



Fredy Bautista Guevara



## El dilema del argumento de autoridad en la resolución de las controversias regulatorias



### RESUMEN

En el presente artículo se analiza la particularidad de los procesos de revisión jurisdiccional de actos administrativos emitidos por los entes reguladores en el marco de servicios públicos, en los cuales la autoridad del sector comparece ante los jueces como parte (demandado o demandante). Las materias que aborda la regulación de servicios públicos colocan a los jueces en una posición muy complicada, impidiendo que en la práctica dejen de reconocer al ente regulador como una autoridad y que duden de sus alegaciones y, de ser necesario, se avoquen a desmentirlas cuando estas no sean acordes con la regulación. Contradecir a la autoridad significa manejar con cierta suficiencia y prolijidad las normas regulatorias de servicios públicos, y esa es una tarea harto complicada. En este escenario el argumento de la autoridad en las controversias regulatorias se presenta como virtualmente irrefutable, configurándose un dilema para los jueces y los administrados.

**Palabras clave:** argumento de autoridad, regulación, servicios públicos, resolución de controversias, contencioso administrativo.

## 1. INTRODUCCIÓN

Resolver una controversia supone estar en la capacidad de sopesar las alegaciones que las partes pudieran presentar. En consecuencia, el sistema jurisdiccional se sostiene de una premisa tan obvia que ha pasado a ser desapercibida: los jueces dominan el Derecho de manera que pueden desbaratar argumentativamente, a nivel jurídico, las pretensiones y posiciones de las partes que no se ajusten al ordenamiento jurídico y a los derechos e intereses jurídicamente tutelables. Si los jueces no pueden hacer eso, entonces aparece un escenario en el cual terminan sometándose, consciente o inconscientemente, a la posición de la parte más persuasiva a pesar de que esta podría no ser acorde a Derecho, o bien termina en una suerte de incertidumbre que los obliga a tomar el camino «menos problemático», pudiendo validarse igualmente posiciones que no se ajustan a Derecho.

Jueces que puedan dominar jurídicamente las materias que son sometidas a su conocimiento son el supuesto básico de una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. Si la revisión jurisdiccional carece de ese elemento, entonces el proceso se convierte en ritualista y estéril, abandonándose la protección real que demandan los administrados ante los actos de exceso de poder que podría cometer la Administración Pública.

El dilema del argumento de autoridad aparece en los escenarios en los que, precisamente, los jueces no están en la posición de poder despojar del ropaje de autoridad al ente administrativo que comparece ante ellos, colocándolos en la verdadera posición de cualquier parte procesal, que como tal tiene sus propios intereses y puede como cualquier otra parte exagerar, ocultar, parcializar y distorsionar una situación jurídicamente relevante, así como la norma que la gobierna. El manejo de las figuras y conceptos regulatorios es la única forma de que los jueces puedan sopesar, moderar o corregir cualquier pretensión o posición que no sea acorde con la regulación, sin perjuicio, ni evidentemente una exclusión, del manejo de figuras jurídicas propias de su formación.

Si lo antes indicado no se encuentra presente en las capacidades de los jueces, entonces deben enfrentarse a un escenario de difícil resolución y para el cual no tienen ni los medios ni el tiempo suficiente. Ante la apremiante necesidad de resolver la controversia sometida a su conocimiento, aparecen las grandes tentaciones de validar la posición del ente regulador al considerarlo aún una autoridad (alguien que domina con suficiencia la regulación sectorial), desconociendo que los administrados de mayor actividad en los sectores regulados también pueden dominar y aplicar correctamente la normativa. Es obvio que el ente regulador no está libre de equivocarse o cometer excesos, pero

si el revisor no es capaz de detectar esos errores, entonces la tutela jurisdiccional efectiva se convierte en una quimera.

Los jueces deben afrontar que dentro de los procesos jurisdiccionales tradicionales de revisión de actos administrativos están ya muy atrasados en realmente emitir pronunciamientos objetivos, es decir, acordes al ordenamiento jurídico en su conjunto y no solo un cumplimiento formal de una norma en particular, y están aún más lejos de poder tutelar pretensiones subjetivas en las cuales los derechos del administrado y sus intereses ameritan pronunciamientos de plena jurisdicción. Si a eso se suma la regulación como una forma especial y técnicamente más compleja de normar ciertas actividades, los jueces no solo deben estar en capacidad de hacer lo primero sino también de dominar las figuras y conceptos regulatorios con suficiencia, algo que igualmente está muy lejos de ser realidad.

Con ello, al plantear el dilema del argumento de autoridad en la resolución de controversias regulatorias, se pone en evidencia un fallo enorme, de origen, que realmente no permite a los administrados tener una verdadera tutela jurisdiccional efectiva, de modo que cada vez se hace más claro que no podrán frenar o corregir los excesos de la Administración Pública en los sectores de servicios públicos. No corregir esta situación, solo propicia que la Administración Pública se más desprolija y pueda incorporar motivaciones o razones coyunturales y prevalecer antijurídicamente sobre los administrados frente a la ausencia de un verdadero control jurisdiccional.

## **2. SOBRE EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD**

El análisis del argumento de autoridad ha tenido diferentes enfoques, desde la simple falacia hasta la dilucidación de posturas discordantes de dos autoridades dentro de la teoría de la prueba<sup>1</sup>. Visto desde la formulación de una falacia, se recurre a la posición de una autoridad, falazmente, cuando su sola opinión o posición se pretende hacer pasar como válida independientemente del razonamiento lógico que se sigue en su formulación. Es decir, se trata de liberar del proceso de validación lógica a lo afirmado por una autoridad, dando la apariencia de un argumento, cuando en realidad no lo es.

Un ejemplo típico de una falacia de autoridad o *ad verecundiam* es la apelación a «autoridades» claramente no relacionadas al tema que se encuentra en discusión, y aquí se encuentran los ejemplos más burdos y fáciles de reconocer. Sí se invocase la opinión de un experto en temas de la salud sobre temas de ingeniería, tendríamos la primera evidencia de una posible falacia, en la cual se

---

<sup>1</sup> Véase D'Onofrio Castrillon (2015).

privilegia la posición de la autoridad sobre el razonamiento lógico correspondiente. También es común en este tipo de falacia que se reconozca como autoridad a una persona que es simplemente conocida y por ello en estos ejemplos burdos se puede encontrar casos en los que se recurre a personas famosas, tratando de validar un razonamiento solo porque lo dijo alguien con algún reconocimiento de cualquier origen<sup>2</sup>. La estructura del razonamiento lógico en estos casos se esquematiza como sigue:

A afirma X  
A es un experto o persona conocida  
Por lo tanto, X

Sin embargo, si nos apartamos de la situación más básica de la falacia de autoridad aparecen campos en los cuales su configuración resulta más difícil de detectar. Por ejemplo, cuando la autoridad a la que se recurre es, en teoría, una persona especialista en los temas en discusión y su posición puede aportar elementos dentro de un esquema lógico. En estos casos, la falacia de autoridad suele aparecer como sesgos del razonamiento que los expertos, o quienes recurren a ellos, habrían seguido para realizar una afirmación, tratando de descontextualizarla y usarla a favor en un contexto diferente, pretendiendo inducir al error (la apariencia de algo). También suele aparecer cuando se realizan modificaciones «menores» en las afirmaciones de un especialista para poder aplicarlas por extensión a casos diversos, «en ocasiones es difícil saber si un determinado ‘experto’, reputado como autoridad en un determinado campo, es confiable. Ese juicio ha de hacerse cuidadosamente y podemos llegar a encontrarnos con que hemos confiado en forma errónea en la autoridad de alguien, tomándolo como experto». (Copi & Cohen, 2007)

Un ejemplo de lo indicado en el párrafo anterior sería la cita típica que muchas personas suelen realizar para tratar de sostener que las situaciones pueden ser siempre interpretadas en muchos sentidos posibles y para ello recurren a Albert Einstein indicado que él ha establecido que todo es relativo. Evidentemente, se apela a Einstein para aparentar que la posición adoptada es el resultado de recurrir a la posición desarrollada por genio alemán, pero se omite indicar que ese razonamiento se hizo en un contexto netamente físico y aún más grave que Einstein jamás dijo que todo fuera relativo (algo absurdo porque sus teorías proponen constantes como la luz).

Incluso si la cita de una autoridad fuera pertinente, ésta igualmente debe integrarse de manera correcta en el razonamiento lógico que se sigue, lo que

---

<sup>2</sup> Los ejemplos más flagrantes de apelaciones a la autoridad aparecen en los «testimonios» publicitarios. Se nos anima a manejar un automóvil de determinada marca porque un famoso golfista o jugador de tenis afirma su superioridad; se nos dice que debemos beber cierto refresco porque alguna estrella de cine o jugador de fútbol muestra su entusiasmo por él. Siempre que la verdad de una proposición se afirma sobre la base de la autoridad de una persona que no tiene especial competencia en esa esfera, se comete la falacia de apelación equivocada a la autoridad (Copi & Cohen, 2007, pág. 115).

impone no solo revisar la pertinencia y validez de la cita, sino que su presencia respete el sentido lógico del razonamiento que se viene siguiendo.

