

ALGUNOS COMENTARIOS RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL RÉGIMEN ECONÓMICO CONSAGRADO POR LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ

Abogado especialista en Derecho Público. Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.

Sumario: 1. Introducción 2. El problema de la denominada economía social de mercado 3. Libertad de empresa 4. Pluralismo y subsidiaridad empresarial 5. Libre competencia 6. Las libertades contractuales 7. Inversión y comercio 7.1. Igualdad jurídica 7.2. Libertad de producción y comercio 7.3. El tratamiento de la contratación con empresas extranjeras 8. Libre tenencia y disposición de moneda extranjera 9. Defensa de consumidores y usuarios 10. A modo de conclusión.

1. Introducción

Desdichadamente, la Constitución materia de comentario, no obstante implicar un importante avance respecto de lo prescrito por los principios más importantes de la economía moderna -al establecer esquemas de alejamiento en relación con sistemas más bien intervencionistas como los que acompañaron a la Carta de 1979-, no establece principios por completo claros respecto del rol que al Estado le toca desempeñar en la economía, incurriendo en algunos casos en indebidas referencias o en problemáticas omisiones.

Y es que las prescripciones sobre régimen económico en una Constitución, lejos de establecer esquemas permisivos deben más bien señalar claras limitaciones al accionar del Estado en temas económicos. Las economías modernas otorgan un papel preponderante al mercado dentro del desarrollo económico y social de una Nación. Ello se acompaña por el hecho de que en el ámbito de la participación en la economía los particulares poseen derechos fundamentales cuyos límites deben estar cuidadosamente delimitados.

Sobre el particular existen dos posiciones bien diferenciadas. La primera, que considera que especificar el régimen económico en una Constitución resulta fundamental para establecer márgenes de acción del estado respecto de la intervención en la economía. Una posición más radical, que normalmente se identifica con posiciones liberales a ultranza –e incluso, conservadoras-, propone más bien eliminar toda referencia al régimen económico en una Constitución, toda vez que con la enumeración de los derechos fundamentales bastaría para asegurar el control sobre el Estado a fin que no intervenga donde no debe hacerlo. Sin embargo, incluso respetables posiciones provenientes del liberalismo económico y político establecen la necesidad de enumerar principios generales –que no son derechos fundamentales– que funcionen como marco de la acción estatal¹. De hecho, es necesario establecer ciertos principios que rijan la relación entre el Estado y la economía, los mismos que deben interpretarse en tanto restricciones o marcos de acción y siempre a favor del particular.

Los presentes comentarios, que no pretenden ser exhaustivos, tienen por finalidad más bien aclarar algunos conceptos que podrían

resultar ser oscuros o equívocos y establecer un punto de partida para los lineamientos de una posible reforma constitucional en este punto, dejando en claro que la misma debe enfocarse no en una vuelta a preceptos intervencionistas o vacíos de contenido, sino más bien en una aplicación adecuada de las proposiciones propias de la ciencia económica moderna.

El tema de las reglas de juego

Dentro de la teoría económica moderna, la teoría de los juegos ha cobrado una importancia mayúscula, la misma que puede emplearse a su vez para el análisis de los fenómenos políticos y constitucionales. La Teoría de Juegos es un tipo de análisis matemático orientado a predecir cuál será el resultado cierto o el resultado más probable de una disputa entre dos individuos. Inicialmente, la misma era aplicada para analizar fenómenos económicos, para luego ser empleado en conceptos de economía política, y sobre todo, en la regulación de fenómenos económicos a través del uso del derecho.

La teoría de los juegos fue diseñada y elaborada por el matemático John von Neumann y el economista Oskar Morgenstern en 1939, con el fin de realizar análisis económicos de ciertos procesos de negociación. Von Neumann y Morgenstern escribieron el libro *The Theory of Games and Economic Behaviour* (1944). Ahora bien, el matemático y economista John Forbes Nash creó la noción de «equilibrio Nash», que corresponde a una situación en la que dos partes rivales están de acuerdo con determinada situación del juego o negociación, cuya alteración ofrece desventajas a ambas partes². Otros importantes representantes de la teoría de juegos fueron el húngaro nacionalizado estadounidense John Harsanyi y el alemán Reinhard Selten³.

En este orden de ideas, el sistema económico se ve influido por un conjunto de normas contenidas en los ordenamientos jurídicos de las

¹ FRIEDMAN, Milton. Libertad de Elegir. Barcelona: Grijalbo, 1980, p. 414.

² La noción de equilibrio de Nash, no es otra cosa que la situación generada cuando la elección estratégica de cada jugador es la respuesta óptima a las elecciones estratégicas de los otros jugadores. RASMUSEN, Eric. Juegos e Información. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 38 y ss.

³ Es preciso señalar que Nash, Harsanyi y Selten recibieron el Premio Nobel de Economía de 1994 por sus importantes contribuciones a la teoría que estamos describiendo, en particular respecto de los denominados los juegos no cooperativos.

naciones. Dicho sistema se comporta, en consecuencia, como si poseyera diversas reglas de juego, que deben obedecerse para un funcionamiento adecuado. De manera análoga a como ocurre en un juego cualquiera, el sistema económico requiere que las reglas establecidas lo hayan sido previamente y que las mismas no sean modificadas mientras el juego se mantenga vigente. Ello es necesario pues solo así los potenciales jugadores pueden elegir de manera eficiente si jugarán o no o si se mantendrán en el juego mientras el mismo continúe.

Todo parece indicar, por otro lado, que el desarrollo económico no depende en realidad de las transformaciones tecnológicas, sino más bien se sustenta en la solidez y desarrollo de las instituciones⁴. El problema surge cuando las normas jurídicas que rigen dicho sistema no son claras, son demasiado flexibles o son modificadas de manera continua por el poder Estatal. El riesgo para el funcionamiento del mercado es demasiado alto, puesto que el mismo puede mostrar distorsiones de las cuales no adolecería ante normas adecuadas, como ya lo hemos señalado.

Ahora bien, dichas normas deben estar consagradas en una Constitución, puesto que la misma, en tanto norma suprema y relativamente rígida, genera importantes garantías de que el gobierno de turno no intentará vulnerar el ordenamiento ni lo modificará cada vez que lo considere conveniente. Asimismo, deben ser normas claras establecidas en término de limitación al poder estatal. Ciertos juristas postulan la necesidad de establecer modelos flexibles, capaces de adaptarse al programa económico del gobierno que se encuentre en el poder⁵ y que pueden ser considerados abiertos, puesto que se adaptaría a los problemas que se presentan⁶. Nada más erróneo, puesto que el esquema que propugnan es el que precisamente permite que cada cinco años el país posea un régimen económico distinto, situación en abierta contradicción con la concepción de reglas claras y estables, necesarias para la toma de decisiones eficientes en el mercado.

2. El problema de la denominada 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 ella⁷. Ello lamentablemente permite que los diversos actores económicos entiendan de diversa manera que es lo que ello significa y a su vez permite diversos mecanismos intervencionistas. Esta situación, que viene repitiéndose

en nuestras constituciones, no ha sido corregida por ninguna de nuestras constituciones recientes, incluyendo la de 1993.

La mayor parte de la doctrina considera que la denominada economía social de mercado —en el mejor de los casos, una tautología, como veremos más adelante— implica el empleo del mercado y el sometimiento de la economía a sus leyes, permitiéndose la actuación del Estado para corregir distorsiones de tal manera que dicho mercado funcione eficientemente. El modelo económico se apoya en un Estado fuerte, que se ocupa de imponer la seguridad jurídica y su control, y en caso dado de respaldar las sanciones, pero que también al mismo tiempo muestra una notoria abstinencia del Estado (o sea de sus funcionarios) en inmiscuirse en las actividades del mercado libre⁸.

