

---

# La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993

**Baldo Kresalja Roselló**

Abogado. Profesor de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1 Introducción.

### 1.1 Breve referencia al debate sobre la amplitud y límites del sector público en la economía.

Es opinión compartida por muchos que asistimos durante los últimos años a una crisis de lo público que se manifiesta de muy variadas formas. El entusiasmo hacia la empresa pública como instrumento fundamental para la construcción del llamado Estado Social o “del Bienestar” ha ciertamente disminuido, como ha ocurrido lo propio con algunas manifestaciones características de ese modelo (subvenciones generalizadas, sistemas de protección estatal “desde la cuna hasta la sepultura”, etcétera). Después de la Segunda Guerra Mundial hasta la década del ochenta, la dimensión que alcanzó el sector público en la economía fue enorme y con retraso, pero no con menos intensidad, en relación a países desarrollados, lo propio ocurrió en el Perú. En muchos países, el Estado asumió la tarea de promover, producir y brindar los más diversos bienes y servicios y absorbió mediante la empresa pública concesiones administrativas que antes dirigía sin gestionar o gerenciar. En muchos países ello generó asfixia a la iniciativa privada, baja productividad e ineficiencia en el manejo de la mayoría de empresas públicas, en ocasiones déficit fiscal e inflación. La reacción, que pronto se extendería por todo el orbe, se hizo sentir a

mediados de los años setenta, y alcanzó simbólicamente concreción máxima con la asunción al poder de los gobiernos conservadores de Margaret Thatcher (1979-1990) en Inglaterra y de Ronald Reagan (1980-1988) en los Estados Unidos.

Mas para tener una visión general, aunque muy simplificada, conviene recordar que en las democracias capitalistas occidentales esa reacción no puso en cuestión los niveles de bienestar conseguidos en materias tales como salud, educación, vivienda, población, etc. bajo el modelo del Estado Social, sino las inversiones estatales y la injerencia en negocios privados por excesivas y descontroladas; en otras palabras, la gestión económica del Estado. El apogeo de la gestión estatal ocurrió en una época de extraordinaria bonanza económica en los países ricos, pues los términos de intercambio los siguieron favoreciendo sin interrupción apreciable desde la Segunda Guerra Mundial, que después de la crisis de los precios del petróleo (1973) no volvió a repetirse con igual intensidad. Lo que se postuló entonces, y se ha extendido después, es una mayor gestión por empresas privadas en ámbitos antes prohibidos o limitados, lo que se concretó mediante la venta de empresas públicas (“privatizaciones”) y la desregulación de actividades económicas, con el propósito de hacer al ciudadano menos dependiente del Estado. Esta posición o actitud, que no tuvo por

---

cierto solo manifestaciones en lo económico, se denominó “neoliberalismo”. Su aplicación en el mundo y entre nosotros ha tenido suerte diversa y el análisis debe hacerse caso por caso. Ello excede, ciertamente, al propósito de este artículo.

Fue opinión también compartida por muchos que, desde un punto de vista organizativo e institucional, el modelo de Estado administrativo burocrático, jerárquico, centralizado y gestor directo debía ser sustituido por otro en el cual la gestión de los servicios debía realizarse mediante concesiones a organizaciones no gubernamentales y empresas privadas, con lo que el viejo principio de subsidiaridad tomaba nuevas expresiones y fórmulas. En un modelo que se deseaba fuera presidido entonces por la libre iniciativa privada (la libertad de empresa), no tenía ya cabida la planificación rígida y centralizada generada en la burocracia estatal, así como tampoco la existencia de un gran número de empresas públicas. La implantación de ese modelo en los países capitalistas más desarrollados no dejó de lado, como si se haría entre nosotros durante el “fujimorismo” (1990-2000), el debate sobre la conciliación que debe existir, en una sociedad democrática, entre los principios de libertad individual y subsidiaridad estatal que tienen su soporte en el derecho de propiedad y en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades, y el principio de igualdad de todos los ciudadanos, que se manifiesta en la obligación del Estado de atender las necesidades básicas de aquellos que no pueden o no tienen como satisfacerlas. En la adecuada articulación de estos principios -dice Ariño- radica una de las claves del Estado moderno<sup>(1)</sup>.

Finalmente, resulta necesario recordar que ese debate se realiza bajo el reconocimiento -tímido en el Perú- que la intervención del Estado en la economía se produce también como consecuencia de las insuficiencias del mercado, lo que se manifiesta en la falta de atención indispensable a los ciudadanos o por ausencia de competencia económica, verdadero motor de la economía de mercado. Son pocos los que buscan en nuestros días un utópico “Estado mínimo”, mas aun

cuando la realidad demuestra que no todas las tareas pueden realizarse eficientemente a través del mercado; es por ello que interviene cuando existen abusos de posiciones dominantes o monopolios de hecho. También lo hace, claro está, para que exista una mejor distribución de la riqueza, es decir, por equidad, y por objetivos de política económica de difícil objeción (combatir los “ciclos” económicos, por ejemplo), pero en todos los casos, no debe perderse de vista que los gobiernos y su administración están influenciados, sino ocupados y sometidos, a grupos de intereses diversos y contrapuestos que hacen difíciles los consensos, y suelen producir marginación en aquellos que no tienen coherencia y fuerza organizativa para hacerse escuchar convincentemente.

Por tal motivo, es necesario recordar que no se puede sin más alegar “fallas del mercado” para justificar la intervención económica del Estado, sin antes analizar cuáles son las posibles “fallas del gobierno” y los intereses no siempre claros que se encuentran detrás de la lucha política. El tema de las modalidades, convenientes o no, de la actuación gubernamental, excede a los propósitos de este artículo, pero asuntos tales como monopolios, reservas e iniciativa pública económica, que son materia de ese debate, si serán tratados más adelante con diversa amplitud. Para casi todos está claro, eso sí, que **“el mercado exige Estado”**<sup>(2)</sup>; son los límites de su intervención lo que hace surgir la polémica y las eventuales divergencias.

## 1.2 El caso peruano.

El Perú no ha estado al margen del debate sobre la conveniencia, viabilidad y oportunidad del Estado del Bienestar, pero los lineamientos que lo caracterizaron se presentaron en el debate político con tardanza, menor claridad e intensidad que en las democracias capitalistas occidentales. Simplificando, puede decirse que es en la década del sesenta, con el primer gobierno de Fernando Belaúnde Terry (1963-1968), que se inicia un sostenido crecimiento del rol del Estado en la economía, cuyas más altas cotas se alcanzarían durante el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980)<sup>(3)</sup>.

(1) ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. Madrid, 1993. p. 64.

(2) FONT GALAN, Juan. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid, 1987. p. 43.

(3) En 1968 existían en el Perú 40 empresas estatales y en 1977 el número ascendió a 174. Cuando se da inicio, en la década del 90, a los procesos de privatización, su número llegó a 186, de las cuales 135 era no financieras y cuyas actividades generaban alrededor del 20% del PBI. Ver ALVAREZ RODRICH, A. *Empresas estatales y privatización*. Lima, 1991. p. 19 y ss.

Sigue un periodo de estancamiento en esta materia durante el segundo mandato de Belaúnde (1980-1985), donde comienzan a aparecer con claridad los índices de una creciente inflación y el peso de lo que significa la deuda externa en el presupuesto nacional. Después, con el gobierno de Alan García (1985-1990), la crisis económica, la inflación y el déficit de empresas públicas llega a alturas inimaginables. A la mitad de su mandato trata de estatizar la banca comercial (1987), lo que origina el nacimiento del movimiento “Libertad” liderado por Mario Vargas Llosa que plantea, por vez primera frontalmente y sin ambages, la necesidad de implantar un modelo neo-liberal para salir de esa difícil situación, que se había deteriorado aun más con el creciente terrorismo de Sendero Luminoso.

A pesar que Vargas Llosa pierde la elección de 1990 en manos de Alberto Fujimori (1990-2000), éste -contrariamente a lo manifestado durante su campaña electoral- aplicó un programa neoliberal más radical en lo económico y social que el planteado por Libertad (convertido en Fredemo para las elecciones de 1990, pues se coaligó con otros partidos bajo esta denominación). Lo hizo con el apoyo de organismos internacionales, gobiernos y bancos extranjeros acreedores y burócratas de segundo nivel provenientes o simpatizantes de Libertad. Pronto se revelaría como esencial el apoyo institucional de las Fuerzas Armadas, fundamentalmente cuando Fujimori lideró con su apoyo el autogolpe de 1992 que puso punto final a nuestras menguadas prácticas democráticas. El régimen de Fujimori no tendría fin sino hasta la segunda parte del año 2000, en medio de escándalos mayúsculos que revelaron, entre otras cosas, extendida corrupción, miseria moral y cobardía cívica. De otro lado, dineros provenientes de las privatizaciones se habían volatilizado o utilizado con propósitos subalternos, esto es, lejanos a los intereses de las muy empobrecidas mayorías ciudadanas. No está demás recordar que hasta la hora undécima, la burocracia civil y profesional que lo apoyó, y que ahora trata en parte de reciclarse en la arena política, guardó un silencio ominoso durante todo el mandato fujimorista, bajo la

excusa vil de que desarrollaba tareas técnicas de interés nacional.

Los momentos estelares del proceso reseñado tuvieron dos manifestaciones legislativas del máximo nivel a las que debemos ahora hacer mención: la primera fue la Constitución de 1979 en la etapa final del gobierno militar citado, que en materia económica representó un intento -tardío por cierto- de introducir un sistema de economía mixta y la construcción de un Estado de Bienestar, necesariamente escuálido. Las fuerzas políticas representadas en esa Asamblea Constituyente de 1978, no quisieron o no pudieron poner fin a la gran presencia estatal en lo económico ocurrida durante el gobierno militar, absolutamente desproporcionada como más tarde se haría evidente. Aunque reconoció la iniciativa privada y la economía “social de mercado”, al Estado se le entregaron facultades muy significativas para intervenir en la marcha económica, lo que por cierto desdibujaba, hasta hacerlo difícil de identificar, a un sistema de economía de mercado. Es por ello que, creemos que con acierto, Sánchez Albalera califica el sistema de la Constitución de 1979 como el de una “economía mixta de planificación concertada”<sup>(4)</sup>. La práctica posterior revelaría, durante los gobiernos de Belaúnde y principalmente de García, que los característicos contrapesos de la democracia representativa y de la economía de mercado quedaron de lado, y que lo que acordaron las dos fuerzas políticas más importantes en la citada Asamblea, los social cristianos del PPC y las social demócratas del APRA, en repetición atrasada de lo que había ocurrido en varios países europeos, no había sido interiorizado ni efectivamente creído por los futuros gobernantes de la década del ochenta, en cuyos dos gobiernos participaron ambos grupos en proporción e influencia diversa.

De otro lado, el golpe de Estado de 1992 llevaría a la convocatoria de un Congreso Constituyente en el que se aprobó la Constitución vigente. Con una composición política distinta a la Asamblea de 1978, fue mayoritariamente autoritaria y desafecta al diálogo, preparó un texto inferior al anterior y trató de incorporar en materia económica

(4) SANCHEZ ALBAVERA, F. *Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución*. En: *La Constitución diez años después*. Lima, 1989. p. 75.

las ideas neoliberales en boga<sup>(5)</sup>, aunque en esa tarea - como puede apreciarse del Diario de Debates- careció de conocimientos, de experiencia y de organicidad, siguiendo recomendaciones provenientes de las corrientes liberales predominantes<sup>(6)</sup>, pero lejos de las necesidades de un país productivo que no tuvo en ese conclave representación eficiente. Bajo presión, esa mayoría consintió a última hora en adoptar también la fórmula conciliadora, aunque de difícil precisión, de “economía social de mercado”, pero la mayoría gobernante se olvidó pronto del equilibrio que simboliza, como lo demostró en la práctica el gobierno de Fujimori. Populista cuando lo consideró necesario, invocó bajo aplauso mayoritario de los sectores empresariales y unánime de los países y bancos acreedores y de las empresas transnacionales, los principios del liberalismo económico (jamás del político, por cierto) en un contexto internacional exigente, privatizando -sin explicar el objetivo de ello sin embargo- numerosas empresas públicas ineficientes y controlando la inflación. Estos hechos dieron lugar a una bonanza efímera -como tantas veces antes había ocurrido en la historia de la República-, pero el desempleo creciente y el incremento en la desigualdad en la ya de por sí mala distribución de los ingresos se hizo evidente, lapidando sin misericordia a una parte significativa de la industria manufacturera que era solo

parcialmente ineficiente, y negándose a fomentar un auténtico desarrollo agrícola, ambas casi íntegramente en manos de peruanos.

El país pasó de ser dominado económicamente por el Estado, a serlo por empresas transnacionales y acreedores extranjeros, empobreciéndose las capas medias en la segunda mitad de la década de los noventa, conforme se consolidaba el poderoso e inmoral grupo gobernante, que había dado ya antes múltiples y variadas señales de conducta ilegal. Los dineros provenientes de la privatización se utilizaron malamente, en un ambiente de corrupción y de control policiaco bajo la tutela institucional de las Fuerzas Armadas, como no había jamás ocurrido antes en la República. Ahora nos encontramos, en el momento que escribo estas líneas, en un tránsito hacia la vida democrática y la celebración de elecciones libres, buscando restablecer plenamente los derechos ciudadanos de primera generación que el fujimorismo y sus aliados -entre ellos la gran mayoría de los propietarios de medios televisivos- destruyeron con singular encarnizamiento y desprecio por el prójimo; y con participación -también destacada- de algunos profesores y egresados de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, ante el silencio impávido de las autoridades correspondientes y la representación estudiantil.

- (5) La doctrina más seria del Perú coincide con estas apreciaciones. Domingo García Belaúnde y Pedro Planas en su libro *La Constitución Traicionada* (Lima, 1993), refiriéndose al proyecto de constitución y a la labor del Congreso Constituyente Democrático (CCD), coinciden en sus juicios. García Belaúnde ha señalado que lo valioso del proyecto de lo que después sería la Constitución vigente es aquello que se ha copiado de la carta del 79 (p. 86); y que el resultado es una “mala copia” de la anterior, con claros rasgos autoritarios a favor del Presidente de la República (p. 307). Planas, por su parte, ha afirmado que en nuestra historia constitucional nunca antes un texto como el actual ha sido tan poco fundamentado y debatido (p. 185), y que el CCD fue artificial, inauténtico, carente de perspectiva institucional y de aliento de futuro; agrega, que ha encarnado el más pobre proceso constituyente de nuestra historia republicana (p. 320). Más tarde García Belaúnde dirá (*La reforma del Estado en el Perú*. En: *La Constitución de 1993*. Lima, 1996) que el oficialismo que dominaba el CCD “no tenía la menor idea de lo que era una Constitución, e ignoraba por completo las corrientes modernas del constitucionalismo. Lo único que tenía claro (aparte de afianzarse en el poder), es que había que privatizar el inmenso sector empresarial del Estado y desregularizar el mercado” (p. 29). Planas, también más adelante, reafirmará su punto de vista al decir que la mayoría (*fujimorista*) del CCD, “en lugar de ser generosa y propiciar consensos, reafirmó su hegemonía numérica, evadió el amplio y libre debate y rechazó la metodología amparada en la búsqueda de consensos institucionales, para imponer un proyecto constitucional propio, que era -precisamente- aquel proyecto continuista que anhelaba el gobernante. En consecuencia, la mayoría gubernamental dirigió las deliberaciones pensando no en los beneficios de las instituciones en sí, sino en los beneficios que determinados mecanismos e instituciones podían generarle al gobierno de Fujimori para su anhelado proyecto continuista”. (*El Fujimorato*. Lima, 1999, p. 21). Enrique Bernaldes indica que la vigente Constitución “fue impulsada por los que habían respaldado el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y que deseaban implantar el neoliberalismo económico; recuerda que no existió la participación popular e ilustrada en el debate. Opina que “pocas constituciones, como la que nos rige, han generado tantas y justificadas críticas a su contenido por parte de los sectores especializados”, los que han formulado serios reparos al contenido y alcances de la normativa constitucional. BERNALDES, E. *La Constitución de 1993*. Lima, 1997, p. 25-26. Manuel Moreyra, en el prólogo a la segunda edición de la obra de Bernaldes y constituyente él mismo, dice que “el debate constituyente fue opaco”, que “no se promovió una discusión abierta en la que participaran las instituciones de la sociedad civil”, y que el resultado fue un texto “con gruesos errores”. *Ibid.*, p. 33-34.
- (6) El texto nacional más influyente fue, sin duda, *La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979* publicado por Apoyo S.A. en Lima el año 1992, con la colaboración de AID, agencia perteneciente al gobierno de los Estados Unidos, y el auspicio de la CONFIEP. En el mismo sentido opina D. García Belaúnde en *La reforma del Estado ... Op. cit.*: p. 29.

### 1.3 Propósito y límites de este artículo.

Si comparamos los textos de las Constituciones de 1979 y de 1993, apreciaremos que el sistema constitucional peruano ha sufrido importantes cambios en materia económica, cambios que se manifiestan, por ejemplo, en el rol del Estado, pues en la Constitución de 1979 tenía un protagonismo y atributos que en el texto vigente se encuentran bastante disminuidos, cuando no eliminados. Específicamente, podemos apreciar algunos de esos cambios en el tratamiento de la concentración de poder económico. Históricamente, muchos textos constitucionales han regulado los monopolios y las reservas de actividades económicas en favor del Estado. Ciertamente, los monopolios, que pueden estar en manos públicas o privadas, constituyen la expresión máxima de concentración. Por su parte, las llamadas “reservas” derivan generalmente en la imposición o mantenimiento de monopolios mediante el Derecho, originando así los llamados monopolios legales. Nos encontramos ante un tema en esencia económico y, al mismo tiempo, determinado por consideraciones de orden político. A la teoría económica pertenece el estudio de los monopolios y la intervención del Estado en el desarrollo de los mercados; sin embargo, la concentración del poder económico no puede escapar a consideraciones políticas, jurídicas y hasta éticas. Así tenemos que, por ejemplo, no son razones de orden técnico o económico las que inspiran generalmente las nacionalizaciones sino otras de orden filosófico-moral, que forman parte esencial del pensamiento y la utopía socialista<sup>(7)</sup>.