Los problemas más complejos aparecen, como seguramente se puede intuir, cuando quien revisa el razonamiento lógico, o lo realiza, no es una persona realmente capacitada para establecer la validez y pertinencia de recurrir a lo sostenido por una autoridad. Como en el caso de Einstein, es muy probable que varios hayan asumido la frase «todo es relativo» como algo que el físico habría sustentado e incluso lo han aplicado en alguna discusión, pero claramente se estaba razonando de manera falaz. Es muy probable que, al hacer uso de esa falacia, muchos no hayan estado en la capacidad de establecer que Einstein no podría haber formulado una afirmación de «todo es relativo», pues su aproximación al trabajo de él ha sido probablemente indirecta (lo que han podido escuchar de otras personas), que al igual que Uds. actuaron con el mismo sesgo. Entendido este punto y la incapacidad de algunas personas de establecer *a priori* la validez y pertinencia de una afirmación realizada por un experto, aparece la situación que ha motivado este artículo: qué pasa si Uds. tuvieran que resolver un caso y es la autoridad pertinente la que se presenta ante Uds. y realiza una afirmación sobre el tema de su especialidad, con la gran particularidad que no se presenta como un tercero sino como parte (demandante o demandado) en el proceso, de modo que lo que Uds. resuelvan afectará a dicha autoridad.

Intuitivamente, es posible que muchos de Uds. entiendan que lo dicho por el experto, con interés propio en el caso, no puede ser asumido como un argumento desinteresado, lo que caracteriza a un experto ajeno al proceso; sin embargo, ¿qué pasa cuando ese experto parece ser el único experto en la materia? ¿Cómo podrían contradecir a ese experto? A esto se suma la complejidad de la materia (técnica y conceptual) sobre la que dicha persona es experta. Si fuera experta en temas que resultan familiares, podríamos tener elementos para descubrir si el razonamiento seguido por el experto con interés propio sigue un esquema lógico válido o que este parte, por ejemplo, de premisas falsas o tergiversadas para el caso que se está resolviendo. Pero al tratarse de materias de cierto grado de complejidad, resulta muy difícil contar con elementos que ayuden a identificar la falacia que se está cometiendo. ¿Cómo revisar, contradecir o corregir lo dicho por un experto en una materia que no comprendemos y sobre todo cuando tenemos al frente a la autoridad experta precisamente en esa materia?

Lo descrito en este acápite es la primera aproximación al dilema de autoridad materia de este artículo, pues el dilema del argumento de autoridad se presenta como una falla en el razonamiento lógico jurídico que se debería seguir durante revisión judicial de actos administrativos sobre servicios públicos y, en particular, aquellos emitidos por los entes reguladores. Existe una clara tendencia de los tribunales de asumir la posición de la autoridad/parte, sin estar en la verdadera capacidad de poder validar el razonamiento lógico-jurídico que dicha

autoridad/parte habría seguido. ¿En lo que respecta a servicios públicos, realmente se puede plantear un debate jurisdiccional en sede judicial cuando una de las partes de la controversia es la autoridad sobre la materia?

### **3. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

Para poder responder correctamente a la pregunta planteada en el acápite anterior, es necesario entender cómo llegamos al escenario planteado: ¿por qué un administrado termina discutiendo una controversia de un servicio público en el Poder Judicial?

La revisión de las actuaciones de la Administración Pública es una necesidad connatural a los efectos exorbitantes que estos generan en la esfera jurídica de las personas. Ese decir, no se tratan de actos inocuos o estériles, todo lo contrario, tienen el propósito de impactar sobre la situación jurídica de una persona o grupo de personas, pudiendo establecer, modificar o extinguir derechos y/u obligaciones. De esta capacidad jurídica vinculada a la actuación administrativa es que se originó la necesidad de poder controlar las actuaciones administrativas. Por ello, conforme indica Huapaya Tapia (2019), en el Derecho francés la medida para control se denominó recurso de «exceso de poder» (p.18).

Precisamente, en el Derecho francés, en el contexto de la aplicación de la separación de poderes, aparece la configuración de una acción que permita controlar las acciones de la Administración Pública. No obstante, estas acciones no podían ser concebidas como la interferencia de un poder sobre otro y, por ello, en el modelo francés la revisión se configuró dentro del ámbito de la Administración Pública. No obstante, no debe entenderse que un ente administrativo no pueda ejercer potestad jurisdiccional, como eventualmente ocurrió con el Consejo de Estado francés sobre temas administrativos:

En estos casos, la administración «retenía» la potestad de controlar sus propios actos. Dicho sistema cambió mediante la ley del 24 de mayo de 1872, en la cual se pasó a un sistema de «justicia delegada» al propio Consejo de Estado, que dejó de ser un ente consultivo y pasó a tener competencia para resolver los «recursos contencioso-administrativos». Pero no es hasta el famoso Arret Cadot de 1889 que el Consejo de Estado se convirtió en la cabeza del sistema común de la jurisdicción administrativa francesa (véase Long y otros, 2017, pp. 73-75).

Ahora bien, contrariamente a lo que se creía en su momento, el modelo francés no rechaza la idea de un verdadero control jurisdiccional del actuar de la administración. Por el contrario, el Consejo de Estado siempre fue verdadera «corte» —en el sentido judicial del término— y no

una autoridad administrativa más (Schwartz, 1952, p. 439). (Huapaya Tapia, 2019, p. 19)

Al haberse concebido el control de los actos administrativos como una revisión intra-Administración Pública, el objetivo primigenio de la revisión era meramente de legalidad, la verificación del cumplimiento de requisitos legales<sup>3</sup>. No obstante, con la evolución del Derecho en las naciones modernas aparece la necesidad de que la revisión sea también subjetiva, atendiendo a los intereses y derechos de los administrados. Esto sin duda supuso (y supone) un reto inmenso para la Administración Pública y para los revisores de sus actos:

Así, por ejemplo, la preocupación por controlar a la Administración desde un omnipotente Parlamento fue, por lo menos, variando en su forma de materializarse, ya que se pasó a un contexto en el cual -en base a diversas circunstancias e instrumentos- primero los parlamentos terminaron liquidando el poder del monarca, y luego, por encima incluso de la ley parlamentaria, va imponiéndose un reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, norma cuyo fin último es, como todos sabemos, asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales.

En este contexto, pronto comienza a considerarse como insuficiente la idea de un contencioso-administrativo como un mero mecanismo de control de la actuación de la Administración, mecanismo mediante el cual no se busca ni se permite el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, sino, únicamente, la anulación (más no la reforma) del acto impugnado. Ello estaba muy lejos de atender los requerimientos de un Estado Constitucional cada vez más proclive a la judicialización de la actividad estatal, buscando así no solamente asegurar la limitación del poder, sino básicamente intentando de esa manera preservar la supremacía de la Constitución y un cabal reconocimiento y respeto de los diferentes derechos fundamentales. (Espinosa-Saldaña Barrera, 2006, p. 402)

La revisión de legalidad del acto administrativo (revisión objetiva) es la forma más difundida y «sencilla» sobre la validez del acto administrativo. No obstante, como bien advierte Huapaya Tapia (2019), una referencia más adecuada sería utilizar el término «Derecho», de juridicidad del acto administrativo. Esta atingencia resulta pertinente para ilustrar cómo se ha ido complejizando la

---

<sup>3</sup> Espinosa-Saldaña Barrera (2006) al respecto indica lo siguiente:

La fórmula que acabamos de reseñar se difundió muchísimo, resultando durante muchos años prácticamente la única forma a través de la cual se materializaba el proceso contencioso-administrativo en diversos países. Ello puede explicarse, por lo menos en Europa continental, en mérito a que el contencioso de nulidad encajaba mejor con el contexto social de la época, ya que lo que se buscaba era que los jueces, «boca de la ley» en el discurso que entonces se manejaba (y por ende, vistos por los parlamentarios como meros operadores de sus directivas) controlaran la actuación de una administración en ese momento dependiente básicamente del remanente del poder real todavía existente. En otros términos, se constituía en uno de los escenarios a través de los cuales el «principio democrático» buscó y luego consiguió imponerse sobre el «principio monárquico». Pero las épocas cambian, y las ventajas de esta primera perspectiva poco a poco fueron mediatizándose o terminaron siendo puestas en cuestionamiento. Ello en base a diversas consideraciones. (p. 401)

gestación y revisión del acto administrativo, pues ya no se trata de que el acto administrativo meramente cumpla con una norma específica, sino que sea acorde con el ordenamiento jurídico en su conjunto. A esto se añade el carácter subjetivo del acto administrativo, en tanto los administrados pueden demandar su revisión en protección de sus propios derechos e intereses, lo que supone un enfoque que obliga a tener pronunciamientos jurídicamente más ricos y realizar revisiones más acuciosas:

Se va imponiendo así progresivamente una percepción distinta del Proceso Contencioso Administrativo, la del contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, en el cual el análisis jurisdiccional no se limita a determinar si la Administración actuó o no conforme a Derecho, sino que apunta básicamente a establecer si en su quehacer dicha Administración respetó los derechos fundamentales de los administrados, fenómeno al cual, por cierto, no ha sido ajeno nuestro país, pues con la dación de las Leyes N° 27584 y 27684 es que se instaura en el Perú un Proceso Contencioso Administrativo que reclama ser uno subjetivo o de plena jurisdicción. (Espinosa-Saldaña Barreda, 2012, p. 12)

Incluso en la revisión judicial del acto administrativo (la opción diferente al modelo francés antes descrito), la idea de que un poder del Estado no interfiera sobre el otro, supuso concebir también la revisión del acto administrativo como una revisión meramente formal, lo que demandó cortes especiales dentro de la jurisdicción ordinaria y que hoy trata de especializarse aún más por la diversidad de materias sobre las cuales recaen los actos de la Administración Pública; sin embargo, dado el enfoque subjetivo de la validez del acto administrativo, lo que ahora se demanda es la actuación y revisión propia de una jurisdicción ordinaria.