Entonces, el proyecto de ordenamiento de 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 política. Según esto, es tarea del Estado velar por el buen funcionamiento del mercado. Ello, porque la competencia perfecta es un ideal a obtener, que no existe de manera absoluta y permanente⁹. En circunstancias en las cuales la competencia es imperfecta cabe hablar entonces de la necesidad de intervención estatal, debidamente limitada.

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.

La utilidad del término en cuestión

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 alguna¹⁰, la misma que es

⁴ NORTH, Douglas. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. Lima: Extractos recogidos por el Instituto Apoyo, 1995, pp. 3-4. North, ganador del Premio Nobel de Economía, demostró cómo los cambios institucionales son más relevantes que los cambios tecnológicos para explicar el desarrollo económico. Factores políticos, económicos y sociales inciden sobre las instituciones y los grupos sociales, y son aquellos grupos que ocupan posiciones sociales dominantes los que, si detectan que las instituciones no responden a sus intereses, fuerzan los cambios.

⁵ OCHOA CARDICH, César. *Bases Fundamentales de la Constitución Económica de 1993*. En: *La Constitución de 1993, análisis y comentarios*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 85-86.

⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 203.

⁷ **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.

⁸ 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 teórica ideológica.

⁹ KAFKA, Folke. *Teoría Económica*. Lima: Universidad del Pacífico, 1994, pp. 339 y ss.

¹⁰ 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, pp. 88-89.

generada entre otras cuestiones por la existencia de monopolios naturales, la asimetría informativa y los costos de transacción¹¹. 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 asignados significados a dicha institución, llegando 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 al amparo del concepto que venimos comentando.

Áreas de actuación del Estado.

En un intento de definición, el artículo en mención señala los rubros en que el Estado actúa principalmente, sin que se señale en que términos se establece esa actuación. Es decir, debe determinarse si la intervención se da en términos de regulación, de intervención directa o de realización directa de la actividad. En varias de las actividades que se enumeran el Estado concurre con los particulares en la realización de las mismas. Ejemplo de ello lo encontramos en la salud, la educación y los servicios públicos. Por otro lado, el Estado se encarga de manera directa y exclusiva de la actividad, como la promoción de empleo, seguridad e infraestructura.

La intervención se puede dar, en primer lugar, en términos de regulación económica. Esta última consiste en la orientación por parte del Estado en la cual se establece parámetros para la actuación de los agentes económicos. La regulación pretende que las decisiones privadas no perjudiquen el interés público¹² y se justifican en determinadas consideraciones de naturaleza económica, como pueden ser los elevados costos de transacción, la existencia de externalidades¹³, la

información asimétrica o la existencia de monopolios naturales. No obstante ello, 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 que buscan verse favorecidos por la misma. Por ello, la regulación económica debe estar debidamente limitada y circunscrita a supuestos específicos.

La intervención directa en la economía implica, en primer lugar, el fomento de determinadas actividades, y en segundo lugar, la creación de empresas públicas o de organismos públicos a fin de participar en el mercado como un operador más del mismo. En primer lugar, el fomento de actividades privadas pretende mecanismos a través de los cuales el Estado incentiva ciertas actividades consideradas de interés público, sin participar directamente de las mismas¹⁴. El fomento se encuentra expresamente autorizado en determinados supuestos, en particular respecto a las pequeñas empresas, no obstante su discutible empleo en términos de igualdad jurídica en el mercado. Por otro lado, cuando hablamos de la creación de empresas públicas nos encontramos ante la denominada actividad empresarial del Estado. Esta última situación se encuentra fuertemente limitada por el principio de subsidiaridad, al cual hacemos referencia más adelante. La figura de la intervención directa incorpora cierto nivel de planificación económica, al establecerse metas determinadas y los mecanismos a través de los cuales pretende obtenerse resultados. En general, en esta instancia la planificación es concertada entre los actores económicos, hecho que no obsta para considerar dicha planificación como un elemento más bien limitativo respecto de la acción del mercado.

Finalmente, la realización directa de las actividades implica que el Estado efectúe las mismas por sí mismo, sin la participación de la actividad privada, en especial en el caso de los servicios públicos. Este nivel implica el ejercicio exclusivo de las actividades económicas – o de gran parte de ellas - por parte del Estado. La planificación, en este supuesto, tiende a establecerse de manera centralizada, acercándonos a esquemas de economía dirigidas. Sin embargo, la reserva de actividades, así como la planificación central, como veremos en el próximo acápite, se encuentran proscrita en el ordenamiento jurídico peruano.

3. Libertad de empresa

El Artículo 59° de la Constitución¹⁵ 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 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.

La promoción del desarrollo – y el estímulo de la riqueza - deben ser efectuadas por el mercado y no por el Estado, el cual debe limitar-

¹¹ 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. Sobre el particular: TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 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, pp. 22 y ss. También: TORRES LÓPEZ, Juan. *Op. Cit.*, p. 53.

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

¹³ 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 sistema. En consecuencia, el comportamiento racional de un agente afecta directamente el bienestar de otros agentes en el mercado. CASES PALLARES, Lluís. *Op. Cit.*, p. 27. TORRES LÓPEZ, Juan. *Op. Cit.*, pp. 60 y ss.

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op. Cit.*, pp. 287 y ss. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Op. Cit.*, pp. 437 y ss.

¹⁵ **Artículo 59°.** 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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

se 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.

Concepto

Las libertades empresariales, y en especial, la libertad de empresa, en tanto derechos constitucionales, 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. La libertad de empresa es el mecanismo a través del cual el ser humano hace efectiva su deseo de procurar satisfacer necesidades de los demás a través de la actividad empresarial y con un legítimo afán de lucro.

En tal sentido, debe diferenciarse claramente la libertad de empresa de la libertad de trabajo, las mismas que se tratan de manera separada¹⁶. La libertad de trabajo, como su nombre lo indica, se vincula de manera directa con la prestación de servicios realizada por una persona, en especial la que es realizada en relación de subordinación. A su vez, dicha libertad de trabajo posee un componente negativo y otro positivo, en tanto libertad de no ser obligado a desempeñar un trabajo o dejar de desempeñarlo de manera indebida, y a la vez, la de elegir el trabajo que un prefiera y desempeñarlo libremente dentro del marco establecido por el ordenamiento jurídico, incluido el establecido por el empleador.

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 concebibles¹⁷.

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 que demostrado por la realidad desde que los primeros teóricos liberales observaron dicha circunstancia. No es casualidad 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.

Además de aumentar los niveles de riqueza, la libertad de empresa lleva implícita de forma ineluctable un avance notable de la ciencia y la técnica. El afán por encontrar nuevos procesos que faciliten la labor productiva, que encuentra su especial caldo de cultivo en los regímenes respetuosos con esa libertad de empresa de la que hablamos, suele desembocar en la constante aparición de nuevos descubrimientos científicos y ello a su vez incide de forma notable en el progreso de la humanidad.

Contenido

Las libertades empresariales en general, y la libertad de empresa en particular, se reconocen derechos complejos conformados por determinados componentes que configuran su contenido esencial¹⁸. En primer lugar, la libertad de empresa implica la posibilidad de crear organizaciones empresariales, dentro de los márgenes fijados por la ley, los cuales son suficientemente amplios, así como la libertad para adquirir organizaciones ya existentes¹⁹. Ello implica la libertad que tienen todos los particulares –libertad que no posee el Estado– para acceder al mercado. La libertad de acceso genera respecto del Estado la obligación que el mismo respete las reglas del mercado, y a la vez, que se comprometa a defender la libre competencia como veremos más adelante.

