

# CUANDO EL REMEDIO RESULTA PEOR QUE LA ENFERMEDAD: RIESGOS DEL CONTROL ADMINISTRATIVO DE PRECIOS

## *WHEN THE REMEDY IS WORSE THAN THE DISEASE: RISKS OF ADMINISTRATIVE PRICE CONTROL*

José Carlos Gonzáles Cucho\*  
Diez Canseco – Competencia & PI

Samuel Yábar Palacios\*\*  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
Diez Canseco – Competencia & PI

*During the State of Emergency, the country has suffered from a shortage of certain essential products and services. To deal with this situation, the Legislative Branch and the Executive Branch have taken a series of measures. Price control is one of the alternatives that are usually proposed at the political and media level.*

*This article analyses the types of administrative price control, its possibility of implementation in the Peruvian legal system and its effects on the market. Moreover, alternatives to the use of this instrument are proposed.*

**KEYWORDS:** *price control; regulatory activity; Legislative Decree 757; exploitative pricing; social market economy.*

*Durante el estado de emergencia, el país ha sufrido el desabastecimiento de ciertos productos y servicios esenciales. Para lidiar frente a dicha situación, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo han tomado una serie de medidas. El control de precio se presenta como una de las alternativas que a nivel político y mediático suelen ser propuestas.*

*En el presente artículo se analizan los tipos de control de precios a cargo de la Administración Pública, su posibilidad de implementación en el ordenamiento jurídico peruano y sus efectos en el mercado. Asimismo, se proponen alternativas al empleo de este instrumento.*

**PALABRAS CLAVE:** *Control de precios; actividad regulatoria; Decreto Legislativo 757; precios abusivos; economía social de mercado.*

\* Abogado. Magíster en Regulación de Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Economía y Derecho de Consumo por la Universidad Castilla – La Mancha. Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio en Diez Canseco – Competencia & PI (Lima, Perú). Contacto: jgonzales@dclegal.pe

\*\* Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Excoordinador General del Taller de Investigación en Derecho Administrativo - TIDA de la UNMSM. Asociado en Diez Canseco – Competencia & PI (Lima, Perú). Contacto: syabar@dclegal.pe

Los autores agradecen a Karla Montañez Curi por su invaluable esfuerzo en la investigación para la elaboración del presente artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 6 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El estado de emergencia (en adelante, EE) y el COVID-19 han causado severos estragos en la economía a nivel mundial. El aislamiento ha impactado seriamente en el desarrollo de diversas actividades y a muchos agentes económicos los ha llevado incluso a salir del mercado.

Uno de los efectos tangibles de esta crisis es que se ha visto una seria reducción en la capacidad adquisitiva de los consumidores (un buen número de ciudadanos ha perdido su trabajo) (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2020a, p. 3)<sup>1</sup>, estos han sido sometidos a suspensión perfecta<sup>2</sup> o han sufrido una reducción en sus ingresos (INEI, 2020b, p. 20)<sup>3</sup>.

Adicionalmente, ciertos productos que han resultado importantes durante la pandemia han visto incrementada su demanda (pasó primero con el alcohol, luego las mascarillas, ahora ciertos medicamentos y el oxígeno), lo cual evidentemente en el Perú —y tal vez en otros países<sup>4</sup>— ha llamado la atención de diversas autoridades quienes han tratado de mitigar o solucionar esta situación a través de herramientas como el otorgamiento de subsidios, la provisión directa de bienes<sup>5</sup> o servicios o la regulación de precios.

Es en este punto crítico, donde el desencuentro entre oferta (elevada para el caso de ciertos pro-

ductos) y demanda (golpeada por consumidores con ingresos y necesitados de productos de vida o muerte) se encuentra en una situación que genera un serio problema ante el cual la salida, muchas veces invocada por la población o por distintos gobiernos de turno, es la del control de precios.

En el presente artículo vamos a identificar este problema de escasez o especulación de productos (agravado por el COVID-19); evaluaremos el sustento legal de la herramienta de control de precios; los beneficios y perjuicios de su uso; y, finalmente plantearemos algunas alternativas desde la perspectiva del derecho de la competencia.

## II. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA: CUANDO DEMANDA Y OFERTA BAILAN MELODÍAS DIFERENTES

En el Perú, en el contexto de la pandemia y del aislamiento social obligatorio a raíz del COVID-19, los precios de medicamentos y servicios de salud han sido los que mayor incremento han mostrado, aunque en los servicios de transporte y de algunos alimentos también se han advertido incrementos (INEI, 2020c, pp. 2-3). En paralelo, los ingresos de los consumidores se han visto reducidos de forma considerable durante el estado de emergencia, debido al incremento del desempleo y la imposibilidad de percibir ingresos por parte de los independientes (Ipsos, 2020, pp. 25-27; Vinelli Ruiz & Maurer Fossa, 2020)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> A nivel nacional, en el trimestre enero-febrero-marzo del año 2020, comparado con similar trimestre del año 2019, la población ocupada del país disminuyó en 2,1%, que equivale a 357 mil 900 personas que perdieron su empleo, según el Informe Técnico: Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a Nivel Nacional (02) del Instituto Nacional de Estadística e Informática, emitido en junio de 2020 (2020).

