

La realidad de la regulación económica como mecanismo de intervención administrativa en la economía

Christian Guzmán Napurí*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN ECONOMICA EN UNA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO. 2. LA REGULACIÓN ECONOMICA COMO LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA. 2.1. CONCEPTO. 2.2. RAZÓN DE SER DE LA LIBERTAD DE EMPRESA 3. JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. 3.1. EXTERNALIDADES. 3.2. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN. 3.3. LOS MONOPOLIOS NATURALES. 3.4. EL EXCESO DE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. 3.5. LA EXISTENCIA DE SOBREGANANCIAS. 4. LOS LÍMITES Y LAS DIFICULTADES DE LA REGULACION ECONOMICA. 4.1 LAS DIFICULTADES DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. 4.2 LOS LÍMITES JURÍDICOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA. 4.3. LOS LÍMITES A LAS LIBERTADES EMPRESARIALES. 5. CONCLUSIONES.

Introducción

La intervención administrativa en la economía, propia de un régimen de economía social de mercado, implica un conjunto de actividades que realiza el Estado a fin de generar determinados efectos en el sistema económico; puesto que dicho régimen permite la actuación del

Estado para corregir distorsiones y fallos del mercado de tal manera que el mismo funcione eficientemente¹.

En este orden de ideas, una de dichas actividades de intervención administrativa en la economía es la regulación económica, la misma que consiste en la orientación por parte del

* Abogado especialista en Derecho Público. Magíster en derecho con Mención en Derecho Constitucional. Profesor Ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

¹ La jurisprudencia peruana no ha definido de manera tan clara este concepto, el cual se podría prestar a interpretaciones colectivistas. Esto lo podemos encontrar, por ejemplo, en el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º.140-2001, Exp. 0008-2003-AI/TC, sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003, fundamento 13:

(...)

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida,

Estado, en la cual se establece parámetros para la actuación de los agentes económicos. La regulación económica tiene por finalidad que las decisiones privadas no perjudiquen el interés público² y se justifica en determinadas consideraciones de naturaleza económica como veremos más adelante.

Asimismo, debemos diferenciar la regulación económica de otros mecanismos de intervención estatal en la economía que no implican intervención directa, a los cuales haremos referencia más adelante, como son la protección al consumidor y el derecho de la competencia, esta última en sus dos vertientes, sea la represión de la competencia desleal o la legislación antimonopolio.

Las dificultades que entraña la regulación económica son bastante altas, dada la posibilidad de politización de la misma, así como el riesgo de empleo de la regulación por parte de actores económicos quienes buscan verse favorecidos por la misma. Por ello, la regulación económica debe estar debidamente limitada y circunscrita a supuestos específicos; en especial considerando que la misma implica limitaciones a derechos fundamentales como libertad de empresa o propiedad, como veremos seguidamente.

1. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA EN UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

El artículo 58° de La Constitución señala que el régimen económico de la República se fundamenta en la economía social de mercado sin expresar claramente que se entiende por ella³. Ello, lamentablemente, permite que los diversos actores económicos entiendan de diversa manera qué es lo que ello significa y a su vez permite diversos mecanismos intervencionistas; situación que se ha venido presentando en los sucesivos gobiernos que se han dado desde que el término se ha consagrado constitucionalmente⁴. Esta situación, que viene repitiéndose en nuestras constituciones, no ha sido corregida por ninguna de nuestras constituciones recientes, incluyendo la de 1993.

La economía social de mercado se basa en la convicción de que el mercado en combinación con la propiedad privada de los medios de producción (es decir, el rasgo esencial del capitalismo) constituye tanto la modalidad más eficiente de coordinación económica, como también una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política⁵. Según esto, es tarea del Estado velar por el buen funcionamiento del mercado. Ello, porque la competencia

sinónimo de progreso social.

(...)

² CASES PALLARES, Lluís. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 25.

³ Constitución de 1993:

Artículo 58°. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁴ Sobre el particular: GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Iniciativa privada y economía social de mercado*. En: GUTIERREZ, Walter (dir.). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, T.1, p. 797

⁵ Este concepto se aplica, en sentido estricto, al modelo de ordenamiento económico, explícitamente elaborado, que le sirvió al primer gobierno de la República Federal de Alemania después de la segunda guerra mundial como pauta para encauzar su política económica. Su configuración teórica se relaciona ante todo con los nombres de Walter Eucken y Alfred Müller-Armack, y su implementación política con el de Ludwig Erhard. Los lineamientos básicos esenciales del modelo caracterizan la constitución económica de la mayoría de las naciones industrializadas de occidente, aun cuando no necesariamente su reflexión teórico ideológica.

perfecta es un ideal a obtener, que no existe de manera absoluta y permanente⁶. En circunstancias en las cuales la competencia es imperfecta cabe hablar entonces de la necesidad de intervención estatal, debidamente limitada.

Un análisis cuidadoso de esta definición nos va a mostrar que el término “economía social de mercado” es errático y nos puede llevar a confusiones. En primer lugar, muy pocos defensores de la economía de mercado y del liberalismo económico consideran que es posible que el mercado funcione sin distorsión alguna⁷, la misma que es generada entre otras cuestiones por la existencia de monopolios naturales, la asimetría informativa y los costos de transacción⁸. En otras palabras, si el concepto de economía social de mercado es el que venimos esgrimiendo líneas arriba entonces, entre ella y el concepto de economía de mercado, a secas, no existe diferencia alguna.