Por otro lado, la libertad de empresa implica la posibilidad de configuración interna de la empresa, en términos de organización interna, composición de los órganos de dirección, e incluso, denominación y ubicación. Este concepto admite ciertas limitaciones por razones de interés general, algunas de las cuales resultan ser sumamente discutibles.

Asimismo, debe indicarse que la libertad de empresa incluye la llamada libertad de dirección, la misma que se encuentra referida a la producción, inversión, política comercial, precios –elemento de particular importancia– y contratación. Como veremos más adelante, esto admite ciertas limitaciones, muchas de las cuales resultan ser también muy controvertidas.

Los límites a las libertades empresariales

Asimismo, la Constitución señala que ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud o seguridad públicas. Si bien es cierto la salud y la seguridad públicas podrían resultar límites plausibles para los derechos en mención, 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 interpretaciones²⁰. Para ello es necesario recurrir entonces al concepto de reserva de Ley, contenido en la legislación comparada²¹ y desarrollada por la jurisprudencia y doctrina nacionales, por el cual los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por la Ley²². Es obvio que la libertad de empresa es un derecho fundamental, en uso del artículo 3º de la Constitución.

¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., pp. 226-227.

¹⁷ HUERTA DE SOTO, Jesús. La Libertad de empresa como imperativo moral. En: Anuario de economía. Madrid: Negocios Ediciones, 1996, pp. 78 a 79.

¹⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. Cit., pp. 219 y ss.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2000, Tomo 1, p. 856.

²⁰ Se considera, entonces, que ante la duda respecto a si una situación es moral o inmoral, la misma deberá favorecer a la libertad. RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., p. 230.

²¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. Op. Cit., pp. 157 y ss.

Por otro lado, existen límites 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 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 particulares²³. Esta reserva se encuentra directamente relacionada con la existencia de monopolios fiscales.

En cuanto a la libertad de dirección las limitaciones tienen un evidente origen en la regulación económica y en especial, 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 pernicioso, en particular si se regulan precios o producción. Una regulación de esta naturaleza lo único que va a originar es la falta de incentivo para la realización de la actividad en cuestión²⁴.

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 el mismo tendría de existir libre competencia. 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 espontánea²⁵.

²² Una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que resulta de particular importancia a este nivel es la emitida en la Acción de Amparo seguida por Editora Sport S.A. contra la Municipalidad Distrital de Lince, la cual señala entre otras cuestiones: (...)

5. *Que, a este respecto, y aun cuando este Tribunal ya ha esbozado una primera aproximación en los fundamentos 9 y 10 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1211-99-AA/TC, conviene recalcar aquí que cuando la Constitución deja abierta la posibilidad de que se regulen o reglamenten los derechos fundamentales o los ámbitos dentro de los cuales éstos puedan ejercerse, tal opción no puede entenderse sino como la necesidad de que el tratamiento regulativo a dispensar sea por principio igual en todas las circunstancias. Para cumplir con dicho objetivo, es sólo la ley (o en casos excepcionales, el decreto legislativo) la única forma normativa que, como expresión de la voluntad general de toda la colectividad, puede asegurar por sus alcances universales, el cumplimiento de un principio tan elemental como el de igualdad. No ocurre lo mismo con la ordenanza municipal o, en definitiva, con cualquier otra expresión normativa circunscrita sobre ámbitos territoriales más o menos amplios o reducidos, pues independientemente de que su jerarquía o rango sea el mismo que el de una ley, es un hecho inobjetable que sus efectos (los de la ordenanza u otras variables similares) no se aplican sobre todos los individuos que conforman la colectividad de un Estado, sino tan sólo sobre aquéllos que integran la respectiva repartición descentralizada. (...)* (El subrayado es nuestro).

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. Cit., pp. 931 y ss.

²⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. Cit., pp. 227.

²⁵ KAFKA, Folke. Op. Cit., pp. 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 la escasez del bien o servicio cuyo precio está controlado.

4. Pluralismo y subsidiaridad empresarial

El artículo 60° establece que el Estado garantiza el pluralismo económico²⁶. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Ello implica la necesidad de que la actuación pública en materia empresarial sea eficiente y compita sin preferencias en los supuestos excepcionales en que puede hacerlo, razón por la cual la actividad pública y privada recibe el mismo tratamiento²⁷.

Asimismo, dicho artículo señala que sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, consagrando el denominado principio de subsidiaridad. Esta actividad empresarial está condicionada de manera plausible por la necesidad de emisión de una ley, como veremos más adelante.

La crisis del Estado de Bienestar

Cuando se hizo patente la aparición del Estado de Bienestar (y por ende, del Estado Social de Derecho) se generó, como resultado inmediato, la necesidad de la existencia de una Administración Pública prestadora de servicios²⁸. Dichos servicios debían ser prestados por el Estado en forma directa, a través de mecanismos de gestión. Pautinamente, conforme las necesidades de la población aumentaban, fue necesario que el Estado creara entes especializados en la prestación de dichos servicios.

Seguidamente, y como los mecanismos tradicionales de la administración pública resultaban poco efectivos para la prestación de dichos servicios, fue necesario tomar prestados conceptos de administración privada para hacer eficiente la gestión de los mismos. Como resultado, aparecieron las llamadas *empresas públicas*, en general personas jurídicas de derecho privado, pero que eran de propiedad del Estado.

Asimismo, la década de los 50 y 60 se había caracterizado por la existencia de bonanza económica en los países más adelantados y cierta mejoría en los demás países del orbe, que les permitía el manejo directo de determinadas actividades, muchas de ellas reservadas al Estado²⁹. Sin embargo, la crisis energética de la década de los setenta, entre otras circunstancias, afectó el manejo económico de las naciones, situación en la cual se comenzó a pensar seriamente en la necesidad de transferir a manos privadas el manejo de determinadas actividades, sean éstas servicios públicos o no.

Lo que ocurre es que hablar de empresa pública implica, de alguna manera, una *contradictio in terminis*, dado que en principio las

²⁶ **Artículo 60°.** *El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

²⁷ OCHOA CARDICH, César. Op. Cit., p. 89.

²⁸ Sobre el particular: DE VAL PARDO, Isabel. Administración de Entidades Públicas. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1999, p. 49-51.

²⁹ KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado y la Gestión de los servicios públicos*. En: Themis n°. 39. Lima, 1999, p. 55.

empresas son entes creados para la producción de lucro, entendido éste como la ganancia de sus dueños. Asimismo, el Estado, por definición, no produce lucro³⁰. Tal contradicción, aunado al hecho de que los representantes del Estado en las juntas de las empresas estatales carecen de incentivo económico (los dividendos), incentivo que sí poseen los socios de una empresa privada³¹, ha sido la que ha generado la conocida ineficiencia de las empresas públicas en la mayoría de las naciones del Planeta³².

Por otro lado, la empresa pública genera distorsiones en la economía, al crear entes económicos que no están sometidos al mercado. Las empresas públicas utilizan fondos públicos para su funcionamiento. Asimismo, no son susceptibles de incurrir en insolvencia y emplean infraestructura del Estado. Como resultado de ello, cuando las empresas públicas operan en el mercado concurriendo con entes privados, generan competencia desleal, la misma que perjudica a la economía en su conjunto.

Como resultado inmediato de la ineficiencia de las empresas públicas –y del Estado en general– se generó dos efectos: En primer lugar, la privatización de aquellas empresas públicas que no producen utilidades o que generan distorsiones en la economía, privatización que también generaría el ingreso de importantes fondos para el Estado para corregir el déficit en el sector público y controlar los presupuestos³³. Este proceso estuvo acompañado de la eliminación de la reserva de determinadas actividades a favor del Estado.

Por otro lado, se generó también la necesidad de generar inversión en servicios públicos, la misma que obligó al Estado a permitir el ingreso de capital privado a la administración de fondos y bienes públicos y la prestación de servicios públicos, a través particularmente de mecanismos de privatización y de otorgamiento de concesiones.