Si bien resulta muy cuestionable la tesis que afirma que tenía que cambiarse o modificarse la Constitución para adoptar un modelo económico neoliberal, tesis que no he compartido ni antes ni ahora pues su aplicación había comenzado antes del golpe de estado del 5 de abril de 1992<sup>(8)</sup> al amparo de las

facultades extraordinarias que otorgó el Congreso al Poder Ejecutivo; lo que resulta indudable es que -como hemos dicho antes- el modelo económico constitucional de 1979 otorgaba al Estado un rol poderoso que los defensores del modelo neoliberal no deseaban mantener ni siquiera como alternativa futura, a lo que coadyuvó la existencia de un significativo número de empresas públicas o de propiedad del Estado deficitarias e ineficientes. Lo cierto es que las modificaciones introducidas en el modelo económico constitucional de 1993 marcaron un claro distanciamiento de las concepciones políticas que asignan al Estado una intervención intensa y directa sobre el mercado y que habían demostrado sus deficiencias en un amplio número de países, así como también en el Perú. Para la Constitución Política de 1993, la competencia económica privada, que debe ser vigilada por el Estado combatiendo toda práctica que la limite, adquiere un rol central en el desarrollo, cambio significativo que conllevó a una importante transformación que tuvo también claras manifestaciones legislativas de nivel inferior al constitucional<sup>(9)</sup>.

Podemos, en síntesis, señalar que el actual régimen económico de la Constitución Política, descansa en el convencimiento que debe ser la libre competencia quien asuma la función de impulsar el desarrollo económico en un régimen de economía de mercado, reconociendo tímidamente el rol de los consumidores y usuarios y disminuyendo los privilegios que tenía la burocracia estatal, la cual -como sabemos- no necesariamente actúa acorde al interés común<sup>(10)</sup>. Con este modelo, poco conocido y practicado antes en la realidad peruana, el tratamiento legal de los monopolios y la reserva de actividades económicas quedó modificado profundamente.

El propósito del presente artículo se limita a poner de manifiesto los mecanismos previstos en

(7) ARIÑO, Gaspar. Op. cit.; p. 132.

(8) Mediante la dación de un conjunto de medidas legislativas que en su mayoría habían estudiado y proyectado con motivo de la campaña electoral de 1989-1990 por la alianza electoral Fredemo.

(9) Se trata de un conjunto normativo superior a 50 dispositivos, casi todos Decretos Legislativos, encontrándose entre las más destacadas la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Extranjera (Decreto Legislativo No. 662), la Ley Antimonopolios (Decreto Legislativo No. 701) y la Ley de los Sistemas Privados de Seguridad Social (Decretos Legislativos No. 718 y 724).

(10) Para las ideas comunistas, de gran influencia en el siglo XX, que perseguían la creación de un “hombre nuevo”, el aparato estatal tomaría sus decisiones basado exclusivamente en el interés público, quedando ajeno a los intereses particulares y egoístas. Como sabemos, esta utopía no resistió el examen de la historia, demostrándose que el aparato estatal tiende a tomar sus decisiones sobre consideraciones que tienden a beneficiar a unos pocos y que no necesariamente obedecen al interés general. Ver ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada, 1999. p. 346 y ss.

nuestras dos últimas Constituciones para controlar la concentración del poder económico, esto es, a poner de relieve y explicar desde el punto de vista jurídico el tratamiento específico de las llamadas “reservas” de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en los textos constitucionales de 1979 y 1993. Para ello, haremos una breve referencia a las nociones de competencia económica, modelos económicos y tipos de monopolio. Explicaremos después que comprende el concepto de “reserva” y, más adelante, los antecedentes constitucionales de los monopolios y de las reservas a inicios del siglo XX, y con mayor amplitud en el tratamiento previsto en las Constituciones de 1979 y 1993. A continuación, haremos mención a las funciones que caracterizan a nuestro sistema de defensa de la libre competencia, y finalizaremos con una reflexión sobre la manera que puede afectar nuestro futuro la situación económica mundial y nacional.

## 2 Economía de mercado y competencia económica.

Lo que distingue y caracteriza al concepto de “economía de mercado”, que usamos con gran frecuencia y en el que tienen cabida tanto el liberalismo más radical como la propia economía social de mercado, es la orientación de todos los procesos económicos hacia el consumo. En efecto, es el consumidor el encargado de transmitir a los productores las directrices que deben seguir mediante valoraciones expresadas en los precios. No cabe duda que existe un muy extendido convencimiento que, en nuestros días, es la economía de mercado la que mejor atiende a la satisfacción de las necesidades sociales. La teoría indica que funciona mediante la libre interacción de las fuerzas de la oferta y la demanda, las que en cada momento determinan un nivel de precios que, a su vez, reorienta las decisiones del consumo y de la producción<sup>(11)</sup>.

Conviene tener presente que la economía de mercado se apoya en tres elementos íntimamente relacionados: la propiedad privada, la libre competencia y los precios. Estos últimos, que son el

valor de un bien expresado en dinero, son los que la dirigen al coordinar las decisiones de los productores y los consumidores. La competencia, por su parte, es la que la impulsa, constituyéndose en su motor y estimulando la voluntad de trabajo y los intereses individuales para la satisfacción de las necesidades del cuerpo social. Es por la competencia, entonces, que a los consumidores les son ofrecidas una inmensa variedad de bienes, de diferente calidad y cantidad, a los precios más ventajosos. **“Los ofertantes -dice Hernández- reciben estímulos constantes para que mejoren una y otra vez sus productos y procedimientos de fabricación y los ingresos se miden con arreglo al valor que adquieren en el mercado las respectivas prestaciones según enjuiciamiento de los consumidores<sup>(12)</sup>”.**

Si bien es cierto que el concepto de competencia proviene de la teoría económica, tiene en el derecho algo más que un carácter instrumental. Así podemos decir, citando a Baylos, que “la competencia encierra, ante todo, un fenómeno que se produce siempre que se manifiestan como coincidentes varias pretensiones idénticas que no pueden lograr su éxito todas a la vez. Es inevitable sacrificar, posponer o dilatar unas a favor de las otras. (...) El integrante esencial de la competencia (...) es el de manifestarse como una licitación, como una lucha o pugna entre varios<sup>(13)</sup>”.

En el mercado verificamos que los productores y los consumidores compiten, unos en vender, los últimos en comprar. Al estar los medios de producción bajo control de los primeros, nos interesa poner énfasis en la competencia entre productores, es decir, entre aquellos que buscan realizar el mayor número de ventas al máximo precio remunerador. Ahora bien, para decir que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que, en mayor o menor medida, se produzca una formación autónoma de precios, que exista libertad de elección por parte de los consumidores y que las decisiones de las empresas sean respuesta a los factores de mercado, pues si esto último no ocurre es que se encuentran en una posición que les permite eludir la competencia.

Siguiendo a Baylos, “[...] podría decirse que en cualquier situación de competencia se perciben dos

(11) HERNANDEZ R., F., *Precios predatorios y derecho antitrust*. Madrid, 1997. p. 19 y ss.

(12) Idem.

(13) BAYLOS, H. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid, 1978. p. 225.

rasgos, que no resultan contradictorios, aunque a primera vista lo parezcan, que son la impotencia y la influencia recíprocas de los competidores. En efecto, por un lado, ningún competidor puede influir en el éxito o en el fracaso de los demás; por otro, todo competidor puede influir en el éxito o en el fracaso de los demás. Esta especie de contrapeso de fuerzas, en que todas cuentan para el resultado final, podría ser la imagen más adecuada para caracterizar una situación como competitiva<sup>(14)</sup>.”

Para evaluar el sentido de las normas jurídicas que responden al apasionado debate que histórica y actualmente se da en torno a la concentración de la riqueza en pocas manos y a los monopolios, creemos pertinente recordar que en un régimen de competencia económica existen valores implicados, tanto individuales como sociales. En efecto, desde el punto de vista individual, la existencia de competencia permite el desarrollo de la personalidad, valor que se manifiesta en el deseo de acrecentar la riqueza y que encuentra su justificación -en un contexto de libertad económica constitucionalmente reconocida en los países democráticos con economía de mercado- en el favor y reconocimiento de los compradores, pues ello representa el éxito en la lucha frente a los otros competidores y que se entiende como un premio al esfuerzo personal. Por cierto, no es indiferente cómo se obtenga este triunfo, ya que debe ser logrado libre y lealmente (de ahí las normas del Derecho de las limitaciones a la competencia y la disciplina de la competencia desleal), debiendo existir “una correspondencia entre el esfuerzo realizado por el competidor y el resultado obtenido<sup>(15)</sup>”. Ahora bien, para que la competencia económica se justifique, desde el punto de vista de la protección de la personalidad, ha de tener como contrapartida obvia y natural la libertad de elección del consumidor.

No está demás poner de relieve que el consumidor debe tener un nivel de vida que le permita satisfacer no sólo sus necesidades más elementales, sino además poder destinar parte de sus ingresos a otro tipo de consumos. Este asunto tiene especial relevancia entre nosotros, dado el alto número de ciudadanos en condición de pobreza extrema, lo que puede hacer

inviabile un régimen competitivo, ya que limita hasta hacerla desaparecer la opción de compra del consumidor. Conviene poner de relieve que un pensador liberal como John Rawls señala que podía incluso preceder al principio de libertades iguales para todos, otro que afirme la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos menos privilegiados para que accedan a las libertades y derechos humanos en pie de igualdad<sup>(16)</sup>. El estudio de aspectos tales como la creación y distribución equitativa de la riqueza si bien exceden al ámbito jurídico, lo condicionan en más de un sentido, y sus conclusiones deben teñir cualquier estudio de un determinado modelo económico reconocido por una Carta fundamental.

La competencia sirve también intereses sociales, pues se trata de un régimen presidido por la soberanía del consumidor y creado para una más adecuada satisfacción no sólo de sus necesidades sino también las de todo el conjunto social. La determinación del *quantum* y el modo de producción se atribuye a los empresarios, no a decisiones políticas, siendo finalmente los ciudadanos consumidores, mediante decisiones atomizadas, los que premiarán al empresario que responda eficientemente a las necesidades del mercado. El valor social consiste, pues, en la eficacia del régimen económico mismo.

Dicho lo anterior es necesario reconocer que el fenómeno de la competencia económica admite grados, según cual sea la situación en un mercado concreto. Su intensidad y efectividad dependerá de una amplia gama de factores y la definición del grado de competencia puede hacerse -y así usualmente se hace- por su referencia a esquemas ideales. Estos son el de competencia perfecta, como modelo del régimen de competencia y el de monopolio, como modelo de supresión de la misma.

### 3 Modelos económicos: la competencia perfecta y el monopolio.

Son características de la competencia perfecta, dice Paul Samuelson en su clásico *Curso de Economía Moderna*<sup>(17)</sup>, la existencia de un gran número de productores que venden un producto exactamente

(14) *Ibid*; p. 227-228.

(15) *Ibid*; p. 331.

(16) RAWLS, John. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica: México, 1995. p. 32.

(17) SAMUELSON, Paul. *Curso de Economía Moderna*. Madrid, 1965. p. 540 y ss.

idéntico, “tan idénticos como dos guisantes de una misma vaina”; en virtud de lo cual ningún producto logrará elevar su precio por encima del que rija en el mercado y, siendo tan numerosos los productores, ninguno conseguirá deprimir el precio aunque aumente su producción. Son también características esenciales la libertad de acceso al mercado, el atomismo de éste, la información total sobre las características de los bienes o servicios, etc.<sup>(18)</sup>

Si bien la libertad de competencia implica la ausencia de prohibiciones legales para acceder al mercado, así como la desaparición o disminución sustantiva de trabas burocráticas para ejercer una actividad económica, ello no ocurre con frecuencia en la realidad, donde es difícil encontrar situaciones de competencia perfecta o pura. De otro lado, un régimen de libertad de competencia sin una adecuada regulación jurídica conduciría probablemente a situaciones monopolísticas, a prácticas restrictivas y a la concentración de grupos de empresas que tratarían de eludir la competencia, a lo cual debemos agregar el pacífico reconocimiento de que el propio sistema tiende a agudizar las diferencias de los competidores en fuertes y débiles, todo lo cual resulta completamente alejado de la competencia perfecta<sup>(19)</sup>. El extremo opuesto a ésta es la situación de monopolio, donde está suspendida la competencia. Es el Derecho de la Competencia el que se sirve de estos modelos económicos para establecer sus objetivos y organizar la regulación jurídica correspondiente.

En el mundo real -dice Samuelson- lo que existe no es el modelo teórico de la competencia perfecta sino el de la imperfecta, es decir, en la formación de la mayoría de los precios entran en juego tanto fuerzas monopolísticas como elementos de competencia; en la realidad, reconoce, no hay ni competencia perfecta ni monopolio absoluto<sup>(20)</sup>. En el modelo de **competencia imperfecta o monopolística**, la lucha concurrencial aparece exacerbada y, en la carrera incontenible hacia el incremento y la generalización

del consumo, los competidores tratan de distinguirse creándose una posición destacada a costa de otros, presentándola como peculiar y exclusiva, ya que la tendencia natural de todo competidor es hacia el monopolio. Los empresarios a base de inventos, marcas, publicidad, derechos de autor, luchan por crearse una clientela cuasi necesaria<sup>(21)</sup>. Además en éste, que es el modelo económico de la vida real, hay grupos económicos en posiciones dominantes; falta homogeneidad en los productos o servicios, no siendo por tanto siempre sustituibles; poderes fácticos económicos controlan, directa o indirectamente, la demanda y los precios; tendencia hacia la concentración de grandes empresas, dando lugar así a situaciones monopolísticas; intervención reguladora del Estado, etc.

Mas debe recordarse que en este modelo de competencia imperfecta, a pesar de las limitaciones señaladas, existe la posibilidad de realizar una actividad económicamente libre por una pluralidad de empresarios, quienes ofrecen -bajo ciertos límites-diversas condiciones de contratación. Frente a ello existe también una libertad más o menos amplia de parte de los consumidores para contratar, es decir, ejercer su libertad de elección<sup>(22)</sup>. En efecto, en el modelo de competencia monopolística los productores disponen de un cierto poder de mercado respecto a los productos diferenciados de sus rivales, y los consumidores no tienen frente a un marca determinada una fidelidad tan acentuada que les impida escoger otro bien cuando los precios suben demasiado. Pero debe recordarse que numerosos estudios económicos revelan que a medida que la competencia disminuye en un mercado, al haber un menor número de competidores y disponer éstos de mayor poder sobre los precios, el nivel de producción tiende a reducirse y los precios a aumentar<sup>(23)</sup>.

Dice Samuelson que el **monopolio** es el caso extremo de competencia imperfecta, pues sólo existe un único vendedor que gozará de un extraordinario poder<sup>(24)</sup>. El monopolista -continúa- es el único

(18) BAYLOS, H. Op. cit.: p. 235 y ss.

(19) SAMUELSON, Paul. Op. cit.: p. 540 y ss.

(20) Idem.

(21) BAYLOS, H. Op. cit.: p. 243 y ss.

(22) FONT GALAN, Juan. Op. cit.: p. 37 y ss.

(23) HERNANDEZ R., F. Op. cit.: p. 23.

(24) La palabra “monopolista” deriva del griego y significa un solo vendedor.

productor y ningún competidor puede producir un bien que pueda ser sustituto aproximado del que produce<sup>(25)</sup>. La idea esencial a la que va unido el monopolio es la existencia de un único oferente; los eventuales adquirientes se constituyen en compradores necesarios, en una especie de clientes sin opción<sup>(26)</sup>. De ahí que el monopolista goce de una posición de dominio<sup>(27)</sup>.

Entonces, se entiende que existe un monopolio cuando una sola empresa concentra el 100% de la oferta de un producto o servicio determinado y, ante la ausencia de competidores, se constituye como proveedor necesario para los consumidores. La sencillez de esta definición<sup>(28)</sup> oculta, sin embargo, la dificultad de determinar la presencia efectiva de un monopolio, pues ello requiere de un detenido análisis del mercado relevante involucrado, siendo necesario considerar -entre otros aspectos económicos- las características del producto, el ámbito geográfico, la competencia internacional y las barreras de ingreso para nuevos competidores. Es debido a estos múltiples factores que la situación del monopolista en la realidad admite matices y grados<sup>(29)</sup>, debiéndose reconocer que éste puede verse de alguna manera enfrentado a otros oferentes de productos similares, análogos o sustitutos para la satisfacción de las necesidades de los consumidores. De otro lado, el desarrollo tecnológico debilita las barreras de ingreso a mercados que antes se consideraban cerrados y, además, servicios que antes no tenían sustitutos adecuados, como la telefonía, vienen enfrentando una fuerte competencia de plataformas de comunicación inalámbricas o basadas en internet. A todo ello se le suma los procesos de desregulación en amplios sectores económicos.

Siendo muy difícil de identificar en la realidad la existencia de monopolios absolutos o puros, debido a las circunstancias antes mencionadas, es que se suele hablar de **posiciones dominantes en el mercado**. Es cierto que una empresa monopolística ocupa una posición dominante en el mercado, pero no es necesario que haya desaparecido toda posibilidad de competir para que una empresa ocupe una posición de dominio. Se trata pues, de dos conceptos diferentes. Ahora bien, para determinar la existencia de una posición dominante hay que determinar, dice Bercovitz<sup>(30)</sup>, si la empresa en cuestión está en condiciones de ejercitar por si sola una influencia notable en el mercado y, además, que haya ausencia de competencia efectiva por parte de otras empresas. Pero, como tendremos ocasión de ver más adelante, no es la posición de dominio lo que se sanciona sino el abuso que se hace de ella, y que se refleja en un perjuicio injustificado a otros participantes en el mercado, sean proveedores, clientes o competidores, mediante actuaciones que no se habrían podido llevar a cabo si existiera competencia efectiva.

En síntesis, el monopolio se caracteriza como aquella posición en que concurren, en su grado máximo tres notas contrarias a las propias de la competencia perfecta, a saber, la posibilidad de una determinación unilateral de precios, la supresión de la libertad de elección de los consumidores y la adopción de políticas de producción o de ventas unilaterales, es decir, con prescindencia de lo ocurre en el mercado y de la conducta de los eventuales competidores<sup>(31)</sup>; notas que, por cierto, no se dan con igual intensidad en todos los casos.

Finalmente, conviene recordar que el tema del monopolio ha estado siempre apasionadamente

(25) Op. cit.; p. 543.

(26) BAYLOS, H. Op. cit.; p. 238 y ss.

(27) Una interesante selección de textos económicos y jurídicos sobre competencia y monopolio se encuentra en HUNTER, A., *Monopolio y Competencia*. Madrid: Tecnos, 1974.

(28) Entre las muchas definiciones de monopolio en la doctrina, tomamos a continuación y a modo de ejemplo la siguiente: “[u]na empresa que es la única vendedora de un producto o servicio que no tiene sustitutos cercanos se dice que goza de un monopolio”. POSNER, R. *Natural monopoly and its regulation*. En: Stan. Law Review. Vol. 21, 1969. p. 548 citado por CASES PLLARES, Lluís, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid, 1995. p. 26.

(29) E. Robinson dice en su famoso libro *Monopolio* (México, 1950), citado por BAYLOS, H. Op. cit.; p. 238: “[e]xiste una graduación continua entre la competencia y el monopolio, como existe entre la luz y la oscuridad o entre la salud y la enfermedad”.