Sin embargo, en múltiples oportunidades los actores políticos han considerado que el concepto de economía social de mercado podía identificarse con el de economía intervenida, e incluso con el de economía planificada. La Carta de 1979 establecía un régimen de economía social de mercado, sin embargo, los diversos gobiernos que han existido desde su entrada

en vigencia han asignado significados a dicha institución, llegándose a considerar erróneamente el citado concepto como la facultad otorgada al Estado para hacer efectivas amplias intervenciones en la economía del país. El control de precios, las prórrogas contractuales, los subsidios indiscriminados, las expropiaciones sin base cierta y la intervención en la actividad económica en general, se consideraron válidas en su momento al amparo del concepto que venimos comentando.

2. LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA.

La regulación económica es en realidad una manifestación de la actividad limitativa de derechos de la Administración Pública, lo que se conocía antiguamente como actividad de policía. De hecho, el concepto que venimos reseñando implica una limitación a ciertos derechos fundamentales, como podría ser el derecho de propiedad, la libertad de comercio o las libertades contractuales. Sin embargo, el derecho que se encuentra limitado de manera más evidente es la libertad de empresa.

El Artículo 59º de la Constitución⁹ señala que el Estado estimula la creación de riqueza, garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. En gran medida, esta norma no

⁶ KAFKA, Folke. *Teoría Económica*. Lima: Universidad del Pacífico, 1994, p. 339 y ss.

⁷ De hecho, una Constitución tan intervencionista como la española habla claramente de economía de mercado, admitiendo la posibilidad de intervención de los poderes públicos a fin de garantizar la competencia o para asegurar prestaciones que el mercado no puede hacer efectivas. Sobre el particular. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho administrativo económico*. Madrid: La Ley, 1991, p. 88-89.

⁸ Sobre el particular: TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1987, p. 51.

Ahora bien, Coase explicaba, a través del Teorema que lleva su nombre, que cuando los costos de transacción son sustancialmente elevados es necesaria la intervención estatal a fin de hacer posible la obtención de resultados eficientes en el empleo del mercado. Como resultado, la solución eficiente no puede darse prescindiendo de la norma jurídica elegida. Revisar: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares, 1999, p. 22 y ss. También: TORRES LOPEZ, Juan. Op. cit., p. 53.

⁹ Artículo 59º.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

es muy distinta a esquemas como el de la Carta de 1979, en los cuales el éxito del desarrollo económico parecería estar más enfocado en la acción del Estado que en la acción realizada por los particulares.

Se entiende que la promoción del desarrollo – y el estímulo de la riqueza – deben ser efectuadas por el mercado y no por el Estado, el cual debe limitarse a corregir las imperfecciones en el mercado y eliminar las posibles distorsiones que se produzcan, muchas de las cuales son de responsabilidad de la propia autoridad política. La Constitución no establece como es que el Estado debe estimular la creación de riqueza, puesto que no se establece si el estímulo es directo o si más bien dicho estímulo consiste en remover los obstáculos que impiden un desarrollo empresarial adecuado, en especial los obstáculos generados por el propio Estado. Una interpretación “progresista” de la norma podría llevarnos a pensar que dicho estímulo es directo, requiriendo de una intervención directa del Estado en la actividad económica.

2.1. Concepto.

Las libertades económicas y, en especial, la libertad de empresa, son derechos constitucionales, en aplicación directa del artículo 3° y el artículo 59° de la norma constitucional. En tal sentido, como todo derecho fundamental, la libertad de empresa tiene un ámbito subjetivo, enfocado en la persona como individuo, y un ámbito objetivo, que se dirige a la importancia social del ejercicio del derecho en cuestión. En el primer ámbito, la libertad de empresa proviene directamente del

concepto de autonomía, siendo una manifestación de su libertad individual¹⁰, puesto que permite que el particular ejerza su libertad individual en el mercado, siempre que se haga de manera lícita y no perjudique a otros.

Asimismo, en el ámbito objetivo, las libertades económicas resultan ser fundamentales en una economía de mercado. Un sistema económico en el cual se limite indebidamente las mismas no es una economía de mercado sino una economía intervenida, en la cual no existe verdadera creación de riqueza. Ello porque la libertad de empresa es el mecanismo a través del cual el ser humano hace efectivo su deseo de procurar satisfacer necesidades de los demás a través de la actividad empresarial y con un legítimo afán de lucro.

2.2. Razón de ser de la libertad de empresa.

Por eso, en el campo de la ética social se llega a la conclusión de que la concepción del ser humano como un actor creativo hace inevitable aceptar, con carácter axiomático, el principio ético de que «todo ser humano tiene derecho natural a los frutos de su propia creatividad empresarial». No sólo porque, de no ser así, estos frutos no actuarían como incentivo capaz de movilizar la perspicacia empresarial y creativa del ser humano, sino porque, además, se trata de un principio universal capaz de ser aplicado a todos los seres humanos en todas las circunstancias concebibles¹¹.