Lo antes indicado se dio mediante diversos mecanismos, en espe-

cial los relacionados con los permisos, las licencias y las concesiones, otorgadas de manera directa por el Estado. Y además generó la aparición de los llamados organismos reguladores o supervisores, como son, en el caso peruano, por ejemplo, OSINERG, OSIPTEL, OSITRAN, SUNASS y otros.

En consecuencia, fue necesario que los servicios públicos comenzaran a ser prestados por los particulares. A esto la denominada teoría subjetiva respondió de manera indebida considerando que en realidad la prestación la realizaba el Estado, pero de manera indirecta a través de terceros³⁴. Según esta concepción, la realización del servicio por parte de los particulares ocurre como una suerte de delegación. Esta ficción, sin embargo, nos lleva a la necesidad de establecer otro nivel de caracterización que resulte más eficiente. Se llegó a la concepción de que incluso los servicios públicos debían ser prestados fundamentalmente por los particulares, razón por la cual la participación del Estado debía darse a falta de posibilidad de intervención de los particulares.

El Principio de subsidiaridad

De acuerdo con la doctrina, se entiende por principio de subsidiaridad la obligación que posee el Estado de realizar actividad empresarial únicamente ante la ausencia de inversión privada en el rubro respectivo. A fin de hacer efectivo dicho principio se debe cumplir con tres requisitos:

- a. Autorización por Ley, expresa, es decir, emitida por el Congreso. Ello implica, en primer lugar, que la autorización para desempeñar actividad empresarial debe estar ligada de manera directa a la necesaria discusión entre las diversas fuerzas políticas representadas en el Parlamento. En segundo lugar, no cabe autorización alguna a través de decretos legislativos, decretos de urgencia, u ordenanzas. En tercer lugar debe entenderse que estamos hablando de una ley cuya aprobación sigue el trámite normal, a diferencia del caso chileno, en el cual se requiere quórum calificado³⁵.
- b. Por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, es decir, cuando no exista ningún mecanismo alternativo que pueda corregir la situación que genera la necesidad de desempeñar actividad empresarial por parte del Estado, como el empleo de las agencias de competencia o los mecanismos de regulación. El empleo de la actividad empresarial del Estado, en tanto intervención directa en la economía, debe ser, en consecuencia, *última ratio*.
- c. Ante la ausencia de actividad privada en el sector del cual se trata. El Estado interviene desempeñando actividad empresarial si es que los particulares no pueden hacerlo, puesto que si existe actividad privada la actividad estatal deviene e innecesaria³⁶. A su vez, cuando no es posible que la actividad privada cubra la deficiencia en la inversión, es necesario que se establezcan mecanismos que cubran la misma. Sin embargo, incluso en estos supuestos existen mecanismos que permiten cubrir deficiencias y que no

³⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Las teorías existentes sobre el servicio público*. En: Foro Jurídico nº 1. Lima, 2002, p. 77.

³¹ Es evidente que la razón por la cual las empresas privadas pretenden obtener ganancias como finalidad intrínseca de las mismas (sino, no serían empresas) es la propia necesidad o afán de lucro de sus dueños.

³² Al respecto: ARIÑO, Gaspar; DE LA CUÉTARA, Juan Miguel; MARTÍNEZ, J.L. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 112 y ss. Es posible justificar también la ineficiencia de las empresas públicas a través del Teorema de Coase, al que hacemos referencia en el texto. El Estado participaba en actividades económicas sin que los costos de transacción lo justificara, puesto que en muchos casos los particulares podían llegar a soluciones eficientes sin necesidad de la intervención de aquel. En consecuencia, la indebida acumulación de funciones en el Estado generó que el mismo se administrara en forma ineficiente. Dicha administración ineficiente, es claro, no se restringía únicamente a la que se realizaba sobre entidades públicas, sino que también afectaba a las entidades de derecho privado que eran de propiedad del Estado.

Finalmente, encontramos la razón de la tantas veces citada ineficiencia pública en la necesaria rigidez y formalidad del funcionamiento del Estado en general. Dicha rigidez impide que las empresas del Estado se adapten rápidamente a la vertiginosa variación de los mecanismos empresariales derivada del progreso económico y tecnológico en todo el Mundo.

³³ DE VAL PARDO, Isabel. Op. Cit., pp. 90 y ss. Sin embargo debemos señalar, al contrario de lo que señala la autora, que no es posible que la Administración pública, en términos de servicios públicos, pueda funcionar adecuadamente sin privatizar los mismos. Tal como lo hemos precisado, la ineficiencia de las empresas públicas resulta ser, en principio, consustancial a ellas.

³⁴ DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, p. 627.

³⁵ OCHOA CARDICH, César. Op. Cit., pp. 88-89.

³⁶ KRESALJA, Baldo. *El Rol del Estado...* Op. Cit., p. 60.

implican la creación o empleo de empresas públicas, como por ejemplo la asignación de cuotas de inversión a las empresas privadas que prestan servicios públicos.

El principio de subsidiaridad tiene sentido en el hecho de que la actividad empresarial del Estado debe encontrarse fuertemente limitada. No solo por el hecho de que el Estado es un empresario ineficiente, sino además porque la existencia de empresas públicas es *per se* indebida desde el punto de vista económico. Las empresas públicas no solo generan competencia desleal respecto a las empresas privadas que concurren en el mercado, sino que además favorecen la corrupción y desincentivan la inversión en el mercado de servicios públicos y en la economía en general, como veremos enseguida. Como resultado, la economía de un país debe propender a la privatización de las empresas públicas y a la sustitución del régimen de control estatal a un esquema de competencia³⁷.

¿Porqué debe limitarse la existencia de empresas públicas?

La existencia de empresas públicas, *per se*, afecta de manera perjudicial a la economía de un país, cualquiera sea el diseño de su política económica. En este orden de ideas, aun en el supuesto de que las empresas públicas produzcan utilidades, su implementación debe limitarse a los presupuestos señalados en el acápite precedente. Entre las razones más importantes que justifican dichas afirmaciones, encontramos las siguientes:

