un sector sensible socialmente y propenso a la volatilidad e inmadurez de los políticos de turno, ha olvidado la implantación de algún mecanismo de reacción propio destinado a proteger la cuasi-independencia funcional de la SUSALUD, que le permita hacer frente a cualquier ataque o amenaza atentatoria de su contenido (piénsese en que esta organización actualmente controla y supervisa instituciones o establecimientos prestadores hospitalarios y de financiamiento pertenecientes al Ministerio de Salud, Gobiernos Regionales y Municipalidades). Por tanto aunque hubiese sido deseable algún mecanismo instrumentalizado mediante un procedimiento administrativo o incluso uno de corte judicial (fundamentalmente de dirimencia técnico-sanitario para paliar conflictos funcionales), lo cierto es que si aparecieran problemas de este tipo, esta entidad instrumental deberá recurrir a los existentes y comunes (atacar la actuación administrativa en la jurisdicción contencioso-administrativa o acudir a la sede del TCP para proteger sus potestades públicas mediante el proceso competencial regulado por el Código Procesal Constitucional).

En suma considero que otorgar autonomías sin medios para protegerlas puede ser altamente peligroso para separar y darle virtualidad a la cuasi-independencia funcional de la SUSALUD frente a los intentos de injerencia política y de dirección directa que hasta ahora aparecen por parte de los órganos administrativos de la administración estatal sanitaria (101). Es así, que aunque

---

(100) Lo interesante de la creación de esta entidad instrumental es que, a fin de evitar el despilfarro de fondos públicos y la duplicidad de órdenes competenciales, la antigua SUNASA (hoy SUSALUD) se crea sobre las cenizas y restos de la desaparecida Superintendencia de entidades prestadoras de salud (antigua entidad de intervención dedicada a la ordenación del sistema sanitario de los prestadores privados de salud creada al amparo del derogado decreto legislativo No. 887).

(101) HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2009: p. 168). En ese sentido muchos de estos problemas tienen que ver con una interpretación maximalista de la dependencia de la SUSALUD con el

pareciese una entidad administrativa alejada de los problemas de la captura del regulador, tiene una evidente cercanía con estas complicaciones, las cuales dificultan el cumplimiento estable de sus fines de interés público (102).

Por otro lado, a pesar que existe una apariencia de cuidado por el elemento orgánico dentro de la LMAUS, pues se ha escogido que su máximo órgano de gobierno sea un Consejo Directivo integrado por cinco representantes (ver el artículo 18 del Decreto Legislativo No. 1158), órgano colegiado que sería gestionado —en principio— por miembros con competencias profesionales, experiencias y capacidades directivas, con topes mínimos de temporalidad debidamente demostrados y recogerían a la mayoría de actores principales involucrados en este proceso; lo cierto es que aparecen datos que demuestran flaquezas en el régimen de acceso de estos directivos.

En concordancia con lo antes indicado el gran diferencial de la SUSALUD respecto a la cuasi-independencia orgánica mantenida por los organismos reguladores tradicionales, no está tanto en la permanencia de los integrantes en su Consejo Directivo, que podría estar asegurada de los cambios y humores políticos en virtud del *auténtico régimen estatutario* que impediría su libre remoción del cargo, pudiendo sólo ser afectados de recaer en las causales tasadas legislativamente (ver el artículo 22 del Decreto Legislativo No. 1158). Por el contrario, las designaciones de estos miembros si tienen una gran distancia con las practicadas actualmente en el régimen de las entidades regulatorias, pues no tienen ningún nivel de selectividad y se presentan como completamente ligadas a la forma típica de la designación política por parte del Presidente de la República (ver el artículo 18 del decreto legislativo No. 1158).

Por tanto, respecto de la *cuasi-independencia orgánica* de la SUSALUD, ésta se presenta manifestada como en la primera etapa de los Organismos

---

Ministerio de Salud. Así dada su condición de organismo técnico especializado se sujeta «a los *lineamientos técnicos* del sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias» (ver el artículo 33 de la LOPE). En este punto, es claro que la cuasi-independencia funcional de esta entidad tiene un contenido de autonomía técnica inferior a la de los organismos reguladores creados durante la liberalización.