El hecho de que a mayores cotas de libertad de empresa corresponde un mayor nivel de satisfacción y una mayor prosperidad del ser humano, es algo más

El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

¹⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Op. cit., p. 171.

¹¹ HUERTA DE SOTO, Jesús. *La Libertad de empresa como imperativo moral*. En: Anuario de economía. Madrid: Negocios Ediciones, 1996, p. 78 a 79.

que demostrado por la realidad desde que los primeros teóricos liberales observaran dicha circunstancia. No es casualidad, entonces, que los países más industrializados posean los mayores índices de libertad empresarial y que aquellos que se han industrializado rápidamente generaron el cambio a través de la apertura de sus mercados y la abolición de las reservas estatales.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.

Como lo hemos señalado, la regulación económica pretende que las decisiones privadas en el mercado no perjudiquen el interés público¹² y se justifica en determinadas consideraciones de naturaleza económica, como pueden ser los elevados costos de transacción, la existencia de externalidades, la información asimétrica o la existencia de monopolios naturales. No hay que olvidar, sin embargo, que cuando el Estado actúa como agente del mercado se convierte en un ente susceptible de sufrir las mismas distorsiones que sufre dicho mercado, máxime si consideramos que el funcionario público es un ser racional y él mismo pretende siempre maximizar la utilidad esperable de su cargo¹³.

3.1. Externalidades.

En primer lugar, las externalidades constituyen otro mecanismo que distorsiona el funcionamiento del mercado, que consiste en la existencia de efectos no contratados en las transacciones que

ocurren en el sistema¹⁴. Como resultado de las externalidades, el comportamiento racional de un agente afecta directamente el bienestar de otros agentes en el mercado, sin que nadie se haga responsable de las mismas.

Existen, en consecuencia, externalidades negativas, como los daños derivados de responsabilidad civil extracontractual; o externalidades positivas, como los *free riders*, que se benefician gratuitamente de las transacciones de otros, sin participar del costo de las mismas. El problema de las externalidades es que generan dificultades para el funcionamiento del mercado, al generar desincentivos a las actividades económicas, de manera directa o indirecta. La contaminación ambiental es un ejemplo interesante, puesto que implica externalidades negativas por el ejercicio de una actividad económica que debe ser de responsabilidad de quien las genera.

La labor del Estado en este sentido consiste en internalizar las externalidades, generando que los agentes económicos sean afectados por el costo social de sus transacciones económicas. Un ejemplo interesante es el generar mecanismos de responsabilidad por daño ambiental a quienes desempeñan determinadas actividades económicas, como puede ser la minería o determinadas actividades industriales.

3.2. Los costos de transacción.

Cuando se habla de eficiencia social, y así será en el presente trabajo, nos

¹² CASES PALLARES, Lluís. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 25.

¹³ Sobre esta concepción, denominada en general public choice, hay mucho escrito. Entre lo más importante: BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. *El Cálculo del Consenso*, Madrid: Espasa Calpe, 1980. TULLOCK, GORDON. *Los Motivos del Voto*. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 1979. BUCHANAN, James. *From Private Preferences to Public Philosophy: The Development of the Public Choice*. En: *The Economics of Politics*. Londres: IEA, 1978, p. 1-20. DOWNS, Anthony. *Teoría económica de la acción política en una democracia*. En: *Diez Textos de Ciencia Política*. Barcelona: Ariel, 1992.

¹⁴ CASES PALLARES, Lluís. Op. cit., p. 27. TORRES LOPEZ, Juan. Op. cit., p. 60 y ss.

referimos a la definición paretiana del término. Wilfredo Pareto, economista italiano, define la «mejora en el bienestar social» como una situación que se genera si no se reduce el bienestar individual y, por lo menos, mejora un individuo, con relación a la situación inicial, mejorando la sociedad en su conjunto. El criterio antes señalado, basado en el axioma del «hombre económico», se funda en que el individuo es el mejor determinante de su propio bienestar y que la sumatoria del bienestar de todos genera el de la sociedad en su conjunto; así como en el hecho de que no es eficiente sacrificar el bienestar de algunos en beneficio del bienestar del conjunto¹⁵.

Una situación, hecho o política determinada es eficiente si como resultado de la misma se obtiene una mejora en el bienestar social. La concatenación de situaciones eficientes, que conducen a su vez al grado máximo de eficiencia, genera el llamado óptimo de Pareto, situación en la cual ninguna persona puede mejorar sin perjudicar a alguna otra¹⁶. Dada la ampliación de los conceptos realizada en acápites anteriores, debe entenderse que las mejoras indicadas son de la más diversa naturaleza y no sólo entendidas como patrimonialmente valiables.

Se define costos de transacción como aquellos costos que deben afrontar los actores en el mercado para hacer funcionar

el mismo. Los costos de transacción son responsables, en gran medida, de las imperfecciones del funcionamiento del mercado. Ahora bien, Ronald Coase, Premio Nobel de Economía del año 1991, demostró no solo que el contratar genera costos, sino además que, en términos de eficiencia, según Pareto, el Derecho debe intervenir en la sociedad únicamente cuando los costos de contratar resultan tan elevados que no permiten que el mercado actúe por sí mismo.