1. Las empresas públicas generan competencia desleal, puesto que gozan de privilegios de los cuales no gozan las empresas privadas. En primer lugar, emplean infraestructura del Estado, la misma que forma parte de sus activos originarios. Asimismo, no quiebran, porque el Estado les provee de caja³⁸. En general gozan de blandas restricciones presupuestarias. Y todo ello se hace efectivo con el dinero proveniente de los propios contribuyentes, lo cual lejos de generar efectos beneficiosos, genera más bien efectos de contracción en la economía.
2. La empresa pública, como lo hemos señalado, es una *contradictio in terminis*, puesto que por definición, una empresa produce lucro. Por otro lado, una institución pública, supuestamente animada por el interés público, no tiene porqué producir dicho lucro. Hablar de empresas públicas en buena cuenta es como hablar de círculos cuadrados.
3. Como resultado, no existen incentivos adecuados para los agentes de las empresas públicas. No existe interés alguno para la generación de excedentes al no estar sujetas al mercado a sus sanciones ante la ineficiencia³⁹. Como no hay objetivos definidos no puede determinarse juicios sobre la buena o mala gestión, el grado de eficiencia obtenido y la valoración de resultados finales⁴⁰. Los incentivos económicos se convierten en una forma de patronazgo, y como lo veremos más adelante, en el mecanismo de pago de favores políticos para el partido en el poder. Como si ello fuera poco, los políticos que supervisan empresas públicas podrían dejar de percibir beneficios personales como resultado de la obtención de beneficios económicos por parte de la empresa⁴¹.
4. En consecuencia, la existencia de empresas estatales genera distorsiones en la economía. Para que el funcionamiento de la misma sea consistente con las necesidades sociales – que es en buena cuenta su razón de ser -, el precio del producto o servicio que se oferta debe ser el menor posible. Para ello, el monto debe estar a nivel del costo marginal. Cuando ello ocurre, la pérdida de la empresa la convierte en un ente ineficiente, condenándola a la quiebra.
5. Por otro lado, los bienes públicos en general ocasionan distorsiones *per se*, dado el hecho de que no permiten un uso eficiente de los recursos. Lo que ocurre en buena cuenta es que la propiedad pública no genera incentivos para un uso eficiente. El mercado no podrá ofrecer los bienes públicos en número suficiente, lo que a su vez implica que no se asignarán suficientes recursos para producirlos⁴². Los bienes públicos originan la existencia de *free riders*, que son aquellos individuos que se benefician sin pagar, afectando a su vez a aquellos individuos que sí lo hacen. Dicha situación no hace sino generar externalidades, las mismas que originan imperfecciones en el mercado, como ya lo hemos señalado.
6. La empresa pública desincentiva la inversión. El hecho de que existan empresas privilegiadas en el mercado –por ser de propiedad estatal- evita que las empresas privadas puedan invertir, dada su evidente aversión al riesgo. A la vez, la existencia de empresas públicas –en especial si algunas gozan del manejo de alguna actividad en exclusividad, como el agua- da la impresión de que la economía se encuentra fuertemente intervenida, lo cual aleja la inversión privada, sea local o foránea.
7. La empresa pública favorece la corrupción. Es poco probable que una empresa privada sufra de corrupción en su interior en contra de la misma, dado que los socios de la misma son también sus directivos. Por otro lado, en una empresa pública, dado que la misma no le pertenece sino al Estado, no existen incentivos para un comportamiento ajustado a derecho. La empresa privada no requiere mayores controles internos que los que proporciona su propia organización. En cambio, las empresas públicas requieren controles internos y controles externos de naturaleza administrativa, en especial provenientes de la Contraloría General de la República. Dicho control, contrariamente a lo que pueda pensarse, también cuesta a los particulares.
8. La empresa estatal favorece el uso del denominado *spoils system* (sistema de los despojos) que consiste en el hecho de que el partido ganador en las elecciones ocupe gran parte de los cargos públicos del Estado⁴³. Cargos especialmente codiciados son los que corresponden a empresas del Estado, dado que los mismos se encuentran en general bien remunerados. Como resultado,

³⁷ Para un análisis de las ventajas de la privatización a partir de las deficiencias de las empresas públicas: VICKERS, John y YARROW, George. Un análisis económico de la privatización. México: Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 44 y ss.

³⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. Cit., pp. 391-392.

³⁹ KRESALJA, Baldo. *La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993*. En: *Ius Et Veritas* n° 22. Lima: PUCP, 2001, p. 286.

⁴⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. Cit., p. 422.

⁴¹ VICKERS, John y YARROW, George. Op. Cit., p. 49.

⁴² Sobre el particular: KAFKA, Folke. Op. Cit., p. 741.

los directivos de las empresas públicas no son los que están mejor capacitados para ello. Ello a su vez explica las pérdidas millonarias que han sufrido las empresas estatales en todo el Mundo en los últimos treinta años.

5. Libre competencia

El artículo 61° de la norma constitucional establece que el Estado favorece y vigila la competencia, combatiendo las prácticas que la limiten⁴⁴. Esta prescripción es la que consagra el denominado derecho de la defensa de la competencia o simplemente derecho de la competencia. Esta rama del derecho, o derecho *antitrust*, que paulatinamente está adquiriendo características propias, se encarga de asegurar el cumplimiento de ciertos principios inherentes a la libre competencia, elemento fundamental de la economía de mercado⁴⁵.

Ahora bien, el derecho de la competencia es un mecanismo de intervención estatal en la economía, que resulta admisible en una economía de mercado, dentro de determinados límites. Es admisible, en primer lugar, porque no actúa de manera previa sino posterior a la realización de los actos considerados infractorios. Por otro lado, no pretende regular el comportamiento empresarial, sino asegurar que el mismo se ajuste a los resultados que se pretenden obtener de la competencia en el mercado. Asimismo, no pretende reemplazar al mercado, ni simular su comportamiento, sino asegurar las condiciones para su desempeño eficiente⁴⁶. La intervención en la economía del derecho *antitrust* es entonces de naturaleza indirecta, a diferencia de la regulación económica, que funciona de manera directa. Finalmente, la regulación económica, en general está sectorizada, siendo distinta cualitativa y cuantitativamente según la actividad económica de la cual se trate. La defensa de la competencia, en cambio, es homogénea, puesto que es aplicada a través de agencias, como el INDECOPI en el caso peruano. Es por ello que la regulación económica debe hallarse fuertemente limitada y debe enfocarse en determinadas actividades económicas.

El caso típico de conducta prohibida desde el punto de vista del derecho de la competencia es la concertación entre proveedores, a fin de ponerse de acuerdo respecto a los precios que se imputan a los productos, el mercado en el cual se comercian los mismos o las cantidades a ofertar. De hecho, el primero de los mencionados es el ejemplo más común. En este orden de ideas, existen dos conceptos

fundamentales en la doctrina. El primero de ellos es la llamada regla *per se*, que establece que toda concertación es indebida, y por ende sancionable. El segundo de ellos, la denominada regla de la razón, establece que la sanción a la conducta colusiva se basa en el efecto concreto que la misma genere en el mercado. Además está señalar las controversias que la aplicación de dichos principios a generado en especial en las últimas semanas a raíz de los procesos seguidos en contra de las empresas aseguradoras en relación con el llamado seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT)⁴⁷.

Monopolios y oligopolios

Por otro lado, la Constitución establece que el Estado combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Se entiende que una empresa posee una posición de dominio cuando puede tomar decisiones prescindiendo de sus competidores, clientes o proveedores⁴⁸. Por otro lado, la economía entiende por monopolio la situación que se da en un mercado determinado en la cual solo existe un solo productor. Es necesario señalar que, al igual que el modelo de competencia perfecta, el modelo de monopolio perfecto es una abstracción difícil de verificar, salvo el caso de los monopolios naturales⁴⁹. Si es que el mercado permite la participación de varios oferentes y no existen limitaciones provenientes de la actuación estatal siempre existirán incentivos para la participación de otros empresarios en un mercado determinado.

Ahora bien, a primer vista, pareciera que los monopolios privados y las posiciones de dominio se encuentran permitidos constitucionalmente. Se considera que si una empresa posee una gran parte o la totalidad del mercado de un producto se debe a un esfuerzo empresarial determinado, el mismo que no puede ser desincentivado⁵⁰. Ello ocurría a diferencia de la Constitución de 1979, que los prohibía expresamente.

Como resultado de la necesidad de incentivar la eficiencia empresarial, ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios u oligopolios, puesto que los mismos deben ser resultado del propio funcionamiento del mercado. Esta última prescripción es congruente con los esquemas modernos de protección a la libre competencia, que existen en el derecho comparado.

En consecuencia, lo que el sistema jurídico prohíbe es el abuso de dichas posiciones de dominio, es decir, su empleo de tal manera que perjudique al mercado en su conjunto. A dichas infracciones se les denomina genéricamente prácticas abusivas y se encuentran sancionadas por el Decreto Legislativo Nro. 701°.

⁴³ El *spoils system* no es ninguna novedad, puesto que ha sido aplicado en gran medida por los gobiernos en todo el Mundo, en especial, en los Estados Unidos desde el gobierno del presidente Jackson. Sobre el particular: HAURIUO, André. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Barcelona: Ariel, 1980, p. 539; DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Barcelona: Ariel, 1962, p. 348.