(30) BERCOVITZ, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*. Madrid, 2000. p. 298-299. Este autor cita a este respecto la siguiente sentencia del Tribunal Europeo del 13 de febrero de 1979 en el caso Hoffmann/La Roche: “(...) que tal posición (de dominio), a diferencia de una situación de monopolio o de “cuasi” monopolio, no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la firma que se beneficia de ella en situación, sino de decidir, cuando menos de influenciar notablemente las condiciones en las que esa competencia se desarrollará y, en cualquier caso, en situación de comportarse en una amplia medida sin tener que tomar en cuenta esa competencia y sin que, sin embargo, esa actitud le resulte perjudicial”.

(31) BAYLOS, H. Op. cit.; p. 239 y ss.

presente<sup>(32)</sup> en el debate económico, pues se trata de un asunto antiguo y a la vez actual. Siendo el monopolio la expresión de la concentración de poder económico en una sociedad, el tema deriva naturalmente en lo político y, por ende, en lo jurídico y en lo ético. No resulta pues extraño que Constituciones y normas de mayor jerarquía traten este fenómeno, permitiéndolo o condenándolo. En relación con la valoración moral del monopolio, es preciso distinguir el tratamiento del monopolio privado y el monopolio legal, habiéndose presentado históricamente aproximaciones positivas o negativas en relación con cada uno de ellos.

#### 4 Tipos de monopolio.

Los **monopolios públicos** son aquellos donde el Estado participa directamente como el único proveedor, siendo la empresa pública el medio más utilizado durante el siglo XX para canalizar su actividad empresarial. De otro lado, los **monopolios legales** son aquellos impuestos por mandato legal, ya sea en beneficio de empresas públicas o en favor de empresas privadas, éste último supuesto ciertamente menos frecuente. Ambos tipos de monopolios pueden presentarse simultáneamente cuando, por ejemplo, el monopolio que ejerce una empresa pública no obedece a las condiciones del mercado, sino a normas legales que prohíben a otras empresas participar en aquel.

Aunque los monopolios públicos y los monopolios legales son considerados usualmente como sinónimos, debido a que suelen presentarse simultáneamente, se trata de conceptos que difieren en aspectos sustanciales. Un monopolio público puede definirse por oposición al monopolio privado y, de otro lado, el monopolio legal guarda la misma relación con los

monopolios surgidos de las propias fuerzas del mercado.

Mientras que en los **monopolios privados** la titularidad y la gestión se encuentra en el manos privadas, la situación completamente opuesta se presenta con los monopolios públicos. Se diferencian básicamente por el carácter -privado o estatal- de quien tiene la titularidad y control sobre los medios de producción. La misma relación de oposición existe entre los monopolios legales, cuya existencia obedece a un mandato legal, y los monopolios surgidos como resultado de la competencia económica; en este caso la diferencia debemos encontrarla en el origen del monopolio, siendo indiferente la titularidad y gestión que existe sobre los medios de producción.

Mención aparte merecen los **monopolios naturales**, los cuales no son el resultado de la competencia económica y tampoco tienen su origen en normas legales. Obedecen esencialmente a las condiciones del mercado, que son las que determinan la existencia de una sola empresa. Estos monopolios naturales se manifiestan claramente en el campo de algunos servicios públicos. Por ejemplo, se acepta pacíficamente que debe existir una sola empresa responsable de prestar el servicio de distribución de agua potable, pues resultaría económicamente inviable que existan diferentes empresas compitiendo con redes independientes en este mismo sector del mercado. Los monopolios naturales constituyen un problema de índole esencialmente tecnológico, esto es, de bienes donde la tecnología disponible es tal que una sola empresa puede producir con menor costo que si hubieran dos o más en el mercado<sup>(33)</sup>.

Cuando Desdentado Aroca comenta sobre como el “Estado contratante” avanza decidido reduciendo las parcelas del “Estado gestor”, puntualiza que no se

(32) Fue en los Estados Unidos, en la segunda mitad del siglo XIX, donde este debate adquirió singular intensidad pues, como dice Galbraith, en los decenios de 1870 y 1880 “el monopolio y no la competencia parecía ser norma”. En 1890 se dictó en ese país la *Sherman Act*, ley pionera que “llevó al plano legislativo el repudio de la opinión pública contra el monopolio”, y que dio nacimiento al denominado derecho *antitrust*. El mismo autor señala que, a pesar de la inmensa influencia de esta rama del derecho en la vida de los Estados Unidos, no parece haber impedido las grandes concentraciones en las actividades económicas, sino quizás únicamente de un menor número de acuerdos a nivel horizontal, “pero en términos generales -dice- el grado de concentración en Estados Unidos - con dos tercios de la producción industrial monopolizada por las mil y tantas empresas más grandes del país- ha sido el mismo que en los demás países industriales”. GALBRAITH, John Kenneth. *Historia de la Economía*. Buenos Aires: 1989. p. 177-180. De otro lado, muchos economistas han estudiado el controvertido tema del “costo social del monopolio”. Dice P. Samuelson que “el mayor daño social ocasionado por el monopolio no consiste solo en los pingües beneficios que reporta a sus titulares, sino, además y sobre todo, en el precio que obliga a pagar a los consumidores y que es muy superior al coste marginal”. SAMUELSON, P. Op. cit.; p. 579; ver también HERNANDEZ, F. Op. cit.; p. 28.

(33) FERNÁNDEZ BACA, Jorge. *La experiencia reguladora en el Perú*. En: *Apuntes*. No. 42, 1998. p. 96-97.

detiene ante lo que tradicionalmente se ha considerado el reducto último y necesario de monopolio público, esto es, la prestación de servicios que implican el ejercicio de autoridad pública, como por ejemplo lo son las funciones de seguridad o de prisiones, pues si se trata de una actividad que pueda ser susceptible de explotación económica por sujetos privados, nada impide su sustracción al monopolio público<sup>(34)</sup>. Desde la perspectiva económica, no existe pues una distinción necesaria entre actividades que exigen el ejercicio de autoridad pública y las meras actividades comerciales. Así, la frontera entre la gestión directa e indirecta de los servicios públicos no viene impuesta por motivos económicos, sino, como hemos ya dicho antes, depende exclusivamente de las opciones valorativas y políticas de cada pueblo en una situación histórica dada.

## 5 Las reservas de actividades económicas en favor del Estado.

Como sabemos, una de las medidas para definir el modelo de sociedad de cualquier país es la fuerza y amplitud del sector público y, en especial, su actividad empresarial, la que puede ser ejercida en concurrencia con la privada o en régimen de exclusiva, sea por nacionalización de empresas privadas o por explotación directa o indirecta (servicios públicos dados en concesión)<sup>(35)</sup>, y no cabe duda que “las instituciones económicas del sector público son verdaderos núcleos de poder desde donde se toman decisiones de relevancia económica”<sup>(36)</sup>.

Al observar los antecedentes históricos de las reservas a favor del Estado, especialmente en el ordenamiento jurídico español de donde proviene nuestro sistema legal, encontramos que se trata de un fenómeno que se repite muchas veces en la historia. En efecto, el estanco o monopolio de la sal en el siglo XVI, la reserva para el monarca de determinadas industrias (hornos, molinos, fraguas) y el aprovechamiento de ciertos bienes (minas, bosques o

cursos de agua)<sup>(37)</sup> son tan solo algunos ejemplos que, más modernamente, tuvieron su paralelo entre nosotros.

Francisco García Calderón en su monumental *Diccionario de la Legislación Peruana*<sup>(38)</sup> señala que uno de los recursos a los que echan mano los gobiernos para aumentar las rentas del Estado son los estancos, en virtud de los cuales se prohíbe que una mercancía pueda venderse libremente, apropiándose con exclusividad del derecho de vender. Dice que este sistema, juzgado según los principios de la Economía Política, es sumamente perjudicial, pues es de interés de la sociedad que todos los artículos de riqueza se vendan al menor precio y que “el monopolio que establecen los estancos impide que se consiga esa baratura(...). En resumen -continúa- los estancos tienen todos los inconvenientes del monopolio; y son mas perjudiciales que el monopolio que pueda establecer un particular, pues este desaparece por la competencia, mientras los estancos están garantizados por la Ley”. García Calderón nos informa que, durante la Colonia, España estableció en sus dominios de América estancos para el azogue (y explica porqué fue negativo para los mineros peruanos, pues ello los obligó a endeudarse con el gobierno español en tal magnitud que la deuda se convirtió en impagable, por lo que tuvo que ser condonada durante la República), la sal, la pimienta, los naipes, el solimán y el papel sellado; y exclusivamente en el Perú “se hallaba estancado el papel blanco, aplicándose su producto a la manutención de fuerzas marítimas (Cédula No. 3, mayo 1688)”. Si bien la Constitución Política de 1823 abolió los estancos<sup>(39)</sup>, este mandato -nos dice García Calderón- no se cumplió enteramente, pues quedó vigente el correspondiente al papel sellado.

Sin el propósito ni con las fuentes necesarias para hacer un exhaustivo recuento histórico, vale recordar que estancos existieron hasta hace muy poco tiempo entre nosotros. En efecto, fue recién por Decreto Legislativo No. 363 de enero de 1986 que se eliminó

(34) DESDENTADO AROCA, Eva. *La crisis de identidad del Derecho Administrativo*. Valencia, 1999. p. 163 y ss.

(35) ARIÑO, Gaspar. *Principios...* Op. Cit; p. 346.

(36) JUAN ASENJO, Oscar de. *La Constitución económica española*. Madrid, 1984. p. 185.

(37) ARIÑO, Gaspar. *Principios...* Loc. Cit.

(38) GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Segunda edición. París/Lima, 1879. p. 922.

(39) Fue en virtud del artículo 155: (“quedan abolidos los estancos en el territorio de la República”), según el texto aparecido en la edición oficial de *Las Constituciones del Perú* de Domingo García Belaúnde (Lima, 1993; p. 114). García Calderón cita equivocadamente el artículo 165.

el uso obligatorio del papel sellado. En cuanto al Estanco de la Sal, establecido por Ley del 11 de enero de 1896, tuvo el monopolio de la explotación, industrialización y comercio hasta abril de 1964 (Decreto Supremo No. 30-H), cuando se permitió dar concesiones para su explotación al sector privado, aunque con anterioridad se había autorizado también a dar en concesión los depósitos de sal marina (Ley No. 12712 de 1957). Posteriormente, en 1971, se creó una empresa pública denominada EMSAL que fue posteriormente privatizada en 1997. El Estanco del Tabaco, cuando en 1905, fue convertido en empresa pública en 1969 (ENATA) y posteriormente liquidada en 1998 al fracasar su privatización. Finalmente, en cuanto al Estanco de la Coca, fue restablecido por Decreto Ley No. 11046, encargándosele el sembrío, cultivo y cosecha de coca, así como su distribución, consumo y exportación, quedando la industrialización con fines medicinales a cargo del Ministerio de Salud. Posteriormente fue creada la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) (Decretos Leyes No. 17525 de 1969 y Nos. 22232 y 22370, de 1978). Un seguimiento de la legislación aplicable y de las motivaciones que la originan nos confirma que, tanto la creación de estancos como su supresión, obedecen casi siempre -ya lo hemos dicho antes- a cuestiones políticas y fiscales, más que jurídicas.

### 5.1 Delimitación del concepto.

La utilización del término “reservas”, proveniente del Derecho Administrativo en el campo del dominio público hídrico y minero, apunta a un fenómeno conexo o paralelo al de las nacionalizaciones, de naturaleza ideológica, carente de perfiles jurídicos nítidos y de una caracterización unívoca. “Desde un punto de vista dogmático -dice

Bassols- la institución de las reservas ha carecido hasta fechas recientes de una auténtica caracterización técnico-jurídica<sup>(40)</sup>; y a ello ha contribuido la casuística fragmentaria de los supuestos normativos que sucesivamente ha ido tipificando el ordenamiento positivo al compás de la evolución de las circunstancias políticas, económicas y sociales. En algunos países, la esencia teleológica de la reserva no radica en legitimar una iniciativa económica pública que puede estar constitucionalmente reconocida -como ocurrió con nuestra Constitución de 1979, que veremos más adelante- sino en sustraer de la actividad privada el ejercicio de la misma por razones de interés público o general; esto es, pueden utilizarse las reservas como técnicas de nacionalización<sup>(41)</sup>.

Gaspar Ariño, por su parte, señala que ellas pretenden “(...) constituir un título de potestad particularmente intenso sobre la actividad o sector de que se trate, aunque puede ser compatible con una gestión posterior basada en la iniciativa privada<sup>(42)</sup>”. En otras palabras, mediante la reserva se trata de asumir con carácter exclusivo una determinada actividad que, por exigencias de utilidad social o de interés general, se sustrae de su realización por el sector privado<sup>(43)</sup>. Pero será en ejercicio de ese especial título de potestad que el Estado puede decidir entre intervenir directamente con una empresa pública u otorgar concesiones o autorizaciones a privados para su gestión. Debemos puntualizar que, en ocasiones, declarada la reserva sobre determinadas actividades económicas, la gestión directa del Estado no es una consecuencia necesaria e inevitable, pues puede establecerse sobre sectores donde todavía no existe actividad empresarial; por tanto, la facultad del Estado de asumir la gestión por medio de empresas públicas o privadas será tan solo una posibilidad a futuro<sup>(44)</sup>.

(40) BASSOLS, M. *Constitución y Sistema Económico*. Madrid, 1985. p. 176.

(41) En la vigente Constitución española de 1978, por ejemplo, el campo operativo de las reservas han quedado reducidos a dos en su artículo 128.2: recursos o servicios esenciales, pero no prohibiendo que los particulares puedan acceder a su gestión mediante la correspondiente concesión administrativa. La reserva debe adoptarse mediante ley específica para cada recurso o servicio esencial. M. Bassols opina: “parece posible presumir, por tanto, que la fórmula “mediante ley” tiene como objetivo impedir que la reserva acceda a la categoría de institución ordinaria y preconstituida en el ordenamiento jurídico y se mantenga exclusivamente como excepcional o residual” (Op. cit.; p. 194-195). Por su parte, Santiago Muñoz Machado indica que el artículo 128.2 permite al Estado la reserva en exclusiva de recursos o servicios esenciales, pero ni impide la colaboración de los privados en la gestión de dichos servicios, ni obliga tampoco a que las reservas indicadas se hagan siempre en exclusiva. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y mercado*. Tomo I. Madrid, 1998. p. 116.

(42) ARIÑO, Gaspar. *Principios ...* Op. cit.; p.51.

(43) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid, 1991. p. 251-252.

(44) Este tipo de reservas de actividades se presentaron durante el denominado “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada” (1968-1980), siendo una norma típica en ese sentido el Decreto Ley No. 18350, Ley General de Industrias.

---

Para casi todos está claro, eso sí,  
que “el mercado exige Estado” son  
los límites de su intervención lo que  
hace surgir la polémica y las  
eventuales divergencias

---

Dice Duque refiriéndose a esta materia, que “la iniciativa económica pública adquiere así un campo de actuación autónomo respecto al ocupado por la privada. Es un campo delimitado por la exigencia de realizar el interés público, justificada y mantenida por este interés, apreciado a través del debate público entre las fuerzas políticas que, en cada momento, ocupan la escena política y controlada, asimismo por estas mismas fuerzas en el ámbito en que la iniciativa pública desarrolle su actividad económica”<sup>(45)</sup>. Ese interés público, que puede ir complementado por la enumeración de sectores que por circunstancias de su actividad (monopolios) o por la importancia para la comunidad (explotación de energía), no solo debe manifestarse al momento de la decisión política sino a través del tiempo, durante la vida de la empresa pública o de la concesión. Cuando ya no existe, entonces debe revocarse la *publicatio*; y esa pérdida de interés puede basarse en consideraciones económicas o tecnológicas, pero también políticas. El cuestionamiento al Estado del Bienestar, al que nos hemos antes referido, trajo justamente como consecuencia privatizaciones y desregulaciones<sup>(46)</sup>, respuestas utilizadas por las corrientes neoliberales que no compartieron, entre varios otros factores, la idea de existencia de “interés público” que justificara la actuación del Estado en amplios sectores económicos.

Suele ocurrir en aquellos países con una importante reserva de actividades económicas a favor del Estado, que el ejercicio de la iniciativa pública no se encuentre subordinada a la de los particulares, esto es, no sea un ámbito residual del atribuido a la iniciativa

privada. Mas bien resalta claramente diferenciada, pues se considera que mientras “la iniciativa privada tiene que cumplir una función social, (...) la actividad económica pública es una función social”<sup>(47)</sup>. Claro está que esta posición no es compartida por todos, en especial por los defensores de la ideología neoliberal.

En relación con la definición de las reservas establecidas constitucionalmente, Oscar de Juan Asenjo señala que éstas significan la nacionalización o traspaso al sector público de la titularidad y control de factores productivos o, en otros términos, la publicación de una rama o sector de la actividad económica con la consiguiente exclusión de la iniciativa privada; “(...) se trata -dice- de una técnica especial de intervención pública en la economía”<sup>(48)</sup>.

Pueden apuntarse, siguiendo a Ochoa, los siguientes<sup>(49)</sup> rasgos constitucionales en las reservas a favor del Estado:

a) Equivalen a la prohibición para el ejercicio del derecho de iniciativa privada en determinado sector de la actividad productiva o de servicios;

b) En el supuesto de que la reserva se proyecte sobre actividades que han sido privadas, ello puede asumir diversas fórmulas: conversión del libre ejercicio de la empresa en concesión forzosa a una sociedad mixta, intervención de la empresa, imposición de modalidades específicas de gestión, adquisición voluntaria de las empresas y la expropiación forzosa de las empresas o de sus acciones;

c) La declaración de reserva afecta al sector en su conjunto y no a empresas aisladas, aunque la expropiación de éstas siempre es jurídicamente viable; y,

d) La existencia de un monopolio u oligopolio de hecho no es causal para declarar una reserva para el sector público, pues pueden emplearse otros instrumentos de política antimonopólica dentro de una economía de mercado.

Por cierto que la alegación referente a una “crisis grave o emergencia”, necesidad colectiva o interés público para justificar la intervención o la gestión

(45) DUQUE, J. *Iniciativa privada y empresa*. En: Constitución y Economía. Madrid, 1977. p. 71.

(46) Ver: KRESALJA, Baldo. *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos*. En: Thémis No. 39. Lima, 1999. pp. 39-69.

(47) DUQUE, J. Op. cit.; pp. 71-72.

(48) JUAN ASEÑO, Oscar de. Op. cit.; p. 195.