El Teorema de Coase se enuncia de la siguiente manera: «Si los costos de transacción son sensiblemente iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente»¹⁷. Es decir, únicamente cuando los costos son muy elevados se justifica la existencia de una solución legal que permita la eficiencia social. Por ello, la intervención se restringe únicamente a la asignación de derechos a través de la norma legal.

De acuerdo al Teorema de Coase, cuando los costos de transacción son elevados es necesaria la asignación de titularidades (léase derechos subjetivos) y la existencia de adecuados mecanismos de protección de dichas titularidades (léase ordenamiento adjetivo) para poder llegar a la solución más eficiente¹⁸. Evidentemente, la intervención estatal genera un costo,

¹⁵ Como veremos más adelante, lo señalado es el sustento económico de principios tan importantes como el de preferencia por los derechos fundamentales o como los principios aplicables a la regulación económica.

¹⁶ TORRES LOPEZ, Juan. Op cit, p. 32-33. Para una explicación matemática de la eficiencia paretiana ver KAFKA, Folke, p. 740 y ss.

¹⁷ TORRES LOPEZ, Juan. Op cit, p. 50 y ss. POLINSKY, Michell. *An Introduction to Law and Economics*. Boston: Little Brown and Company, 1983, p. 23-26.

¹⁸ «Por supuesto, si las transacciones del mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar. Pero, como hemos visto, la situación es muy diferente cuando las transacciones de mercado son tan costosas como para hacer difícil cambiar el ordenamiento de los derechos establecidos por la ley. En tales casos, la justicia influye directamente en la actividad económica». COASE, Ronald. *El Problema del Costo Social*. En: La empresa, el mercado y la ley. Madrid: Alianza Editorial. 1994, pto. 7.

traducido en la elaboración de las normas legales que asignan las titularidades y rigen los mecanismos de protección (por parte del Poder Ejecutivo y Judicial), y así como en la puesta en práctica y funcionamiento de uno o varios órganos u organismos encargados de la solución de conflictos con relación a las titularidades asignadas, sea el Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo o quienes hagan sus veces.

En consecuencia, desde el punto de vista del análisis económico, el Teorema de Coase y la necesidad de asignación de titularidades no solo justificaría entonces la existencia de un Estado y de una solución legal determinada únicamente cuando los costos de transacción impiden una solución por parte de los particulares, sino además la necesidad de la existencia de estamentos diferenciados dentro del Estado, encargados unos de asignar titularidades y otros de proteger éstas.

En este orden de ideas, la existencia de costos de transacción se convierte no solo en una justificación para la regulación económica, sino además en un importante parámetro para la determinación de la pertinencia de la misma, puesto que cuando los costos de transacción son reducidos las partes pueden llegar a la solución más eficiente sin necesidad de la actuación del Estado. La existencia de la limitación a la actuación de los particulares, entonces, deviene en innecesaria.

3.3. Los monopolios naturales.

Se señala que la existencia de monopolios naturales justificaría la existencia de regulación respecto de los

mismos, en especial en el contexto de la prestación de servicios públicos¹⁹. Hay aquí algunos conceptos que aclarar. En primer lugar, un monopolio implica la existencia de un único proveedor de un bien o servicio. Si es que existe un proveedor que maneja una importante porción del mercado, pero además otros competidores con su porción, por más pequeña que sea, nos encontramos más bien ante una posición de dominio en el mercado.

Ahora bien, la posición de dominio o el monopolio por si mismos no son perjudiciales para la economía. En primer lugar, una posición de dominio es en general el resultado de un adecuado manejo empresarial, el mismo que no es correcto desincentivar. En segundo lugar, un monopolio generado de manera espontánea es bastante raro, puesto que si dicho mercado es tan rentable como para producir un proveedor con tanto poder, no tardaría en aparecer otros que generen competencia, con lo cual lleva consigo el germen de su desaparición²⁰. En todo caso, un monopolio generado en un mercado sin distorsiones es también resultado de un manejo empresarial eficiente. En tal sentido, y dentro de los terrenos del derecho de la competencia, el sistema no sanciona la posición de dominio, sino el abuso de ella.

Sin embargo, un monopolio natural es también un resultado del mercado, generado cuando los costos fijos son muy altos respecto a la demanda del bien o servicio²¹. Ello genera que sea más eficiente que una sola empresa provea toda la demanda a que lo hagan varias, lo cual lo convierte, en este caso, como un resultado

¹⁹ CASES PALLARES, Lluís. Op. cit., p. 26-27.

²⁰ BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. *El Abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Práctica Anticompetitiva*. En: *Ius et Veritas* N.º 30. Lima: PUCP, 2005.

²¹ POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 326.

espontáneo. Así, se considera que el Estado debe regular su comportamiento en el mercado, a fin de que el mismo no perjudique a los proveedores o a los consumidores.

