

Regulación pro mercado y regulación anti mercado: Algunas reflexiones sobre la importancia de una regulación para la competencia

Gustavo Rodríguez García

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de Post Grado en Derecho de las Concesiones y de la Infraestructura por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor adjunto del área de Derecho Constitucional en la PUCP

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco teórico de la regulación. III. Regular o competir... ¿es realmente un dilema? IV. Recapitulando: La necesidad de una regulación pro mercado en el Perú.

I. Introducción

En alguna oportunidad leí la siguiente historia con la que vale la pena iniciar el presente trabajo. Cuentan que un campesino se enteró de que el río estaba a punto de contaminarse con cierta sustancia que enloquecería a quienes la tomaran. Así, el hombre se aprovisionó de agua para subsistir hasta que se descontaminara el río y aconsejó a todo el pueblo que hiciera lo mismo. Sin embargo, nadie lo escuchó. Al poco tiempo, todos los pobladores se volvieron locos menos él. Cuando les contó a sus paisanos lo ocurrido, todos lo tomaron por loco porque era el único diferente a los demás. Cansado de su soledad, el campesino finalmente bebió el agua del río, y al volverse loco también, todos pensaron que se había curado¹.

Esta historia, al parecer, no tiene relación alguna con el tema del presente trabajo. Sin embargo, creo que alude directamente a un problema que viene produciéndose con mayor intensidad en nuestro país. Nos encontramos en una "ola regulatoria" que viene ganando mayores defensores, bajo la creencia de que el Estado debe supervisar las actividades económicas con la finalidad de orientarlas a la obtención de resultados que mejoren la situación de los consumidores y de la población en general. En cierta forma, el libre mercado -ese gran río que debemos desarrollar- viene siendo infectado por presupuestos equívocos que vienen, a su vez, "contagiando" a mayores "víctimas" con el paso del tiempo. Eso finalmente representa un retroceso. No pretendo sostener que la regulación es nociva y perjudicial *per se*, sino que la regulación puede llegar a serlo si es que es empleada cuando es innecesaria. Nosotros apostamos por una regulación para la competencia, una regulación pro mercado.

Lamentablemente, creemos que una regulación diferente viene siendo la que gana mayor terreno en nuestros días.

Hace algún tiempo, el profesor Richard A. Epstein visitó nuestro país y se refirió, en alguna oportunidad, a la regulación en términos de "lo bueno, lo difícil y lo horrible". Creo que esa forma tan clara y directa de

entender las complejas implicancias de la actividad regulatoria, son en parte recogidas por el presente trabajo. En efecto, no es que la regulación sea negativa o que sea positiva por el hecho de existir, sino que resulta pertinente o impertinente en función a diversos factores que deben estar presentes en el análisis de un sector o una actividad determinada. Desde luego, como veremos a continuación, nosotros creemos que la regulación debe aplicarse únicamente cuando no sea posible el desarrollo libre y espontáneo de una actividad guiada por las fuerzas de la competencia. Se suele creer con mayor intensidad, que las áreas en las que la competencia cumple su rol orientador de forma natural son pocas. Nosotros discrepamos.

II. Marco teórico de la regulación

Discutir el funcionamiento y efectos de la intervención estatal en la economía no es tarea sencilla. La denominada regulación económica que, hemos dicho, cumple un rol necesario cuando la competencia no es posible en determinada actividad o sector económico, ha tenido una evolución conceptual y doctrinaria interesante que permite introducir de forma más pertinente nuestro tema de reflexión. Si pretendemos discutir los efectos positivos de una política regulatoria, cuando ella es pertinente, y los efectos nocivos de una política regulatoria cuando no es necesaria; debemos situarnos conceptualmente en este escenario inicial: ¿De qué hablamos cuando nos referimos a la regulación?

Podríamos enfocarlo desde dos aspectos: uno bastante concreto y uno bastante amplio. La regulación desde un punto de vista concreto podría aludir a las políticas de intervención en la economía en sectores como, por ejemplo, telecomunicaciones o saneamiento. Desde un punto de vista mucho más amplio, la regulación "está por todos lados". En efecto, las normas legales, las prohibiciones y restricciones y requisitos establecidos para el desarrollo de determinadas actividades son ejemplos de regulación. En algunos casos, la ausencia de regulación parece impensable. Un estudio más detenido, sin embargo, parece que nos permite concluir que la desregulación es posible incluso en áreas en las que normalmente no se imagina uno que pueda actuar

⁽¹⁾ Esta historia ha sido tomada del libro de FISCHMAN, David. "El Espejo del Líder". El Comercio Ediciones y Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas UPC. Lima. 2000. p. 165.

libremente el mercado.