<sup>2</sup> Según el artículo 47 del Decreto Legislativo 728, la suspensión perfecta del contrato de trabajo implica el cese temporal de la obligación del trabajador de prestar sus servicios y la del empleador de pagarle su remuneración, sin que desaparezca el vínculo laboral (1991). Mediante Decreto de Urgencia 038-2020 se dispuso que durante el estado de emergencia nacional y emergencia sanitaria los empleadores podrán optar excepcionalmente por la suspensión perfecta en aquellas labores que no puedan ser desarrolladas mediante la modalidad de trabajo remoto (2020).

<sup>3</sup> En el trimestre marzo-abril-mayo 2020, el ingreso promedio mensual proveniente del trabajo de la actividad principal en Lima Metropolitana se ubicó en 1584,4 soles, lo cual significó una disminución de 8,1% (139,3 soles) con respecto al mismo trimestre del año pasado, según el Informe Técnico: Situación del Mercado Laboral en Lima Metropolitana del Instituto Nacional de Estadística e Informática, emitido en junio de 2020 (2020).

<sup>4</sup> Según Ayvar Ayvar,

[e]n el caso de Sudáfrica, el Departamento de Industria y Comercio implementó el control de precios de determinados productos de higiene como desinfectante de manos, mascarillas, guantes quirúrgicos y papel higiénico; y de productos de primera necesidad como arroz, pasta, azúcar y agua embotellada. [...], el incremento excesivo de los precios del alcohol en gel, Francia decidió establecer un control de precios sobre dicho producto. [...] en El Salvador, en donde la Defensoría del Consumidor acordó fijar los precios máximos de venta del alcohol en gel y las mascarillas. [...] Argentina intervino en la determinación de precios, en tanto el Ministerio de Desarrollo Productivo emitió la Resolución 100/2020 que establece el congelamiento de los precios registrados dentro del Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos - SEPA (2020).

<sup>5</sup> El Decreto de Urgencia 066-2020, autoriza al Ministerio de Salud para que, a través del Centro Nacional de abastecimiento Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud - Cenares y durante el Año Fiscal 2020, efectúe las contrataciones que garanticen la provisión de oxígeno medicinal a todos los centros de salud e instalaciones de ampliación de la oferta hospitalaria a nivel nacional (2020).

<sup>6</sup> Según las encuestas y estudios consultados, el 41% de peruanos estaría desempleado o no percibiría ingresos a raíz de la cuarentena obligatoria (Ipsos, 2020, p. 25). Los principales afectados habrían sido: el sector de hoteles y restaurantes con una reducción del empleo en un 60%, el sector construcción con una reducción del 30%, y el sector comercio, con una reducción del empleo de 30% (Vinelli Ruiz & Maurer Fossa, 2020).

En este escenario convergen, por un lado, los precios elevados debido al incremento de la demanda de ciertos productos y; por el otro, la considerable reducción de ingresos de los consumidores, quienes se ven impedidos de acceder a ciertos bienes y servicios. Cuando estos bienes y servicios resultan indispensables para la conservación de la vida de las personas, hay una pregunta que se ha estado planteando: ¿esperar a la regulación autónoma y espontánea del mercado es la mejor opción?

Uno de los principales medicamentos empleados para el tratamiento y manejo clínico de las personas hospitalizadas por COVID-19 es el oxígeno medicinal. Según el Informe Especial 17-2020-DP de la Defensoría del Pueblo, antes de la pandemia un balón de 10 m<sup>3</sup> costaba S/ 600, mientras que a mediados de junio su precio oscilaba entre los S/ 5000 y S/ 6000 soles a nivel nacional (2020, pp. 12-13). Dicho informe exigía intervención estatal para atender la escasez del medicamento y su poca asequibilidad para la población (2020, pp. 23-24).

Otro medicamento con un incremento sustantivo en los precios a raíz de la actual coyuntura es la azitromicina. Según información recopilada del Observatorio de Productos Farmacéuticos del Ministerio de Salud<sup>7</sup> (a modo de muestra, debido a la inexistencia de información sistematizada de precios a la fecha), tres tabletas de dicho medicamento costaban en una farmacia de Junín en junio de 2019 S/ 4,8; en la misma farmacia, en mayo de 2020 su precio era de S/ 162. En una botica de Ica, en su presentación denominada **Zitromicim**, tres tabletas del medicamento costaban en junio de 2019 S/ 16,1; en la misma botica, en mayo de 2020 su precio era de S/ 199,29. En una botica limeña, el precio de tres tabletas de la variante **Zitrogal** era S/ 11,2 en junio de 2019; mientras que en mayo de 2020 costaba S/ 150. El mismo resultado se obtiene, en mayor o menor medida, en la mayoría de farmacias y boticas a nivel nacional (2020).

Los precios que cobran las clínicas privadas para la atención médica de pacientes también han mostrado incrementos considerables. Esta situa-

ción ha sido advertida por el Congreso de la República en el Proyecto de Ley 5211-2020-CR. A su vez, la propia Asociación de Clínicas Particulares ha declarado que por un día en una Unidad de Cuidados Intensivos (en adelante, UCI), el paciente debe pagar entre S/ 8000 y S/ 10000 (Diario Gestión, 2020b).

Esta divergencia entre oferta y demanda también se ha verificado en otros sectores de interés general, como es el caso de los servicios públicos. A través del Decreto de Urgencia 035-2020, el Gobierno dispuso la continuidad de la prestación de los servicios de energía eléctrica, gas natural y telecomunicaciones, permitiendo la reprogramación y fraccionamiento del pago de recibos y facturas. En el caso de las telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) tomó la decisión de mantener el acceso al servicio para la población, pese a que ello en los hechos implicara una seria afectación a la cadena de pago entre las empresas operadoras y sus usuarios. De esta forma, el organismo regulador impuso a las operadoras la obligación de no suspender o dar de baja el servicio por falta de pago durante el estado de emergencia<sup>8</sup>.