En este punto aparecen entonces las limitaciones que han aquejado a la justicia ordinaria y que han demandado soluciones diversas. Esta situación es connatural a los orígenes de la justicia ordinaria y la función del juez, siendo primero un defensor de la mera legalidad y pasando luego a ser quien emite decisiones de plena jurisdicción. Este punto supone una carga adicional y un reto muy grande para los jueces, porque el manejo del ordenamiento se va haciendo más complejo y evidentemente su manejo demanda espacios especializados para poder tener pronunciamientos acordes a Derecho. La solución que ha sido adoptada hasta el momento por la justicia ordinaria es la especialización de sus juzgados que, sin embargo, evidencia agrupaciones que hacen sospechar que dicha «especialización» es más ilusión que realidad<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Los jueces especializados en los contencioso-administrativo tienen que resolver materias vinculadas a servicios como venta de electrodomésticos que fueron reclamadas por falta de idoneidad y también temas tarifarios que supone equilibrar millones de inversiones, atomizadas y en procesos extensos y complejos. Claramente la especialización no se produce en la dimensión que el nombre propone, sigue siendo un trabajo disperso sobre materias claramente disímiles.



El tema central es que los jueces no tienen problemas para entender materias que no representan cierta complejidad técnica (distintas naturalmente a los temas vinculados a las figuras o instituciones del Derecho); no obstante, la aparición de la regulación supuso establecer y desplegar un conjunto normativo de eminencia claramente económica y técnica que suele establecer y limitar relaciones de interés en sectores de cierta complejidad.

La justicia ordinaria, incluso a través de juzgados especializados, ante la revisión de los actos administrativos ha tenido que adaptarse a cambios que son difíciles de aplicar para materias que resultan más familiares para los jueces. Si a esto se le adiciona una complejidad técnica presente en la regulación, aparecen retos que pueden superar ampliamente a la justicia ordinaria.

#### **4. LA REGULACIÓN Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

La regulación es una forma de intervención normativa. No debe confundirse como normalmente se hace con la normatividad, como si fueran sinónimos. Ciertamente la materialización de la regulación se hace mediante normas, pero reducirlo a ello significaría desconocer todo el proceso, materia y actores que la caracterizan y que sin duda deben ser tomadas en cuenta para su correcta aplicación e interpretación.

La regulación guarda una vinculación cercana con la participación del Estado en la economía en el marco de la teoría liberal que lo relega a una actividad subsidiaria. De ese punto de partida, se concibe como regla general que las actividades económicas deben realizarse en el marco de las directrices que rigen la oferta y la demanda. No obstante, esta regla decae largamente ante las particularidades de ciertos mercados que claramente no puede desarrollarse de la manera deseada siguiendo esas meras directrices. Asimismo, ciertas actividades económicas, ciertos productos o servicios, terminan cobrando una relevancia social y política al considerarse esenciales para lograr niveles adecuados de vida dentro de las sociedades modernas y, por ello, han sido definidas como servicios públicos para que el Estado garantice su provisión:

Asimismo, cabe señalar que por más que se diga lo contrario, el concepto de «regulación económica» no suplanta o sustituye al de servicio público. Por el contrario, el servicio público es un concepto jurídico, finalista, propio del Derecho Administrativo, que busca explicar una de las finalidades del Estado, la cual es garantizar la existencia de un sistema de prestaciones o actividades económicas prestacionales básicas o primarias, que permitan el funcionamiento normal de las actividades de los demás sectores de la economía, lo que nos remite a la idea de la esencialidad de los servicios públicos, concepto jurídico que expresa el rol de

«infraestructura social» que desarrollan los grandes servicios públicos económicos [...]

La economía nacional funciona gracias a estos servicios básicos o esenciales, calificados por el legislador sectorial como servicios públicos, que deben ser prestados, por su esencialidad, bajo condiciones reguladas por el Derecho Administrativo, que permita cumplir con las notas básicas de su régimen de prestación, nuevamente, insistiendo, en las famosas *lois de Rolland* [...] (Huapaya Tapia, 2011, pp. 610-611)

De igual manera, al tratarse de servicios o productos considerados esenciales, la posición de los usuarios o consumidores se convierte en un elemento central al momento de definirse la forma en la que el Estado debe intervenir en una actividad económica en particular.

Por todo ello, la regulación se concibe como una medida pública al igual que otras intervenciones adoptadas por los Estados. Siendo ello así, su configuración enfrenta las vicisitudes propias de la aprobación de políticas públicas, pues son el origen de una serie de interacciones entre los agentes con interés (Estado, proveedores y consumidores) y son susceptibles de ceder en la evaluación meramente técnica a los intereses de ciertos grupos para hacerse viable como decisión normativa, tal como ocurre con cualquier política pública<sup>5</sup>:

La actividad de regulación se puede considerar como una de las formas de intervención pública, junto a la política macroeconómica y la producción directa de bienes y servicios que son necesarias en el ejercicio de la actividad económica [...].

De una manera precisa, la actividad de regulación consiste en definir un marco de actuación de los agentes económicos, las empresas reguladas y los consumidores, y en hacer que este marco se cumpla. Así pues, la actividad de regulación se puede definir [Shugart (1990)] como la actividad pública de control de precios y de imposición de restricciones en el ejercicio de ciertas actividades económicas. Aunque existen otras definiciones, casi todas tienen como lugar común identificar esta forma de

---

<sup>5</sup> El estudio de las políticas públicas revela en la teoría moderna que la configuración de ellas son parte de un proceso altamente complejo y eso ha demandado ramas del conocimiento dedicadas a estudiar este fenómeno y a la par tratar de sistematizarlo para otorgar herramientas de una mejor comprensión. Su complejidad radica ciertamente en que la adopción de una política no puede ser entendida como algo reduccionista, a la decisión final, sino es posible que una política se condene al fracaso si no se comprende lo que existe detrás. Por ello, (Roth Deubel, 2002) sostiene lo siguiente sobre la planificación de las políticas públicas:

Así, la acción de planificación, que por su naturaleza misma tiende al control de las variables, busca extenderse a sectores y niveles siempre más amplios para limitar y reducir las incoherencias. Los planificadores, y más concretamente los entes administrativos centrales de planificación, tienen la tarea de integrar las distintas racionalidades que se expresan en la sociedad y de realizar los arbitrajes entre éstas. La multiplicación de los planes tiende así a aumentar las dificultades y los conflictos de intereses y de competencia para lograr una coordinación de las acciones públicas. Pero de manera paradójica, es la misma extensión de la planificación la que va a provocar su dilución pues para mayor coherencia se necesita más planificación, pero más planificación implica más actores, es decir, más posibilidades de situaciones conflictivas. Esto provoca dos actitudes posibles: o incluir necesariamente factores contradictorios o incoherentes entre sí, es decir lo que se quería eliminar, o reducir las ambiciones del plan a fijar metas precisas, o sea abandonar el objetivo mismo de la planificación! (p. 82)

intervención pública como una actividad que consiste en determinar, mediante normas de obligado cumplimiento, el marco de actuación de las empresas reguladas [...]. (Lasheras, 1999, pp. 15-18)

Lo antes descrito explica por qué en el marco de servicios públicos aparecen agencias especializadas encargadas de hacer valer y cumplir las disposiciones normativas establecidas, e incluso dictar ellas mismas la normatividad que se considera más especializada o técnica y que demanda sin duda conocimientos especializados que otros entes del Estado podrían difícilmente aportar. Además, al estar en juego intereses diversos resulta necesario que una entidad «teóricamente» liberada de los avatares políticos, pueda definir justamente los aspectos que resultan más técnicos para evitar que la política e intereses individuales terminen imponiendo posiciones no técnicas que afecten la provisión de servicios considerados esenciales.