⁴⁴ **Artículo 61°.** *El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

⁴⁵ Para un análisis económico de las leyes antimonopolio: POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 272 y ss.

⁴⁶ CASES PALLARES, Lluís. Op. Cit., p. 38.

⁴⁷ Debe señalarse que el Tribunal de INDECOPI había señalado en una resolución que constituye precedente de observancia obligatoria que la regla a emplearse, en el caso de concertaciones de precios, reparto del mercado, reparto de las cuotas de producción y limitación o control de la producción, era la regla *per se*, la cual implicaba que la sola realización de la práctica constituye infracción administrativa. Dicho precedente se estableció en la Resolución Nro. 276-97-TDC/Indecopi, publicada con fecha 27 de noviembre de 1997 en el proceso iniciado de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Avicultura y un grupo de empresas avícolas.

⁴⁸ KRESALJA, Baldo. *La reserva de actividades...* Op. Cit., p. 299.

⁴⁹ KAFKA, Folke. Op. Cit., pp. 373 y ss.

⁵⁰ KRESALJA, Baldo. *La reserva de actividades...* Op. Cit., p. 297.

La existencia de Monopolios naturales

Se dice que existe un monopolio natural cuando la provisión de determinadas cantidades de un conjunto de bienes o servicios cuesta menos cuando éstas son producidas por una sola empresa que cuando las mismas son producidas por dos o más firmas, incluso considerando al Estado entre ellas. Esta es una aplicación del concepto de subaditividad de costos⁵¹. En consecuencia, el monopolio resulta inevitable porque es el procedimiento más barato para organizar una actividad económica⁵².

Ahora bien, se ha considerado que la existencia de monopolios es poco beneficiosa para una economía en la medida que estructuras monopolísticas causan ineficiencias en la asignación al disociar precios de costos. Este tipo de ineficiencia en el monopolio causa los conocidos triángulos de pérdida de eficiencia social frecuentemente hallados en los diversos textos de microeconomía (triángulos de Dupuit o de Harberger)⁵³. En términos del bienestar social el problema de este tipo de ineficiencia consiste en que el consumidor marginal compra de tal manera que su valoración por el bien o servicio excede al costo social de producirlo.

Sin embargo, el monopolio natural existe como resultado de necesidades del mercado. La regulación entonces debe intervenir a fin de generar los efectos que se producirían en el mercado de existir competencia perfecta en el citado rubro, a través del control de dicha empresa⁵⁴, en especial si consideramos que los monopolios naturales se dan en general en el ámbito de los servicios públicos⁵⁵. La regulación legal, y la actuación de los organismos reguladores –de los cuales hablaremos el siguiente capítulo– simulan la solución del mercado ahí donde el mismo no puede actuar.

La protección a la libertad de expresión

Finalmente, la norma constitucional hace hincapié en el hecho de que la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, de manera directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares; ello, a fin de no afectar derechos fundamentales de especial relevancia en la formación de una opinión pública libre, fundamental en una sociedad democrática. Ello es congruente, por ejemplo, con las limitaciones establecidas en la ley para ser propietario de medios de comunicación.

6. Las libertades contractuales

El artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato⁵⁶. Dentro de esta concepción debe distinguirse la libertad de contratar de la libertad contractual propiamente dicha. La primera, desde el punto de vista civil, implica la

posibilidad de elegir la oportunidad y la parte con la cual se contratará. La segunda, la posibilidad de establecer libremente los términos contractuales. Es evidente que la norma constitucional se refiere a ambas libertades. Es claro, además, que ambas libertades se configuran como derechos fundamentales al amparo del artículo 3° de la norma constitucional.

Es necesario señalar, sin embargo, que resulta discutible la ubicación de esta previsión legal en esta parte de la Constitución, en tanto la libertad contractual no se limita al régimen económico, sino que participa de gran parte de la totalidad de la vida en sociedad. Existe una clara referencia de ello en el artículo 2° de la norma constitucional, en el cual debió haberse indicado también la previsión que estamos mencionando y la que comentamos a continuación.

El problema de la modificación de contratos por parte del Estado

Ahora bien, la norma señala la prohibición – no contenida en la Carta de 1979 - de que el Estado pueda modificar unilateralmente dichos contratos. Ello a fin de impedir el volver a esquemas tan perniciosos como las prórrogas de contratos de arrendamiento o el control de precios. El Estado no puede intervenir en la voluntad de las partes, aun cuando se modifiquen las normas a cuyo amparo se tomó el respectivo acuerdo⁵⁷.

Lo que ocurre es que una vez que el contrato se ha celebrado, y en tanto las disposiciones contenidas en la Ley son supletorias a la voluntad de las partes, dichas disposiciones se incorporan automáticamente a los términos contractuales. La lógica de esta concepción estriba en la necesidad de reducir costos de transacción. En consecuencia, mal podría el Estado, a través de disposiciones legales, vulnerar la voluntad de las partes y la libertad contractual a la cual nos estamos refiriendo.

Es necesario señalar que la prohibición de modificación de los contratos por parte del Estado no se basa en el hecho de que se aplique el denominado principio de los derechos adquiridos, sino precisamente que la norma aplicable a un contrato sea precisamente aquella vigente al momento de su celebración, toda vez que las obligaciones que resultan del mismo se generaron al momento de su celebración⁵⁸. El principio de los hechos cumplidos es precisamente el

⁵¹ Sobre el particular: GALLARDO, José. *Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: El caso de los monopolios naturales*. Lima: PUCP.CISEPA, 1999.

⁵² POSNER, Richard A. *Op. Cit.*, pp. 326 y ss.

⁵³ KAFKA, Folke. *Op. Cit.*, p. 409 y ss.

⁵⁴ CASES PALLARES, Lluís. *Op. Cit.*, p. 26.

⁵⁵ KAFKA, Folke. *Op. Cit.*, p. 403.

⁵⁶ **Artículo 62°.** *La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

⁵⁷ Sin embargo, algunos autores han señalado la necesidad de establecer la posibilidad de que mediante un quórum calificado pueda establecerse modificaciones a términos contractuales, a fin de no “congelar situaciones injustas”, previsión que nos parece errónea, toda vez que dichas situaciones injustas, de existir, podrían ser corregidas mediante los mecanismos que el ordenamiento civil prevé. Sobre el particular: KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. *Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional*. En: *Pensamiento Constitucional* nº 6. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 740.

⁵⁸ Para una opinión distinta, basada en la distinción entre la concepción de derechos adquiridos y la de los hechos cumplidos: RUBIO CORREA, Marcial. *Op. Cit.*, pp. 287-288.

que impide una aplicación retroactiva de la norma que hubiese sido aprobada con posterioridad a la celebración del contrato.

Finalmente, la norma constitucional establece que los conflictos derivados de los contratos y de los convenios de estabilidad jurídica sólo se solucionan en las vías de conciliación, arbitral y judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato, convenio o contemplados en la ley. Normalmente, dichos mecanismos son la lesión y la denominada excesiva onerosidad de la prestación, los mismos que se encuentran consagrados en nuestro Código Civil.

Los contratos-ley

Los contratos ley son aquellos acuerdos celebrados por el Estado y los particulares en los cuales el Estado otorga garantías o establece seguridades, en especial en términos de la modificación legislativa de ciertas condiciones iniciales, la misma que no rige para dichos particulares. El ordenamiento jurídico se paraliza para dichos particulares, asumiéndose de manera permanente el existente al momento de la celebración del contrato.