Sobre el particular debe indicarse dos cosas, en primer término, que el control de los posibles abusos de posición de dominio (y abusar de un monopolio natural lo es) corresponde más bien al derecho de la competencia - que es eminentemente reactivo - y no a la regulación económica, modalidades distintas de intervención administrativa en la economía, como ya se ha visto. En segundo lugar, los métodos regulatorios empleados en el derecho comparado (como el control de la utilidad o de la entrada) no resultan ser por completo eficientes, en especial porque pretenden controlar el funcionamiento de la empresa en vez de asegurar que el mercado en cuestión funcione como si se encontrara en competencia.

3.4. El exceso de competencia y la regulación de los servicios públicos.

Otra justificación de la regulación económica, en extremo discutible, se enmarca en el control de la competencia excesiva²². Se considera, erróneamente, que un exceso de competencia - no queda claro que se entiende por tal - generaría quiebras y afectaría la actividad económica, en especial si es un servicio público. La regulación de servicios públicos en mercados competitivos se sustenta en ocasiones en esta premisa²³, dada la necesidad pública de regulación que rodea a los mismos.

Sin embargo, mientras mayor sea la competencia en una actividad determinada,

mayor garantía de eficiencia y calidad existirá. Las razones de ello son varias. En primer lugar, mientras mayor cantidad de proveedores exista, los proveedores se verán más obligados a mejorar sus productos y servicios, así como los precios de los mismos. En segundo lugar, mientras más competidores existan, mayor dificultad habrá para que los mismos realicen práctica colusorias que restrinjan la competencia en el mercado, precisamente por la elevación de los costos de transacción, que en este caso trabajan a favor del mercado.

Además, aunque parezca paradójico, una mayor cantidad de competidores encuentra más difícil influir sobre el organismo que ejerce la regulación económica, lo cual reduce el riesgo de la captura del ente regulador, muy común en el derecho comparado. Como veremos más adelante, uno de los riesgos de la regulación mal aplicada radica precisamente en la posibilidad de que la presión de los proveedores de la actividad regulada termine dirigiendo la propia regulación, perjudicando al mercado en su conjunto.

3.5. La existencia de sobreganancias.

La existencia de ganancias inesperadas o sobreganancias y la necesidad de un control sobre las mismas se han esgrimido muchas veces como una justificación para la regulación²⁴. De hecho, se ha llegado a establecer que las ganancias no merecidas de los empresarios deberían ser distribuidas a la sociedad, porque no han sido un resultado de un esfuerzo empresarial, sino de situaciones externas a los mercados en los cuales dichos empresarios actúan²⁵. Este concepto se ha hecho común en el caso de la actividad

²² CASES PALLARES, Lluís. Op. cit., p. 28.

²³ POSNER, Richard A. Op. cit., p. 344.

²⁴ CASES PALLARES, Lluís. Op. cit., p. 27.

²⁵ Sobre el particular: SCHULDT, Jürgen. *Precios y sobreganancias mineras*. En: Diario El Comercio, 15 de octubre de 2006.

minera, especialmente favorecida por el contexto de la especial bonanza económica por la que atraviesa la exportación de metales.

Este concepto es sumamente discutible. En primer lugar, porque no existe un criterio unívoco para definir cuando nos encontramos ante una ganancia inesperada y como es que debe gravarse ésta, porque tendríamos que distinguir entre la misma y la que es resultado del esfuerzo empresarial, lo cual no es fácil. En segundo lugar, hablar de sobreganancia es errático, puesto que el mercado se encargaría de absorber y distribuir correctamente las ganancias obtenidas por los empresarios. En tercer lugar, y lo que podría resultar ser más peligroso aún, es que si existen ganancias inesperadas, también existen pérdidas inesperadas, las cuales, a través del mismo principio, también deberían ser controladas – por el Estado – para corregir la aparente falta de equilibrio del mercado.

4. LOS LÍMITES Y LAS DIFICULTADES DE LA REGULACION ECONÓMICA.

La regulación económica debe ser empleada por el Estado cuidadosamente. La teoría económica moderna no discute la necesidad de la regulación económica en los supuestos en los cuales el mercado no sea el que asigne los recursos de manera más eficiente en la economía. Sin embargo, dicha actividad reguladora debe estar sometida a límites a fin de que no termine perjudicando derechos fundamentales – en el ámbito jurídico – o perjudicando al mercado – en el ámbito económico.

4.1 Las dificultades de la regulación económica.

En este orden de ideas, la regulación económica puede limitar indebidamente

derechos fundamentales, en particular la libertad de empresa, pero también otros derechos fundamentales como el de propiedad o libre contratación. Está de más señalar que la protección de los derechos fundamentales es el elemento básico del Estado de Derecho, dentro del cual se encuentra además el principio de preferencia por los derechos fundamentales.

Asimismo, la regulación económica puede resultar contraproducente en el mercado, generando aun más distorsiones que las que pretende conjurar. De hecho, gran parte de las distorsiones existente en un mercado determinado son generadas por el propio Estado, que genera limitaciones para la inversión, que se definen en general como barreras burocráticas. Para corregir la distorsión es necesaria la actuación del Estado, pero no para regular sino para reducir la intensidad de la regulación. Y es que la regulación además es costosa y el Estado termina cargando dicho costo precisamente a la población, sea a través de los tributos, sea a través de los precios, a través de los cuales los proveedores trasladan el costo de mantenerse en el mercado, el cual incluye evidentemente el costo de la regulación.