Siendo ello así, la regulación aparece como una forma de intervención estatal cuyo propósito es pergeñar reglas completas que permitan a una actividad económica funcionar de manera adecuada, equilibrando todos los intereses de los agentes vinculados a ella. Esto, que es fácil de resumir, es ciertamente muy complicado de lograr en la realidad, porque se tratan de sistemas complejos y completos que en muchos casos no solucionan únicamente temas puntuales que la dinámica de la oferta y demanda no puede, sino a veces deben implementar estructuras normativas orgánicas presentes en básicamente toda la actividad económica que se busca regular.

En este punto se debe incidir en la tecnificación como elemento esencial, y es quizás la verdadera razón para contar con organismos reguladores altamente especializados. Un ejemplo de esto es sin duda la provisión del servicio eléctrico. No es posible concebir el desarrollo de las naciones sin el uso de dicho servicio. Lo usamos todo el tiempo, para casi todos los productos domésticos, laborales e industriales. Sin embargo, es probable que la gran mayoría no entienda los principios físicos que permiten su uso. La electricidad es quizás la energía subatómica más difundida y masiva de la humanidad y ha permitido tener aparatos y artefactos que antes solo existían en el imaginario de la ciencia ficción. Su transporte desde los centros de producción a las zonas de consumo debe observar igualmente principios físicos como el efecto Joule y además debe coordinarse constantemente a tiempo real la equivalencia de lo que se produce y se consume, pues es un bien que no se almacena en grandes cantidades a costos eficientes y su traslado es instantáneo a través de las redes.

Podríamos seguir enumerando características e incluso estructurarlas en lenguajes más técnicos, pero el propósito a efectos de este acápite es que se pueda comprender que detrás de la provisión de servicios públicos como el de la electricidad, subyace un bagaje técnico insospechado para el usuario común. Una

característica por resaltar es que el servicio de electricidad, siendo este una industria de redes porque su provisión es posible por la presencia de una red física (cables, postes y torres), es que depende, como muchos otros servicios, de la inversión. Sin infraestructura no hay servicio.

Por lo antes indicado, aparecen, dentro de la formulación de la regulación, intereses legítimos vinculados a establecer reglas que permitan las inversiones necesarias para la provisión de servicios y productos, y que eventualmente también serán necesarias para mantener los estándares de su prestación. Por ello, la regulación debe atender este componente especial con mucho cuidado pues su ausencia significaría que el servicio podría no tener los alcances deseados y no cumplir con la constancia y calidad esperable. Naturalmente, dentro de un mercado tecnificado, el traslado de los intereses legítimos de los inversionistas a la regulación supone también estructuraciones que se consideren adecuadas a nivel técnico. Adicionalmente, existe el interés de los usuarios de poder acceder a servicios esenciales a precios relativamente bajos lo que, independientemente del deseo de ellos, también es inherente a un servicio público de acceso universal (al menos aspira a ello) y eso supone llegar a las clases sociales más pobres, con mayores barreras para acceder a servicios esenciales.

La regulación de servicios públicos, en suma, es la expresión completa (o intenta serlo) que refleja los requerimientos técnicos propios del servicio, y que dicha estructuración técnica a la par obedece a los intereses legítimos de las personas que hacen posible su provisión y cobertura a través de las inversiones, así como las expectativas legítimas de los usuarios de que dichos servicios sean tarifariamente accesibles, siendo conducentes a la presencia del Estado para dirigir la política de dichos servicios y adecuarlos en el tiempo. Esa dinámica compleja, pero también completa, pone en evidencia que detrás de la regulación se encuentra una arquitectura muy rica en conceptos y elementos que son esenciales para poder interpretar una determinada norma regulatoria. Siendo ello así, no solo resulta necesario el conocimiento del Derecho, sino también de la tecnificación subyacente a las normas regulatorias.

En este escenario, es común para muchos actores vinculados a un determinado servicio, incluyendo actores políticos o jurisdiccionales, ver en el regulador una suerte de intermediador, capaz de atender requerimientos de cierto entendimiento común y procesar pronunciamientos técnicos. Así, los reguladores se van incorporando en la interacción de muchas actividades y son en teoría la voz neutral, tecnificada, que podría ayudar a dilucidar asuntos vinculados a la regulación de servicios públicos. En esta interacción «cotidiana» se afianza su rol como autoridad. Sin embargo, los organismos reguladores son entes administrativos y, como tales, sus actos están sometidos igualmente al control jurisdiccional. Por ello, deben ser juzgados como se haría con cualquier parte de un proceso.

## 5. EL DILEMA DEL ARGUMENTO DE AUTORIDAD EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Si bien los organismos reguladores son los entes especializados, es cierto también que no son los únicos actores que pueden manejar con suficiencia técnica y legal las normas regulatorias. Es claro que, si la inversión es necesaria, los inversionistas deben poder entender y aplicar la regulación, de modo que se pueda comprender la forma en la que ella les permitirá recuperar sus inversiones y las implicaciones técnicas para sus operaciones. De ahí que la oferta de asesorías especializadas y las propias organizaciones de las empresas aporten las herramientas para que ellas puedan manejar con idoneidad la regulación.

Con esto debemos caer en cuenta que algunos consumidores o administrados en una relación de servicio público son capaces de estructurar su entendimiento sobre la regulación de la misma manera que lo haría el ente regulador. Se trataría, entonces, de partes que pueden comportarse como equivalentes en el entendimiento y aplicación de una norma regulatoria. En este campo aparecen empresas concesionarias, clientes libres o mayores, que dada su participación más activa y con una clara incidencia económica más resaltante que la de un consumidor común, deben expandir y perfeccionar su conocimiento sobre la regulación y eso permite que asuman posiciones menos sumisas ante el ente regulador.

A esto debemos agregar que los entes reguladores, que teóricamente deben permanecer ajenos a motivaciones que no sean técnicas, al entrar en permanente interacción con otros agentes del sector, terminan siendo susceptibles de impregnarse de motivaciones diversas, aunque estas sean menores en cantidad a las de su propia naturaleza, como podrían ser motivaciones de corte político. Así, por ejemplo, los entes reguladores asumen con frecuencia carteles como «defensores del consumidor», lo que claramente tiene una connotación política, que quizás sin proponérselo ellos asumen para justificar sus intervenciones ocasionalmente.

Tampoco resulta infrecuente cierto conflicto entre el ente regulador y el ente político sectorial (como los ministerios), pues al ser la regulación propiamente una forma de intervención estatal no puede evitarse que concurren diversos intereses y que en ocasiones el consenso sea producto de una negociación. En estos casos, los límites de una participación exclusivamente técnica del ente regulador se hacen más difusos. Por ello, no debería sorprender que eventualmente los entes reguladores tengan conflictos de identidad, siendo difícil para ellos definir la forma en la que deben actuar frente a ciertos temas o necesidades de los sectores regulados. La regulación *per se* afronta el riesgo de una «captura» política y la participación de la jurisdicción es una forma de

contribuir a mitigar los riesgos presentes en la regulación (y presentes también en quienes los aplican), de modo que la interacción entre los expertos y el resto de los agentes sectoriales (como el ente político sectorial) no genere un círculo vicioso que debilite al regulador como institución:

*A number of core challenges lie at the heart of any regulatory decision on the handling of risk. The first challenge is the identification of risks and questions about participation in decision-making [...] One strand of the risk literature explores models of decision-making that aim to reduce conflicts about risk assessment and focuses on the potential of adversarial processes, administrative rules, and judicial review to legitimize risk regulation [...] One view sees differences in public and expert perceptions of risk as a key element in the 'vicious circle' of factors that diminishes public trust in regulatory institutions, inhibits more rational regulation, and contributes to random selection of regulatory priorities as well as inconsistencies of regulatory approach.*

[Una serie de desafíos centrales subyacen en el centro de cualquier decisión regulatoria sobre el manejo del riesgo. El primer desafío es la identificación de riesgos y preguntas vinculadas a la participación en la toma de decisiones [...] Una parte de la literatura sobre los riesgos explora modelos de toma de decisiones que tienen como objetivo reducir los conflictos en la evaluación de riesgos y se enfoca en el potencial que ofrecerían los procesos adversativos, reglas administrativas y revisión judicial para legitimar la regulación del riesgo [...] Desde un determinado punto de vista se puede ver las diferencias en las percepciones del riesgo por parte de las personas en general y los expertos como un elemento clave en el 'círculo vicioso' de factores que disminuye la confianza pública en las instituciones reguladoras, que impide una regulación más racional y contribuye a la selección aleatoria de las prioridades regulatorias, así como a las inconsistencias del propio enfoque regulatorio]. (Baldwin et al., 2011, pp. 93-94)

Si a todo esto le sumamos que no se trataría solo de los efectos de una interacción azarosa que condiciona la posición de los entes reguladores, sino también la defensa de sus propios intereses como una entidad administrativa, entonces aparece un actor que claramente no es neutral en la toma de una posición. En consecuencia, así como cualquiera de nosotros, el ente regulador termina adoptando decisiones que favorecen su posición, mucho más cuanto se encuentran involucrado en una controversia. Esta virtual pérdida de neutralidad se hace más notoria para actores que son más tecnificados y se encuentran mejor preparados que otros para entender y aplicar la regulación. Dado que se presentan posiciones discordantes, es evidente también que cada parte tratará de

prevalecer sobre la otra. No obstante, los entes reguladores no dejan de ser autoridad, a pesar de que deben comparecer ante los jueces como partes.