En un plano doctrinario, "dos grandes teorías sobre regulación económica han sido propuestas. Una es la 'teoría del interés público' legada por una generación de economistas previa a la actual generación de abogados. Esta teoría sostiene que la regulación es proporcionada en respuesta a la demanda del público por una corrección de las prácticas de mercado ineficientes o inequitativas (...). La segunda teoría es la 'teoría de la captura' (...) que sostiene que la regulación es proporcionada en respuesta a las demandas de grupos interesados pugnando entre ellos por la maximización de los ingresos de sus miembros"². Esta segunda teoría, debe anotarse, tiene numerosas variantes en función a los autores que la plantean, variantes que en muchos casos son importantes y no menores.

La teoría económica de la regulación resulta particularmente interesante, como reformulación de la tradicional teoría de la captura antes indicada. Se basa, en términos sencillos, en dos presupuestos fundamentales: a) como el poder coercitivo del Estado puede ser usado para otorgar importantes beneficios a particulares grupos o individuos, la regulación económica puede ser enfocada como un producto gobernado por leyes de oferta y demanda y b) la teoría de carteles puede ayudarnos a localizar las curvas de oferta y demanda en casos determinados de análisis. No incursionaremos en los detalles de cada presupuesto en esta oportunidad; sino que dedicaremos este espacio para reflexionar como la competencia puede naturalmente funcionar en mercados en los que se suele pensar que la regulación es una necesidad innegable; y en proponer la construcción de una política regulatoria cuando ella sea necesaria -que permita generar condiciones de mercado y que contribuya a la futura consolidación de un esquema competitivo libre-.

En buena cuenta, de una forma u otra, regulación significa control sobre lo que los particulares hacen. Dicho control es necesario cuando, en ausencia de competencia, un monopolio podría producir alguna estrategia explotativa. Los supuestos de monopolios naturales son los candidatos natos a regulación, de forma que se previene el abuso y se garantiza la eficiencia tecnológica y la prestación de servicios de calidad. La regulación normalmente implica un control de precios. El control de precios, sin embargo, no es el único objetivo de la regulación. Otras motivaciones existen, incluyendo la regulación para contrarrestar externalidades y fallas de mercado. La regulación puede incluir la obligatoriedad de que las empresas cumplan estándares de calidad determinados o, incluso, la obligación de emplear "la mejor tecnología disponible" para la prestación de sus servicios. La regulación puede parecer

positiva, pero en muchos casos creo que la mayoría se caracteriza por "reducir la flexibilidad y, si en realidad no impide el cambio, genera un considerable potencial para generar intereses creados"³.

Tradicionalmente, aquellas actividades que podrían requerir de regulación son las que se caracterizan por determinados problemas. Estas industrias son caracterizadas por problemas contractuales particularmente complejos de carácter tecnológico o económico; la necesidad de inversiones grandes en infraestructura, y la necesidad de generar esquemas cooperativos entre diferentes niveles de la industria. "Generalmente las empresas entrantes tendrán que depender del acceso a o la interconexión con redes existentes (ejemplo: la red de telefonía local). Las dificultades de la exclusión ex ante y del oportunismo ex post del operador posicionado pueden ser barreras sustanciales de acceso al mercado⁴. La regulación podría ayudar, pero esto es una posibilidad. En particular, si la regulación está en manos de agencias regulatorias que podrían perder de vista su labor transitoria y supletoria, y construir una detenida regulación que sea "peor que la enfermedad". Una regulación innecesaria y excesiva es una mala regulación.