#### A. Medidas drásticas: el garrote frente a los precios altos

La medida normativa más drástica frente a esta situación adversa la adoptó el Congreso de la República. A través de la aprobación de la Ley 31040, Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, se reincorporó al Código Penal el delito de abuso de poder económico y el de acaparamiento, modificando también el artículo del delito de especulación.

En cuanto al delito de abuso de poder económico, la nueva ley pretende sancionar penalmente las conductas de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias (actualmente solo sancionadas en vía administrativa como infracciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> A través de esta plataforma se pueden observar los precios de venta que declaran las farmacias, de forma individual: <http://observatorio.digemid.minsa.gob.pe/>

<sup>8</sup> Sobre el particular, véase la Resolución 035-2020-PD/OSIPTEL.

<sup>9</sup> Ley 31040, Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración. En esta misma, se especifica lo siguiente:

Artículo 1. Incorporación de los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635

Incorpórese los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:

Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competen-

La sanción consistiría en una pena privativa de la libertad de entre 2 y 6 años y con 180 a 365 días multa, con la posibilidad de ser inhabilitado para ejercer la función pública y determinadas actividades económicas.

El acaparamiento volvería a estar incorporado al Código Penal para sancionar a quien “provoque escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas, mediante la sustracción o acaparamiento, con la finalidad de alterar los precios habituales en su beneficio, y con perjuicio de los consumidores” (2020, art. 233). Su sanción será la pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La modificación al delito de especulación<sup>10</sup> (art. 234 del Código Penal) busca reactivar su aplicación práctica. El nuevo tipo penal ya no requiere la venta “a precios superiores a los fijados por la autoridad administrativa” (2020) (supuesto de hecho improbable pues ninguna autoridad tiene competencias para regular precios, excepto en los servicios públicos económicos), sino que ahora sancionará a quien incremente precios sin sustentarse en una “estructura real de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública” (2020, art. 234). Su sanción será la prisión por no menos de dos ni mayor de seis años.

Esta nueva ley fue observada por el Poder Ejecutivo a través del Oficio 103-2020-PR. Respecto al delito de abuso de poder económico, se observó la falta de evidencia de que la tutela administrativa de la competencia hubiera fallado y que, por tal razón, se requiera la intervención del Derecho Penal. En lo concerniente al delito de acaparamiento, a razón de que la tipificación propuesta vulneraría el principio de tipicidad por ser poco precisa. Y sobre el delito de especulación, se observó que la tipifi-

cación sería demasiado amplia y de difícil delimitación. Pese a estas observaciones, el Congreso de la República decidió promulgar esta ley.

Más allá de los motivos expuestos por el Ejecutivo, resulta cuestionable que a través de la tipificación del delito de “abuso de poder económico” se implemente la sanción penal a las infracciones de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias verticales. Ambas infracciones están sometidas a la prohibición relativa (o regla de la razón) según la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), justamente porque la realización de la conducta tipificada no siempre es idónea para afectar la competencia (Falla Jara & Bullard González, 2002, p. 220-221). Por tal motivo, se debe probar si esta tiene o podría tener efectos negativos para la misma<sup>11</sup>. Bajo esta lógica, carece de sentido que una conducta que en vía administrativa no está generalmente prohibida, pueda constituir un delito penal. Por esta razón, en la experiencia internacional es casi nula la sanción penal de las conductas de abuso de posición dominante o prácticas colusorias verticales.

Sumado a ello, la sanción penal de las prácticas colusorias horizontales sometidas a prohibición absoluta (*hardcore cartels*) podría afectar la labor que viene realizando el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) mediante su Programa de Clemencia y su Programa de Recompensas. Esto debido a que se generaría un desincentivo a los agentes económicos de colaborar con la autoridad para librarse del pago de una multa administrativa, cuando por dicha colaboración existe el riesgo de ser sancionado penalmente. En consecuencia, con esta medida la autoridad de competencia podría detectar menos cárteles, la duración de estos posiblemente sería mayor (por los menores incentivos para incumplir con los acuerdos y delatarlos) y la competencia en los mercados se vería aún más afectada.

cia, será reprimido con una pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa en inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4 (2020).

<sup>10</sup> Según el artículo 234, referente a especulación y alteración de pesos y medidas:

[e] productor, fabricante, proveedor o comerciante que incrementa los precios de bienes y servicios habituales, que son esenciales para la vida o salud de la persona utilizando prácticas ilícitas que no se sustenten en una real estructura de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si la especulación se comete durante un estado de emergencia, declarado por el Presidente de la República, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa [...] (2020).

<sup>11</sup> Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Dicha norma dicta lo siguiente:

Artículo 9.- Prohibición relativa

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores (2019).

Como no es objeto del presente trabajo analizar las propuestas legislativas sobre la materia, nos limitaremos a señalar que —además de las contingencias antes mencionadas— estas técnicas ya han sido empleadas con anterioridad de forma poco satisfactoria<sup>12</sup>. Así, aunque uno de sus fines principales consista en prevenir el alza de precios para que estos no resulten inalcanzables para los consumidores y, de esta forma, la oferta y la demanda puedan reconciliarse, en realidad es muy poco probable que cumplan con su objetivo. Por el contrario, estas medidas pueden resultar contraproducentes y nocivas para el orden económico, agravando así la situación de los consumidores.