Además, debe tomarse en cuenta que la regulación le permite al ente regulador tener cierto campo de discreción, como ocurre con otros entes administrativos, y esos campos más «difusos» deben dilucidarse respecto a su sentido y en aplicación adecuada de la normativa y la estructura que la origina, que claramente tiene preminencia técnica y supone la aplicación de reglas económicas que no necesariamente son claras en el texto de la norma regulatoria (el problema típico del lenguaje y la norma aparece también en la regulación<sup>6</sup>). Este espacio de discrecionalidad ha permitido discusiones y controversias técnicas, por ejemplo, en las fijaciones tarifarias en las cuales muchas empresas concesionarias han manifestado sus posiciones ante el regulador acusándolos de tomar decisiones no técnicas y en muchos casos arbitrarias, lo que a su criterio termina afectando sus legítimos intereses dentro de la actividad regulada. Además, se denuncia que el ente regulador en lugar de ganar la discusión a nivel técnico simplemente decide imponerse en su rol de autoridad.

Este rol dual (parte/autoridad) genera un escenario propicio para cometer excesos. Aquí es donde aparece el control jurisdiccional como garantía para los administrados ante las decisiones del ente regulador. Pero también, como se puede intuir, aparece una clara condición para los jueces: ante ellos comparece el experto del sector, por un lado, y por el otro, administrados discutiendo los temas que son teóricamente pericia de dicho experto. Así, es válido preguntarse por el grado de conciencia de los jueces de que las acciones del ente regulador no son necesariamente desinteresadas (al final es parte en una controversia), ni exclusivamente técnicas o que, como cualquier otro agente, también podría equivocarse. Igualmente, surge la interrogante de si el juez puede concebir a otra persona con la misma capacidad para manejar la regulación, de modo que *a priori* se pueda asumir que el ente regulador podría haberse equivocado y los administrados tener la razón.

Los jueces, ante los servicios altamente tecnificados, objeto común de la regulación, suelen ser usuarios comunes, con un entendimiento básico de las condiciones técnicas. En el ejemplo que habíamos puesto del servicio eléctrico, cómo podría los jueces entender una controversia de este servicio si no maneja

---

<sup>6</sup> Rubio Correa (2006) indica sobre la norma jurídica y el lenguaje lo siguiente:

A diferencia de algunas otras ramas del saber, el Derecho no utiliza un lenguaje propio o simbolizado. Por el contrario, toma el lenguaje común y es elaborado mediante él. Adicionalmente, se supone que, al regular las conductas de las personas en su vida social, el Derecho aspira a ser conocido, entendido y aplicado por los seres humanos aún al margen de su conocimiento del sistema jurídico. Por ello, en el Derecho se plantea un problema particular que comparte con pocas disciplinas teóricas humanas: mientras la mayoría de las ciencias y de los conocimientos especializados son desarrollados comunicados y practicados por especialistas, el Derecho lo es, dialécticamente, por especialistas y legos a la vez. [...]

La norma comunicación es el contenido de la norma que comparten en la transferencia de su conocimiento, tanto la autoridad que la emite como el destinatario que la recibe. Se supone que, en esta transferencia, la idea de la norma que se forma el destinatario es la misma que la de la norma prescripción, pero, hemos visto, ello no necesariamente sucede y puede deberse a muchos factores, entre ellos, que el autor de la norma se expresó mal, o que no la comunicó con el alcance suficiente como para que el destinatario la entienda o aún conozca [...]. (pp. 87-93)

con suficiencia conceptos básicos como potencia, energía, amperaje, frecuencia, corriente alterna, o unidades métricas como watts y estas expresadas en función al tiempo o incluso conversiones de valor calórico (kW, kWh, kW-mes, MW, GW, BTU, etc.), segmentaciones regulatorias (generación, transmisión, distribución, muy alta tensión, alta tensión, media tensión, baja tensión), grupos de normas regulatorias (constructivas, operativas, autorizativas). ¿El juez es consciente de que existe una regulación individual para el ámbito urbano y otro para lo rural?

Podríamos seguir enumerando un sinnúmero de temas que deberían manejarse con cierta suficiencia para poder expresar y resolver una controversia regulatoria como en el caso del servicio público de electricidad. Quizás el ejemplo más claro, como ya lo habíamos adelantado, es el caso tarifario y usaremos el tema de la tarifa de distribución eléctrica para entender a cabalidad el punto de este acápite. Cada cuatro años, las empresas de distribución eléctrica (unas catorce a nivel nacional) presentan sus propios estudios técnicos para valorizar cada uno de los componentes utilizados para el servicio de distribución eléctrica (esquemáticamente son todos los postes, cables y torres que se pueden ver en las calles de una ciudad, así como las subestaciones). Cada elemento que sirve para calcular la tarifa de distribución es numeroso y a eso se suma que los distribuidores son también comercializadores y deben justificar esos costos de manera adicional. El ente regulador tiene que hacer revisiones, conforme a la regulación vigente, por cada una de las empresas (antes se partía de un modelo idealizado) y esto se discute en un proceso de un año aproximadamente. La pregunta que cae de madura es si los jueces serían capaces de ejercer el control para un proceso complejo como el que acabamos de describir y que incluso resultan a veces problemáticas para los propios actores del sector (entre ellos, el propio ente regulador).

Con mucha claridad podemos advertir que la materia sometida a conocimiento de los jueces puede superarlos ampliamente. En este punto conviene recordar como vimos en el acápite 3, que la revisión judicial moderna del acto administrativo demanda que los jueces también puedan emitir pronunciamientos de plena jurisdicción. Ciertamente, las revisiones de mera legalidad (o correctamente renombrados doctrinalmente como revisiones de Derecho o juridicidad) son la mayoría en los casos que toca resolver a los jueces. Pero en ambos casos se necesita siempre un manejo prolijo y suficiente de la regulación. Todo esto termina por configurar el escenario en el que aparece el dilema del argumento de autoridad:

- Primero, la revisión jurisdiccional del acto administrativo supone la existencia de jueces capaces de frenar los abusos de poder cometidos por la Administración Pública.
- La revisión jurisdiccional del acto administrativo ha sido marcada fuertemente por la revisión de mera legalidad, presente en el origen de la revisión de las acciones de la Administración Pública.



- La evolución de la revisión jurisdiccional del acto administrativo obligó a un primer cambio de paradigma: la revisión de plena jurisdicción, en el cual los intereses y derechos de los administrados resultan altamente relevantes a la par de la legalidad del acto administrativo.
- La revisión de legalidad, con la evolución propia del Derecho, ya no puede ser reduccionista y establece que la revisión jurisdiccional del acto administrativo es una comprobación de juridicidad, conforme a Derecho, es decir, al ordenamiento jurídico en su conjunto y no a una mera norma que se considere aplicable.
- Por su parte, la regulación aparece como una forma de intervención estatal y cuya gestación, implementación y entendimiento tiene cierto grado de complejidad y en la mayoría de los casos obedece a una clara tecnificación de los servicios que son materia de regulación.
- Ante la complejidad técnica de la regulación, pero la conciencia de la legitimidad de los intereses de agentes como los inversionistas y eventuales prestadores de los servicios, aparece la necesidad de contar con una entidad capaz de establecer los parámetros técnicos de la regulación y convertirse así en una suerte de intermediador al cual las partes deben recurrir y obedecer.
- No obstante, la interacción constante a la que se ha visto obligado el ente regulador, termina por hacerlo susceptible de incorporar propósitos que no son meramente técnicos, e incluso puede asumir posiciones de corte político.
- Una revisión de plena jurisdicción, o incluso una revisión en Derecho de la regulación, demanda que el juez pueda dominar con solvencia, no solo la norma regulatoria como texto, sino conocer las instituciones y estructura sobre la cual ha sido configurada y esa es una tarea muy complicada.
- Un juez acostumbrándose recién a las evaluaciones en Derecho de los actos administrativos (dejando la noción de la revisión de mera legalidad) y obligado a tener que migrar al paradigma de la revisión de plena jurisdicción (posición subjetiva de la revisión), enfrenta un escenario harto complicado cuando aparece, además, la regulación como una forma más compleja de entender, interpretar y aplicar un conjunto de normas en particular.