(102) Los fines que deberá velar la SUNASA, según el artículo 9 de la LMAUS son los siguientes: a) Fortalecimiento y promoción aseguramiento universal en salud. b) Uso eficiente y oportuno de los fondos destinados a dicho proceso. c) La garantía y protección para asegurar la calidad, puntualidad, eficiencia y eficacia de la provisión de las prestaciones. d) La instauración de reglamentación referida a la recolección, transferencia y difusión de la información por parte de los agentes vinculados al proceso de aseguramiento universal. e) El establecimiento, promoción y potenciación de mecanismos de conciliación y arbitraje entre los usuarios y las instituciones prestadoras y financiadoras. f) La transparencia y accesibilidad de la información en resguardo de los derechos de los asegurados. g) Otras que podrían ser planteadas por el legislador en virtud del avance de la supervisión (regulación) recaída sobre el proceso de salud pública explicado.

reguladores durante la implantación de la liberalización, con posibilidades muy amenguadas en el acceso selectivo, competitivo y público de sus directivos, pero con dosis de protección respecto de la permanencia y retiro de éstos.

Finalmente dada la necesidad de comprobar el fenómeno de la intercambiabilidad y la relativización del listado legal de los Organismos reguladores, el dato que terminaría por comprobar la naturaleza regulatoria de la SUSALUD, estaría en los bloques de potestades habilitadas por el legislador, las cuales pueden agruparse de la siguiente manera:

- i) Las potestades provenientes de la actividad de *policía administrativa*, siendo las que en mayor número y superior atención pueden reconocerse en la LMAUS y sus modificatorias. Entre ellas podemos identificar la potestad de control sobre la ejecución contractual, la función para imponer órdenes, para otorgar autorizaciones y otros títulos habilitantes necesarios para las diferentes actividades reguladas, la poderosa potestad inspectiva, la función para solicitar y exigir diversas comunicaciones obligatorias, la función de inscribir en registros administrativos actuaciones de los regulados referidas a la renovación y cancelación de su inscripción como «agentes vinculados al Aseguramiento Universal en Salud», y, finalmente, como no podía obviarse, las diversas potestades sancionadoras y de ejecución coactiva.
- ii) Las potestades *reglamentaria* y de *planificación general* (esta última mediante normas e instrumentos diversos).
- iii) Las potestades *regulatorias no limitantes* como la promoción de la competencia y acceso universal de las prestaciones asistenciales y las funciones consultivas y asistencia técnica.
- iv) Otras funciones referidas a potestades *parajudiciales* necesarias para dirimir administrativamente conflictos entre agentes y usuarios del proceso, las necesarias competencias decisorias para resolver recursos dentro de su ámbito de actuación funcional, entre otras. Además cuentan con las potestades para impulsar la solución de pleitos entre los privados mediante métodos alternativos de solución de conflictos (conciliación y arbitraje instalado en un centro propio y montado institucionalmente).

Como se habrá notado el orden competencial presentado se acerca de sobremana a las habilitaciones de potestades de cualquier organismo regulador, al menos en las esencias y grandes tipos de estas funciones supuestamente distintas. En suma, a partir de los datos elaborados y mostrados en esta parte, me permito afirmar que la SUSALUD es una entidad administrativa con un régimen de cuasi independencia orgánica y funcional con muchísimas dosis de cercanía a las asimiladas para los organismos reguladores tradicionalmente

reconocidos en nuestro Derecho; lo cual obliga a pensar que estamos al frente de un régimen unificado de estas entidades administrativas, que no necesariamente se guía por datos de singularidad o económicos, sino por los cambios propios orquestados por el Legislador en la interna de la descentralización funcional (en la LOPE), siendo posible que existan muchos más reguladores, aunque con nombres distintos y ciertas variantes orgánicas o funcionales puntuales, cambios —por cierto— no sustanciales que no les hacen perder la esencia y el similar papel de aquellas importantes entidades administrativas nacidas al inicio de la liberalización en 1991.