Por otro lado, la regulación puede convertirse precisamente en un mecanismo que los proveedores pueden emplear de manera indebida para controlar un mercado determinado²⁶. A los productores les conviene que exista la menor competencia posible y la regulación económica, al generar limitaciones al acceso al mercado, puede generar ese efecto. A su vez, mientras menos proveedores haya en un mercado es más factible que los mismos influyan indebidamente en el organismo encargado de la

²⁶ CASES PALLARES, Lluís. Op. cit., p. 30.

regulación, generándose un círculo vicioso²⁷. Esta situación es peligrosa para el mercado, puesto que los criterios para la definición respecto al nivel de regulación dejan de ser técnicos, generándose en la práctica una desviación de poder. En cambio, la mayor competencia asegura menor distorsión e implica una menor necesidad de la regulación estatal.

Esa es, precisamente, la razón por la cual se propone el paulatino reemplazo de las diversas modalidades de regulación económica por los mecanismos de defensa de la competencia²⁸, en particular el control sobre las prácticas restrictivas de la libre competencia y la represión de la competencia desleal. La defensa de la competencia se diferencia de manera clara de la regulación económica en que aquella es reactiva, opera con posterioridad a la actividad que se reprime y actúa con la misma intensidad en los diversos mercados existentes; y, por ello, es menos susceptible a las dificultades que hemos señalado como imputables a la regulación económica. En estos casos, el Estado se convierte en verdadero árbitro, que se asegura que los jugadores jueguen lealmente, sin importar en realidad quien gane.

4.2 Los límites jurídicos de la regulación económica.

Como ya lo hemos señalado, la regulación económica implica un conjunto de limitaciones a varios derechos fundamentales, encabezados por la libertad de empresa, constituyendo una manifestación más de la actividad de

limitación de la Administración. Como tal, debe someterse a los parámetros aplicables a toda regulación de derechos fundamentales establecidos de manera uniforme por la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada. Desde el punto de vista jurídico, la regulación económica que no sea realizada conforme a dichos parámetros deviene en inconstitucional.

- *La reserva de Ley.*

En primer término, un parámetro de especial importancia es la reserva de ley. La limitación a los derechos fundamentales debe estar señalada claramente por la Ley, como garantía de un comportamiento que no es arbitrario²⁹. La razón de lo antes señalado estriba en una consideración lógica. Así, una norma previa de rango de ley será la que determine las facultades de la Administración para limitar un derecho fundamental³⁰; sin la cual la potestad de limitación no existe. Toda limitación a derechos fundamentales debe ser autorizada por quienes son los titulares de dichos derechos, como integrantes del contrato social. La representación de dichos titulares es asumida por el Parlamento.

Lo antes señalado nos lleva a varias conclusiones de interés. La primera, que la regulación económica sólo podría provenir de leyes expresas, no siendo pertinentes para ello los decretos legislativos – salvo que la ley autoritativa establezca con claridad los parámetros a emplear –, los decretos de urgencia, las ordenanzas, sean municipales o regionales,

²⁷ OLSON, Marcar. *La lógica de la acción colectiva*. En: Diez Textos de Ciencia Política. Barcelona: Ariel, 1992, p. 215-216.

²⁸ CARBAJALES, Mariano. *El Estado regulador*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 104-105. CASES PALLARES, Lluís. Op. cit., p. 39.

²⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Op. cit., p. 157 y ss.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000, Tomo II, p. 112.

las cuales limitan derechos únicamente si es que los habilita la respectiva Ley Orgánica. De hecho, el establecimiento de la *publicatio*, por la cual el Estado define una actividad determinada como un servicio público, debe efectuarse únicamente por ley expresa³¹.

Por otro lado, no cabe establecer la existencia de actividades reguladas a través de normas reglamentarias, lo cual es evidente en aplicación del principio de legalidad administrativa. A su vez, para que una entidad pública pueda ejercer regulación económica a través de normas reglamentarias, dicha potestad debe estar definida de manera expresa por la Ley³². Un ejemplo de ello son las normas técnicas que emiten los organismos reguladores, que se encuentran facultadas por la Ley Marco de Organismos Reguladores.

- *Contenido esencial*.

Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia admiten que la limitación de derechos fundamentales no puede vulnerar el contenido esencial de los derechos, sin el cual el mismo deja de ser tal. El contenido esencial se manifiesta como una garantía a la existencia y ejercicio de los

derechos fundamentales, puesto que es un límite para el legislador, el mismo que no puede ser transgredido³³. Como lo hemos señalado de manera reiterada, el contenido esencial de un derecho fundamental admite afectación únicamente frente a otro derecho fundamental³⁴, siendo la expropiación la única excepción a este principio, excepción que por su naturaleza requiere causales taxativamente enumerados, así como la aplicación de una indemnización justipreciada, como lo hemos señalado líneas arriba³⁵.