### B. Un panorama similar en Latinoamérica

Al ser una pandemia global, no solo el mercado peruano se ha visto afectado, sino también los mercados de muchos otros países. En cuanto a nuestros vecinos latinoamericanos, países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y México presentarán una caída de entre el 4 y 8% de su PBI, según las estimaciones del Banco Mundial (2020). En algunos de sus mercados, también se ha presentado incremento de precios y problemas de escasez de productos. Según la Organización de las Naciones Unidas para Alimentación y la Agricultura (en adelante, FAO), los siguientes productos presentaron en junio precios anormalmente altos: el arroz en Colombia, los cereales en Haití y Brasil, y varios alimentos en Argentina (Organización de las Naciones Unidas para Alimentación y la Agricultura [FAO], 2020).

Algunos Estados vecinos han tomado cartas en el asunto. En Argentina, el Ministerio de Desarrollo Productivo (a través de la Resolución 100/2020) congeló los precios de más de 2000 productos de la canasta básica familiar al 6 de marzo de 2020<sup>13</sup>. En Chile, se establecieron los precios máximos de las pruebas para el descarte de COVID-19, para el arrendamiento de ciertos inmuebles y para determinadas prestaciones de clínicas privadas (Irrázabal Philippi & Muñoz Rojas, 2020). Por otra parte, la autoridad de competencia colombiana inició una investigación (mediante la Resolución 19922 de 2020) en el mercado de equipos de protección personal (máscaras de respiración, gafas protectoras y filtros de protección), debido a que se habrían impuesto “precios inequitativos” durante la emergencia por COVID-19 (el incremento de precios ha-

bría sido entre el 8 y el 12%) (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020).

Como podemos apreciar, a raíz de la pandemia por COVID-19, existe una clara falla en el funcionamiento del mercado. En efecto, la oferta no satisface a la demanda; esta última no alcanza a la primera. Los precios de bienes y servicios esenciales se han incrementado y los ingresos de los consumidores se han reducido. Esperar a que el mercado encuentre su equilibrio natural podría costar muchas vidas, pero establecer medidas que alteren, aún más, el funcionamiento de los mercados sin conseguir las finalidades públicas perseguidas puede traer consecuencias aún más nefastas.

### III. EL CONTROL DE PRECIOS Y SU VIABILIDAD DE ACUERDO AL MARCO NORMATIVO VIGENTE

La Administración Pública (en adelante, la Administración) posee diversas técnicas y potestades para determinar los precios en el mercado. Es común referirse a todas estas medidas de forma conjunta y generalizada como **control de precios** o **regulación de precios**. Sin embargo, es importante precisar que la naturaleza jurídica de cada una de ellas no es la misma y, por tanto, poseen distintas características y requisitos para su aplicación.

En la experiencia comparada se han identificado tres potestades de la Administración para intervenir en la determinación de los precios de la actividad económica privada: (i) la potestad de ordenación de precios (política de precios); (ii) la potestad tarifaria; y, (iii) la actividad regulatoria de precios (Tornos Mas, 2009, pp. 538-541). Además, existen otros tipos de intervención que permiten controlar o influenciar los precios en el mercado indirectamente, dentro de las cuales la que más destaca es la sanción de las prácticas explotativas a través de las normas de libre competencia. De forma breve, pasaremos a delimitarlas conceptualmente y las analizaremos a la luz del ordenamiento jurídico peruano.

#### A. La potestad de ordenación de precios (política de precios)

Es una potestad administrativa, utilizada durante la década de los 70's y 80's en España y varios países latinoamericanos, cuya función es intervenir en los precios para controlar el proceso de inflación o por razones de política económica. Las razones de la

<sup>12</sup> En la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034, mediante el cual se aprueba la actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se indica que, debido a su poca operatividad y eficacia, las normas penales que regulaban los delitos en materia de libre competencia fueron derogados (2008).

<sup>13</sup> Precios registrados en el Sistema Electrónico de Publicidad de Precios argentinos.

intervención eran usualmente políticas, pues los bienes y servicios intervenidos podían variar en el tiempo dependiendo de su repercusión en las políticas del gobierno (Tornos Mas, 1982, pp. 98-99). Esta ordenación de precios empleaba fundamentalmente técnicas de la actividad de policía administrativa, pues limitaba derechos particulares; no obstante, también podía apoyarse de técnicas de fomento a través de subsidios a ciertos sectores.

Un ejemplo de esta potestad puede apreciarse en el derogado Decreto Ley 21782, publicado en el año 1977, donde se estableció lo siguiente:

Artículo 1.- Los bienes y servicios cuyos **precios de venta, tarifas y márgenes de comercialización a ser fijados** o reajustados por los Ministerios, **se sujetarán a los mecanismos de Control o Regulación que señala el presente Decreto Ley.**

Artículo 2.- **Para determinar los bienes y servicios** a incluirse en los mecanismos de Control o Regulación, se tomará en consideración los criterios siguientes:

- Incidencia significativa en **el gasto familiar**
- Carácter básico para la **economía nacional**
- Concesión de subsidios al producto o a sus insumos (1977) [el énfasis es nuestro].