Por otro lado, una regulación buena es aquella que se presenta como remedio ante la ausencia de competencia que permita naturalmente impedir abusos en el mercado. Como se suele decir frecuentemente, el sueño de todo empresario es tener un monopolio. Los monopolios no son malos por el simple hecho de serlos. Sin embargo, no se puede negar que "la existencia de una oportunidad de obtener ganancias monopolísticas atraerá recursos para esforzarse por la obtención de monopolios, y los costos de oportunidad de dichos recursos son costos sociales del monopolio también"⁵. Ello ya que recursos valiosos que podrían ser destinados a mejorar la prestación de servicios o mejorar la calidad y eficiencia en el desarrollo de una actividad determinada, se trasladan a la búsqueda de una meta diferente, por más que la meta en sí misma no pueda ser reprochable *per se*⁶.

La regulación es un remedio que debe ser reservado para cuando sea necesario. Ocurre, como ya hemos adelantado, que muchas veces -frecuentemente- es empleado cuando existen condiciones de competencia. La elección posible no es, como parece que muchos creen, entre la regulación y la competencia. Cuando existe regulación es justamente porque no hay opción a competir; es una necesidad simplemente. El riesgo de emplear el remedio cuando no se ha desatado la enfermedad, es el mismo que el que ocurre cuando nos referimos al propio campo de la medicina con el que venimos haciendo la analogía. Si uno decide abusar del

² POSNER, Richard A. "Theories of Economic Regulation". En: *The Bell Journal of Economics and Management Science*. Vol. 05. No. 02. Otoño 1974. pp. 335-336

³ CREW, Michael A. "Efficiency and Regulation: A Basis for Reform". En: *Managerial and Decision Economics*. Vol. 03. No. 04. Diciembre 1982. p. 179.

⁴ BICKENBACH, Frank; KUMKAR, Lars y SOLTWEDEL, Rudiger. "The New Institutional Economics of Antitrust and Regulation". Kiel Working Paper. No 961. Diciembre 1999. p. 17.

⁵ POSNER, Richard A. "The Social Costs of Monopoly and Regulation". En: *The Journal of Political Economy*. Vol. 83. No. 04. Agosto 1975. p. 807.

⁶ En efecto, "el monopolio o el oligopolio no sólo pueden no ser perjudiciales, sino que, incluso, cuando son consecuencia de economías de escala que reflejan una eficiencia superior, son muy beneficiosos". Además, debe tenerse presente, salvo que se trate un monopolio estatal o legal, "el precio monopolístico genera presiones competitivas, es decir, que contiene el germen de su propia desaparición. En consecuencia, en el largo plazo, el monopolio será eliminado salvo en el supuesto de que sea la mejor manera de producir un bien o servicio".

BULLARD GONZÁLES, Alfredo. "Los Monopolios en la Constitución: Entre el Mito y la Verdad". En: *Derecho y Sociedad*. No. 08. Año V. Lima. Abril 1994. pp. 8-9

consumo de determinados medicamentos, cuando se requiera que éstos hagan efecto para curar una enfermedad determinada, no lo harán porque el cuerpo humano ya se habrá adaptado a dicho medicamento dando lugar que la enfermedad se siga expandiendo libremente.

Ello ha sido puesto de relieve cuando se ha afirmado que "si ponemos nuestra confianza en la regulación de precios de una buena vez, y permitimos combinaciones (de regulación y "competencia") y nos encontramos luego defraudados por los resultados, podría ser demasiado tarde para retornar a la condición competitiva". Por eso, la regulación debe ser reservada para cuando sea estrictamente necesaria: esta regulación y solo ésta es la que puede resultar beneficiosa. Claro está, que la incursión en el terreno regulatorio hacen naturalmente más difícil la competencia futura, por diversos factores como por ejemplo, el propio sentido de supervivencia de las agencias regulatorias que tienen incentivos perversos para mantener las condiciones de mercado sujetas a regulación a fin de no ser desactivadas, dando paso a la labor de la agencia de competencia.