## VII. CONCLUSIONES DEL TRABAJO

A modo de cierre de este trabajo quisiera plantear tres conclusiones que saltan a la vista del lector:

- a) En primer término la liberalización, apoyada en la subsidiariedad horizontal, produjo no sólo cambios prestacionales y normativos en sectores, sino también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa que debía servir y acomodarse a ciertas características de unas aparentes «nuevas» potestades regulatorias, las cuales —desde una versión más estricta y ejecutiva— comportan una adaptación de la clásica policía administrativa y otras competencias que permiten la intervención correcta y el sostenimiento de estos sectores liberalizados.
- b) En segundo lugar, debo concluir que tanto las potestades de policía regulatoria como las no directamente limitantes habilitadas a favor de los cuatro organismos reguladores iniciales y surgidos en la primera etapa de la liberalización, conformaron la esencia de la primera *cláusula del Estado regulador*, la cual restringió las labores prestacionales públicas, permitió la destrucción del estatatismo y colaboró con devolver el protagonismo a los privados dentro de la vida social y económica del país (según lo reclamado por la subsidiariedad horizontal o social).
- c) Finalmente, la *cláusula peruana del Estado regulador* y la habilitación legal de un conjunto de potestades administrativas, adentró a estas nuevas entidades instrumentales en los caminos de la búsqueda del buen funcionamiento del mercado a través de la competencia y la libre concurrencia, pero sin dejar de preservar el equilibrio entre los intereses de los diferentes participantes (operadores, consumidores, usuarios, terceros interesados). Es desde esta doble perspectiva, que los organismos reguladores peruanos encontraron su utilidad y justificación en cada uno de los sectores prestacionales que sucesivamente fueron liberalizados.

## VIII. ABREVIATURAS

AAI	Agencia ejecutiva
AE	Autoridad administrativa independiente.
BE	Banco de España
CMT	Comisión del mercado de las telecomunicaciones
CNC	Comisión nacional de la competencia
CNE	Comisión nacional de energía
CNMV	Comisión nacional del mercado valores
COPRI	Comité de promoción de la inversión privada
CP	Constitución Peruana de 1993
CPT	Compañía peruana de teléfonos
CRI	Comisión reguladora independiente
CSEN	Comisión del sistema eléctrico nacional
CSN	Consejo de seguridad nuclear
CTE	Comisión tarifas de energía
DS	Decreto Supremo
DL	Decreto legislativo
EPS	Empresa prestadora de servicio
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
OSIPTEL	Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
LCE	Ley de concesiones eléctricas
LDEGE	Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica.
LGS	Ley general de salud
LGTT	Ley General del Transporte Terrestre
LPAG	Ley de Procedimiento Administrativo General.
LMAUS	Ley marco del aseguramiento universal en salud
LEAASE	Ley de antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico.
LOPE	Ley orgánica del poder ejecutivo
LOSEN	Ley de ordenamiento del sector eléctrico nacional.
LPAG	Ley de procedimiento administrativo general
LMOR	Ley marco de los organismos reguladores
LMCIP	Ley marco para el crecimiento de la inversión privada
LSH	Ley del sector de los hidrocarburos
MEF	Ministerio de economía y finanzas



MIDIS	Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social
MIMP	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
MINEM	Ministerio de energía y minas
MTC	Ministerio de transporte y comunicaciones
OSINERGMIN	Organismo supervisor de la inversión en energía y minería.
OSIPTEL	Organismo supervisor de la inversión en telecomunicaciones.
OSITRAN	Organismo supervisor de la inversión en infraestructura de transporte de uso público.
PCM	Presidencia del Consejo de Ministros
PROINVERSION	Agencia de promoción de la inversión privada.
SIS	Seguro integral de salud.
STCP	Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano
SUNASS	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.
SUSALUD	Superintendencia nacional de salud
SUTRAN	Superintendencia de transporte terrestre de personas y mercancías.
TCP	Tribunal Constitucional Peruano
Tdp S.A	Teléfonica del Perú S.A.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABRUÑA PUYOL, A. (2010): *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima.
- ABRUÑA PUYOL A.; BACA ONETO V. (2012): *Notas al curso de Derecho Administrativo*, pro manuscrito, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.
- ALCÁZAR, L.; POLLAROLO, P. (2000): *La regulación y el manejo de controversias de los sectores de telecomunicaciones y electricidad. Un análisis institucional comparativo*. Documento de trabajo No. 5, Instituto Apoyo, Lima.
- ARAGÓN REYES, M. (2009): «Del estado intervencionista al Estado regulador», en el Vol. Col. *Tratado de regulación del sector eléctrico*, tomo I, Edit. Aranzandi Cizur Menor.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2012): «Modelos comparados: el contexto iberoamericano», en vol. col. *Regulación económica. Lecturas escogidas*, Thomson-Reuters-Aranzandi, Madrid.
- (2012): «Los mercados de electricidad. el mercado interior de electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencia en el umbral de 1995», en