(49) OCHOA, Cesar. *El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado*. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. No. 5. Comisión Andina de Juristas: Lima, 1990. p. 86.

empresarial del Estado debe, por cierto, apreciarse dentro del marco constitucional, pero estamos siempre frente a una decisión política de difícil encasillamiento legal; de ahí la importancia de determinar la competencia y procedimientos de tales decisiones, que pueden concretarse mediante la habilitación al gobierno con carácter general para llevar a cabo dichas intervenciones, o, “exigir en cada caso la intervención del parlamento por vía de ley formal, previa justificación por el gobierno y debate de la constitucionalidad, necesidad o convivencia de tal actuación”<sup>(50)</sup>. Dice Ochoa que son diferentes las consecuencias si esa autorización es considerada como un concepto jurídico indeterminado, o si corresponde a los órganos de dirección política, parlamento por ejemplo, apreciar las circunstancias y decidir cuando habilita al Poder Ejecutivo para intervenir mediante, digamos, decretos de urgencia. Si seguimos la primera tesis, continúa, el Ejecutivo carecerá de poder discrecional amplio y su interpretación será susceptible de fiscalización por el Poder Judicial. En el segundo supuesto, su libertad de elección será mayor, obedecerá a razones políticas extrajurídicas, ya que será el debate parlamentario el que garantizará la calificación del presupuesto fáctico, por lo que la intervención del Poder Judicial, de producirse, constituirá una injerencia en las atribuciones legislativas<sup>(51)</sup>.

Ahora bien, al establecerse una reserva puede iniciarse, y normalmente ocurre así, un proceso de expropiación sobre los medios de producción que necesariamente deberá significar una indemnización para quienes resulten afectados. Las reservas al sector público no siempre implican la “transferencia de bienes” (en ocasiones sí, cuando esa actividad era ejercida con anterioridad por las privadas, cuyas instalaciones o industrias pasan al sector público) pero suponen siempre la *publicatio*, esto es, la publicación del recurso o de la actividad: si es un recurso, se declara de dominio público, si es una actividad, servicio público, pero siempre con titularidad exclusiva en favor del Estado<sup>(52)</sup>. Asimismo, debe tomarse en cuenta que

las reservas del sector público implican la exclusión en ciertos ámbitos de la iniciativa privada, lo cual no debe confundirse con la iniciativa empresarial pública que significa la posibilidad jurídica de creación de empresas por el Estado en diversos sectores productivos o de servicios, en competencia con la empresa privada<sup>(53)</sup>.

El concepto de “esencialidad” que se invoca con frecuencia para determinar reservas, proceder a la creación de empresas públicas o para expropiar, es imposible definirlo a priori. Y “con el fin de evitar que dicho término se convierta en una cajón de sastre - dice Oscar de Juan Asenjo- se impone la necesidad de objetivarlo en la medida de lo posible; queremos decir que la esencialidad ha de provenir de la naturaleza y/o funciones del bien en cuestión y no de las circunstancias accidentales que en una coyuntura dada puede presentar<sup>(54)</sup>”. Continúa diciendo que, por ejemplo, no basta que una actividad económica caiga bajo el control de un monopolio de hecho o de un grupo de empresas multinacionales, o que arroje utilidades muy superiores al promedio, para que pueda presumirse su esencialidad, ni tampoco que la actividad estuviera pasando por una seria crisis; en esta última situación, llega a decir que -en España- los poderes públicos podrían intervenir por la vía de la empresa pública concurrencial (no la monopólica) o vía la expropiación para su posterior devolución al sector privado. Y agrega: “aprovecharse de estas circunstancias anómalas para publicar el recurso o servicio y excluir indefinidamente a la iniciativa privada sería una medida anticonstitucional<sup>(55)</sup>”.

De otro lado, debe tenerse presente que circunstancias diversas pueden hacer perder el carácter esencial a una actividad y viceversa. De lo que se colige que, por más empeño que pongamos en objetivar el concepto de esencialidad, es uno jurídicamente indeterminado y sujeto a diversos juicios de valor. Pero no cabe duda que en un sistema regido por la economía de mercado y la competencia económica, es misión indeclinable de las autoridades correspondientes

(50) GARRIDO FALLA, F. *La empresa pública*. En: *El modelo económico en la Constitución española*. Vol. 2. Madrid, 1981. p. 97.

(51) OCHOA, C. *La Constitución: marco fundamental del Derecho Económico*. En: *Derecho Económico*. Lima: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, 1989, p. 60.

(52) ARINO, Gaspar, *Principios ...* Op. cit.: p. 347.

(53) OCHOA, Cesar. *El marco...* Op. cit.: p. 85.

(54) JUAN ASENJO, Oscar de. Op. cit.: p. 198.

(55) Idem.

-Congreso, Poder Judicial o Tribunal Constitucional- no permitir que pueda desbordarse el marco de esencialidad destruyendo los principios rectores de la Constitución en materia económica como son la propiedad privada y la libertad de empresa, lo que lleva forzosamente a una interpretación restrictiva del término **esencial**; la reserva entonces será siempre una excepción, no la regla general.

## 5.2 El rol de la empresa pública.

Estrechamente vinculada a los temas de las reservas y de los monopolios se encuentre el de la empresa pública; por tal razón hacemos a continuación una breve mención al rol que se le asignó. No cabe duda que en el siglo XX, la empresa pública constituyó una innovación importante e influyente, pues rompió con las categorías clásicas del intervencionismo público y significó una respuesta, muy discutida hasta hoy, a los prejuicios ideológicos que negaban la capacidad del sector público para gestionar sus propias actividades económicas<sup>(56)</sup>. Confinada en sus inicios a la prestación de solo algunos servicios públicos, se fue extendiendo conforme avanzaba ese siglo a un numeroso conjunto de actividades, fundamentalmente en Europa, llegando a dominar sectores completos y teniendo una participación muy destacada en la formación del PBI de las naciones. Como hemos dicho ya antes (*supra*, 1.1), esa situación comenzó a revertirse en la década del 70.

La empresa pública ha sido y es motivo de debates apasionados, pues mientras algunos la han considerado una tabla de salvación para el desarrollo de determinadas actividades, el afianzamiento de la soberanía estatal o la lucha por la igualdad, otros la estiman como ineficiente y atentatoria de la iniciativa y creatividad propias de la empresa privada. Para sus defensores, la empresa pública está respaldada por el potencial económico del Estado y liberada de la esclavitud del beneficio privado, llamada a desempeñar muy importantes funciones, pues puede utilizársele para propulsar el desarrollo, y canalizar la inversión en sectores o lugares en las que la actividad privada no tiene interés. Sus epígonos consideran que favorece la independencia económica nacional y la lucha contra los monopolios. La experiencia histórica demuestra sin

embargo que, más allá de estos argumentos, muchas de ellas han sido ineficientes, contrarias a la competencia, poco creativas y deficitarias.

Es un dato de la realidad que en muchos países existen empresas públicas en funcionamiento, más aun cuando son los sistemas intermedios de economía mixta los más extendidos. Durante el siglo XX, en algunas sociedades se produjo un tránsito de un sistema de economía de mercado, donde primaba el principio de subsidiaridad, a otro en el cual rige el principio de compatibilidad entre la iniciativa económica pública y privada. En aquellas constituciones con un sistema abierto en lo económico, fue entonces posible que el principio de compatibilidad superara los imperativos de la acción subsidiaria, pues no prohíben que un determinado gobierno se refugie en ella<sup>(57)</sup>. Ahora bien, cuando las empresas públicas actúan en un sistema de economía de mercado, están obligadas a reconocer y acatar las reglas de la competencia económica, de acuerdo al principio de conformidad con el mercado. En la práctica ello ha ocurrido muy pocas veces, pues suelen actuar, no en igualdad de condiciones sino en situación de privilegio, sujeta por lo demás a la dirección de objetivos gubernamentales, planteamientos casi siempre de “racionalidad macroeconómica” o de política social, lejos de la “racionalidad microeconómica” de la empresa privada, que es la que suele generar beneficios para los inversores.

En la vida real, la empresa pública tiene dificultades, quizás insalvables, para poder someterse a una política competitiva: en efecto, goza usualmente de un fuerte poder de monopolio como oferente, con la tentación de imponer precios abusivos que cubran sus ineficiencias; un significativo poder de compra; falta de interés para generar excedentes, pues no está sujeta a sanciones típicas del mercado como la quiebra, lo que le permite déficits continuados; ostenta privilegios en la obtención de recursos financieros y padece, usualmente, de una politización incontrolable. Pero no es este el lugar para extendernos sobre este comportamiento y la interminable polémica que genera, ni tampoco sobre el significado de la desregulación normativa y las privatizaciones, que han sido la respuesta más directa a los sistemas que

(56) *Idem.*

(57) JUAN ASENJO, Oscar de. *Op. cit.*, p. 190.

favorecieron la creación y extensión de empresas públicas<sup>(58)</sup>.

### 5.3 Nacionalizaciones: su diferencia con las reservas.

Las nacionalizaciones, tan en boga durante buena parte del siglo XX en países desarrollados y pobres, es una operación en virtud de la cual la propiedad de unos bienes o de empresas, se transfiere a la colectividad con el fin de sustraerla a la dirección capitalista<sup>(59)</sup>. Su objeto es muy variado y responde a motivaciones ideológicas y políticas, a lo que algunos denominan un interés público superior, que se define en cada momento por los gobernantes; y que es el que justifica su existencia.

La nacionalización requiere de la concurrencia de dos etapas: la primera, un acto de reserva de un sector o actividad a favor del sector público, con la consiguiente exclusión de los sujetos privados para seguir desempeñando su actuación económica; y una segunda, que puede ser un acto simultáneo o posterior que usualmente desemboca en una expropiación<sup>(60)</sup>.

Las reservas y las nacionalizaciones son pues conceptos próximos, pero no iguales, pues “no toda reserva lleva consigo necesariamente transferencia de propiedad de los medios de producción al titular de la actividad, que es la esencia de las nacionalizaciones. La declaración de servicio público (reserva al Estado de la titularidad), con posterior gestión indirecta del mismo, no entraña nacionalización alguna<sup>(61)</sup>”. En otros casos, claro está, las reservas suponen nacionalizaciones con transferencia de bienes e instalaciones al Estado.

Desde un punto de vista político-social, dice Ariño<sup>(62)</sup>, su significado también es distinto, ya que mediante la reserva se construye un título de potestad particularmente intenso sobre una actividad que -en teoría- es compatible con su gestión posterior por el

sector privado, mientras que con las nacionalizaciones se persigue no sólo un cambio en la gestión dentro del mismo sistema económico y social, sino su transformación y sustitución, habiendo sido en este sentido un instrumento muy utilizado por los partidos socialistas.

Los programas nacionalizadores se apoyaron en diversas razones, que aquí solo enunciaremos: recuperación de plusvalías que los capitalistas perciben usurpándolas a los trabajadores o consumidores; corrección de desigualdades; sometimiento a control social de los grandes centros de poder económico; implantación de una democracia al interior de las empresas que haga posible la cogestión<sup>(63)</sup>; hacer posible un proceso adecuado de planificación económica; etc. En nuestro país, como veremos más adelante, las nacionalizaciones tuvieron un costo altísimo, que en cierta medida aun estamos pagando. No cabe duda que su utilización generalizada, esto es, sin límite, impide el desarrollo de una economía de mercado. En nuestros días, el número de personas y agrupaciones políticas que las propugnan, en todo el mundo, ha disminuido grandemente.

## 6 Monopolios y reservas en las constituciones peruanas del siglo XX.

### 6.1 Las Constituciones de 1920 y 1933.

Dice Francisco García Calderón en su *Diccionario de la Legislación Peruana* al tratar la voz “Monopolio”<sup>(64)</sup>, que se trata de un “tráfico abusivo y odioso, por el cual una compañía o un particular vende exclusivamente mercaderías que debieran ser libres”. Lo divide en natural -“cuando resulta de una ventaja concedida por la naturaleza o las circunstancias”- y artificial, es decir, cuando es fruto de una disposición legal. Contra el natural “no hay remedio ninguno que poner”, y al artificial, que “es un mal para los

(58) En el Perú el debate sobre la empresa pública y su impacto en el desarrollo nacional no ha estado ausente, aunque es poco conocido. Una interesante muestra del mismo puede hallarse en la publicación *Las empresas estatales en el Perú* efectuado por el Centro de Documentación Económico Social, Lima, en 1965 y posteriormente en ALVAREZ RODRICH, A. *Empresas ...* ya citado y, del mismo autor, *Principios de empresas estatales y privatización*. Lima, 1992.

(59) ARIÑO, Gaspar. *Principios ...* Op. cit.; pp. 348-349.

(60) BASSOLS C., M. Op. cit.; pp. 173-175.

(61) ARIÑO, Gaspar. *Principios ...* Op. cit.; p. 350.

(62) *Ibid.*, p. 351.

(63) En el Perú se concretó en las llamadas “comunidades laborales”, creadas durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968 -1980), de infausta memoria.

(64) GARCÍA CALDERON, F. Op. cit.; p. 1374-1375.

consumidores”, recomienda se le combata mediante la libertad de industria y comercio.

Siguiendo a ese mismo autor, resulta del mayor interés para nosotros la siguiente cita, de incuestionable modernidad, más aún teniendo en cuenta la experiencia relativamente reciente (1960-1990): “toda medida que limita la libertad de industria, trae por consecuencia el monopolio: la formación de gremios y matrículas, la imposición de contribuciones a los industriales, las vejaciones hechas a los vendedores en las ferias y mercados, y otras disposiciones emanadas del sistema restrictivo, traen inmediatamente el monopolio; y si entonces se reduce el precio de las mercaderías por una ley, se comete una nueva injusticia, y se hace un nuevo ataque a la libertad. La libre concurrencia, que permite que los precios suban y bajen según su ley natural, es el único medio de impedir los monopolios: las disposiciones directas o indirectas del gobierno y de las actividades son ineficaces para conseguir este objeto: así lo acredita la experiencia de todos los días<sup>(65)</sup>”.

Si bien no sabemos si esta opinión es exclusiva del autor o el reflejo de lo que el sector ilustrado pensaba sobre los monopolios en la segunda mitad del siglo XIX en el Perú, al efectuarse una revisión de su tratamiento constitucional en el siglo XX se observa una posición parcialmente distinta. En efecto, mientras que la existencia misma de un monopolio privado se consideró mala, inconveniente y por tanto se le prohibió, disponiéndose incluso penas para los infractores o “contraventores”, los llamados monopolios legales quedaron consagrados como una posibilidad permitida y lícita.

Podemos entonces decir que en los textos constitucionales de 1920 y 1933 no existió una prohibición absoluta contra todo tipo de monopolio, sino exclusivamente contra aquellos monopolios de carácter privado. En este sentido, el texto constitucional de 1920 señalaba que “se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas para los contraventores. Sólo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional” (artículo 50) y el de 1933, en lo que es su disposición equivalente, establecía con gran similitud que “están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley

fijará las penas que se impongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional” (artículo 16). Así, pues, dichos textos constitucionales otorgaban al Estado la posibilidad de imponer lo que conocemos como reservas de actividades económicas, previendo los llamados monopolios legales y disponiendo que dichas restricciones únicamente podrían establecerse en “**exclusivo interés nacional**”, siempre por ley expresa, esto es, por razones políticas extrajudiciales determinadas por el Parlamento, decisión que como hemos visto (*supra*, 5.1), no podía entonces ser cuestionada ante el Poder Judicial.

En cuanto a las reservas, las Constituciones de 1920 y 1933 tienen menciones similares, claras y precisas. Veamos: el artículo 45 de la Constitución de 1920 dice: “la nación reconoce la libertad de comercio e industria sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriben las leyes. Estas podrán establecer o autorizar al gobierno para que fije limitaciones y reservas en el ejercicio de industria, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública, sin que en ningún caso esas restricciones tengan carácter personal ni de confiscación”. Redacción prácticamente igual tiene el artículo 40 de la Constitución de 1933. Estos artículos, para su correcta comprensión, debemos concordarlos con los artículos 44 y 38 de la Constitución de 1920 y con los artículos 38 y 29 de la de 1933. Por los dos primeros de cada texto, se autoriza a nacionalizar los transportes y otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización. Mediante los segundos, se establece que a nadie se le puede privar de su propiedad, sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. Veamos entonces cuales son, en cuanto a reservas y nacionalizaciones, las notas más saltantes de las constituciones de 1920 y de 1933:

a) El régimen general en ambas es el de la libertad de comercio e industria, esto es, en el que tiene preminencia la iniciativa privada y la competencia económica;

b) La actividad privada en materia económica está garantizada, pero debe cumplir con los requisitos que la ley señala para su ejercicio;

(65) *Ibid*; p. 1375.

c) Mediante ley, y por razones de seguridad y necesidad pública, se puede autorizar al gobierno a fijar reservas en el ámbito de las “industrias”, esto es, más allá del campo estrictamente manufacturero en la Constitución del ‘20, y en la industria y comercio en la del ‘33, pero de ninguna manera en el agrícola, por ejemplo. También puede el Estado fijar limitaciones en ambas, lo que quizás podría interpretarse como “**intervenciones**” que asuman la gestión y administración de empresas por parte del Estado, con carácter transitorio, lo que puede o no derivar en una expropiación;

d) El Estado, autorizado por ley, puede nacionalizar o tomar a su cargo (¿intervenir?) servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización. En el primer caso, en el de nacionalizar, no podía darlo en gestión a los particulares; y,

e) No puede haber en ningún caso confiscación, ni imponerse restricciones basadas en el “carácter personal”, es decir, individualizables. La expropiación requiere de ley, siempre por causa de utilidad pública y de indemnización justipreciada.

En síntesis, no son pocas las atribuciones que en materia económica le brindaron al Estado las Constituciones de 1920 y de 1933 y, en lo que a nosotros interesa, hay un reconocimiento expreso a la posibilidad de establecer monopolios estatales, acordar reservas y efectuar nacionalizaciones.

## 6.2 El Estatuto del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas

Mediante el Decreto Ley No. 1 del 3 de octubre de 1968, se aprobó el denominado Estatuto del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada que, por cierto, no es una norma de nivel constitucional, pero que fue ampliamente utilizada e invocada como tal por ese gobierno (1968-1980), poniendo por debajo a la Constitución de 1933, formalmente vigente. Para ampliar, en forma hasta entonces desconocida entre nosotros, el rol y la presencia del Estado en la economía, lo invocó para reservar amplios sectores económicos, nacionalizar empresas en diversas áreas de la producción y los servicios, y confiscar propiedades. Ese gobierno introdujo cambios sustantivos en muchos aspectos de la vida no solo

económica de los peruanos, sino también en la política y social; el balance de su actuación es materia aun de encendida polémica.