Pensemos que tipo de actividad justifica un esquema regulatorio por unos momentos. Seguramente más de un lector ha pensado en alguna actividad considerada tradicionalmente como "servicio público". Sin embargo, pensar que la competencia no es posible en las actividades tildadas bajo dicho rótulo, es un absoluto desacierto. El arcaico servicio público concebido como actividad de titularidad del Estado para la provisión del mismo a la comunidad (monopolio del Estado, por cierto) es una idea superada, caduca y que no resiste a cualquier análisis de eficiencia económica serio. La historia nos muestra "la superación de la ideología nacionalizadora, con la liberalización de actividades y privatización de servicios que le acompañan, ha dado lugar a un importante aparato jurídico de nuevo cuño dedicado a regular la actividad de las antiguas empresas estatales, hoy privatizadas, en su calidad de gestoras de servicios públicos. En él, se precisan sus obligaciones de prestación, la forma de fijación de tarifas, la resolución de las quejas de los usuarios, sus relaciones con las empresas competidoras, etc; todo lo cual no se consideraba necesario en tanto la empresa estaba nacionalizada. Una vez precisados estos extremos, todo lo demás puede confiarse a la libre competencia..."⁷. Pero incluso, esas precisiones antes aludidas, frecuentemente son innecesarias ya que la competencia encauza el buen desenvolvimiento de las actividades económicas en el mercado. La pregunta central debe ser ¿cómo construir una regulación para la competencia, una regulación pro mercado? Este trabajo está encaminado en dicha línea de reflexión.

Quizás podríamos enfocar el asunto por unos momentos

en términos de "contrato de regulación" o "contrato regulatorio". Se trata de un contrato que "gobierna la competencia, usualmente mediante la costumbre más que por cláusulas explícitas". Este contrato entre la empresa regulada y el regulador, implica normalmente la supervisión del cumplimiento de determinadas exigencias establecidas de antemano tales como: a) la no superación de precios tope, b) la no reducción de calidad o la manutención de un estándar fijado, c) el cumplimiento de metas de inversión y d) incluso podría exigirse el cumplimiento de actividades destinadas especialmente a beneficiar a los sectores más necesitados a pesar de que las mismas no resulten particularmente rentables para las empresas reguladas, entre otros aspectos adicionales.

Ahora bien, la regulación debe tenerse presente, no es una actividad que desarrolla el Estado sin costo alguno, como pareciera que sus defensores han llegado a asumir con profundo convencimiento. Regular cuesta. Y esto es particularmente importante en un Estado que no cuenta con recursos en cantidades suficientes como para afirmar que dicho costo puede ser asumido sin problemas. En un Estado como el nuestro, normalmente la inversión en determinada actividad implica dejar de lado la inversión en otra. Cuando los recursos podrían destinarse a construir una carretera que permita la interconexión con pueblos prácticamente aislados del país, son destinados a supervisar a las empresas como si la actividad económica de las mismas requiriera la inversión en "niñeras empresariales" que las estén cuidando permanentemente.

Desde luego, la labor que realizan las agencias de competencia también tiene un costo. Sin embargo, debe recordarse que "la regulación, al tener que contemplar todo ex ante, suele ser más costosa que las políticas de competencia. Las primeras son sectoriales y si uno compara las dimensiones en términos presupuestales de un regulador (que solo cubre un sector) con las dimensiones de una agencia de competencia (que cubre todos los sectores) descubrirá las diferencias en términos de costos de la acción estatal en uno u otro caso". Adicionalmente, al controlar el acceso al mercado y condiciones adicionales a dicha entrada, genera grandes incentivos para la corrupción, presiones y burocratización de la labor reguladora.

III. Regular o competir... ¿Es realmente un dilema?

Como hemos señalado, no existe dilema entre la regulación y la competencia si es que tenemos claramente definida la estructura del mercado que venimos observando. Y no existe dilema ya que si no existe competencia posible entonces la regulación será la alternativa necesaria para "reproducir" los efectos positivos que generaría una situación de competencia en

⁷CLARK, J.M. "Frontiers of Regulation and What Lies Beyond". En: *The American Economic Review*. Vol. 03. No. 01. Supplement, Papers and Proceedings of the Twenty-fifth Annual Meeting of The American Economic Association. Marzo 1973. p. 125.

⁸DE LACUÉTARA FERNÁNDEZ, Juan Viquei. "Tres Postulados para el Nuevo Marco Regulatorio de los Servicios Públicos". Madrid-La Laguna. 1996. p. 16

⁹SHEPHERD, William G. "Entry as a Substitute for Regulation". En: *The American Economic Review*. Vol. 63. No. 02. Supplement, Papers and Proceedings of the Twenty-fifth Annual Meeting of The American Economic Association. Mayo 1973. p. 98.