En el contexto antes descrito, se erige una barrera difícil de superar para los jueces, que además no se dedican exclusivamente a resolver controversias en materia de servicios públicos y que, incluso si lo hicieran, notarían que es muy diferente especializarse en temas eléctricos, de telecomunicaciones, de saneamiento, hidrocarburos, entre otros.

Ante jueces que deben afrontar un escenario desconocido y complejo, empiezan a aparecer las presunciones y caminos fáciles para tratar de llegar a alguna solución. Precisamente en la presencia de estos prejuicios, el dilema del

argumento de autoridad toma forma. Al desconocer, se empieza a asumir que la autoridad, aquel que a veces suele presentarse como el defensor de los consumidores, es la voz autorizada y que además podría ser el ente neutral en cualquier contexto, incluso cuando defiende sus decisiones cuestionadas por los administrados.

En una situación corriente de jurisdicción ordinaria en la que se presentan dos personas enfrentadas entre ellas, es muy fácil asumir para los jueces que dichas partes argumentarán sus posiciones tratándolas como más creíbles y acordes a Derecho. No obstante, ellos, doctos en Derecho, son capaces de discernir y establecer la discusión en los términos que realmente correspondan más allá de la posición que las partes hubieran argumentado. Las complicaciones aparecen cuando los jueces no pueden realizar ese discernimiento por su limitado manejo de la regulación.

Por ello, los jueces tienen que decidir cómo deben resolver ante los pedidos de administrados que contradicen al ente regulador (al especialista del sector). Si la controversia tiene una preminencia técnica, es claro que los jueces solo podrán advertir una posición no acorde con la regulación si la dominan con suficiencia y, como ya se ha indicado, ese es un trabajo sumamente complicado. Ante ello, los jueces terminan cediendo al prejuicio y parece ser, para los jueces, que el ente regulador es quien podría haber interpretado y aplicado la regulación correctamente, a diferencia de los administrados. En consecuencia, actuando así, la verdadera tutela jurisdiccional efectiva se convierte en ilusión. En el fondo, la controversia nunca fue resuelta y eso es una pérdida de propósito del proceso de revisión jurisdiccional del acto administrativo:

Como ya se afirmó al comienzo de estas páginas, es esencial replantearse el contencioso como cauce de solución a conflictos jurídicos que surgen en relación con un asunto jurídico público. La afirmación debe tomarse en todo su significado, sin perder de vista ninguno de sus elementos.

En primer lugar, la idea misma del conflicto jurídico nos pone sobre la pista de lo que debe ser y lo que no debe ser el proceso. Este se concibe como una vía de solución de controversias, y en eso radica su verdadero sentido. En otras palabras, de nada vale el proceso si no resuelve el conflicto que lo motivó. En tenor constitucional: la efectividad de la tutela judicial debe medirse por la capacidad de Jueces y Tribunales para resolver conflictos. (García Pérez, 1999, p. 112)

El reconocimiento de la autoridad sobre cierto campo genera la tendencia natural de confiar en él. Es difícil no confiar en temas de salud en un médico, o en temas constructivos en un ingeniero y a escala organización esta visión de la autoridad suele ser más sólida: sería difícil desconfiar de la Organización Mundial de la Salud o del Colegio de Ingenieros en las disciplinas propias de su especialidad. Lo

cierto es que esa confianza solida radica en su neutralidad y comportamiento puramente técnico. Pero si se es consciente de que podrán tener cierto interés, entonces también se puede concebir que el ente especializado es capaz de utilizar su posición de experto para hacer prevalecer sus propios intereses. Estos no necesariamente son intereses egoístas o mezquinos, simplemente son los que la regulación no está defendiendo, lo cual suele hacerse en desmedro de los legítimos intereses de otros agentes; y esto porque en la regulación no existe exceso a nivel económico, por el contrario, se rigen por un equilibrio entre todos los intereses económicos de los agentes.

De este modo, lo que el ente regulador pueda expresar ante los jueces se presenta como una posición difícil de diferenciar de una posición neutral y desinteresada y este dilema arrincona a los jueces a asumirla como tal. Así como la falacia de autoridad, en el cual las personas tienden a asumir como válido un argumento solo por el hecho que lo dice una autoridad, sin reparar en la estructuración lógica que sigue el argumento, también se presenta el mismo problema en el caso de los litigios con ente reguladores. Existe una clara tendencia a validar la posición del ente regulador solo porque este la formula. Quizás la pandemia ha sido una muestra tangible de cómo los especialistas pueden equivocarse: no faltaron defensores en medios de comunicación, por ejemplo, recomendando medicamentos sin ningún sustento médico e incluso rechazadas por la comunidad científica, como es el caso de la ivermectina, pero muchos «especialistas» siguieron presentándose en medios de comunicación insistiendo en su uso.

Un último punto sobre el dilema del argumento de autoridad es la incapacidad de los jueces de prever las consecuencias de una decisión (¿de qué manera otras personas podrían verse perjudicados o beneficiados?), y eso genera una nueva restricción que termina «obligando» a los jueces a confiar más en lo que hubieran resuelto los entes reguladores. Es decir, se convierte en mucho menos problemático darle simplemente la razón al ente regulador en lugar de enmendarle la plana. Pues, además, los jueces que resuelven en Derecho o de plena jurisdicción no solo deben poder detectar el error, sino también establecer la solución o, por lo menos, establecer los parámetros para que el ente regulador pueda emitir un pronunciamiento conforme a la regulación.

El dilema del argumento de autoridad ciertamente no tiene una solución fácil (no sería un dilema si así fuese) y pone a los jueces en una posición muy difícil, pues a sus múltiples tareas, se suma el manejo de normas de alta especialización y que no se pueden manejar con solvencia solo con la dedicación eventual que podrían darle al tener que resolver algunos conflictos. Incluso, firmas de consultores dedicados a la regulación como objeto central tienen dificultades para opinar sobre ciertos casos. No se puede pedir que jueces con mucho menos tiempo dedicado al entendimiento de la regulación y de los hechos, puedan tener el

mismo o mejor manejo que esos especialistas. Por ello, ante el dilema, consciente o inconscientemente, ellos sienten la enorme tentación de validar la posición del ente regulador por el solo hecho de ser tal.

Los pocos casos en los que los jueces se han pronunciado a favor de los administrados en procesos contra el ente regulador se han ceñido a temas muy formales (como la revisión de mera legalidad de antaño), anulando el acto administrativo y devolviéndolo, sin mayores precisiones o limitaciones, para que el ente regulador vuelva a resolver con las mismas consecuencias prácticas, lo que en ocasiones ha convertido algunas anulaciones de actos administrativos en victorias pírricas:

Esta afirmación no debe deformarse bajo el prisma del carácter revisor expuesto páginas atrás: el interés de quien recurre no es primariamente a la legalidad, sino a que no se mantenga una situación que le perjudica. Es la lesión de su interés lo que le mueve a recurrir; la lesión es lo primordial y lo que se pretende a través del recurso, su objeto, es que cese la situación que le causa el perjuicio. El matiz es relevante: el interés pasa a ser así un concepto sustantivo y no un mero requisito procesal para instar del Tribunal una declaración de no ser conforme a Derecho un «acto» administrativo.

La existencia de una lesión o, simplemente -aunque con matices, la mera posibilidad de existencia pone a la parte que la sufre o que teme sufrirla en posición de reclamar ante los tribunales de justicia una determinada conducta o actuación. En palabras del TC, estaríamos ante el derecho de acceso a la jurisdicción, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de «derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pre-tensiones deducidas» (STC 115/1984, de 3 de diciembre [RTC 1984, 115]). (García Pérez, 1999, pp. 122-123)

La verdadera transición hacia una jurisdicción que pueda revisar en Derecho y en plena jurisdicción los actos administrativos del ente regulador, se sustenta en poder actuar como un verdadero contrapeso ante los posibles abusos de la Administración Pública que, como se ha indicado, no necesariamente se sustentan en propósitos desdeñables, aunque lo que aquí importa es la actuación conforme al Derecho y el respeto y protección de los legítimos intereses de otros actores del sector. Si no reparamos en que hemos puesto a los jueces ante un dilema que los supera ampliamente, se contribuye entonces a convertir la revisión jurisdiccional de los actos administrativos en meros procesos ritualistas, sin un verdadero acceso a la justicia para los administrados.

## **6. PELIGROS DEL DILEMA DE AUTORIDAD Y PERSPECTIVA HACIA UNA SOLUCIÓN**

El dilema del argumento de autoridad en la revisión jurisdiccional de actos administrativos en materia de servicios públicos revela esquemáticamente el claro condicionamiento e incapacidad de los jueces de actuar como verdaderos contrapesos o controladores de los abusos de poder por parte de la autoridad, en especial del ente regulador. La posición de los jueces ante el ente regulador como experto de la materia, hace que ellos tiendan a validar sus posiciones, no por seguir una argumentación lógica y coherente con la regulación, sino por la mera posición que ocupa el ente regulador como experto del sector. Sin duda, el dilema se presenta también para los administrados pues tienen que, de alguna forma, convencer primero a los jueces que ellos están también en condiciones de entender y aplicar la regulación correctamente y que, por tanto, podrían tener una mejor posición jurídica de la que presenta el ente regulador. Ese es un desgaste argumentativo que claramente el ente regulador no se ve obligado a realizar.