En dicha norma se advierte que para determinar los bienes y servicios cuyos precios serán controlados, en lugar de emplear criterios de eficiencia económica se emplean criterios políticos. Toda vez que los conceptos de **incidencia significativa en el gasto familiar** o **carácter básico para la economía nacional** eran determinados según las políticas de gobierno.

Una característica que debe ser mencionada es que la potestad de ordenación de precios era realizada de forma genérica, no sobre relaciones jurídicas concretas. Los bienes y servicios cuyos precios debían ser controlados se establecían en abstracto mediante reglamentos emitidos por los ministerios<sup>14</sup>. Bajo este entendimiento, la doctrina incluso consideraba que esto no significaba una injeren-

cia en las relaciones contractuales entre privados, pues la Administración fijaba normas imperativas que los privados debían respetar al momento de contratar (Tornos Mas, 1982, pp. 235-236).

Debido a los procesos de privatización y desregulación que han marcado las últimas décadas, el uso de esta potestad se ha visto bastante reducida. En el Perú, sobre la base de las actuales reglas en materia económica de la Constitución Política de 1993, esta potestad de ordenación de precios se encuentra prohibida. Los artículos 58, 60 y 61 del texto constitucional establecen nuestro régimen económico como una economía social de mercado, donde la iniciativa privada libre, bajo las reglas del mercado, es la premisa base y solo de forma excepcional (y fundamentada en la tutela de otros derechos fundamentales, principios constitucionales o fallas de mercado) se admite la intervención pública en ella (Kresalja Rosselló & Ochoa Cardich, 2009, pp. 458 – 462).

En esta línea se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Expediente 008-2003-AI, al señalar que el mercado no puede ser intervenido por razones políticas. En efecto, se ha mencionado que

[t]al como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la **función reguladora supletoria del Estado**. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora.

**La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional [...]** (2003, fundamento 49) [el énfasis es nuestro].

El máximo intérprete de nuestra constitución ha precisado en reiterada jurisprudencia (por ejemplo, en la sentencia recaída sobre el Expediente 001-2005-AI) que la libre determinación de los

<sup>14</sup> Decreto Ley 21782, que modifica mecanismo de control y regulación de precios de venta de bienes y servicios. Dicha norma dicta lo siguiente:

**Artículo 3.- Cada Ministerio normativo de la producción de bienes y/o servicios formulará o modificará las listas de aquellos a ser controlados o regulados**, las cuales serán aprobadas por Resolución Ministerial coordinando en su caso, con el Ministerio normativo de su comercialización y/o utilización o con aquel bajo cuyo ámbito se produzcan bienes o servicios similares.

Los precios de venta, tarifas y márgenes de comercialización de aquellos bienes y servicios no incluidos dentro de los mecanismos de control o regulación a que se refiere el presente Decreto Ley, se regirán por las condiciones del mercado (1977) [el énfasis es nuestro].

precios por parte de los particulares forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa:

46. Asimismo, este Colegiado ha establecido que **el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.**

(i) En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.

(ii) En segundo término, **la libertad de organización** contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, **políticas de precios**, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).

(iii) En tercer lugar, está la libertad de competencia.

(iv) En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno [...] (2005, fundamento 46) [el énfasis es nuestro].

De esta forma, se reafirma que el control de precios por razones políticas no está permitido según nuestra Constitución, pues forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa, cuya limitación debe ser excepcional, por los motivos antes mencionados. Finalmente, resulta imprescindible mencionar que el control político de los precios también está prohibido por una norma con rango de ley, pues el Decreto Legislativo 757, en su artículo 4, señala que “[l]a libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes [...]” (1991).

## B. La potestad tarifaria

Es aquella que se reconoce a la Administración exclusivamente para fijar los precios de los servicios públicos. Su desarrollo se gestó el siglo pasado, bajo la concepción tradicional del servicio públi-

co, donde esta actividad estaba situada fuera del mercado y bajo titularidad del Estado (régimen de *publicatio*), quien se encargaba de gestionarlos (de forma directa o indirecta) y, por tanto, contaba con una amplia potestad para fijar el precio de la prestación de los mismos (Tornos Mas, 1982, p. 340; 2009, pp. 538-539). De esta forma, cuando el Estado concedía a los privados la gestión indirecta de los servicios públicos, contaba con la potestad de fijar el precio que estos podían cobrar. Este precio recibe el nombre de tarifa.

Sin profundizar sobre la existencia o no del régimen de *publicatio* en los servicios públicos o de la nueva concepción de servicios públicos económicos liberalizados (sobre la cual haremos referencia en el siguiente apartado), lo importante es mencionar que en el Perú está ampliamente aceptada la intervención de precios sobre estas actividades económicas. Esto se debe a la propia naturaleza de estas actividades que requieren de una intensa intervención pública para poder funcionar de forma adecuada (Huapaya Tapia, 2015, pp. 381-382).

Las tarifas de los servicios públicos deben cubrir el costo real de la prestación de servicio y la utilidad para el inversionista (Quintana Sánchez, 2012, p. 77). Pueden manifestarse de formas y grados muy diversos, desde la fijación de precios exactos (en el caso de peajes) hasta la fijación de precios máximos (usualmente en el mercado de telecomunicaciones).