Los contratos ley son acuerdos civiles –no son contratos administrativos– que muestran una política de promoción de inversiones ofreciendo seguridad jurídica⁵⁹. La utilización de estos mecanismos resulta ser muy discutible, pues los mismos pretenden señalar, en el fondo, que el sistema jurídico es inestable y que para algunos operadores privilegiados ciertas situaciones se van a mantener estables cuando debería ello ocurrir para todos. Y es que resulta un requisito ineludible para el adecuado funcionamiento de una economía de mercado la estabilidad de las reglas de juego. La estabilidad jurídica, en consecuencia, no deberá garantizarse mediante la celebración de contratos, sino mediante el propio funcionamiento del ordenamiento jurídico.

7. Inversión y comercio

El ordenamiento jurídico establece determinadas garantías para la inversión y el comercio, actividades que resulta imprescindible fomentar. El artículo 63° de la Constitución⁶⁰, entre otros, se encuentra encargado de dicha función. Sin embargo, no es el único, puesto que también debe incluirse el artículo 60°, en tanto cautela el pluralismo económico, el artículo 62°, en tanto protege la libertad contractual y el artículo 73°, en tanto permite la explotación económica de los bienes de uso público.

⁵⁹ OCHOA CARDICH, César. Op. Cit., p. 94.

⁶⁰ **Artículo 63°.** *La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.*

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

7.1. Igualdad jurídica

En primer término, es necesario establecer criterios de igualdad respecto a la inversión sin importar el origen de esta. Por ello se señala que la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones y reciben igual trato. En consecuencia, los inversionistas extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones que los nacionales no pudiéndose admitir tratamientos diferenciados⁶¹.

Existen sin embargo algunas excepciones al principio de igualdad jurídica. En primer lugar, existen limitaciones en materia de propiedad respecto a los extranjeros en las zonas de frontera, señaladas en el artículo 71° de la norma constitucional⁶². Por otro lado, ciertas leyes, como la Ley de Telecomunicaciones, limitan la posibilidad de inversión de los extranjeros en ciertas empresas peruanas, en particular, en medios de comunicación.

7.2. Libertad de producción y comercio

La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. La libertad de producción y la libertad de comercio resultan ser elementos fundamentales para el funcionamiento eficiente de una economía de mercado. La primera es un componente de la libertad de empresa, como se ha visto líneas arriba. La segunda es en realidad la obvia consecuencia de la apertura de los mercados en una economía libre, de tal forma que ningún estado puede establecer barreras al ingreso o salida de mercancías o servicios respecto de sus fronteras. El beneficio inmediato es para el consumidor, quien se encuentra en mejor capacidad para elegir.

Ahora bien, la norma establece que si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. Las medidas proteccionistas más comunes en este sentido son el *dumping* y los subsidios. Mediante dichos mecanismos, los bienes y servicios ingresan al país con un precio inferior al que deberían tener incluso en su lugar de origen. A fin de conjurar ello, los estados aplican las denominadas medidas parancelarias, que pretenden equilibrar los precios de los productos importados a fin de evitar la competencia. Estos mecanismos, sin embargo, resultan ser sumamente discutibles por la economía moderna. Por otro lado, puede establecerse medidas discriminatorias cuando un país aplica derechos a los productos de determinado país, sin que ello ocurra con los productos de otro.

7.3. El tratamiento de la contratación con empresas extranjeras

Se prescribe asimismo que en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República

⁶¹ OCHOA CARDICH, César. Op. Cit., p. 95.

⁶² **Artículo 71°.** *En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.*

y su renuncia a toda reclamación diplomática. Ello significa que no puede establecerse jurisdicción especial respecto de las empresas extranjeras. En primer lugar, lo antes indicado es compatible con el principio de igualdad entre la inversión privada y extranjera. Por otro lado, constituye la plasmación oficial de la denominada Cláusula Calvo, por la cual todo hecho ocurrido en el país se somete a la jurisdicción del mismo. Sin embargo, la norma adolece de ciertas inexactitudes. En primer lugar, debe aclararse que ocurre con los contratos celebrados con extranjeros no domiciliados, pues pareciera que ellos podrían emplear la reclamación diplomática. Por otro lado, debe establecerse con claridad el alcance del propio concepto de extranjero⁶³.

Asimismo, la Constitución señala que puede exceptuarse de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero, excepción que pretende flexibilizar, entre otras cuestiones, las operaciones de crédito. Finalmente, el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Finalmente, establece que pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo dispone la ley.

8. Libre tenencia y disposición de moneda extranjera

El artículo 64° de la norma constitucional señala que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera, prescripción que resultó ser una novedad en el ordenamiento jurídico peruano y tiene por evidente finalidad evitar que se den situaciones similares a las que se generaron cuando el Gobierno prohibía poseer o disponer de moneda extranjera. Ello ocurrió en especial durante gran parte del Gobierno Militar y durante el gobierno aprista. Es probable que se pueda señalar que esta referencia es innecesaria, en tanto el régimen general consagrado por la norma constitucional impide una intervención como la antes señalada⁶⁴.

La economía moderna no aconseja el establecimiento de controles cambiarios, por que los mismos, lejos de colaborar con el buen funcionamiento de la economía, la perjudican enormemente⁶⁵. El atraso cambiario – que normalmente es el resultado de supuestos mecanismos protectores de la moneda peruana, como el control de la moneda extranjera – termina perjudicando a la actividad exportadora, al turismo y en general, a las actividades económicas que perciben divisas, puesto que la cantidad de moneda nacional que se obtiene como resultado de la venta de la moneda extranjera disminuye. A ello debe agregarse que el control de precios de los bienes, en general, origina exceso de demanda del bien en cuestión, exceso de demanda

que, en el caso de la moneda extranjera, el Estado no puede cubrir⁶⁶.

Como resultado, debemos concluir que la manera más adecuada de proteger la actividad económica, en países como los latinoamericanos, es precisamente permitiendo un tipo de cambio flotante, en el cual el precio de la moneda extranjera sea determinado íntegramente por el mercado⁶⁷.

9. Defensa de consumidores y usuarios

La denominada Protección del Consumidor está consagrada en el artículo 65° de la Constitución⁶⁸, en el cual se establece la obligación del Estado defender el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios existentes. La principal diferencia entre la defensa de la competencia y la protección al consumidor estriba, no obstante que ambas propenden a un mejor funcionamiento del mercado, en el objeto al cual se aplican. La primera protege el mercado en abstracto, siendo como resultado un beneficio integral, respecto de consumidores, proveedores y el mercado en su conjunto. La segunda se enfoca en el consumidor como categoría, siendo el efecto sobre el mercado más bien indirecto, pero no por ello menos importante.

En realidad, el mercado y la competencia deberían ser suficientes para asegurar la idoneidad de los productos que se ofertan en el mercado, sean bienes o servicios. Existen determinadas cuestiones que justifican, sin embargo, el establecimiento de determinadas normas que cautelen los derechos de los consumidores. Entre ellas se encuentran fundamentalmente, la información asimétrica y las concepciones respecto al servicio universal.

En este orden de ideas, debe tenerse cuidado con el propio concepto de consumidor, a fin de determinar al sujeto de la protección en cuestión. El consumidor que goza de una protección integral es aquel que efectúa propiamente un consumo, siendo el destinatario final del bien o servicio, empleándolo para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato⁶⁹. El consumidor que no es destinatario final goza de una protección más bien restringida, en materia de publicidad por ejemplo.

La información asimétrica

Una situación que justificaría la regulación directa en el ámbito de la protección al consumidor es la llamada información asimétrica⁷⁰. Lo que ocurre es que la economía de libre mercado, como se ha señalado reiteradamente, produce por sí misma una asignación de recursos inmejorable, un “óptimo paretiano”. Pero ello ocurre si se cumple un supuesto: que todos los operadores en el mercado posean similar información acerca de todas las variables económicas.

En principio, esta información asimétrica se encuentra en el ámbito de la relación entre el consumidor y el productor del bien o el presta-

⁶³ Sobre el particular: RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., pp. 313-314.