El artículo primero de dicho Estatuto es un conjunto de generalidades; así, invoca la necesidad de poner fin al caos económico, la inmoralidad administrativa, el entreguismo respecto a fuentes naturales de riqueza, pérdida del principio de autoridad, etc. En su artículo segundo se impone la transformación de la estructura del Estado, imprimiendo a sus actos sentido nacionalista y presentándose como promotor de la unión y concordia de los peruanos. Cuando las medidas políticas legales y económicas que llevó adelante generaron críticas<sup>(66)</sup>, invocó el Estatuto como documento final y definitivo. Además, controló e intentó confiscar los principales medios de comunicación social. Sin duda, un comportamiento primario desde el punto de vista de la institucionalidad democrática.

Se realizaron, como hemos dicho, reservas y nacionalizaciones, y se instauraron muchos monopolios legales. Quizás ningún dispositivo mejor para ilustrar esa situación que la llamada Ley General de Industrias, Decreto Ley No. 18350. Puesta en vigencia en julio de 1970, e invocando la necesidad de independencia económica y de planificación, estableció categorías en las actividades manufactureras (las llamó “prioridades”) e incluyó en la primera a las llamadas “industrias básicas”, como la siderúrgica, química, fertilizantes, cemento y papel, las cuales reservó para el Estado (artículos 4 y 7), autorizándolo a intervenir en cualquier otra cuando así convenga, calificación por cierto que hacía el propio Poder Ejecutivo. No está demás decir que la mayoría de las actividades señaladas estaban en el sector privado, donde muchas operaban eficientemente. Mediante un engorroso e injusto procedimiento de valorización pasarán a manos el Estado, pero las que fueron de propiedad de extranjeros obtuvieron un mejor trato, circunstancia que no era la primera vez que ocurría en la historia de la república. Con menos estrépito que en el industrial, pero con magnitudes similares, ocurrió algo parecido en otros sectores productivos.

A las empresas de tamaño mediano de carácter productivo que quedaron en manos privadas se les creó

(66) En la publicación de la Sociedad de Industrias *La Revolución y la Industria (1968-1977)*, puede seguirse parcialmente el apasionado debate ocurrido en materia económica.

un sistema obligatorio de co-gestión (comunidades laborales) que enrareció su administración y, por cierto, generó sentimientos alejados de la concordia. Sería muy largo y tedioso continuar recordando aquello. Pero resulta fundamental hacer este breve recuento porque en el momento en que ese Gobierno de la Fuerza Armada convocó a una Asamblea Constituyente en 1978 como salida a su ya cuestionadísima actuación, existían más de 150 empresas públicas en los más diversos sectores, que tenían una influencia muy importante en el PBI y en la vida política y social del país, a lo que se sumaba la emergencia de partidos socialistas y comunistas muy radicales que pregonaban y luchaban por la estatización total de la economía, en momentos que en el mundo desarrollado comenzaban a soplar los vientos del neoliberalismo. Es en esa coyuntura que, en la citada Asamblea, llegaron a un acuerdo básico en cuanto al diseño constitucional, tanto en lo político como en lo económico, el Partido Social Cristiano (PPC), segunda mayoría, y los social demócratas (APRA), primera mayoría, tal como puede seguirse del correspondiente Diario de Debates. Ello dio lugar a la Constitución de 1979, que a continuación veremos.

### 6.3 La Constitución de 1979.

La Constitución de 1979, si bien mantuvo los principios que inspiraron las Constituciones de 1920 y 1933 contrarios a los monopolios privados y favorables a la reservas de actividades económicas, tuvo un desarrollo mucho más amplio y ambicioso que ellas en lo que se refiere al régimen económico, cuyas disposiciones deben apreciarse a la luz de las declaraciones programáticas y principistas que configuran el denominado Estado Social y Democrático de Derecho que se comprometía a construir (artículo 4), esto es, un Estado del Bienestar tardío ya en el contexto de las principales corrientes de opinión en los países desarrollados y sin los recursos económicos indispensables. No sabremos si fue convicción, ingenuidad o evasión lo que llevó a la mayoría de los constituyentes a adoptar ese modelo, pero el tiempo revelaría, sin duda, que la letra estuvo lejos de la realidad. Veamos, sin embargo, sus principales características.

Según el texto constitucional, el Estado es el encargado de formular la política económica mediante planes que regulan la actividad del sector público

(habían numerosas e importantes empresas públicas, como ya hemos dicho) y que si se concertan resultan también obligatorios para la actividad privada (artículo 111). Se admite que la iniciativa privada es libre (artículo 115), se prohíben los monopolios privados y las prácticas restrictivas (artículo 133), se reconoce un pluralismo económico donde pueden coexistir empresas de diversas formas de propiedad (artículo 112), bajo el sistema de economía social de mercado (artículo 115), pudiendo el Estado ejercer actividad empresarial y de servicios públicos (artículo 113), intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario (artículo 132), autorizando, registrando y supervisando la inversión extranjera (artículo 137), y pudiendo mediante ley reservar actividades productivas y de servicios (artículo 114). Este es solo el enunciado de las facultades más importantes del Estado, pero hay además otras disposiciones que le permitían una intervención aun mas acentuada en la vida económica; en ningún texto anterior republicano el Estado habían sido tantas y tan expresas potestades.

Manteniendo los principios que inspiran las Constituciones de 1920 y 1933, contrarios a los monopolios privados y favorables a la reserva de actividades económicas, la Constitución de 1979 estableció prohibiciones más específicas en los términos siguientes:

a) Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos (artículo 114).

b) Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes (artículo 133).

c) La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social y, en general las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de monopolio, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de los particulares (artículo 134).

d) La actividad bancaria, financiera y de seguros no puede ser objeto de monopolio privado, directa ni indirectamente. La ley señala los requisitos,

obligaciones, garantías y limitaciones de las empresas respectivas (artículo 153).

Aunque la Constitución de 1979 mantuvo una prohibición contra los monopolios privados<sup>(67)</sup> introduciendo disposiciones específicas para el sector financiero y los medios de comunicación, la posibilidad que el Estado imponga monopolios legales solo quedó prohibida respecto a estos últimos. Ello obedeció al interés de proteger los derechos de libertad de expresión y opinión ante posibles abusos del Estado. La doctrina nacional<sup>(68)</sup> ha comentado que esta disposición constitucional se explica en los abusos producidos durante el gobierno militar (1968-1980) cuando se capturaron diarios y canales de televisión.

César Ochoa ha puesto de manifiesto, opinión que compartimos, que el citado artículo 133 sólo prohíbe los monopolios privados. Este autor señala: “A nuestro juicio, el artículo 133 sólo prohíbe los monopolios privados más no los públicos puesto que los monopolios públicos están reconocidos en los artículos 114, 127 y 152<sup>(69)</sup>. Así, el artículo 114 permite la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicio por causa de interés social o seguridad nacional; el artículo 127 que faculta que la ley por razones de interés nacional pueda establecer

restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación y el artículo 152 abre implícitamente la posibilidad del monopolio público en las entidades bancarias, financieras y de seguros<sup>(70)</sup>”.

Es preciso mencionar que el intento frustrado de nacionalizar la banca, las empresas de seguros y las financieras por el gobierno de Alan García en 1987, dio lugar -según García Belaúnde- a uno de los pocos debates nacionales de carácter constitucional<sup>(71)</sup>; propuesta que respondió -como suelen ser las que ocurren este ámbito- más a motivaciones políticas que a técnicas. Si bien no existe duda en la mejor doctrina nacional que el Estado tenía, según la Constitución de 1979, la potestad de constituir un monopolio en el sector bancario y financiero (Ver *infra*, 4.3), el objetivo era muy discutible y el procedimiento (creación de Comités de Administración creados por Decretos de Urgencia con la finalidad de sustituir las competencias de los órganos societarios correspondientes) abiertamente ilegal, razón por la que mediante una acción de amparo interpuesta por la Asociación de Bancos se suspendió tal medida, lo que debió ser acatado por el gobierno aprista. El intento nacionalizador fracasó finalmente.

(67) Domingo García Belaúnde dice al enjuiciar el artículo 133 de la Constitución de 1979: “Lo que descuidó sin embargo el constituyente fue el hecho de que muchas veces en los países subdesarrollados como el nuestro, los monopolios y oligopolios son producto natural de un medio limitado que no ha podido desarrollar mayores empresas en el mercado, y en consecuencia podría dar pábulo a sancionar incompetencias o carencias reales no queridas ni buscadas por nadie. Por ese motivo es que las modernas legislaciones, más que sancionar el monopolio u oligopolio en sí mismos, buscan sancionar o controlar, las prácticas monopólicas u oligopólicas, con lo cual se persiguen los mismos objetivos”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La Constitución Económica Peruana*. En: *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*. Tomo II, Lima, 1993, p. 86.

(68) Ver por todos GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La constitución económica en el Perú actual*. En: *Ius et Praxis*, N°10 (Diciembre, 1987). Universidad de Lima, pág. 86.

(69) Dicen estos artículos:

“Artículo 114.- Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades a favor de los peruanos.”

“Artículo 127.- La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación”.

“Artículo 152.- La actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de actividad y población de acuerdo con los planes de desarrollo.”

(70) OCHOA, César. *Economía y Constitución*. En: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Eguiguren Praeli, Francisco (Director). Lima, 1986, pág. 660. Es mas, como bien lo ha puntualizado Ochoa en otro trabajo suyo (*La Constitución: marco fundamental del Derecho Económico*. En: *Derecho Económico. Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, 1989, p. 62 y ss.), del Diario de Debates de la Asamblea Constituyente aparece con claridad que lo que prohíbe la Constitución de 1979 son sólo los monopolios privados, que el de carácter público no vulnera el pluralismo económico consignado en el mismo texto constitucional, y que de no acogerse esta interpretación se hubiera impedido cualquier aplicación práctica del artículo 114, que facultaba al Estado a reservar actividades económicas.

(71) Los otros, según este autor (lo dice en 1987), dejando de lado los momentos constituyentes que dieron como resultado la Constitución de 1933 y la de 1979, son: en 1939 cuando Benavides modificó vía plebiscito la Constitución; en 1945 sobre la existencia o no de veto presidencial; en 1963 a raíz de la ley de reforma agraria y el pago en bonos a los propietarios de tierras; en 1974 a raíz del sometimiento en un contrato mercantil con participación del Estado a tribunales extranjeros; y en 1986 sobre la reelección presidencial. GARCÍA BELAUNDE, D. *Constitución y sistema financiero*. En: *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Tomo II. Lima, 1993, p. 358 y ss.

Ahora bien, en relación a la administración de las actividades reservadas en favor del Estado, la Constitución de 1979 no contiene norma que haga obligatoria la administración directa por parte del Estado, quedando entonces abierta la posibilidad de una administración privada. Y esta administración privada podría estar restringida a los peruanos, pues si la parte final del artículo 114 facultaba al Estado a reservar actividades a favor de los peruanos, también lo facultaba -claro está- para dar la administración solo a sus nacionales. Las causas que debían concurrir para establecer dichas reservas eran, eso sí en todas las ocasiones, el interés social o la seguridad nacional.

Al amparo de estas disposiciones constitucionales surgieron numerosas empresas públicas, las cuales actuaron y se consolidaron en diferentes sectores económicos, llegando al muy impresionante número de 186 empresas en 1991, de las cuales 135 eran empresas no financieras. Tales empresas generaban el 20% del PBI, el 100% de la electricidad, el agua potable y las comunicaciones, controlaban el total de la producción de petróleo y gas, 35% de la producción minera, 33% de los servicios de transporte, 28 y 26% de exportaciones e importaciones respectivamente y canalizándose un tercio de la inversión pública a través de ellas<sup>(72)</sup>. Tal como ya había ocurrido en otros países, las ineficiencias insalvables de la empresa pública comprometieron el desarrollo mismo de la economía nacional y, aunque sobrepasa el propósito de este artículo evaluar el impacto negativo que tuvieron, no cabe duda que contribuyeron a la severa crisis económica que se desencadenó al final de la década del ochenta<sup>(73)</sup>.

Otro efecto del crecimiento de la empresa pública en diferentes sectores sujetos a reservas del Estado fue la preeminencia de las decisiones de la burocracia estatal sobre las decisiones de los consumidores, sustentadas en la concepción política que es el Estado quien está mejor dotado para decidir lo más conveniente para el interés común en materia

económica. Y aunque la discusión de ello tampoco es materia de este artículo, creemos que al **anularse la competencia** se impide el desarrollo de los mercados orientados al bienestar del consumidor, sustituyéndolos por mercados de funcionamiento distorsionado, orientados en función de intereses políticos.

Para entender los riesgos de intentar controlar el poder económico siguiendo concepciones políticas favorables a una fuerte intervención del Estado, debemos recordar que al pretenderse controlar el excesivo poder de las oligarquías económicas, termina desplazándose dicho poder a otras oligarquías más peligrosas, que reúnen en sus manos tanto el poder político como el económico y cuyo control por la sociedad resulta aun más difícil<sup>(74)</sup>.

El cuestionamiento de los monopolios legales como la crisis de la empresa pública, la cual alcanzó alturas insostenibles en el gobierno aprista de 1985-1990, son algunos de los antecedentes más notables que impulsaron la modificación de la constitución económica ocurrida en 1993.

## 7 La Constitución de 1993.

### 7.1 Breve referencia al rol del Estado en la economía.

El rol del Estado en la economía cambia en forma sustantiva en lo que va de la Constitución de 1979 a la de 1993; se trata, sin duda, de una de las modificaciones más importantes y de mayor profundidad porque, de alguna manera, manifiesta una distinta concepción del Estado. En la primera, como hemos visto, no sólo estaba encargado de promover el desarrollo económico y social, sino también de formular y planificar la política económica pública y de concertar con la actividad privada. Por estas y otras razones, algunos consideraron a ese modelo como lejano al de una economía de mercado<sup>(75)</sup>. La crítica hacia él se intensificó después del golpe de estado de abril de 1992<sup>(76)</sup>; y en el

(72) ALVAREZ RODRICH, Augusto. *Empresas estatales...* Op. cit.; pp. 19-21.

(73) Frente a situaciones como esta o similares que se dieron en distintos países, dice Ariño que no pudiendo sus defensores ocultar la inviabilidad de la empresa pública, han intentado postular la tesis de "nacionalizar sin estatizar", creando sistemas autogestionarios o consejos de vigilancia con poderes de veto en las decisiones empresariales que únicamente introdujeron caos en la gestión de las empresas, demostrando con ello el fracaso de una "tercera vía". Ver ARIÑO, Gaspar. *Principios...* Op. cit.; pp. 357-359.

(74) Ariño comenta que el socialismo sinceramente piensa que esa "nueva oligarquía" será justa, honesta y devotamente dedicada al servicio público, pero no hay fundamento serio para pensar que vaya a ser así. *Ibid.*; pp. 353-354.

(75) OCHOA, C. *Economía y Constitución*. Op. cit.; pp. 672-673.

(76) Ver APOYO. Op. cit.

Congreso Constituyente Democrático que se convocó, con apoyo internacional, para “maquillarlo”, se buscó entonces plasmar disposiciones con otro sentido y finalidad, lo que sin duda se vio favorecido por los pésimos resultados económicos de la gestión gubernamental 1985-1990.

Varios autores consideran que si bien la Constitución de 1993 responde a la necesidad de legitimar a un gobierno que había realizado un golpe de Estado, ante una comunidad internacional que lo presionaba en ese sentido, ella fue también impulsada por los que querían implantar el neoliberalismo económico y deseaban consolidar las reformas económicas llevadas a cabo durante 1991 y 1992 por el gobierno inicial de Fujimori, al amparo de las facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante la Ley No. 25327 de junio de 1991 para que mediante Decretos Legislativos legisle, entre otros, para fomentar la inversión privada, lo cual dio lugar a más de 50 dispositivos específicos que significaron una profunda reforma de contenido neoliberal, lo cual era posible al abrigo de la Constitución de 1979, que con una concepción amplia y consensuada permitía, bajo ciertos límites, la opción del partido en el poder por modelos económicos en énfasis distinto en cuando a la intervención del Estado en el mercado (Ver *supra* 1.3)<sup>(77)</sup>.

Esa opinión ha sido ratificada por dos defensores del fujimorismo; en efecto, Torres y Torres Lara lo admite explícitamente, aunque a continuación farragosamente, trata de ocultarlo<sup>(78)</sup>; Bustamante Belaúnde por su parte no disimula su justificación al golpe de Estado del 5 de abril para poder instaurar en el Perú una economía de mercado<sup>(79)</sup>, aunque más adelante reconoce grandes limitaciones institucionales en el gobierno autoritario de Fujimori posterior al golpe del 5 de abril de 1992, así como carencia de estabilidad jurídica. Resulta de la mayor importancia en este contexto recordar el denominado “Acuerdo Institucional” del 13 de marzo de 1999<sup>(80)</sup>, en virtud del cual la más alta oficialidad de las fuerzas armadas

y policiales suscribieron un humillante e insólito pacto de sumisión al poder dictatorial, al que por otra parte gustosamente sostenían, en el que afirman, al justificar el mencionado golpe de estado del 5 de abril, que los partidos políticos tradicionales tenían por objeto bloquear o desnaturalizar los Decretos Legislativos a que nos hemos antes referido -aunque no sólo los concernientes a materia económica- lo que constituye una afirmación antojadiza, pero al mismo tiempo coincidente con los que apoyaron sin reservas la actuación económica y política del fujimorismo, ubicados fundamentalmente en el ámbito empresarial ligado al sistema financiero y a las empresas multinacionales.

Lo cierto es que en la Constitución vigente se ha optado en lo económico por un modelo liberal, si bien se continúa manteniendo la cláusula que afirma que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado. Ahora el Estado ya no formula la política económica o planifica, y si bien se reconoce y legitima su rol en el ámbito de los servicios públicos, no manda que “deba prestarlos” directamente (artículo 58). Su actuación empresarial se encuentra fuertemente limitada, pues “solo autorizado por ley expresa” puede realizarla, y siempre en forma subsidiaria y sin tratamiento diferente a la privada (artículo 60).

De esta forma se ha privatizado la vida económica en general, ya que la Constitución de 1993 “guarda un elocuente silencio sobre muchas de las funciones que antes correspondía realizar al Estado (...) y (...) se convierte en un mero vigilante de la libre competencia, que ha de facilitar, combatiendo toda práctica que la limite<sup>(81)</sup>”. En síntesis, si bien el Estado está obligado a estimular la creación de riqueza (Artículo 59), no asume el rol de promotor del desarrollo ni interviene directamente en la economía, estando las empresas públicas sujetas a estrictos requisitos para su creación. En cierta medida se ha plasmado el concepto de Estado subsidiario, pues se espera que la iniciativa privada sea la principal responsable de la actividad económica<sup>(82)</sup>.