¹⁰BULLARD GONZÁLES, Alfredo. "El Indecopi: ¿Por qué no es un Organismo Regulador?" En: *Advocatus*. Nueva Época. No. 08. Lima. 2001. p. 7.

caso ella fuese realidad. Ello que resulta una verdad de Perogrullo a estas alturas del debate doctrinario, tiene implicancias importantes que serán claramente puestas de manifiesto cuando entremos a analizar algunos ejemplos de posibles escenarios desregulados, y los positivos efectos derivados de la instauración de un clima de competencia y libertad en los mismos.

Los procesos de instauración de agencias u organismos reguladores, y con ello, el desarrollo de la regulación, no se encuentran exentas de críticas y dificultades. Una de estas dificultades reside en "la posición ambigua del titular de las entidades reguladoras bajo las diversas regulaciones en su relación con otros organismos reguladores, el conglomerado de deberes y objetivos aparentemente antagónicos recogidos en la legislación y la confianza en la negociación como mecanismo regulador, han creado un amplio espacio para el manejo discrecional de la regulación. En este contexto, la regulación finalmente depende de la decisión personal del titular del organismo regulador"¹¹. Ciertamente que en nuestro país, los organismos reguladores han tenido una labor relativamente correcta, que en todo caso, se ha visto muchas veces bloqueada por interferencias gubernamentales y, especialmente, provenientes del Congreso de la República, que con criterios poco técnicos y absolutamente populistas, obstruye el rol del regulador.

Este último comentario nos permite anotar que existe una vinculación estrecha entre los mecanismos para afrontar problemas de monopolio y de acceso a redes, y el diseño constitucional y, lógicamente, la coyuntura política del momento. Es absolutamente cierto, entonces, que "mientras nuestro sistema constitucional proteja la propiedad privada, los diferentes sistemas de regulación serán examinados no sólo como un asunto fundamentalmente económico, sino también de política constitucional"¹². Para efectos de la discusión que venimos sosteniendo, vale la pena dejar tan sólo indicada esta situación, a fin de comprender el complejo entorno en el cual se desenvuelve el proceso regulatorio.

En todo caso, como hemos venido sosteniendo, la idea de una "buena regulación" es que ella permita ir creando escenarios proclives para el desarrollo de un clima de competencia. Y por el lado de las políticas de competencia, éstas deben servir no sólo para "... inspirar medidas desreguladoras en aquellos segmentos del mercado que lo permitan, sino también ser una válvula de escape para liberar las fuerzas del mercado cuando la actividad re-reguladora a favor de la competencia no sea suficientemente expeditiva para responder a las necesidades de las industrias reguladas. Así, debe servir para dar solución a los conflictos entre las empresas sobre prácticas o conductas que busquen retardar o limitar la competencia, debe permitir una lectura creativa de la regulación dándole el contenido más

favorable para el desarrollo de la competencia en casos concretos y, en términos generales, debe estimular el retroceso paulatino de la regulación económica tradicional"¹³. En buena cuenta, debemos admitir la existencia de una regulación pro mercado e incentivadora de competencia, rechazando el intervencionismo regulatorio pernicioso para el desarrollo económico en general.

La actividad regulatoria del Estado se expresa en diversas clases de políticas que, de ser empleadas de forma excesiva, podría conllevar a aquellos perjuicios que ya hemos venido adelantando. Por otro lado, las empresas monopólicas o ya posicionadas, tienen los incentivos para pedir regulación al Estado, la misma que puede consistir, entre otras en: a) subsidios, b) control sobre la entrada de nuevos rivales en la industria, c) medidas que afectan los complementos y sustitutos en el mercado y d) fijación de tarifas¹⁴. De esta forma, debe entenderse que la regulación puede responder frecuentemente a los propios intereses de los regulados que "capturando al regulador", orientan dicha actividad a la maximización de sus intereses en perjuicio de la construcción de un escenario competitivo.

Ello explica el porqué un análisis serio y detenido de la regulación debe concluir en la necesidad de políticas regulatorias, que sean aplicadas sólo en ausencia real y comprobada de posibilidades para el desenvolvimiento de un clima de competencia libre. En todo caso, la generación de monopolios no es necesariamente negativa y frecuentemente, a diferencia de lo que se suele creer, no lo son. En último término, los posibles perjuicios derivados de los mismos, serán posiblemente menores que los perjuicios derivados de un mercado restringido. Es decir, a la luz del criterio de eficiencia Kaldor-Hicks, la existencia de un monopolio sería más eficiente que la existencia de regulación al mismo, considerando como eficiente aquella situación en que los costos y perjuicios de una situación determinada son menores que sus beneficios.