Ahora bien, existen múltiples casos de fenómenos de regulación económica que terminan afectando el contenido esencial de los derechos involucrados, impidiendo su ejercicio. Limitaciones intensas al ejercicio de determinadas actividades económicas, impidiendo su realización por parte de los particulares, como es el caso de los servicios de saneamiento, que son un buen ejemplo de ello. La concesión de empresas de saneamiento, como es el caso de Tumbes, pretende corregir esta situación y a la vez dinamizar al sector, que requiere de una fuerte inversión. Otro ejemplo interesante fue el intento de limitar el derecho de una empresa de publicar las

³¹ Decreto Legislativo N° 757:

Artículo 4º.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

³² MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Op. cit., p. 163.

³³ PAREJO ALFONSO, Luciano. *El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 08 de abril de 1981*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Vol. 1, Núm. 3, p. 170. HABERLE, Meter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: PUCP, 1997, p. 116 y ss. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Op. cit., p. 167.

³⁴ Sobre el particular: GUZMAN NAPURÍ, Christian. *El principio de preferencia por los derechos fundamentales. Un intento de fundamentación lógica*. En: Revista jurídica del Perú N° 27. Trujillo: Normas Legales, año 51, 2001, p. 5. LAPORTA, Francisco. Op. cit., p. 36.

³⁵ Es válido sustentar, sin embargo, que la expropiación adecuadamente diseñada, cumpliría con la concepción de eficiencia de Pareto, puesto que, desde el punto de vista económico, permite favorecer a todos sin perjudicar a nadie. Ello, porque si se establece, como en la legislación peruana, que la indemnización justipreciada es pagada previamente y la misma incluye el resarcimiento por el eventual perjuicio, en realidad lo que se está haciendo es moviendo al particular a un punto diferente de la curva de indiferencia, lo cual por definición no genera perjuicio alguno, puesto que en cualquier punto de una curva de indiferencia el mismo se encuentra igual de satisfecho.

normas legales, pretendiéndose que dicha prerrogativa sea privativa de la empresa Editora Perú, a través del diario oficial "El Peruano", máxime si es un requisito de la exigibilidad de las normas la publicidad de las mismas.

- Razonabilidad y proporcionalidad.

En tercer lugar, las limitaciones a derechos fundamentales deben de basarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La razonabilidad, en sentido estricto, implica que los fines perseguidos por la limitación sean válidos en un Estado de Derecho. Si los fines de la limitación tienen por finalidad justificar un comportamiento autoritario o discriminatorio es evidente que la misma viola el principio de preferencia por los derechos fundamentales y deviene en inconstitucional.

Asimismo, en mérito a la proporcionalidad se requiere que el medio empleado para la obtención de dicho fin se encuentre acorde con el mismo, no bastante evidentemente con la validez de dicho fin para justificar la medida. El Tribunal Constitucional, en este aspecto, ha establecido tres criterios secundarios a satisfacer para que la medida limitativa sea legítima³⁶. En primer lugar, el principio de idoneidad, que implica que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. Por otro lado, por el principio de necesidad, ante varias posibilidades de limitación la

Administración Pública deberá escoger aquella que sea menos gravosa respecto del derecho fundamental a limitar. Finalmente, por el principio de proporcionalidad, en estricto es necesario que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida con la limitación; concepción, esta última, que es enteramente consistente con el sustento racional del principio de preferencia por los derechos fundamentales, puesto que permite que el juzgador - que es el que define cuando nos encontramos ante una limitación válida - realice un análisis en términos de costo beneficio para verificar la referida proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional ha considerado que determinadas decisiones estatales han vulnerado este juicio de proporcionalidad en el ámbito de la regulación económica, lo cual genera que la limitación a las libertades económicas devenga en inconstitucional. En particular, en la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003, en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia Nº 140-2001. En dicho proceso, el Tribunal efectúa un análisis de la adecuación de la medida a los fines perseguidos por la norma - que pueden ser legítimos en sí mismos -, así como la necesidad de la medida adoptada³⁷.

4.3. Los límites a las libertades empresariales.

La Constitución señala, en su

³⁶ Exp. Nº 2235-2004-AA/TC, Sentencia de fecha 18 de febrero de 2005.

³⁷ STC N.º 0008-2003-AI/TC, antes citada:

(...)

52. Con el propósito de evaluar la adecuación de la medida a los fines perseguidos, debe tenerse en cuenta que toda fijación mínima de precios prevé implícitamente, como un efecto práctico, que generará un aumento promedio de los precios en el mercado. Puede presumirse, asimismo, que ello producirá una reducción de la demanda, y una sustitución en el mercado de las opciones formales por las informales, esto es, por aquellas que, desenvolviéndose en la ilegalidad, no asumen el precio mínimo tarifario como una obligación.

(...)

artículo 59º, que el ejercicio de las libertades empresariales no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud o seguridad pública. Si bien es cierto, la salud y la seguridad pública podrían resultar límites plausibles para los derechos en mención – y en consecuencia cumplir con el criterio de razonabilidad antes señalado –, no consideramos lo mismo respecto a la moral pública. En primer lugar, el concepto de moral pública es lo suficientemente subjetivo como para admitir las más diversas interpretaciones³⁸. Para ello es necesario recurrir entonces al concepto de reserva de Ley antes señalado, a fin de que la misma sea la que defina con claridad dichos límites.