(77) Ver BERNALES, E. Op. cit.; p. 25 y ss.; GARCÍA BELÁUNDE, D. *La reforma del Estado en el Perú*. Op. cit. p. 23 y ss.

(78) TORRES Y TORRES LARA, C. *La nueva Constitución del Perú*. Lima, 1993, p. 31 y ss.

(79) BUSTAMANTE BELAUNDE, A. *Perú: ¿buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?* En: *La Constitución de 1993*. Lima, 1996, p. 215 y ss. El autor de este artículo llegó a ser Primer Ministro de Fujimori en la etapa final de su gobierno.

(80) Publicado en el diario *La República* el 15 de abril del 2001.

(81) FERNANDEZ, F. Op. cit.; p. 26.

## 7.2 La competencia económica y los monopolios.

Es un sobreentendido del nuevo régimen económico que el desarrollo de la economía se deberá sustentar en la rivalidad entre los empresarios, pues presume que de esa manera se satisfecerán las necesidades de los consumidores en los términos más eficientes. Esa competencia que debe ser vigilada, no sustituida por el Estado, hará que los empresarios adquieran mayor competitividad impulsando el desarrollo general de la economía.

Al adquirir la competencia económica un valor en si misma como mecanismo para impulsar el desarrollo, los monopolios legales impuestos mediante reservas resultan contradictorios con los nuevos principios del régimen económico. Ello explica que el actual texto constitucional expresamente los prohíba, postergando consideraciones de orden político en la regulación del mercado y privilegiando la defensa de los principios económicos liberales que, se presume, permitirían promover un mayor bienestar de los consumidores. Una consecuencia necesaria de estos nuevos principios económicos es otorgar al Estado la responsabilidad de asegurar que la libre competencia no sea anulada por intereses particulares, pues de lo contrario se frustrarían, dicen los defensores de este modelo, las aspiraciones hacia una democracia económica.

Ello, sin embargo, no debe hacernos olvidar que el Estado no ha perdido sus funciones de regulación en materia de servicios públicos (artículo 58) y que también podrá excepcionalmente participar empresarialmente, en razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional y siempre autorizado por ley expresa. Pero esa participación tendrá, como ya hemos dicho, carácter subsidiario. Se debe establecer entonces una clara distinción entre la iniciativa pública desempeñada en competencia con el sector privado y la iniciativa pública en régimen de monopolio, siendo esta última la única que ha quedado prohibida en el actual texto constitucional.

Aquellas disposiciones que prohibieron la existencia objetiva de monopolios privados en las Constituciones anteriores han sido reemplazadas en la

Constitución Política de 1993 por otra que sanciona el abuso de posición de dominio. La postura contraria a los monopolios privados, presente en las Constituciones peruanas desde inicios del siglo XX ha sido pues abandonada, sancionándose ahora las conductas abusivas que desarrollen aquellas empresas con posición de dominio sobre un determinado sector del mercado.

De esta forma, nuestra actual Constitución Política no contempla pues una prohibición contra los monopolios privados; mas bien, dispone como función del Estado el vigilar o proteger la libre competencia, estableciendo en su artículo 61 que: “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”.

Cabe mencionar que la Doctrina peruana<sup>(82)</sup>, en forma unánime, reconoce que por mandato del artículo 61 no pueden existir monopolios legales y, por tanto, ni las empresas públicas o privadas pueden sustraerse artificialmente a la competencia económica. En efecto, la parte final del párrafo primero de ese artículo dispone que “ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”. Si por una ley se le autorizara o estableciera, tendría vicio insalvable de inconstitucionalidad y, de otro lado, en lo que se refiere a “concertar” ello se sanciona a través de la legislación antimonopólica correspondiente, como más adelante veremos.

Al adquirir la competencia una función central en el actual régimen económico constitucional, siendo rol de Estado promover o alentar a que otros produzcan antes que producir por si mismo, la posibilidad de establecer monopolios legales pierde todo sentido y, con ello, la facultad de reservar actividades económicas en favor del Estado queda expresamente prohibida en la actual Constitución Política.

(82) PARODI, Carlos. *El Estado Regulador en el Perú*. En: *Apuntes*. No. 40. Lima, 1997. p. 52.

(83) RUBIO, M. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima, 1999. p. 241; BERNALES, E. *La Constitución de 1993*. Lima, 1997. p. 313; y, TORRES Y TORRES LARA, C. *La Constitución económica en el Perú*. Lima, 1994 p. 34-35.

No es, en nuestra opinión, el propósito principal del citado artículo 61 sancionar la sola existencia de los monopolios privados; mas bien lo es establecer la base constitucional, como función del Estado, para un desarrollo legislativo que permita el control de aquellas conductas que limiten la libre competencia y/o que abusen de posiciones dominantes, lo que específicamente deberá corresponder a las normas del Derecho de la Libre Competencia. El gran desarrollo que en la doctrina y la legislación modernas tiene el concepto de “abuso de posición dominante en el mercado” se basa, entre otras razones, en la creencia que ya no es pertinente condenar a los monopolios u oligopolios por sí mismos, sino las prácticas abusivas al amparo de una posición de dominio<sup>(84)</sup>.

El que fuera constituyente Carlos Torres y Torres Lara nos dice al respecto: “[I]a nueva constitución prohíbe todo tipo de monopolios legales o contractuales (artículo 61), pero particularmente lo que impide novedosamente, es el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas, ya que pudiendo existir monopolios reales (...), lo importante, no radica en la prohibición monopólica, sino en el abuso de dicha posición<sup>(85)</sup>”. En similar sentido se expresa Alfredo Bullard, indicando que “[I]a nueva Constitución ha comprendido adecuadamente el fenómeno [de la competencia]. El monopolio no sólo no está prohibido, sino que mientras la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está tutelada por el Estado. Lo que se prohíbe son dos situaciones: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia<sup>(86)</sup>”. A ello agrega que [...] “no

se considera como infracción la posición dominante en sí misma, sino el abuso de la misma. Se renuncia de alguna manera a establecer la razonabilidad del monopolio, es decir, determinar si estamos ante un monopolio bueno o un monopolio malo. Se acepta el monopolio, y en general la concentración de poder económico, como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia, prohibiéndole sólo el abuso de tal posición<sup>(87)</sup>”.

Puede entonces afirmarse que la Constitución Política de 1993, al sancionar los abusos de posición de dominio, reconoce que las normas sobre la libre competencia tienen como función el vigilar los excesos de quienes concentran el poder económico. Sobre este particular, José Eugenio Soriano comenta: “(...) la libre competencia es una técnica de lucha contra el abuso de los monopolios. Al menos contra los monopolios no conseguidos en justa competición, a los cuales hay que vigilar estrechamente precisamente para que no abusen frente al ciudadano y frente a los potenciales competidores<sup>(88)</sup>”.

En la Constitución vigente, concluimos, los monopolios privados no tienen mas una valoración negativa, pudiendo afirmarse que su sola existencia no resulta contraria a la ley, en tanto y en cuanto el Estado tiene la obligación de vigilar los posibles excesos contra los consumidores. Al evaluar en el Derecho comparado la aproximación a esta forma de concentración del poder económico, encontramos que el Derecho europeo de la Libre Competencia acoge un enfoque similar al adoptado en la Constitución peruana, aunque también existen otras posiciones, como la mantenida en el derecho norteamericano<sup>(89)</sup>. En el pronunciamiento del Tribunal de Justicia

(84) En el mismo sentido OCHOACARDICH, César. *Bases fundamentales de la constitución económica de 1993*. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995. p. 92.

(85) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución ...*; p. 34-35. En la introducción a esta pequeña obra, el autor se pronuncia confusamente sobre este mismo tema, cuando señala que “el Estado se convierte en un instrumento de combate contra los monopolios y contra el abuso de posiciones dominantes” (p. 12) o cuando dice “el Estado lucha contra los monopolios que son obviamente formados por las grandes empresas y a favor de los pequeños empresarios, para que la economía de mercado pueda equilibrarse” (p. 13). Aunque carece de rigor conceptual, citamos lo que tiene dicho en el cuerpo de ese trabajo, en consideración exclusiva a la posición que ocupó el autor en el proceso que dio lugar a la Constitución vigente y porque constituye, en esta materia, la opinión mas divulgada e influyente del fujimorismo.

(86) BULLARD, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima, 1996. p. 277.

(87) *Ibid.*; p. 296.

(88) SORIANO GARCÍA, José. *Derecho Público de la Competencia*. Madrid, 1998. p.51.

(89) “[...] dentro de la concepción norteamericana, liberalizar la economía significa depurarla del poder de los grandes grupos empresariales privados coaligados para dominar el mercado y eliminar la competencia. Por el contrario, en la tradición de los pueblos europeos ha querido decir librarla de intervenciones, controles y monopolios políticos; sin incluir necesariamente, en cambio, la supresión de los monopolios de carácter privado”. BAYLOS, H. Op. cit.; p. 265.

Europeo, que transcribimos a continuación, se refleja claramente la aproximación y valoración sobre los monopolios privados en el Derecho de la Libre Competencia de ese continente, sobre el que se inspira la legislación andina y nacional: “Declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el Mercado Común<sup>(90)</sup>”.

### 8 Las conductas monopólicas en la legislación nacional sobre libre competencia.

Corresponde ahora destacar que el Decreto Legislativo No. 701 publicado el 7 de noviembre de 1991 -Ley de eliminación de las prácticas restrictivas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre Competencia-, no sanciona los monopolios privados, estableciendo en cambio penalidades contra los abusos de posición de dominio y los acuerdos o prácticas restrictivas de la libre competencia<sup>(91)</sup>.

Tomando en consideración que el citado Decreto Legislativo fue promulgado durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, al amparo de la Ley No. 25327 que autorizó al Poder Ejecutivo a dictar normas vinculadas a variados aspectos económicos y sociales, corresponde interpretar su artículo primero en el extremo que señala como objeto de esa ley la

eliminación de las prácticas monopólicas. En nuestra opinión, el Decreto Legislativo No. 701 no está en contradicción con el artículo 133 de la Constitución de 1979<sup>(92)</sup>, pues no desarrolla ni se pronuncia sobre los monopolios; lo hace sobre las prácticas y acuerdos restrictivos, incluyendo dentro de las primeras a los abusos de posición de dominio. Ello se apoya, además, en que la constitución económica de 1979, al igual que la actual, reconoce implícitamente como modelo al de la competencia imperfecta, no al esquema teórico de la competencia pura, sino al de una competencia razonablemente viable<sup>(93)</sup>. Y es a ese sistema de competencia, precisamente, al que se adscribe el Decreto Legislativo No. 701.

Lo que sucedió posteriormente fue que se produjo una concordancia natural con la Constitución de 1993 y ello fue así, entre otras varias posibles razones, porque fueron las fuerzas políticas que dominaban el Poder Ejecutivo en 1991 y que pusieron en vigencia el Decreto Legislativo 701, las que posteriormente obtendrían mayoría en el Congreso que sancionó la Constitución vigente, y también porque el dispositivo calzaba bien con las más novedosas tendencias legislativas europeas en la materia.

Así, al hacerse referencia a las prácticas monopólicas, en concordancia con las actuales disposiciones constitucionales, no puede entenderse que existe una prohibición contra los monopolios privados, sino una declaración contra las conductas que representen un abuso de las posiciones dominantes o monopólicas que puedan verificarse en el mercado. Es por ello que el citado artículo primero declara la

(90) Asunto 322/81 Michelin c. Comisión (1983). Rep. 3461.

(91) Fue en 1980 que el Poder Ejecutivo entregó a la Cámara de Diputados un anteproyecto preparado por el jurista Roberto MacLean relativo a los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas restrictivas, etc., en base al Artículo 133 de la Constitución de 1979, que dicha Cámara aprobó mas no así el Senado que lo “encarpetó”. Se la considera la primera iniciativa para una legislación *antitrust* en el Perú. (Ver ILD. *La ley antimonopolio...* Op. cit.; p. 19). En ese anteproyecto no se prohibía el monopolio sino el abuso de posición dominante. Durante el periodo del presidente Alan García, el senador Javier Silva Ruete presentó un proyecto en sentido similar, que tampoco fue aprobado. La primera norma que quizás introdujo la noción de “posición de dominio” en la legislación peruana fue el Decreto Supremo 467-85-EF del 06 de noviembre de 1985, que declaró de necesidad y utilidad pública la protección del consumidor frente al abuso derivado de la posición dominante en el mercado. En esta norma se estableció que las empresas en posición dominante son aquellas que controlan la producción o comercialización de productos, o la prestación de servicios, siempre que alcance un volumen comprendido entre 75% y 100% del ramo correspondiente. Fernando Sánchez Albavera cree que la intención del Poder Ejecutivo fue aprobar transitoriamente este dispositivo hasta que el Parlamento legisle al respecto (Op. cit.; p. 99). Otros consideran, más bien, que el propósito principal de esta norma fue definir el campo de aplicación de un sistema de control de precios, y no reglamentar o precisar la regulación constitucional sobre los monopolios. Sea como fuere, en nuestra opinión el Decreto Supremo se apartó de la prohibición rígida establecida en el Artículo 133 de la Constitución de 1979 y, en cierta medida, constituyó un antecedente del Decreto Legislativo 701, que expresamente lo derogó.

(92) “Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.”

(93) OCHOA, César. *Constitución y economía de mercado*. En: *Derecho*, N° 39. Lima: PUCP, 1985. p. 261.

eliminación de las “prácticas” monopólicas y no la de las “posiciones” monopólicas.

Entre las principales normas que desarrollan los preceptos constitucionales sobre libre competencia también debemos mencionar al Decreto Legislativo No. 757 publicado el 13 de noviembre de 1991 -Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada- que establece medidas para asegurar la estabilidad del orden económico. Mediante esta norma se declara que el sistema de economía social de mercado “(...) se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica”. Aunque esta norma también fue promulgada antes de la Constitución Política de 1993 y no regula específicamente el supuesto de los monopolios privados, conforma el marco legal que desarrolla con carácter general las disposiciones constitucionales sobre libre competencia.

## 9 Establecimiento de un monopolio privado.

Habiendo concluido entonces que los monopolios privados -con excepción de los monopolios sobre los medios de comunicación (segundo párrafo del artículo 61)- no están prohibidos por las actuales disposiciones constitucionales, tampoco se puede encontrar objeción constitucional contra las prácticas destinadas a establecer u obtener un monopolio sobre un determinado mercado. Naturalmente, aquellas conductas contrarias a las normas sobre libre competencia que tengan propósitos monopolísticos deben ser sancionadas, pero no propiamente porque tengan ese propósito monopolístico, que es legítimo y natural en todo empresario, sino debido a que constituyen prácticas opuestas a las normas de libre competencia, entendiendo bajo estos supuestos a los abusos de posición de dominio y las prácticas concertadas.

Existen básicamente dos formas de obtener un monopolio mediante mecanismos de mercado, cuya constitucionalidad merece un comentario individual, conforme exponemos a continuación.

### 9.1 Crecimiento interno.

Una empresa puede obtener un monopolio a consecuencia de su propio crecimiento, al desarrollar invenciones y tecnología por ejemplo, incrementar su tamaño y desplazar a sus competidores debido a una

mayor eficiencia en satisfacer las necesidades de los consumidores. Como resultado de la misma competencia, la empresa más eficiente puede alcanzar y mantener un monopolio que encuentra su explicación en las propias preferencias de los consumidores. Evidentemente, ni las actuales disposiciones constitucionales ni las normas de inferior jerarquía penalizan o sancionan esta expresión de máxima eficiencia, que finalmente debería beneficiar a los consumidores.

A este respecto, conviene recordar que el principal objetivo de la legislación antimonopólica es garantizar el bienestar de los consumidores y, en tal sentido, sería un contrasentido penalizar a las empresas que han llegado a tener una posición monopólica precisamente por su eficiencia, lo que de alguna forma supone que las expectativas y necesidades de los consumidores han sido satisfechas en mayor o mejor proporción que por sus competidores. Así pues, el surgimiento de monopolios en algunas circunstancias puede reflejar la existencia de una empresa eficiente que satisface adecuadamente las necesidades de los consumidores al punto que termina desplazando a otras empresas menos eficientes. Sancionar el éxito de las empresas en el mercado, cuando éste se obtiene mediante prácticas leales y lícitas, únicamente termina desincentivando el desarrollo de la economía y, por tanto, perjudicando a los ciudadanos.

Por lo tanto, no existiendo disposición constitucional que prohíba la existencia misma de los monopolios privados, corresponde reconocer que ninguna norma de menor jerarquía podría, en principio, cuestionar o sancionar el crecimiento interno de las empresas que le permitieran obtener y mantener una posición monopólica. Deseamos ser claros y decir que al efectuar esta afirmación desde un punto de vista estrictamente legal, estamos dejando de lado muy respetables consideraciones políticas o éticas que persiguen siempre sancionar a los monopolios (*supra*, 3), pero cuyo planteamiento excede a lo que es materia de este artículo.

### 9.2 Procesos de concentración económica.

Al igual que en el caso anterior, tampoco existe objeción constitucional respecto de los procesos de fusión, compra de empresas y demás formas de concentración económica entre unidades empresariales; así, corresponde a normas de inferior jerarquía determinar la conveniencia o no de su control.

La concentración económica puede realizarse esencialmente bajo dos modalidades, de un lado, mediante fusiones que conllevan una modificación de las estructuras societarias o corporativas de las empresas intervinientes y, por otro, a través de adquisiciones que dan lugar a diversos grados de control, que suelen afectar la composición de los órganos de dirección de las empresas que han sido motivo de adquisición.

En el derecho comparado se han establecido sistemas de autorización previa aplicables a las operaciones de concentración económica atendiendo a consideraciones jurídicas, económicas y ético-políticas. Uno de los principales argumentos a favor de estos sistemas apunta a impedir la formación de empresas que en un futuro puedan abusar de la posición de dominio adquirida, o cuyo poder se manifieste en forma inconveniente para la vida en común. Por cierto, muy distinguidos economistas han puesto de relieve las ventajas de alentar procesos de concentración para mejorar la eficiencia empresarial, sin por ello dejar de considerar que, en ciertos casos, pueden también tener efectos anticompetitivos.

En los Estados Unidos estos temas han sido muy ampliamente debatidos; sólo a modo de ejemplo vamos a transcribir dos oraciones que describen esas situaciones. Así, respecto de la necesidad de controlar el desarrollo de las empresas, cuando ello no deriva del crecimiento interno sino de operaciones de concentración, Bork ha señalado lo siguiente: “(...) *size by internal growth demonstrates superior efficiency, but merger that creates real market control will certainly have the effect of restricting output and may or may not create new efficiencies*”<sup>(94)</sup>. Y, de otro lado, para poner de relieve cuando estas operaciones de concentración económica puedan tener efectos favorables sobre la competencia y los consumidores, permitiendo alcanzar grados superiores de eficiencia en el mercado, cita a Donald Turner en el comentario siguiente: “(...) *a policy of free transferability of capital assets tends to put them in the hands of those who will use them to their utmost economic advantage, thus tending to maximize society's total output of goods and*

*services. Growth by merger, like internal growth, will often yield substantial economies of scale-in production, research, distribution, cost of capital, and management*”<sup>(95)</sup>.