## C. La actividad regulatoria de precios

La actividad regulatoria de precios es muy similar a la potestad tarifaria (se podría decir que en muchos escenarios la ha reemplazado, manteniendo la misma denominación), solo que no se limita a los servicios públicos. Esta constituye una de las técnicas de regulación económica, la cual –bajo una concepción estricta– es aquella que se encuentra presente en sectores donde la operatividad del mercado presenta serias limitaciones o en sectores donde pese a la existencia del mercado, el bien o servicio en cuestión posee un elevado interés público (Esteve Pardo, 2009, pp. 402-404).

De esta forma, la actividad regulatoria se encuentra presente en la intervención pública de la nueva concepción de los servicios públicos económicos<sup>15</sup> (Zegarra Valdivia, 2012, p. 38-42), también deno-

<sup>15</sup> La diferencia con la potestad tarifaria mencionada en el apartado anterior versa sobre la naturaleza de la actividad. Bajo la concepción tradicional de los servicios públicos, estos estaban fuera del mercado y eran de titularidad del Estado, razón por la cual se entendía que era el Estado el encargado de gestionarlo de forma directa (actividad prestacional o empresa pública) o indirecta (a través de concesión a privados), para lo cual se le reconocía la potestad de determinar los precios y tarifas de los servicios públicos. Bajo la nueva concepción de los servicios públicos, estos se han liberalizado y ya no son de titularidad pública, el Estado ya no ejerce la gestión de los mismos, sino los privados. El rol del Estado ahora

minados servicios económicos de interés general, ahora privatizados y sujetos, ahí donde resulte posible, a la libre competencia en el mercado<sup>16</sup> (Esteve Pardo, 2012, pp. 460-482). Sin embargo, es importante reiterar que esta actividad no se limita a los servicios públicos, sino que también podría estar justificada en otros sectores de alta relevancia como, por ejemplo, los productos farmacéuticos.

Sobre el particular, se ha identificado que en sectores con integración vertical y sujetos a altas restricciones (como los derechos de propiedad intelectual de los productos farmacéuticos) también podría estar justificada la actividad regulatoria de precios (Laguna de Paz, 2016, pp. 257-259). Esto debido a que, por su propia configuración, las reglas del mercado no garantizarían el acceso universal a determinados productos, y al ser estos productos esenciales para la satisfacción de ciertos derechos fundamentales (como los medicamentos para el derecho a la salud) justificarían una intervención estatal más intensa. En la situación de emergencia en la que nos encontramos, una medida regulatoria temporal de este tipo no se encontraría carente de sustento.

Esta intervención regulatoria de los precios se encuentra permitida por nuestra Constitución Política. Sus artículos 58 y 59 establecen que la actuación preponderante del Estado en la economía, además de los servicios públicos, se encontrará en los sectores de salud, educación, seguridad e infraestructura (1993). Con la precisión adicional que el ejercicio de la libertad de empresa no puede vulnerar el derecho a la salud de las personas.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al reconocer que el derecho a la libertad de empresa, en términos de libertad de organización (a través de la cual una empresa privada puede establecer sus precios), puede ser limitado para proteger otros derechos fundamentales o principios constitucionales como la salud:

[s]e pueden extraer conclusiones bastante más categóricas si se procede a determinar la necesidad de la medida adoptada [fijación de precios mínimos]. En efecto, una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al 'mínimo costo'. **Corresponde, pues, determinar si no existían medidas**

**que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico.**

Al respecto, es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, **son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas, a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana** y defender la libre competencia (Expediente 008-2003-AI, 2003, fundamento 53) [el énfasis es nuestro].

El texto citado corresponde a una conocida sentencia sobre un caso de fijación de precios mínimos en el transporte de pasajeros y mercancías, con la finalidad de preservar la salud y la seguridad de los usuarios y de corregir la distorsión en la competencia del mercado formal ocasionada por el mercado informal. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que la medida no superaba el test de proporcionalidad al existir medidas menos gravosas para la libertad de empresa y más idóneas para realizar los fines que se perseguían.

No obstante, reconoce que, en abstracto, es posible el establecimiento de una regulación de precios, siempre y cuando sea una medida necesaria e idónea para la garantía de ciertos derechos fundamentales o principios constitucionales (en particular servicios públicos, como en el caso de los sectores de salud, educación, seguridad e infraestructura, señalados por el propio texto de la norma fundamental). Por tanto, una actividad regulatoria de precios no constituye una vulneración abstracta a la Constitución.

Sin perjuicio de esto, sí podemos afirmar que la actividad regulatoria de precios se encuentra prohibida por una norma de rango legal, cuando es realizada en sectores que no son servicios públicos. El ya citado artículo 4 del Decreto Legislativo 757 establece en su segundo párrafo que “[l]os únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a

es el de garantizar que su prestación sea efectiva. No obstante, **ya no tiene la potestad implícita y genérica de controlar los precios de los servicios públicos, ahora esta prerrogativa ahora solo puede ser otorgada por ley en situaciones específicas**, solo si es que una intervención de dicha magnitud se considera necesaria.

<sup>16</sup> A modo de ejemplo, una técnica de regulación para fomentar la competencia es el mandato de compartición de la infraestructura. En esta situación, la actividad regulatoria de precios permite que la Administración establezca los precios de un acuerdo de acceso a determinada infraestructura de red.



lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República” (1991). En virtud de lo cual, la norma legal que atribuya una potestad regulatoria de precios, deberá además derogar o modificar esta disposición legal.