No obstante, para los jueces llegar a la conciencia de que el ente regulador se equivoca, no solo en forma sino también en sustancia, supone que ellos han podido dominar con suficiencia la regulación y entienden que en ese esquema el ente regulador es un sujeto procesal más y que, como cualquier otro, al comparecer como parte podría estar sesgando la información y los argumentos para aparentar que su actuación fue acorde a Ley. Pero si los jueces no llegan a ese nivel de entendimiento de la regulación, se exponen con facilidad a perderse en la discusión técnica y legal, debiendo elegir ante tal incertidumbre entre el ente regulador y el administrado. Resulta evidente, pues, la tendencia a no corregir las actuaciones del regulador, y en ocasiones los jueces suelen parafrasear los argumentos del ente regulador en lugar de hacer una comparación y análisis de los argumentos presentados por ambas partes.

Por ejemplo, resulta paradigmática la resolución de la siguiente controversia, la cual simplificaremos para una mejor ilustración. La legislación eléctrica permite a los concesionarios de distribución, en el caso de pedidos de nuevos suministros o ampliación de capacidad de los existentes, requerir a los solicitantes que ellos mismos financien los costos del nuevo suministro o de su ampliación con cargo a que se les devuelva el financiamiento. Este requerimiento tiene el propósito de que los usuarios no tengan que esperar para contar con nuevos suministros o más capacidad (pues legalmente el distribuidor puede atender sus pedidos en el plazo de un año). Es una forma de asegurar la atención oportuna de nuevos usuarios sin afectar la programación de inversiones del concesionario. A estos requerimientos de financiamiento se les ha denominado contribuciones reembolsables.

El problema jurídico del presente ejemplo se configura cuando la norma «A» dispuso que las contribuciones reembolsables realizadas en el marco de habilitaciones urbanas financiadas por inversionistas privados se deberían devolver a los usuarios (no a los inversionistas) y esta devolución se haría una vez que dichos usuarios hicieran uso del servicio (no antes). La norma «A», emitida por el Ministerio de Energía y Minas, tenía el propósito de evitar que: i) inversionistas y usuarios reclamen a la vez por una misma contribución reembolsable y; ii) que se exija la devolución de la contribución antes de que el servicio eléctrico iniciase.

La contribución reembolsable tiene como sustento económico el hecho que las distribuidoras reciben en propiedad las obras que se construyen con dichas contribuciones, pero además tales obras le servirán para generar ingresos. Una obra eléctrica no genera ingresos si no se utiliza; por el contrario, en el sector eléctrico las obras eléctricas sin uso representan una carga y pérdidas (los bienes eléctricos no tienen usos alternativos). Por ello, las distribuidoras con mucha preocupación vieron que varios inversionistas privados (habilitadores urbanos de terrenos e inmobiliarias) reclamaban la devolución de las contribuciones efectuadas para ejecutar obras eléctricas que no eran usadas, ya que los terrenos o inmuebles que habían habilitado aún no habían sido vendidos.

No obstante, muchos inversionistas no estaban de acuerdo con que las contribuciones reembolsables se tuvieran que devolver a los usuarios eléctricos y por ello mediante la norma «B» emitida por el Congreso, lograron que se indicara que la devolución debía realizarse a los inversionistas privados y no a los usuarios. Esta norma «B» no tuvo ninguna indicación respecto al momento en que debía empezar a realizarse esa devolución, que sin duda era la parte más importante para las distribuidoras eléctricas, ya que todo sentido económico se perdía al tener que devolver contribuciones con las que se habían ejecutado obras que no eran usadas. Es más, en el Perú ocurrieron casos emblemáticos de grandes habilitaciones urbanas o nuevos inmuebles muy antiguos que permanecen sin uso hasta la actualidad. Es decir, se podría «condenar» a una empresa distribuidora a pagar por algo que jamás le generará ningún ingreso.

Siendo ello así, entre la norma «A» y la norma «B» se generó una antinomia sobre las consecuencias de la norma regulatoria, pero solo sobre una de dichas consecuencias. Conforme al principio de Coherencia e Integración Normativa, el ordenamiento jurídico es coherente en su conjunto y debe aplicarse como tal cuando se configure el supuesto de hecho correspondiente. En otras palabras, todo operador del Derecho debe tratar de aplicar todas las normas que regulen un mismo supuesto de hecho y solo preferir alguna cuando se produzca una antinomia que impide la aplicación simultánea. Conforme a este principio una lectura coherente e integrada de la norma «A» y norma «B», ambas vigentes, sería la siguiente:

- Supuesto de hecho: «contribuciones reembolsables realizadas como parte de nuevas habilitaciones urbanas por inversionistas privados»,
- Consecuencias normativas: i) se debe devolver dichas contribuciones a los inversionistas privados en cumplimiento con la norma «B» por jerarquía normativa y; ii) se debía devolver una vez que los usuarios hicieran uso del servicio eléctrico conforme a la norma «A» por especialidad de la norma.

Sin embargo, al producirse una controversia entre el ente regulador y una empresa concesionaria (administrado), durante todo el proceso el ente regulador sostuvo ante el Poder Judicial que se trataban de supuestos de hecho distintos y por ello no se podía aplicar las consecuencias de la norma «A», de modo que la devolución debía realizarse de manera inmediata y no cuando se use el servicio eléctrico. Resultaba sumamente claro que ambas normas regulaban el mismo supuesto de hecho: «contribuciones reembolsables realizadas como parte de nuevas habilitaciones urbanas por inversionistas privados», pero el ente regulador desconociendo el propósito de la norma «A» y habiendo tomado conocimiento del perjuicio a las empresas de distribución, igualmente defendió su resolución en la que ordenaban devolver de manera inmediata y en una sola cuota la contribución reembolsable, lo que claramente era contrario con la regulación, pues se estaba produciendo el daño que la norma regulatoria trataba de evitar.

El Poder Judicial pudo, desde un análisis jurídico (ni siquiera aún técnico-regulatorio) determinar que claramente nos encontrábamos ante un mismo supuesto de hecho normativo, algo que estudiantes de los primeros años de Derecho podrían hacer con cierta solvencia, pero decidió acoger la posición del ente regulador de que se trataban de supuestos de hecho diferentes, demostrando así una clara deficiencia al momento de evaluar el caso por parte del Poder Judicial. ¿Qué llevó al Poder Judicial a validar algo en que claramente el ente regulador estaba equivocado? Un ensayo de respuesta sería que tomar la posición del regulador resultaba mucho más fácil, así se estuviera sosteniendo una barbaridad jurídica. De otra forma, habría resultado necesario determinar primero el caso de antinomia, desarrollar el principio de coherencia e integración normativa, evidenciar las razones detrás de la regulación para que el Ministerio de Energía y Minas hubiera dispuesto que se deba devolver la contribución reembolsable recién cuando los usuarios hiciesen uso del servicio: la justificación económica de no pagar obras eléctricas que no le sirven a nadie.

El caso antes reseñado muestra que incluso en temas en que los jueces podrían aplicar sus conocimientos sobre el Derecho (no necesariamente regulatorios), también se tiende a claudicar ante el reto de tener que sustentar esa decisión sobre normas regulatorias. Ese abandono de las labores y el facilismo en

escondese detrás de lo que el ente regulador hubiera sostenido, es muy tentador y, lamentablemente, profundiza en la falta de una protección adecuada de los derechos e intereses de los administrados y de la misma regulación como producto normativo (tutela jurisdiccional efectiva):

En definitiva, hoy en día el recurso contencioso-administrativo es una acción judicial en la que tiene cabida cualquier pretensión de las partes ajustada a Derecho y que guarde relación con la actuación de la Administración sometida a Derecho administrativo. Un proceso en el que pueden cuestionarse los hechos que la Administración haya declarado probados en una decisión previa y proponerse y practicarse cualesquiera pruebas pertinentes; en el que puede fundarse el recurso en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso si se trata de motivos de ilegalidad no formulados ante la propia Administración en el procedimiento administrativo o en el recurso administrativo previo [...]. (Sánchez Morón, 2011, p. 870)

Asimismo, la falta de control efectivo ante los posibles abusos de la Administración Pública empieza a enviar un mensaje equivocado y cada vez se hace más notoria la falta de prolijidad en las evaluaciones de los entes reguladores, rondando muy de cerca en algunos casos con la arbitrariedad (expresamente prohibido por la Constitución). Los entes reguladores empiezan a encontrar en su ropaje de autoridad el camuflaje perfecto para imponerse en las discusiones más complicadas por encima de cualquier administrado ante el hecho de que realmente no pueden ser corregidos en sus acciones. Retomando nuestro ejemplo tarifario, la regulación supone aplicación casi inmediata de las nuevas regulaciones. Si las tarifas aplicadas para distribuidores eléctricos, por ejemplo, tienen una vigencia de cuatro años y un proceso contencioso administrativo demora en concluir de 4 a 6 años, el mero proceso ya hace que la revisión judicial sean meramente ritualista y con clara tendencia a favorecer las decisiones del regulador para no entrar en una situación jurídicamente complicada y difícil de implementar si se resolviera algo diferente. ¿Cómo podría el Poder Judicial corregir documentos preparados por años, discutidos por un año y que contienen información técnica y cuantiosa?