En el derecho peruano, el sistema de control previo de operaciones de fusión únicamente se ha considerado necesario entre las empresas que participan en el sector eléctrico, conforme a lo dispuesto en la Ley No. 26876-Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. En el caso de las operaciones de concentración que ocurran fuera del campo de aplicación de la citada ley, no cabe duda que las disposiciones constitucionales y legales permiten el establecimiento de monopolios privados, resultando aplicables únicamente las normas sobre control de abusos de posición de dominio. Es difícil de prever, de otro lado, si en el futuro disposiciones similares a las contenidas en el sector eléctrico se extenderán a otros sectores económicos.

## 10 Protección de la libre competencia.

En la competencia económica, que es una lucha por el mercado y por los beneficios que de ello se derivan, las empresas ven obstaculizada su actuación por otras empresas, lo que lleva a decir que la competencia lleva en si misma el germen de su autodestrucción. De ahí que, si en un modelo de competencia imperfecta no hubieran determinadas normas que obligan o inducen a que la competencia se realice bajo ciertos parámetros, entonces desembocaría necesariamente en una situación de monopolio u oligopolio. “La misma libertad, que es el fundamento último de la economía de mercado y de la competencia, constituye también su principal amenaza. Para evitar el peligro de que los participantes en el mercado decidan utilizar su libertad de actuación para buscar beneficios fáciles y elevados por medios distintos de la competencia basada en los méritos empresariales, se hace imprescindible instaurar un sistema de normas protectoras de la libre competencia o, como precisa la más acreditada doctrina, de normas prohibitivas de las limitaciones de la libre competencia. Tras el nacimiento

(94) BORK, Robert. *The antitrust paradox*. The Free Press: New York, 1978. p. 199.

(95) TURNER, Donald. *Conglomerate mergers and Section 7 of the Clayton Act*. En: *Harvard Law Review*, No. 48, 1965. pp. 1313-1317. Citado por BORK, Robert. Op. cit.: p. 199.

del Derecho antitrust la competencia deja de ser un derecho para convertirse en un deber<sup>(96)</sup>”.

Mas no deben confundirse las limitaciones a la competencia que nacen de la competencia misma de las que tienen su origen en una práctica destinada expresamente a ese fin, pues mientras las primeras son la esencia misma del sistema competitivo, el triunfo en el mercado; las segundas son una perversión del sistema y constituyen el objeto del Derecho *antitrust*, que debe siempre buscar que se produzcan las situaciones más competitivas posibles en la práctica<sup>(97)</sup>.

Tal como ocurre en el Derecho Comparado, las normas peruanas sobre libre competencia se ocupan de sancionar tanto los acuerdos restrictivos como los abusos de posiciones dominantes, teniendo como fundamento el reconocimiento constitucional a la economía social de mercado (artículo 58), la libertad de empresa (artículo 59) y la libertad de competencia (artículo 61). Ahora bien, las normas sobre protección de la libre competencia otorgan facultades para ejercer su vigilancia y aplicar las sanciones pertinentes al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI en las áreas que se describen más adelante, estableciéndose como única excepción el control de las conductas desarrolladas en el marco de la Ley de Telecomunicaciones, supuesto en que los abusos de posición de dominio y los acuerdos restrictivos de la competencia serán sancionados por

el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTTEL.

A efecto de establecer el alcance de la protección a la libre competencia en el derecho positivo peruano<sup>(98)</sup>, podemos señalar brevemente que existen tres campos diferenciados, descritos a continuación.

### 10.1 Abusos de posición de dominio.

Son tratados en los artículos 3, 4 y 5 del Decreto Legislativo No. 701.

Un primer elemento para establecer cuando una empresa abusa de una posición de dominio, consiste en determinar el mercado relevante involucrado, luego verificar si efectivamente existe una posición de dominio respecto de ese mercado relevante y, posteriormente, analizar si la conducta empresarial bajo estudio constituye un ejercicio injustificado o abusivo de dicha posición de dominio.

Al definir un mercado relevante, se debe analizar las características del producto o servicio comprometido, establecer sus posibles sustitutos y determinar el ámbito geográfico afectado potencialmente. Esos son los elementos clásicos utilizados para establecer la posición de dominio, los cuales actualmente deben ajustarse para considerar los llamados *network effects*<sup>(99)</sup>. Así definido el mercado relevante, corresponderá establecer si la empresa en cuestión detenta una posición de dominio que le permite tomar decisiones con independencia de sus competidores, clientes o proveedores. En otras palabras,

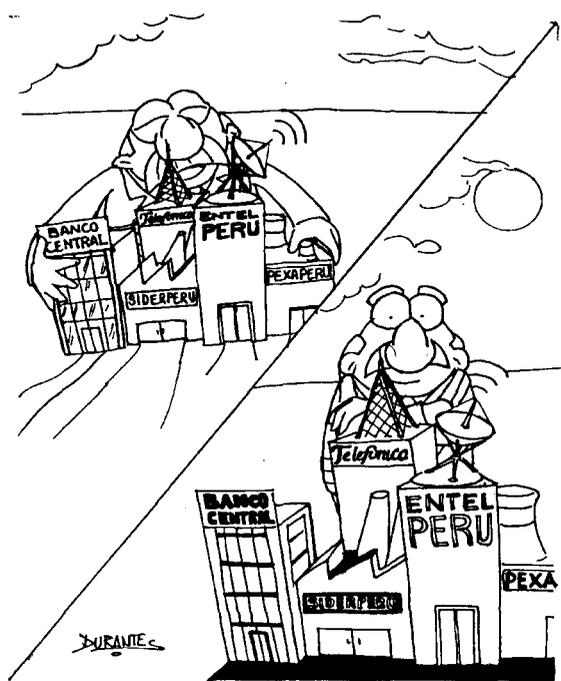
(96) HERNÁNDEZ, F. Op. cit.; p. 24.

(97) F. Hernández dice, en nuestra opinión correctamente, que el Derecho *antitrust* o Derecho a las limitaciones de la competencia debe afrontar cinco problemas básicos, a saber: 1) Evitar que las empresas realicen acuerdos que tengan por finalidad limitar la competencia; 2) Controlar los intentos de las empresas dominantes para abusar de su posición y así evitar el aumento de la competencia; 3) Asegurarse de que se mantiene un nivel de competencia efectivo en los mercados oligopolísticos; 4) Controlar los procesos de concentración empresarial; y 5.- Regular las ayudas públicas (subsidios y otros) a las empresas para evitar que supongan una quiebra del principio de igualdad de competencia. Op. cit.; p. 25.

(98) Aunque las normas sobre libre competencia se recogen en diferentes disposiciones de carácter general y sectorial, las principales disposiciones sobre esta materia son el Decreto Legislativo No. 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, el Decreto Legislativo No. 701, Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, y la Ley No. 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. De otro lado, el Decreto Ley No. 26162, que regula lo concerniente a la Competencia Desleal, para algunos forma parte del Derecho de la Competencia o Derecho del Tráfico Económico u otras similares denominaciones, pero no tiene disposición específica sobre lo que es materia de este artículo.

(99) En relación con las implicancias de los *network effects* al determinar la posición de dominio, puede consultarse LARROUCHE, Pierre. *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*. Oxford, 2000. pp. 129-163. Los llamados *network effects*, que se denominan genéricamente como *network-based industries*, se producen, en líneas generales, cuando la preferencia por un producto está relacionada directamente con su amplia utilización en el mercado. Entre los ejemplos clásicos tenemos los equipos de fax y las tarjetas de crédito, los cuales son valiosos únicamente en la medida que otras personas los utilicen o acepten ampliamente. Sin embargo, debemos indicar que los supuestos más controvertidos son aquellos donde el producto o servicio está protegido por las normas de propiedad intelectual; así, por ejemplo, el juicio seguido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América contra Microsoft está relacionado fundamentalmente con la valoración de los *network effects* asociados al sistema operativo Windows. Algunos de los sectores donde estos *network effects* empiezan a manifestarse son telecomunicaciones, transporte aéreo, programas de ordenador y, en general, aquellos mercados relacionados con las nuevas tecnologías e Internet.

siguiendo a Christopher Bellamy y Graham Child, corresponde determinar si estamos ante un supuesto de “abusos anticompetitivos” que suponen esencialmente prácticas de exclusión como la negativa de suministro, precios ruinosos, primas de fidelidad, discriminación de precios y similares, o, en todo caso, si se verifica una “explotación desleal” que supone un perjuicio directo contra los suministradores o clientes<sup>(100)</sup>.



## 10.2 Acuerdos o prácticas restrictivas.

A ellos se refieren los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo No. 701.

En las normas sobre libre competencia se considera que los acuerdos entre empresas que representan una limitación de la competencia constituyen conductas sancionables. Al no existir un control sobre precios y otras condiciones comerciales, los empresarios tienen la obligación de competir para que tales condiciones respondan al nivel de oferta y

demanda existentes en el mercado, evitando así que los consumidores terminen aceptando las condiciones impuestas por los proveedores.

Debe recordarse que las normas sobre libre competencia que se ocupan de los acuerdos restrictivos no establecen una prohibición absoluta contra cualquier tipo de conducta coordinada entre competidores, reconociendo que, bajo determinadas circunstancias, un acuerdo puede generar beneficios para el consumidor e incluso puede promover una mayor competencia<sup>(101)</sup>.

Para establecer cuando un acuerdo entre empresas constituye una limitación de la libre competencia, lo propio es ponderar las restricciones involucradas en el acuerdo y los beneficios que pueden obtener los consumidores, determinando sus efectos sobre el nivel de competencia en los mercados involucrados. En relación con las restricciones horizontales que pueden surgir entre competidores, las autoridades norteamericanas<sup>(102)</sup> y las europeas<sup>(103)</sup> han aprobado recientemente lineamientos para evaluar su legalidad considerando siempre el beneficio a los consumidores. Como se sabe, la doctrina distingue entre acuerdos horizontales y verticales, cuyo análisis y tratamiento jurídico no es siempre igual.

## 10.3 Operaciones de concentración en el sector eléctrico.

Tal como hemos señalado antes, nuestra legislación dispone que las operaciones de concentración económica, en cualquier de sus modalidades, únicamente se someten a control administrativo previo cuando están involucradas empresas que participan en el sector eléctrico. En el derecho peruano, las facultades otorgadas han quedado fijadas en la Ley No. 26876 y su respectivo reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No. 016-98-ITINCI. Las garantías, derechos y obligaciones de las empresas sujetas a este control previo de fusiones están contenidas en normas expresas, promulgadas observando el principio de seguridad jurídica.

(100) BELLAMY, Christopher y Child Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Madrid, 1992. pp. 533-556.

(101) Ver por ejemplo el Precedente de Observancia Obligatoria establecido en la Resolución No. 206-97-TDC del 13 de agosto de 1997, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 25 de noviembre de 1997, en el procedimiento seguido por Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.

(102) Federal Trade “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, Commission y U.S. Department of Justice, Abril 2000, pág. 35

(103) *Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements*, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 6 de enero del 2001.

#### 10.4 La vía de las exenciones no existe más.

Estando nuestro Decreto Legislativo No. 701 inspirado en la legislación europea, no puede extrañar que su artículo 7, ya derogado, se refiriera a que, en determinados casos, los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas prohibidas en su artículo 6, puedan autorizarse temporalmente en determinados supuestos, pues ello devendría finalmente en beneficio de los productores, los consumidores y de la economía en general. Esos acuerdos o prácticas exceptuados deberían contribuir a mejorar la producción o a promover el progreso ya que, en el tiempo, permitirían gozar a los consumidores de beneficios que no tienen en el presente, aunque para ello deban imponerse algunas restricciones, siempre que no se elimine sustancialmente la competencia. Se aprueban esos acuerdos por las autoridades europeas con el objeto de proteger y promover la capacidad exportadora, o la elevación del nivel de vida de zonas deprimidas, etc. Se trata de alternativas que han sido ampliamente utilizadas en el proceso de formación de la Unión Europea al amparo del Tratado de Roma, y que han dado lugar a una riquísima casuística<sup>(104)</sup>.

Las exenciones pueden ser por categoría o individuales, lo que también contemplaba la ley peruana. La política subyacente detrás de estas autorizaciones es la convicción europea de que es indispensable fortalecer a sus empresas para que puedan hacer frente a las norteamericanas y asiáticas, aunque, en el corto plazo ello signifique una restricción desde el punto de vista de la competencia y una cierta carga para los consumidores. Pero debe tenerse presente que los acuerdos que se autorizan tienen un carácter pro-competitivo. En efecto, se permiten en los ámbitos de la producción o de la investigación, porque se considera que llevarán a un mejor uso de recursos, a la obtención de economías de escala o el desarrollo más rápido de nuevos productos que en el futuro les permitirá competir mejor; lo que, en general, no podían hacerlo las empresas individualmente.

Esta forma de enfocar el desarrollo que implica, sin duda, un cierto proteccionismo y una desconfianza en los resultados que el mercado pueda brindar en todos los casos, es mal visto por las corrientes extremas neoliberales, especialmente de inspiración

norteamericana, que fueron las que han mayormente inspirado las políticas del INDECOPI durante la mayor parte del régimen fujimorista. Desafectas a la protección de la industria nacional y a los Acuerdos de Integración, pues en su visión la única integración económica deseable es con los Estados Unidos de Norteamérica, propusieron y derogaron el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 701 en virtud del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 788, sin explicación valedera que se conozca y, sin que ello pase por cierto, por un debate parlamentario que nos pudiera ilustrar sobre las verdaderas motivaciones que dieron lugar a la derogatoria. Lo cierto es que, desde el punto de vista legal, la vía de las exenciones no está permitida entre nosotros y que la libre competencia rige, en estos ámbitos, sin más cauce normativo que el que hemos señalado en los puntos 10.1 y 10.2 de esta sección.

#### 11 Conclusiones.

En las normas constitucionales peruanas del siglo XX, el régimen de los monopolios ha evolucionado, pasando de una prohibición contra los monopolios privados a su aceptación tácita. Se reconoce así que la concentración de poder económico en manos privadas no siempre es algo negativo o sancionable, siendo lo propio vigilar que ello no termine perjudicando a los consumidores, más aun cuando el éxito empresarial, en algunos casos, puede responder al reconocimiento que los propios consumidores otorgan a las empresas que mejor atienden sus necesidades.

Pero esa no es la única variación, también se ha modificado la concepción política sobre el rol del Estado en la economía; por ejemplo, la posibilidad de establecer reservas de actividades económicas ha quedado prohibida en la actual Constitución. De esta forma, ha escogido a la competencia económica como el mejor sistema para responder a los intereses de los consumidores, asignándose al Estado la función de asegurar que existan las condiciones para que ella pueda ser efectiva y se manifieste en menores precios y mejores productos. La actividad empresarial del Estado ya no es promovida y sólo autorizado por ley expresa puede ejercer actividad empresarial, pero deberá competir en condiciones de igualdad con los privados, esto es, tiene un carácter subsidiario. En cuanto a los servicios

(104) Ver BELLAMY, C. y Graham Child. Op. cit.; p. 173-206.

públicos las facultades constitucionales del Estado han quedado incólumes, pues puede definirlos y reservarse su gestión, siendo la tendencia, sin embargo, darlos en concesión a terceros.

Únicamente queda prohibido el monopolio sobre los medios de comunicación, lo cual apunta a asegurar el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión. En los demás sectores, el Estado debe combatir los abusos de las posiciones dominantes y, en general, cualquier práctica unilateral o concertada que pueda limitar la libre competencia.

## **12 Reflexión sobre el “turbocapitalismo” y la exclusión en la era de la globalización.**

Resulta fácil concluir que los temas tratados en este artículo, reservas, monopolios, concentración económica y remedios jurídicos pertinentes, han constituido y constituyen un campo en el cual los debates son, cuando menos, apasionados. Pero es quizás necesario preguntarse si este debate tendrá en el futuro la misma vigencia e intensidad que ha tenido durante el siglo XX, o si más bien, cambios tecnológicos, económicos y sociológicos lo harán aparecer como algo ya pasado, amarillento y carente de sentido. Mas si la pregunta nos la hiciéramos ahora, deberíamos planteárnosla en un contexto en el cual nuestra clase dirigente es poco representativa, de un Estado nacional cuya viabilidad está cuestionada, de un capitalismo globalizado que puede excluir no sólo de sus beneficios a importantes sectores de la población, sino también de su derecho a autogobernarse y a tener propuestas culturales disímiles al individualismo exacerbado y a la competencia -económica y otras- del “todo vale”, en el que la idea de servicio a lo público está tan ausente como la de solidaridad. Pero al construir nuestra respuesta no olvidar la vital importancia que tienen para las sociedades las ideas de la libertad y del respeto a la individualidad, porque están muy cercanos aún los recuerdos en los que el excesivo intervencionismo estatal y el colectivismo fueron portadores de opresión, intolerancia y corrupción.

El Derecho a las Limitaciones de la Competencia o legislación *antitrust* nos ha llegado tarde, como consecuencia mecánica de nuestro atraso cultural y económico, porque entre nosotros no se dieron las

condiciones, materiales y humanas para que fuera de manera distinta. Si bien los problemas que se le someten pueden presentarse en muchos países, se trata de un conjunto normativo propio de un **determinado estado de desarrollo** y que “presupone” una realidad económica que es aún lejana y que, además, se encuentra en permanente evolución. Ha echado raíces -débiles aún- entre nosotros porque desde hace 30 años, aproximadamente, las ideas neoliberales se han asentado fuertemente en los países capitalistas occidentales y éstos han querido, con toda lógica, trasladar a la periferia, a los países pobres, a los mercados emergentes, los mismos conjuntos normativos que tienen en su interior para resolver conflictos en materias económico-jurídicas.