⁶⁴ Sin embargo, el artículo 72° de la Constitución, en tanto permite establecer restricciones y prohibiciones para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de ciertos bienes, podría considerarse como un precepto habilitante, puesto que la moneda extranjera podría considerarse un bien. Ahora bien, este artículo no permite la prohibición de libre tenencia y disposición de moneda extranjera, puesto que no es posible que las mismas puedan afectar la seguridad nacional, cuya interpretación debe ser restrictiva y no extensiva.

Con mayor razón consideramos que, ante la existencia del artículo 62°, el artículo 72° bajo comentario resultaría por completo inaplicable a la moneda extranjera. Para un análisis distinto: RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., p. 317.

⁶⁵ Basta con observar el resultado de los mecanismos de paridad cambiaria en Argentina para convencernos de lo perjudicial que puede resultar dicho control del precio de la moneda extranjera.

⁶⁶ Sobre el control de precios: KAFKA, Folke. Op. Cit., pp. 657 y ss.

⁶⁷ Para una análisis distinto: RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., p. 317-318.

⁶⁸ **Artículo 65°.** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

⁶⁹ Precedente contenido en la Resolución Nro. 101-96-TDC, publicada el 01 de enero de 1997 y emitida por el Tribunal del INDECOPI.

⁷⁰ CASES PALLARES, Lluís. Op. Cit., p. 28.

del servicio. La escasez de información acompañada de un conocimiento desigual de la misma afecta especialmente al potencial consumidor, que tiene falta de información sobre la oferta existente, calidades y precios. En consecuencia, la intervención de las estructuras intermedias para explicitar la información existente y difundirla entre los potenciales usuarios del servicio resulta tener una importancia ineludible.

Ahora bien, la doctrina ha considerado que los problemas de la protección al consumidor se reducen a la falta de información adecuada y la falta de idoneidad del producto en cuestión. Sin embargo, concepciones doctrinales más modernas han notado que ambos conceptos resultan ser las dos caras de una misma moneda, puesto que la falta de idoneidad de un producto respecto a la expectativa del consumidor se reduce a la información inadecuada o incompleta que el consumidor recibió del mismo.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la concepción de la protección al consumidor no es la de proteger al consumidor ante cualquier relación de consumo, sino más bien la de asegurar que el mismo posea los que los precedentes de observancia obligatoria denominan información relevante, que es aquella indispensable para que el consumidor pueda tomar una decisión de consumo adecuada⁷¹. Para ello, se recurre a dos conceptos de particular importancia. Uno de ellos es el de consumidor razonable, que es aquel que espera recibir información relevante, en tanto elección entre los diferentes productos que se le presenten⁷². Por otro lado, debe entenderse que se habla de información relevante cuando la misma es la necesaria para que el producto adquirido resulte idóneo para el fin ordinario para el que se suele emplear dicho producto.

El problema del servicio universal

Hemos señalado de manera reiterada que el Estado es el garante de la prestación del servicio público, como resultado de la determinación de la actividad determinada como tal. El Estado debe asegurar la prestación de dichos servicios públicos, puesto que la ausencia del servicio generaría costos sociales extremadamente elevados y es necesario asegurar un conjunto de prestaciones mínimas⁷³. Ahora bien, si el mercado establece mecanismos a través de los cuales se asegure la prestación, la regulación deviene en innecesaria y el Estado debe limitarse a las labores de defensa de la competencia. Ejemplos de ello se muestran en el hecho de que los empresarios, como seres racionales, y ante la evaluación del costo y beneficio de sus actos, consideran que los perjuicios derivados de cesar la prestación del servicio son mayores que los beneficios esperables de la citada acción.

Sin embargo, en determinadas circunstancias es necesaria la intervención estatal a fin de paliar aquellos vacíos que la actividad privada no cubre. Es entonces donde debe tomarse en cuenta el concepto de servicio universal. En determinados supuestos, la prestación de

un servicio público o de una porción del mismo no resulta ser rentable para la actividad privada, no obstante que dicho servicio se reconoce indispensable para la colectividad. En estos casos, la actividad regulatoria se hace indispensable, no obstante la confianza que sigue teniendo en el mercado⁷⁴.

Ahora bien, conviene precisar algunas concepciones sobre el particular. En primer lugar, en muchos casos se ha recurrido a la vía fácil de la creación de empresas públicas, en una mala concepción del principio de subsidiaridad al cual ya nos hemos referido. De hecho, la existencia de empresas públicas debe establecerse como última *ratio*, de manera que se hayan agotado todas las posibilidades de paliar las necesidades del servicio a través de mecanismos de mercado. Por otro lado, se ha recurrido al recurso de la reserva de la actividad en manos del Estado, mecanismo que como hemos visto resulta ser por completo ineficiente.

Es posible, en el caso en que el mercado por sí mismo no pueda cubrir los requerimientos sociales, establecer cargas u obligaciones de servicio universal aplicables al privado que es operador de un servicio, de tal manera que el mismo se encuentre obligado a prestarlos, para lo cual se requiere un régimen abierto para la entrada en el sector respectivo⁷⁵. Lo antes indicado opera como un mecanismo de subsidio privado, que es cubierto por el prestador del servicio, a cambio del otorgamiento de la concesión o la autorización respectiva para que sea posible el ejercicio de la actividad económica en cuestión.

10. A modo de conclusión

Existen ciertas falencias en el articulado de la Constitución, en materia de régimen económico, que es necesario corregir. En primer lugar, debemos indicar que no consideramos que dichas falencias estén vinculadas con el sesgo "neoliberal" que supuestamente empapa al citado capítulo, sino más bien a los remanentes autoritarios que permanecen en el texto no obstante que el mismo muestra importantes avances hacia un menor intervencionismo económico. Por otro lado, consideramos necesaria la inclusión de principios claros, que dejen sentado el régimen económico que se pretende adoptar y que impida que se den cambios radicales en la política económica del país cuando se pasa de un gobierno a otro.

En primer término, el concepto de economía social de mercado debe revisarse, puesto que podría configurar, o una tautología – con lo cual el término economía de mercado resulta más adecuado – o más bien podría justificar mecanismos intervencionistas que perjudican la economía del país. En tal sentido, debe definirse claramente el rol del Estado en la economía y determinarse en que condiciones participa en las actividades que la norma constitucional señala.

En segundo lugar, es necesario revisar las limitaciones existentes a la libertad de empresa. Limitaciones como la salud o la seguridad públicas son evidentemente plausibles; sin embargo, el empleo de justificaciones como la moral pública podría abrir la puerta a restricciones arbitrarias cuyo marco no está definido debidamente.

⁷¹ Precedente contenido en la Resolución Nro. 102-97-TDC, publicada el 25 de abril de 1997 y emitida por el Tribunal del INDECOPI.

⁷² SEQUIERA MARTIN, Adolfo. *Defensa del consumidor y derecho constitucional económico*. En: Revista Española de Derecho Constitucional nº 10. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 114.

⁷³ ARIÑO, Gaspar. Op. Cit., p. 572.

⁷⁴ Sobre el particular: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy*. En: Revista de Administración Pública nº 150. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 68-69.

⁷⁵ ARIÑO, Gaspar. Op. Cit., p. 574.

Asimismo, debe revisarse la importancia que han adquirido en los últimos años los contratos ley y si su existencia es realmente eficiente. En nuestra opinión, la estabilidad de la economía debe ser garantizada de manera general a todos los actores económicos y a todas las actividades que se realicen.

Por otro lado, la norma Constitucional debe dejar en claro la existencia de ciertos principios que no se encuentran expresamente formulados en la norma constitucional. Ejemplo de ello son los diversos principios existentes en la regulación económica moderna y en la moderna teoría del servicio público.