Por otro lado, existen límites a las libertades empresariales que no resultan amparables por el ordenamiento jurídico. La reserva por parte del Estado de actividades económicas se encuentra seriamente limitada en la Constitución, a diferencia de lo señalado por la Carta de 1979, que la permitía expresamente. La citada reserva es, a todas luces, una violación de la libertad de empresa, al limitar el acceso al mercado de los particulares³⁹. Esta reserva se encuentra directamente relacionada con la existencia de monopolios fiscales, como es el caso del

servicio de saneamiento, como lo hemos señalado.

En cuanto a la libertad de dirección, las limitaciones tienen un evidente origen en la regulación económica y, en especial, en el hecho de que las actividades en cuestión sean consideradas servicios públicos. Sin embargo, la doctrina moderna tiene mucho cuidado en dicha regulación, puesto que podría resultar muy perniciosa, en particular si se regulan precios o producción. Una regulación indebida de esta naturaleza lo único que va a originar es la falta de incentivo para la realización de la actividad en cuestión⁴⁰.

- *El problema del control de precios.*

El control de precios es una medida absolutamente excepcional, que se emplea en situaciones extremas en las cuales no resulta posible someter el bien o servicio en cuestión a los efectos de la oferta y la demanda o no basta con los mecanismos de defensa de la competencia a los que nos referimos más adelante. Y, en tales circunstancias, la regulación debe propender únicamente a establecer límites máximos de los precios o tarifas de tal forma que el precio de los productos tienda al precio de equilibrio, que él mismo tendría de existir libre competencia.

53. Se pueden extraer conclusiones bastante más categóricas si se procede a determinar la necesidad de la medida adoptada. En efecto, una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al “mínimo costo”. Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico.

Al respecto, es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas, a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana y defender la libre competencia.

(...)

³⁸ Se deberá considerar, entonces, que ante la duda respecto a si una situación es moral o inmoral, la misma deberá favorecer a la libertad, en aplicación directa del in dubio pro libertatis. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PUCP, 1999, Seis Tomos, p. 230.

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 931 y ss.

⁴⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit., p. 227.

Esta regulación es evidentemente temporal, hasta que los bienes y servicios regulados puedan someterse al mercado. En consecuencia, no existe justificación alguna para someter a control de precios a bienes o servicios que se producen en situaciones de libre competencia, puesto que el precio será determinado por el mercado de manera espontánea⁴¹, a través de la aplicación de la ley de la oferta y la ley de la demanda.

Y es que en el mercado libre de un país, de una región, de una parte de la tierra o inclusive a escala mundial, no resultan determinantes el reglamento estatal sobre cuánto hay que pagar por un producto o un servicio, sino la oferta y la demanda. Ello se basa en teoría subjetiva del valor, por la cual los bienes poseen el valor económico que les asigna el individuo. Los derechos de propiedad garantizados y las reglas de competencia protegidas por el Estado a través de tribunales independientes garantizan muy pronto que el grupo más importante de personas dentro de la economía social de mercado, o sea los consumidores, disfrute de sus ventajas.

5. CONCLUSIONES.

La regulación económica es un mecanismo de intervención administrativa de la economía que permite que las decisiones empresariales no vulneren el bien común. Es preciso, en ese orden de ideas, distinguirla de otros mecanismos como la protección del consumidor, la actividad empresarial del Estado o el derecho de la competencia.

Este fenómeno se enmarca en el régimen consagrado por la Constitución de 1993, que es el de economía social de mercado, concepto que no ha sido

entendido correctamente y que ha generado no pocos inconvenientes. Dicho concepto incluso podría considerarse como una tautología, dado que hoy en día no se discute que la economía de mercado – a secas – requiera de un nivel controlado de intervención estatal.

Por otro lado, la regulación económica es en realidad una manifestación de la actividad limitativa de derechos de la Administración Pública, lo que se conocía antiguamente como actividad de policía; aplicada a varios derechos de índole económica, en especial la libertad de empresa y el derecho de propiedad. En esa condición es que debe entenderse y limitarse, en tanto dichos derechos son fundamentales de acuerdo a la norma constitucional.

Asimismo, la regulación económica se encuentra justificada por un conjunto de situaciones que se dan en la realidad concreta. Sin embargo, existen parámetros que deben ser aplicados, así como hay algunos conceptos que se reputan indebidamente como justificación de la regulación económica como el exceso de competencia o la existencia de sobreganancias.

Finalmente, la regulación económica entraña un conjunto de dificultades, razón por la cual debe emplearse cuidadosamente. Ello porque puede limitar indebidamente derechos fundamentales, puede resultar contraproducente en el mercado, generando aun más distorsiones que las que pretende conjurar e, inclusive, puede convertirse precisamente en un mecanismo que los proveedores pueden emplear de manera indebida para controlar un mercado determinado.

⁴¹ KAFKA, Folke. Op. cit. p. 657 y ss. El autor explica como el control de precios, incluso de los precios “inflexibles a la baja” – como la mano de obra – origina necesariamente la escasez del bien o servicio cuyo precio está controlado.