Desde la perspectiva anterior, las leyes que regulan la libre competencia y que sancionan los abusos de posiciones dominantes resultan exóticas para la mayoría, no sólo de los habitantes de nuestro país, sino de los propios abogados, es decir, no se encuentran en la tradición reconocida, tanto por su contenido como por sus métodos de análisis. Sea ello todo dicho sin quitarles su importancia relativa. De otro lado, su creciente popularidad entre los estudiantes de derecho, no su legitimidad académica, se debe a un conjunto no totalmente perfilado pero sí explicable de razones: porque está de “moda” en los ambientes vinculados a las empresas transnacionales; porque representa una agradable “simulación” de lo que podría ser el ejercicio profesional en países más avanzados; porque el estudio y análisis de sus casos resulta -sin duda- un ejercicio intelectualmente válido; porque existen leyes positivas que lo contienen y, finalmente, porque se las ha conectado con aquella propaganda que señala que su aplicación está vinculada y resulta indispensable para lograr una mayor libertad política y un mejor nivel de vida. Es decir, la propaganda presenta como indisolubles los vínculos entre la vigencia de los principios y derechos que el liberalismo político conquistó, con la necesaria implantación de una economía de mercado, en los términos en que ésta se plantea hoy día en los países desarrollados capitalistas. Sabemos, por experiencia propia y ajena, que este último extremo es, por lo menos, discutible, aunque no puede negarse que la libertad económica está vinculada estrechamente al ideal democrático occidental posterior a la Revolución Francesa. Esa creciente popularidad nos hace con frecuencia olvidar

que los **términos de intercambio** del sistema económico internacional no nos favorecen en nuestra condición de sociedades empobrecidas y periféricas. Para superar esta situación es que se han ideado los procesos de integración, que en América Latina no han tenido el éxito previsto por un muy complejo conjunto de razones; a pesar, sin embargo, que es una vía -como se verifica en el caso de la Unión Europea- para lograr mejores niveles de vida y mercados ampliados en los cuales la lógica jurídica del Derecho de la Competencia adquiere probada validez.

El “turbocapitalismo”, que es la prédica sin descanso a favor de un sistema de empresa privada liberado en el mayor grado posible de las regulaciones gubernamentales, constituye el actual estandarte de las empresas multinacionales, líderes en capital y tecnología, y cuyos intereses traspasan sin pestañear las menguadas ambiciones y utopías de los estados nacionales, cuya viabilidad ponen seriamente en entredicho. Ese “turbocapitalismo” se extiende por todo el orbe al paso de la globalización económica y la revolución tecnológica y se instaura, sin dudas ni cuestionamientos, en las mentes de muchos dirigentes y políticos que lo ven como el mejor sistema para lograr un “mundo feliz”. De lo que no se habla es de la mala **distribución de la riqueza** que genera, sea entre los países o entre los individuos; más bien se suele repetir que será únicamente el mercado quien finalmente realizará la distribución de la mejor manera. Numerosas instituciones públicas y privadas han tratado durante los últimos años de instaurar entre nosotros una peculiar y empobrecida “cultura” del mercado<sup>(105)</sup>. A ello se suma la adopción mecánica de esquemas neoliberales promovidos por instituciones financieras multinacionales o el propio Fondo Monetario Internacional<sup>(106)</sup>, cuyos efectos se manifiestan en un mayor sometimiento a los acreedores

y a las empresas transnacionales, y en la implantación de algunas desregulaciones poco meditadas en desmedro de los más pobres, como lo prueba irrefutablemente la estadística; esto es, a consolidar indirectamente un **sistema de exclusión**<sup>(107)</sup>, de no acceso incremental a los beneficios que genera el propio capitalismo internacional.

Por cierto, si ante la comprobación de tales hechos se reaccionara con un sometimiento expreso, de carácter político, a los países poderosos, lo que equivaldría a un nuevo coloniaje, una de cuyas manifestaciones ya perfiladas es la impagable deuda que tienen los países pobres, ese tránsito será sólo aceptable para algunos, pero no para todos. Estas inquietudes no son ajenas a nuestros jóvenes que desean emigrar, aun en las peores condiciones, a los países más desarrollados, pues a pesar de saber que no la pasarán bien, tienen la certeza de que serán parte de la maquinaria de los nuevos imperios y, en su nueva condición de súbditos podrán finalmente tener posibilidades de mejora, imposibles de hallar si mantienen su condición de tercermundistas. Esas sociedades desarrolladas les permitirán acceder a una relativa prosperidad, sobre todo si se trata de personas emprendedoras, en un plazo inimaginablemente reducido para en las sociedades del tercer y cuarto mundo.

Por ello creemos que en América Latina entrarán en debate, más pronto que tarde, las condiciones exigidas para que un país pueda convertirse en un “estado libre asociado” de los Estados Unidos de Norteamérica, como lo es Puerto Rico, circunstancia inimaginable hace solo unos cuantos años. El deterioro creciente de nuestra condición ciudadana probablemente lo alentará, así como también la carencia de liderazgo y de viabilidad política. De otro lado, cuando se hagan públicas las condiciones de

(105) “El mercado dicta lo verdadero, lo bello, el bien, lo justo. Las ‘leyes del mercado’ se han convertido en las nuevas tablas a adorar; están determinadas por la célebre ‘mano invisible’ que regula y ordena, en su sabiduría infinita, todas las transacciones de un mundo interconectado. Excluirse de estas leyes significa encaminarse fatalmente hacia la ruina y la decadencia”. RAMONET, I. Op. cit.; p. 35.

(106) Dice I. Ramonet, refiriéndose a los Estados Unidos de Reagan y al Reino Unido de Thatcher: “esta doctrina económica-política (neoliberalismo) ha llevado consigo brutales consecuencias sociales: agravamiento de las desigualdades, aumento del paro, desindustrialización, degradación de los servicios públicos, ruina en los equipamientos colectivos”; RAMONET, I. Op. cit.; p. 32. Y más adelante: “[a] pesar de todos los estragos sociales el modelo neoliberal se extiende, impuesto al sur por las grandes organizaciones financieras como el Banco Mundial y El Fondo Monetario Internacional (FMI)”. RAMONET, I. Op. cit.; p. 34.

(107) En un estudio reciente, *Reformas en sociedades desiguales* (Lima, 2001), Adolfo Figueroa ha puesto de manifiesto la importancia que tienen para el desarrollo las condiciones iniciales con las que partieron los países; esto es, que la historia cuenta. En el caso peruano, la exclusión opera con particular intensidad, más aun cuando las reformas liberales del *fujimorismo* y la de gobiernos anteriores no han significado la superación de tradicionales exclusiones en los ámbitos económico, social y cultural.

humillación en las que los países latinoamericanos actualmente negocian su ingreso a sistemas como el ALCA, que parecen diseñados para consolidar indefinidamente, sin beneficios apreciables, su sumisión a los Estados Unidos, la concepción de “estado libre asociado” aparecerá quizás con más vigor, pues si bien implica una renuncia grande a la soberanía y a los ideales y sacrificios que dieron lugar al nacimiento de las repúblicas latinoamericanas, al brindar una cierta seguridad económica y un orden socio-político, podrá resultar siendo una atractiva alternativa para las mayorías empobrecidas, como en cierta medida ya ocurre con nuestros numerosos emigrantes. No resulta inapropiado recordar, sin embargo, que los responsables de que se presente, aún sea solo como debate esa penosa disyuntiva, somos en primerísimo término nosotros mismos, al no haber sido capaces de idear y llevar adelante un auténtico sistema democrático generador de riqueza y, a la vez, capaz de crear igualdad de oportunidades.

Hay que tener presente que en la concepción económica anglosajona, la única que existe hoy en día según Luttwak<sup>(108)</sup>, la desigualdad no es un problema sino parte de la solución. En efecto “la competencia -dice- que debe ser una cosa buena porque mueve la maquinaria de la prosperidad, a su vez recibe el impulso del incentivo de una mayor recompensa para los competidores con más éxito, y eso acarrea automáticamente más desigualdad, siendo otras cosas -incluido los impuestos- iguales. Así pues, resistirse a la desigualdad de ganancias en nombre de la igualdad supone resistirse a la propia prosperidad (...). Que aumente demasiado la desigualdad es inevitable, y hasta el día de hoy no hay nadie que se lamente por eso a menos que uno también quiera lamentarse por el aumento de la prosperidad”. Si esta concepción propia del “turbocapitalismo” implica un costo social en la emotividad y estabilidad de los individuos, las familias y las comunidades, es asunto que excede a esta reflexión final.

No lo es, sin embargo, reconocer que los temas de las reservas, monopolios y concentración económica rebasan naturalmente el ámbito jurídico y deben enfocarse con realismo sociológico y visión de futuro, es decir, con un inevitable e insustituible **análisis**

**político**. Eso es lo que ha estado ausente en las principales universidades durante los últimos años. Una vez más el péndulo: de la politiquería subalterna y la exaltación inicua de la violencia y el terrorismo, de la mediocridad académica y la desorganización administrativa, una buena proporción de la universidad peruana y latinoamericana ha encontrado en el espejismo del libre mercado y en el autoritarismo político una razón poderosa para callarse, para no preguntarse, para no cuestionar. Y en algunas Facultades de Derecho los cursos vinculados al Derecho de la Competencia, que inclusive han dado lugar a la creación de maestrías desfasadas y sin horizonte, no son promovidos como una vía para aumentar conocimientos y perfeccionar las habilidades necesarias y propias del análisis jurídico, en un área novedosa y retadora, sino a considerarlos en ocasiones como el agua bautismal que permitirá a quienes lo sigan acceder sin esfuerzo a la gracia del mercado. Es por ello que conviene, en palabras recientes de Mario Vargas Llosa, recordar una de las tareas irrenunciables que tiene la universidad: “La obligación de una universidad no puede ser sólo la de formar buenos profesionales, y menos en un país con los problemas básicos de la civilización y la modernidad sin resolver. Es igualmente imprescindible que contribuya a formar buenos ciudadanos, hombres y mujeres sensibles respecto a la sociedad en que viven, alertas a sus retos, a sus abismales disparidades, y conscientes de su responsabilidad cívica. Una universidad que evita la política es tan defectuosa como aquella donde sólo se hace política<sup>(109)</sup>”.

Pero ese acercamiento a la política no puede ni debe entenderse como un retorno a la “vieja” política, ya que en todas partes se extiende la sensación que los dirigentes políticos, los partidos, están desbordados por un conjunto de transformaciones que han modificado los esquemas tradicionales sobre los que se asentaba el poder. En efecto, la revolución tecnológica, fundamentalmente la informática y sus derivados, y la mundialización económica, es decir, la interdependencia cada vez más acentuada de la economía de los países, han puesto en crisis el concepto tradicional de poder construido en el estado nacional y en el cual -idealmente- los ciudadanos podían intervenir en temas vitales, como

(108) LUTTWAK, E. *Turbocapitalismo*. Barcelona, 2000. p. 80.

(109) Revista *Caretas*, No. 1668. Lima, p. 69.

el económico, que ahora parecieran estar fuera de sus ámbitos de influencia.

Es preciso reconocer, de otro lado, que la economía se ha desconectado de lo social y no asume las consecuencias que provoca la lógica de la globalización de los mercados<sup>(110)</sup>, esto es, exclusiones, desempleo, pauperización de amplios sectores, etc. En nuestros días, el capital es global mientras el trabajo es local. En efecto, esta vinculación territorial pone a los trabajadores en desventaja al momento de efectuarse el reparto de los riesgos generados por la globalización que, en muchos casos, destruyen las condiciones existenciales del trabajo local; de ahí que algunos piden abordar esta cuestión desde la perspectiva de una “globalización responsable”<sup>(111)</sup>. Las extraordinarias y fáciles ganancias que obtiene el capital transnacional en nuestros días, ha dado lugar al surgimiento de inmensas fortunas y, al mismo tiempo, al aumento de pobreza y resentimiento en sectores mayoritarios que han sufrido un desencanto con “la democracia”, bajo cuya etiqueta han actuado los beneficiados, lo que ha llevado, cíclicamente, a clamar por ordenadas (y siempre corruptas) dictaduras. A este respecto es pertinente recordar a John Maynard Keynes cuando dice que “el nihilismo de los mercados de capital sin regular convierte el empleo y el bienestar en un simple efecto secundario de la actividad de un casino”<sup>(112)</sup>.

Aquellas estadísticas que muestran la existencia de un mayor número de gobiernos democráticos en el mundo, y también en la región latinoamericana, ocultan quizás que el fenómeno de la globalización económica se basa en un “pensamiento” único que ha decretado -tanto implícita como explícitamente- que a partir de ahora sólo hay lugar a una política económica en la que lo que gobierna son los criterios del neoliberalismo y del mercado (competitividad, productividad, rentabilidad, etc.), que han convertido al planeta en una jungla de la competencia. “La mercantilización generalizada de las palabras y las cosas, los cuerpos y los espíritus, la naturaleza y la cultura, que es la característica central de nuestra época, sitúa a la violencia en el corazón del nuevo dispositivo ideológico”<sup>(113)</sup>. Y este descansa -continúa Ramonet-

sobre los medios de comunicación de masas en plena expansión, que entre nosotros no tienen control ni límite alguno impuesto por parte del Estado o de la sociedad civil.

Como sabemos, la revolución de las comunicaciones ha posibilitado un cambio de los mercados geográficos por el ciberespacio, inaugurando nuevos modos de organización de las relaciones humanas, en los que determinadas empresas privadas ejercen un control sin precedente sobre las distintas formas mediante las cuales se comunican los individuos. Al dominar el mercado mediático, han establecido las condiciones de acceso a todo tipo de manifestaciones y de recursos culturales. Rifkin ha puesto de manifiesto que “nuestra capacidad para conectar con nuestros semejantes, para comerciar, para crear comunidades de interés compartido, y para darle un sentido a nuestra propia vida: en todo ello mediarán decisivamente estas nuevas y poderosas herramientas de comunicación electrónica. Aunque el ciberespacio no sea un lugar, en su sentido tradicional, es un escenario social en el que millones de personas dialogan. En el futuro, buena parte de nuestra civilización se desarrollará en mundos electrónicos. El acceso constituye, por tanto, una de las cuestiones más importantes de la próxima era”<sup>(114)</sup>. Si ello es así, habrá que preguntarse quienes son los que estarán ahora y en el futuro, en mejores condiciones para dictar e imponer los temas de interés general en la agenda de los países, y si en ella podrán ingresar los temas vinculados a las concentraciones del poder económico.

Estos hechos indiscutibles nos muestran, una vez más, que la soberanía de los estados nacionales ha quedado reducida; y si ello es así, entonces también los temas que fueron de singular importancia en sus preocupaciones y consecuentes debates deberán cambiar. Puede ello entonces ocurrir con algunos de los temas centrales tratados en este artículo. La soberanía nacional ha quedado erosionada, en primer término, por las obligaciones que imponen los acuerdos políticos y financieros y los tratados internacionales, cada vez más numerosos y diversos. Pero también por otros factores: en un mundo que cada vez con mayor

(110) RAMONET, I. Op. cit.: p. 241.

(111) BECK, V. *Un nuevo mundo feliz*. Barcelona, 2000. p. 56.

(112) Citado por ESTEFANIA, J. *Aquí no puede ocurrir*. Madrid, 2000. p. 9.

(113) RAMONET, I. Op. cit.: p. 239.

(114) RIFKIN, J. *La era del acceso*. Barcelona, 2000. p. 303.

énfasis se apoya en la tecnología, resulta fundamental concluir acuerdos internacionales que hagan factible su funcionamiento, lo que es visible en el terreno de las comunicaciones. En consecuencia, la atribución de frecuencias radiales, los pasillos aéreos, los satélites, y numerosos etcétera, significan, en cada oportunidad, una limitación a la libertad de acción de los países. Todo ello nos llena de inquietudes y nos hace sentir que no tenemos ningún poder de influencia. Pero es propio de una generación que asiste a un cambio de tan grandes proporciones que nos impide apreciar los contornos de la sociedad del futuro. “Muchos de nosotros -dice Giddens- nos sentimos atezados por fuerzas sobre las que no tenemos poder alguno. ¿Podemos volver a imponer nuestra voluntad sobre ellas? Creo que sí. La impotencia que experimentamos no es señal de deficiencias personales sino que refleja las deficiencias de nuestras instituciones. Necesitamos reconstruir las que tenemos o crear otras nuevas. Pues la globalización hoy no es accesoria en nuestras vidas. Es un giro en las propias circunstancias de nuestra vida. Es la manera en la que vivimos ahora<sup>(115)</sup>”.

La lucha contra la exclusión es, al mismo tiempo, una que debe poner énfasis en la igualdad de oportunidades para individuos en todo el planeta. En la búsqueda para hallar la mejor senda hacia ese ideal, hay que preservar en una visión que reconcilie la igualdad con el pluralismo y la diversidad de estilos de vida, sin ocultar las reales colisiones entre libertad e igualdad. Y también reconocer que hay obligaciones recíprocas entre individuos y gobiernos, esto es, que es preciso buscar un equilibrio creador entre deberes públicos y privados. En esta tarea la educación -en todos sus muy numerosos canales- se convierte una vez más en el principal instrumento para fomentar la iniciativa y la responsabilidad. Pero ello no podrá hacerse efectivo en un ambiente de pobreza extrema donde faltan los requisitos mínimos para la

supervivencia; por lo tanto, la igualdad de oportunidades presupone una redistribución de la riqueza, no sólo al interior de las naciones sino también en el ámbito internacional. Estamos muy lejos de lograrlo, pues, como hemos visto, las políticas económicas en boga aceleran más bien una penosa exclusión que debe combatirse sostenida e imaginativamente.

Ante una crisis de tan grandes proporciones, es necesario rediseñar el modelo democrático. Cortina señala que es hoy tarea prioritaria de la ética y filosofía política dilucidar cuál es “el modelo practicable, moralmente deseable y legítimo, el que una realismo, atractivo moral y legitimidad”. Y agrega que el desencanto con la democracia procede en ocasiones de su defectuosa realización y, del desconocimiento de su propia lógica, ya que no se la reconoce como “un sistema de antinomias, de cuya solución constante en el proceso político depende su viabilidad<sup>(116)</sup>”. Cortina pone énfasis, que compartimos, en que es imposible seguir manteniendo el egoísmo como motor de la economía, a la “mano invisible” como armonizadora de intereses individuales y eliminando toda intervención estatal, pues ello afecta gravemente los dos grandes valores de la modernidad, esto es, libertad e igualdad, a los que no quieren renunciar ya ninguna ética política ni liberal ni socialista<sup>(117)</sup>. Esta es, sin duda, una visión distinta a la que inspira el “turbocapitalismo”, una de cuyos frutos es la exclusión que, en mayor o menor medida, ya experimentamos.

Deseo, finalmente, terminar esta reflexión citando, otra vez, a Adela Cortina: “Si olvidamos hacer ‘viables’ las antinomias democráticas y apostamos por el egoísmo -por muy ilustrado que sea- frente a la solidaridad, fracasará la democracia como forma de vida y quedará en un mecanismo, que renuncia a los ideales por los que surgió y que le prestan (...) legitimidad y deseabilidad moral<sup>(118)</sup>”.

(115) GIDDENS, A. *Un mundo desbocado*. Madrid, 1999. p. 31.

(116) CORTINA, A. *Ética sin moral*. Madrid, 2000. p. 256.

(117) *Ibid*; p. 275.

(118) *Ibid*; p. 257