En efecto, como se ha dicho de forma clara en alguna oportunidad, "consideremos: qué es peor, un mundo en el que las grabadoras de videos (VHS) son sujetos a monopolio, o uno en el que los VHS no existen debido al miedo a que, si existiesen, alguien podría monopolizarlos? (...). No prohibimos la producción de productos que puedan ser monopolizados, ni siquiera prohibimos la producción de productos que puedan ser peligrosos. En cambio, castigamos las inconductas cuando ocurren"¹⁵. De la misma forma, podemos imaginar un mundo en el cual el servicio de telefonía fija, por ejemplo se encuentre monopolizado. Ahora podemos compararlo con un mundo en el cual no existe el servicio. Una vez más, no hay peor servicio que aquél que no se tiene.

¹¹FALLA, Alejandro. "Las Nuevas Agencias Reguladoras: ni muy muy... ni tan tan". En: *Ius Et Veritas*. No. 27. Lima. 2003. p. 174-175.

¹²EPSTEIN, Richard A. "Principios para una Sociedad Libre: Reconciliando la Libertad Individual con el Bien Común". Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas UPC. Lima. 2003. p. 370.

¹³QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. "¿Es la Política de Competencia "supletoria" de la Regulación de Telecomunicaciones". En: *Ius Et Veritas*. No. 27. Lima. 2003. p. 95.

¹⁴STIGLER, George J. "The Theory of Economic Regulation". En: *The Bell Journal of Economic and Management Science*. Vol. 2. No. 01. Verano 1971. P.p. 4-6.

¹⁵EASTERBROOK, Frank H. "Monopoly, Manipulation, and the Regulation of Future Markets". En: *The Journal of Business*. Vol. 59. No. 02. Parte 02: Futures and Option Markets. Abril 1986. p. 121-122.

Por otro lado, normalmente la actividad del regulador se complica exponencialmente debido a la asimetría informativa existente entre el regulado y el regulador. Al final del día, nadie sabe más de una industria que los empresarios que se dedican a ello. Entonces, el regulador va ganando experiencia en el tiempo pero difícilmente podrá saber tanto como aquel al que pretende regular. Esto, sin embargo, se ve agravado por la complejidad en los cálculos que deben realizar los reguladores. "Que las estimaciones de los organismos reguladores normalmente discrepen del equilibrio que produciría el funcionamiento libre de los mercados no debe llamar la atención. De hecho, es lo que típicamente ocurre debido a factores múltiples como la existencia de distintos modelos regulatorios, diferentes metodologías para la estimación de costos o deficiencias en la información disponible"¹⁶. Las discrepancias centrales se presentan en el momento de determinar cuánta competencia es necesaria para justificar la remoción de la actividad regulatoria. Ciertamente, afirmar que la regulación debe ceder ante la existencia de competencia pura es condenar a la sociedad a una regulación vitalicia con los efectos que ya hemos anotado.

Asimismo, debemos ser enfáticos en afirmar que la intervención del Estado implica necesariamente una distorsión. En efecto, "la intervención estatal implica afectar a una maquinaria en pleno funcionamiento, por ello siempre existe el riesgo de causar más daño que beneficio (...). Cualquiera sea el beneficio que busque una intervención siempre existirán costos. Y si los costos terminan siendo mayores que el beneficio, el remedio acabará siendo peor que la enfermedad, como muchas veces sucede. Dado este contexto, las decisiones sobre la regulación del Estado debieran ser de carácter eminentemente técnico, con el objetivo de proteger al consumidor en el largo plazo"¹⁷.

Por otro lado, debe tenerse presente que las denominadas fallas del mercado desarrollan un proceso de identificación de variables de ese determinado mercado que finalmente permiten la superación del problema detectado. En palabras de Israel Kirzner, "(...) los mismos problemas aparentes en el mercado generarían procesos de descubrimiento y de corrección para aquellas regulaciones deliberadamente implementadas por el gobierno: la deliberada intervención del estado no sólo serviría como un sustituto imperfecto para el espontáneo proceso de descubrimiento de mercado, sino también podría impedir procesos deseables de descubrimiento de necesidades(...)"¹⁸. Desde luego, no estamos postulando una tesis que propugne la desaparición de la técnica regulatoria sino la construcción de un modelo de regulación pro mercado que solo opere ante la real ausencia de condiciones para la competencia.