#### D. Las prácticas explotativas en materia de libre competencia (precios abusivos)

Los **precios abusivos** fueron concebidos por la jurisprudencia europea. Entre los casos más famosos se encuentran los siguientes: Asuntos Sirena/EDA<sup>17</sup>, General Motors<sup>18</sup> y United Brands Company<sup>19</sup>. La conducta sancionada se realiza cuando un precio establecido por una firma con posición de dominio en el mercado difiere **en exceso** del precio que existiría en un mercado con mayor competencia. Para esta evaluación se consideran los costos de producción del bien o servicio y los cobrados por el mismo concepto en otros mercados.

De esta forma, si bien el Estado no está determinando, ni influenciando la formación del precio, sí puede intervenir al considerar que determinado precio resulta **excesivo** y sancionar al agente económico responsable de la imposición de dicho precio. Así, se ejerce un control indirecto sobre los precios del mercado en aras de proteger al consumidor de precios elevados por parte de un agente dominante en el mercado.

La LRCA peruana no sanciona este tipo de conductas. El artículo 10 (numerales 2 y 5) de nuestra norma es bastante preciso en señalar que solo serán sancionadas las conductas con efecto excluyente. Es decir, solo se sancionan aquellas que afecten a los competidores reales o potenciales, quedando sin tipificación alguna aquellas que consistan en aprovechar la posición de dominio para incrementar los precios. Por esta razón, nuestra agencia de competencia, Indecopi, no tiene competencias para actuar frente a los incrementos de precios unilaterales.

#### IV. EFECTOS NEGATIVOS Y POSITIVOS DEL CONTROL DE PRECIOS MÁXIMOS

Después de haber identificado los diversos mecanismos para el empleo del control de precios por parte del Estado, pasaremos al análisis de los beneficios y desventajas de esta herramienta. Pese a

que las técnicas jurídicas para ejercer el control de precios son distintas, los efectos suelen ser similares, pues **se reemplaza el funcionamiento espontáneo del mercado (donde los precios son señales que influyen en las decisiones de los agentes económicos) por una decisión preestablecida**. Por esta razón, en adelante, nos referiremos a las diversas categorías jurídicas de forma genérica como **control de precios**. El contenido del control de precios puede ser variados: precios mínimos, precios máximos, precios determinados, entre otros.

El establecimiento de precios mínimos, por ejemplo, suele utilizarse para la protección de la industria frente a una competencia intensa (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2011, p. 16). Así, los proveedores que incurran en menores costos (por ejemplo, al haber desarrollado economías de escala) no podrán ganar mayor participación de mercado frente a sus competidores (agentes económicos de menor envergadura que no han desarrollado este tipo de economías). Este tipo de regulación, evidentemente, no permitiría que los consumidores accedan a bienes y servicios esenciales, pero su implementación podría ser utilizada dentro de las políticas de reactivación económica después de la pandemia.

Por su parte, el establecimiento de precios máximos busca atender las situaciones donde existe un exceso en la demanda de un bien o servicio que conlleve al incremento significativo en los precios (OCDE, 2011, p. 54). Delimitaremos nuestro análisis a este supuesto, pues es en el que sí se busca la protección de los consumidores frente a los precios elevados. Aunque usualmente es empleada en mercados donde existen importantes restricciones a la entrada de nuevos competidores, por la situación de emergencia en la que nos encontramos, la situación es bastante similar.

A continuación, detallaremos los efectos negativos y los positivos de esta herramienta.

##### A. Efectos negativos

Evidentemente, el principal efecto negativo es la pérdida de los beneficios del funcionamiento del mercado. Es decir, el dinamismo de que sean los precios del mercado quienes guíen las decisiones económicas (quién, cuánto, cómo producir) para

<sup>17</sup> Asunto 40/70, Sirena S.R.L. c. EDA S.R.L., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 18 de junio de 1975.

<sup>18</sup> Asunto 26/75, General Motors Continental NV, Decisión de la Comisión Europea del 19 de diciembre de 1974 y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de noviembre de 1975.

<sup>19</sup> Asunto 27/76 United Brands. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 14 de febrero de 1978.

la distribución de recursos, determinando los incentivos para que estos puedan proveer bienes y servicios de la forma más eficiente posible (Mankiw, 2012, p. 85). Al reemplazar al mercado, por una decisión preestablecida de tiempo, se corre el riesgo de alterar el funcionamiento de mercados que por sí mismos hubieran encontrado su equilibrio, incluso en un corto o mediano plazo. Por esta razón, resulta fundamental escoger bien en qué mercados se establecerá el control de precios.

Esto nos lleva al segundo efecto negativo. Como la decisión sobre qué mercados intervenir es muy difícil de determinar (muchas veces las razones detrás de ella incluso pueden ser de índole más política que técnica), es muy probable que se establezcan precios en mercados que hubieran alcanzado un equilibrio de forma autónoma y en un plazo no muy prolongado. Ello genera en una limitación a derechos fundamentales sin lograr los fines buscados, es decir, con más problemas que antes.

Otra razón que se debe señalar es que el establecimiento de un precio máximo puede constituir una enorme barrera de entrada cuando los agentes económicos no están en la capacidad de producir o comercializar el bien o servicio al precio establecido. Es decir, cuando el precio máximo no cubre los costos y márgenes de ganancia de la empresa, esta se verá obligada a retirarse del mercado o a no entrar en él (si es que tenía esa intención). Esta situación ha sido advertida en España, cuando muchos proveedores de mascarillas decidieron no seguir comercializándolas debido a que el precio fijado por el Estado (0,96 euros) no cubría sus costos (El Economista, 2020).