- el Vol. Col. *Regulación económica. Lecturas escogidas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid.
- (2004): *Principios de Derecho público económico*, Ara, Lima.
  - (1997): *Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)*, en el Vol. Col. *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid.
  - (1993): *Economía y Estado crisis y reforma del sector público*, Edit. Marcial Pons, Madrid.
- BACA ONETO, V. (2006): «Los medios “alternativos” de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la ley de contratos y adquisiciones del estado)», *Revista Lima Arbitration*, número 1, Lima.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. (2008): «El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad», *Noticias de la unión*, núm. 284, año xxiv, Edit. Wolters Kluwer, Madrid.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2010): *Regulación, mito y Derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas, Madrid.
- BONIFAZ, J.; URRUNAGA, R. (2006): *Regulación y concesiones de servicios públicos*, Edit. CIES-UP, Lima.
- BULLARD GONZÁLEZ, A. (2011): «El otro pollo. La competencia desleal del estado por violación del principio de subsidiariedad», *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, número 10.
- CABALLERO ORTIZ, J. (1981): «La descentralización funcional», *Revista de Derecho Público*, número 8.
- CAIRAMPOMA ARROYO, V. (2012): *(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano*, en el Vol. Col. V Congreso nacional de Derecho Administrativo, Palestra, Lima.
- DANOS ORDÓÑEZ, J. (2000): «Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú», *Revista Peruana de Derecho de la empresa*, número 45, Lima.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. (2003): *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, Ed. Ciudad Argentina – INAP, Madrid – Buenos Aires.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. (2009): *Telecomunicaciones, regulación y competencia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- GUARNIDO RUEDA, A.; JAÉN GARCÍA, M.; AMATE FORTES, I. (2007): *La desregulación y privatización de las empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España*, Edit. Universidad de Almería, Almería.

- PARADA, R. (2004): *Derecho administrativo I*, parte general, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- LAGUNA DE PAZ, J.C. (2016): *Derecho administrativo económico*, Thomson-Reuters, Navarra.
- LASHERAS, MIGUEL A. (1999): *La regulación económica de los servicios públicos*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona.
- MAGIDE HERRERO, M. (2000): *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid.
- MALARET GARCIA, E.: (2007): *Administración pública y regulación económica*, en AA.VV. – Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Edit. Thomson – Aranzadi S.A.-Cizur Menor, Navarra.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2002): *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2009): «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en el Vol. Col. dirigido por Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J., *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, tomo I, Instel-Inst. Ortega y Gasset, CNE, 1ª edic, Madrid.
- PARADA, R. (2008): *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, ed. Marcial Pons, Madrid.
- Rebollo Puig, M. (1999): «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, número 54.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010): *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid.
- SHIMABUKURO TOKASHIKI, R. (2016): «Privatización y extinción del régimen concesional en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de promoción de la inversión privada», *Revista de Derecho Administrativo*, número 16.
- TASSANO VELAOCHAGA, H. (2016): «Competencia y regulación», *Revista de Derecho PUCP*, número 76.
- TORNOS MAS, J. (1994): «Potestad tarifaria y política de precios», *Revista de Administración Pública*, número 135, septiembre-diciembre, Madrid.
- VIRGALA FORURIA, E. (2006): «Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, num. 05, enero-junio del 2006, edit. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.