Un modelo regulatorio anti mercado, como el que creo que venimos constatando en algunos campos, impide acceder a los beneficios de la competencia, restringe la entrada de nuevas inversiones, además perjudica a los consumidores y al país; esta ausencia de competencia se traduce en precios más altos, menos puestos de trabajo, mayor déficit de infraestructura y finalmente, más pobreza.

Quienes propugnan estas ideas "proteccionistas", supuestamente, en defensa de los consumidores, aun no se han dado cuenta del daño de sus ideas, o si se han dado cuenta, no tienen los incentivos políticos para enmendar los errores cometidos.

En otros países se ha optado por permitir la participación privada en la construcción de colegios, hospitales e, incluso, la prestación del servicio de seguridad ciudadana, con un notable éxito. En nuestro país, sin embargo, muchas veces se sigue discutiendo si una obra la debe hacer el gobierno central o los gobiernos locales. Ello explica el atraso en materia de desarrollo a nivel país, y con ello, el atraso en desarrollo humano que experimenta el Perú, expresadas en preocupantes cifras. Todo ello, por no mirar al mercado.

IV. Recapitulando: La necesidad de una regulación pro mercado en el Perú

Se puede entender que el rol de la denominada regulación económica -la cual ha ocupado nuestra atención en el presente artículo- se resume en un plan de acción que incluya la toma de decisiones en materia de financiamiento, inversión, planificación, precios, entre otros factores adicionales. Dicha regulación, limitada en su accionar por la asimetría informativa entre los regulados y los reguladores, es aquella que desbordada solo genera mayores propuestas regulatorias. Se trata de una regulación que no tiende a la competencia, que es la regulación pro mercado que nosotros defendemos. Esta regulación pro mercado, "tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio. El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquélla. Por tanto, los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer"¹⁹.

¹⁶HARO SEIJAS, José Juan. "Contra los Excesos de la Regulación Económica: Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas". En: *Themis*. No. 50. Lima. 2005. p. 158-159.

¹⁷EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. "Los Retos de la Regulación en el Perú". En: *Boletín Sociedad Libre. Sociedad de Economía y Derecho*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. No. 07. Marzo 2006.

¹⁸KIRZNER, Israel. "The Perils of Regulation: A Market Process Approach". Citado por VAUGHN, Karen. "Un Enfoque Austriaco Moderno de la Regulación Económica". Artículo publicado en la web en la página del Instituto de Libre Empresa. www.ile.org.pe (Trabajo traducido por José Luis Tapia Rocha).

¹⁹ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Teoría y Práctica de la Regulación para la Competencia". Noviembre 1995. p. 42.

Esta política regulatoria pro mercado, deberá ir acompañada preferentemente de un escenario proclive a la participación de la inversión privada. De esta forma, resulta particularmente beneficioso que el sector privado incurra en actividades que tradicionalmente no realizaba pero que puede desempeñar con mayor eficiencia. En ese sentido, es necesario continuar con la privatización en sus diversas modalidades: nótese que la entrega en concesión es tan solo una modalidad de privatización dentro de una gama de opciones que pueden ir desde un escenario de participación plenamente privada como lo puede ser la venta de los activos de una empresa estatal hasta la simple celebración de un contrato de gerencia (en donde existe participación privada reducida, en el otro extremo).

Evidentemente existirá lugar para la regulación de los contratos de concesión siempre que ello sea absolutamente necesario ante la presencia de fallas de mercado. Se han clasificado las posibles fallas de mercado justificantes de una regulación de las concesiones en: (i) costos de transacción elevados e información imperfecta, (ii) externalidades y (iii) monopolio natural²⁰. Lo importante es permitir el acceso de la inversión privada a fin de fomentar el desarrollo económico y cubrir la brecha de infraestructura incentivando competencia, por mencionar un caso particularmente sensible en nuestro país.