Perdurar en la ilusión de la revisión judicial como un verdadero acto de control jurisdiccional de los excesos de la Administración Pública en los servicios públicos materia de regulación, supone consagrar la apariencia, y obstaculizar el camino hacia una verdadera tutela jurisdiccional efectiva. Conforme las materias de la regulación se conviertan en más complejas y técnicas, pronunciarse en Derecho o en plena jurisdicción se convertirá en una labor más complicada para los jueces. Actuar sobre la suposición, y no sobre el conocimiento, termina mellando lo que debería ser una de las revisiones más especializadas dentro de las controversias jurisdiccionales.



Tampoco debe perderse de vista que la mala resolución de controversias regulatorias puede enviar señales equivocadas a los inversionistas, lo que podría mellar las inversiones que son claramente necesarias en los servicios públicos, y aunque no se advierta desde el inicio, los perjudicados reales serán los actuales y futuros usuarios, que necesitan estos servicios para poder desarrollarse a nivel individual y comunitario. Se debe tener presente que la regulación persigue y protege un adecuado equilibrio para lograr que siempre existan inversiones y que los usuarios puedan acceder sin inconvenientes ni limitaciones injustificadas al servicio. El Estado es un garante de que ello ocurra.

Si bien no es el propósito de este artículo pergeñar soluciones a este problema, pues ello demanda un análisis particular, sí existe como propósito evidenciar el problema de judicializar cualquier acto administrativo, pues resulta claro que los jueces se encuentran desbordados para entender, manejar y aplicar con prolijidad y suficiencia normas de cierta complejidad técnica, superior a la que suponen otras normas. Por ello, la necesidad de una jurisdicción especial empieza a tomar sentido, teniendo en cuenta la sensibilidad que puede llegar a tener una falta de control de las acciones de algunos de los agentes en mercados regulados, especialmente si se trata de servicios públicos. Naturalmente, esta jurisdicción especial supone una alta especialización que hoy la jurisdicción ordinaria no puede alcanzar y que difícilmente podrá hacerlo en el futuro (salvo un crecimiento exponencial de la organización del Poder Judicial).

Desde la reforma de muchos sectores vinculados a servicios públicos, siendo el sector eléctrico el más antiguo de todos ellos en el Perú (año 1992), han pasado decenas de años sin que el Poder Judicial esté cerca de asegurar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva en la revisión de actos administrativos emitidos conforme a un marco regulatorio, y mientras se siga perdurando el ilusión de que el Poder Judicial ofrece un verdadero control jurisdiccional, más perjudicial puede ser para servicios considerados esenciales para un país:

En efecto, una vez que el ordenamiento jurídico ha establecido que un interés es digno de tutela concede al titular del mismo una situación jurídica de ventaja. Pero dicha tutela que es declarada de manera abstracta y general por el derecho objetivo solo podrá encontrar efectividad en la medida que el Estado diseñe medios para que se proteja plenamente dicha situación jurídica de ventaja en caso se vea lesionada o amenazada por un acto de la Administración. De esta manera, si el particular alega que la Administración amenaza o lesiona una situación jurídica subjetiva de la cual es titular, podrá acudir a los órganos jurisdiccionales con la finalidad de solicitar tutela a través del seguimiento de un proceso judicial dotado de las mínimas garantías, luego del cual dictará una sentencia fundada en derecho y con posibilidad de ejecución. (Priori Posada, 2002, p. 60)

Asimismo, un ente jurisdiccional especial debe cumplir con características que hoy son difíciles de cumplir para la jurisdicción ordinaria, como la resolución oportuna de controversias que simplemente no pueden esperar años para ser resueltas y eso no solo es un tema de especialidad sino de estructuración del litigio en sí, lo que supone que no se puede litigar de la misma forma en la que se litiga ahora en la jurisdicción ordinaria, con el claro letargo que hace en la práctica poco efectivo y eventualmente inútil recurrir a dicha jurisdicción.

## **7. CONCLUSIÓN**

El dilema del argumento de autoridad, en el caso de controversias regulatorias presentes de manera notable en los denominados servicios públicos, pone en evidencia una falla sustancial en la estructuración de nuestro sistema de justicia jurisdiccional y como parte del correcto contrapeso que debe producirse en el ejercicio de poder.

Si los administrados son obligados a seguir un proceso en el que los juzgadores no son capaces de sobreponerse a las pretensiones de las partes que no sean acordes a Derecho, entonces el proceso a seguir es claramente aparente y esa falla termina siendo aprovechada por la parte que se beneficia de ella y aparece el rol de la autoridad como elemento que termina generando un desequilibrio virtualmente insalvable para los administrados: los jueces tienden a validar las posiciones y argumentos de la Administración Pública, en particular de los entes reguladores en controversias regulatorias, ante su propia incapacidad de poder detectar, contradecir y/o corregir esas posiciones y argumentaciones, y sobre todo ante la incertidumbre que les genera contradecir al ente regulador, al «experto» del sector.

Tener que rebatir la posición de la autoridad se convierte así en una tarea casi imposible de lograr, pues de antemano el juzgador muestra una predilección, consciente o inconsciente, por validar la posición del ente regulador, es decir, a nivel lógico argumentativo lo sigue considerando como una autoridad y no como una parte que podría distorsionar sus argumentos para favorecer su posición, y que independientemente de su motivación podrían ser finalmente contrarias a la regulación. Así como se configuran los casos más burdos de la falacia del argumento de autoridad, cuando se tiende a validar la posición de una parte procesal solo porque en la práctica también es la autoridad del sector, representa el abandono de una verdadera tutela jurisdiccional efectiva en la cual los jueces pueden sopesar en igual medida las posiciones y argumentos de las partes y poder decir a cualquiera de ellas sí son acordes o no a Derecho.

Actualmente, esta enorme limitación en los procesos de revisión jurisdiccional termina dejando desprotegidos a los administrados ante los abusos o excesos en

el uso de poder de la Administración Pública, limitándose en casi todos los casos a meras revisiones de legalidad que, como se ha indicado, es la visión antiquísima y básica de la revisión jurisdiccional de los actos administrativos.

La solución de los problemas circundantes a la administración de justicia, en el caso de controversias regulatorias, supone poner en evidencia que la jurisdicción ordinaria se encuentra muy lejos de garantizar una verdadera tutela jurisdiccional efectiva, lo que demanda pensar en jurisdicciones especiales que puedan proteger cabalmente, y conforme a la regulación, los diversos intereses en servicios públicos, teniendo jueces que realmente sean capaces de sopesar y corregir, en caso corresponda, las posiciones y argumentos que las partes presenten para la resolución de una controversia, especialmente para el caso de servicios considerados esenciales en las sociedades modernas.

\*\*\*

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2011). *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. [Comprendiendo la regulación: teoría, estrategia y práctica] New York: Oxford.
- Copi, I. M., y Cohen, C. (2007). *Introducción a la lógica*. México: Limusa.
- D'Onofrio Castrillon, S. R. (2015). El argumento de autoridad al interior de la ciencia: La determinación de la causa probatoria más allá de los hechos. En A. Páez, *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 205-220). Bogota: Universidad de los Andes.
- Doménech Pascual, G. (2018). Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 30(100), 131-164.
- Espinosa-Saldaña Barreda, E. (2012). Proceso Contencioso Administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas. 6(11), 11-20.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2006). El proceso contencioso-administrativo: un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto. 1(1), 399-481.
- García Pérez, M. (1999). *El objeto del proceso contencioso-administrativo*. Navarra: Aranzandi.

- Huapaya Tapia, R. (2011). *Administración pública, derecho administrativo y regulación: estudios y cuestiones*. Lima: ARA.
- Huapaya Tapia, R. (2019). *El proceso contencioso-administrativo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Lasheras, M. A. (1999). *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona: Ariel.
- Priori Posada, G. F. (2002). *Comentarios a la ley del proceso contencioso-administrativo*. Lima: ARA.
- Roth Deubel, A.-N. (2002). *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Rubio Correa, M. (2006). *El sistema jurídico: introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sánchez Morón, M. (2011). *Derecho administrativo: parte general*. Madrid: Tecnos.

## **SOBRE EL AUTOR**

**Fredy Bautista Guevara** es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y especialista en regulación energética, asociaciones público-privadas y litigios.