Sin embargo, el Perú en los últimos años parece haber frenado el proceso de participación de la inversión privada con negativos resultados. Así, en el año 2001 la calidad de la infraestructura en nuestro país obtuvo el puesto 56 entre 117 países medidos, mientras que en el año 2005, obtuvo el puesto 97²¹. Este deterioro nos debe alarmar y debe hacernos apostar con mayor intensidad por el sector privado. Esquemas intervencionistas parecen revivir con mayor fuerza y pretenden acrecentar esta brecha para perjuicio de todo el país y de quienes habitamos en él.

Cubrir estas brechas no son solo tarea de la inversión privada sino una conjunción de factores: inversión privada sumada a una regulación pro mercado como la que proponemos y enmarcada en un clima de negocios propicio que otorgue seguridad para el desarrollo de los proyectos previstos y para la adecuada prestación de los servicios regulados y no regulados.

En conclusión, antes de proponer una regulación detallada de un determinado sector o de una determinada actividad debemos prestar atención al mercado, verificar la posible existencia de condiciones para la competencia ya sea intra-modal (por ejemplo, dos cabinas de teléfonos públicos administrados cada uno por diversos agentes pero ubicados en el mismo lugar físico) o inter-modal (por ejemplo, cuando puede

considerarse que la presencia de una carretera al costado de una vía para el paso de trenes, puede resultar en una situación de competencia), y de ser posible, optar por la competencia libre. De no ser posible, diseñar un plan regulatorio pro mercado que aspire a generar competencia. Por decirlo de alguna forma, toda regulación buena debería aspirar a terminar (ante la existencia de competencia), la regulación mala, en cambio, -a la que hemos denominado regulación anti mercado- tiende a la permanencia y ahuyenta las inversiones haciéndole daño al país.

Esta regulación anti mercado se encuentra representada de forma clara en una historia que he escuchado a Alfredo Bullard en varias ocasiones y con la que pretendo concluir estas ideas sobre el modelo de regulación económica al que debemos aspirar. Así, había una vez un rey que ante las insistentes quejas de la población por el elevado precio del pan, determinó un buen día que el precio de este producto debería ser "X" (es decir, fijó la tarifa del pan). Al día siguiente, los panaderos redujeron la calidad de la harina empleada a fin de abaratar sus costos y seguir ganando. Ante esta actitud, el rey emitió un decreto mediante el cual estableció el estándar de calidad de la harina empleada. Esta conducta motivó a los panaderos a reducir el peso del pan para poder ganar lo esperado. Un nuevo decreto fue emitido estableciendo cual debía ser el tamaño y peso mínimos del pan, razón por la cual los panaderos hicieron ciertos arreglos al pan de forma que más parecía un pastel o un biscocho que otra cosa, estando libre de todos los controles impuestos. El rey se vio obligado a extender la regulación a todos los productos similares al pan, por lo que los panaderos empezaron a exigir la compra de leche para adquirir pan (es decir, ataron dos productos). El rey finalmente cansado de esta situación, estatizó todas las panaderías²².

La moraleja de esta historia se puede resumir en una frase: la regulación genera más regulación. Por ello, la regulación debe ser nuestra última carta, nuestra última opción ante la ausencia de competencia. Y esta regulación -en ese supuesto de último recurso- debe siempre aspirar a su eliminación generando las condiciones para la competencia. En buena cuenta, debe tratarse de una regulación pro mercado que redunde en beneficio de todos. De lo contrario, estaremos condenados a vivir restringidos y limitados por el resto de nuestros días, quejándonos por la ausencia de servicios que nos satisfagan. Y creo que es muy cierto cuando se dice que no hay peor servicio que el que no se tiene. Tenemos, entonces, dos opciones: optar por un esquema de regulación pro mercado como el que hemos comentado o beber del gran río de políticas regulatorias exacerbadas, a fin de no parecer un loco frente a quienes, ya contagiados, creen que limitando al mercado protegen nuestros intereses como destinatarios de los servicios.

²⁰EZCURRARIVERO, Huáscar y CHANG, Juan. "Privatizando los servicios del Estado: ¿es posible contratar servicios públicos?". En: *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005

²¹Fuente: Global Competitiveness Report 2005 2006.

²²Esta historia palabras más, palabras menos- se encuentra relatada en el artículo de BULLARD GONZÁLES, Alfredo. "La Década de los Noventas: La Experiencia Peruana en Libre Competencia". En: *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*. Themis. Lima 2004.