Otro aspecto relevante es la determinación del precio máximo. Como fue mencionado, el precio debe cubrir los costos y asegurar márgenes de inversiones, tanto para no significar una especie de **expropiación regulatoria**, como para no quitar los incentivos de los agentes económicos de participar en el mercado. Esta determinación del precio máximo puede ser sumamente difícil. En primer lugar, porque los costos de los agentes participantes en un mercado son muy diversos, al igual que las expectativas de ganancia al momento de ejercer una actividad económica pueden ser muy variadas.

En una economía como la nuestra, la situación anterior posiblemente degenera en un incremento de la actividad en el mercado negro. En el mercado negro no existen garantías para los consumidores, ni en términos de calidad, ni de precio. Además de las enormes externalidades que este genera, desde la precariedad laboral hasta el incumplimiento de evasiones tributarias y a la debilidad misma de la institucionalidad.

Más allá de esta situación, aunque la fijación de precios máximos sí posibilita que los agentes compitan ofreciendo precios más bajos, también existen mayores incentivos para vender siempre al precio máximo, incluso a través de concertaciones, principalmente en mercados oligopólicos. De esta manera, los precios máximos restringen de forma intensa la competencia en el mercado.

En el escenario más positivo, incluso si los agentes económicos continúan con la realización de sus actividades de manera formal, al estar los precios controlados, no tienen incentivos para invertir en innovación o mejoras de la calidad. En la medida que, de ese modo, evitarían incurrir en inversiones que posiblemente no podrían recuperar, por lo que la competencia en estos aspectos también se vería afectada de forma considerable.

## B. Efectos positivos

Pese a las razones que acabamos de mencionar, no todos los efectos del empleo de precios máximos son negativos. Como fue mencionado líneas arriba, los precios máximos buscan evitar que los consumidores se vean perjudicados ante el exceso de demanda o la escasa oferta. En el corto plazo pueden traer el equilibrio entre oferta y demanda, permitiendo que no haya desabastecimiento de bienes y servicios esenciales, principalmente medicamentos.

Para evitar los efectos negativos, el control de precios máximos debería contar un margen temporal de corto plazo establecido por ley. De esta forma, los agentes participantes en el mercado (o los potenciales entrantes) no tendrán los incentivos para retirarse de él. Con el objetivo de conservar su posicionamiento en dicho mercado, es posible que cumplan con la regulación de precios máximos sabiendo que, en un mediano plazo, dicho mercado funcionará de forma libre.

Los efectos más positivos de la regulación de precios máximos en el corto plazo pueden apreciarse en empresas con posición de dominio en el mercado. Al ser empresas bien posicionadas, usualmente con espaldas financieras amplias y grandes inversiones en el rubro, sus incentivos para retirarse del mercado son aún menores y están en la capacidad de seguir abasteciendo a precios regulados (siempre que se aseguren sus costos y sus márgenes de ganancia).

El punto central para lograr estos efectos positivos y evitar los efectos negativos de la regulación de precios, es la temporalidad. Esta debería limitarse, por ejemplo, al periodo que dure la epidemia, para que los mercados no se vean distorsionados de

forma grave, pero permitiendo que los consumidores puedan acceder a bienes y servicios esenciales.

## V. ALTERNATIVAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL PERÚ

Como nos advierte la experiencia nacional y comparada, el control de precios no suele ser la herramienta más beneficiosa. Por dicha razón, frente a los graves problemas por los que atraviesa el país, tenemos las siguientes alternativas: una empresa pública temporal o el subsidio a la industria. Ambas herramientas también poseen diversos riesgos y dificultades, no obstante, su grado de afectación a la actividad económica es menor.

### A. La creación de una empresa pública

En cuanto a la creación de una empresa pública, esta es una técnica regulatoria ampliamente aceptada en la experiencia comparada, en particular, en Europa. Sin embargo, no debemos ignorar que su empleo genera una considerable afectación al mercado y una importante limitación a la iniciativa privada (Patrón Salinas, 2006, p. 83). Por ello, para la creación de una empresa pública debe existir suficiente justificación, siendo la más sólida de ellas el mal funcionamiento del mercado derivado de una insuficiente oferta privada (Laguna de Paz, 2016, pp. 409-411).

En nuestro ordenamiento jurídico esta técnica regulatoria se encuentra bastante restringida, pues el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado cuenta con rango constitucional. De tal forma, el artículo 60 de la Constitución Política establece tres requisitos para la creación y funcionamiento de una empresa pública: (i) la autorización por ley expresa del Congreso de la República; (ii) su sustento sobre la base de razones de interés público o la conveniencia nacional; y, (iii) la insuficiente oferta por parte del sector privado (Ruíz Díaz, Martínez Licetti & Quintana Sánchez, 2004, pp. 113-123).

La situación de desabastecimiento ocasionada por la insuficiente oferta y a la imposibilidad de un sector considerable de la demanda de acceder a bienes y servicios esenciales permiten que dos de los requisitos antes mencionados encuentren sustento (evidentemente con data concreta y sistematizada), por lo que solo haría falta una habilitación legal, emitida por el Congreso de la República. Sin embargo, esta no es una decisión que deba ser tomada a la ligera. Por el contrario, hay ciertos aspectos que el legislador y el Poder Ejecutivo deben tomar en cuenta, el primero al momento de permitir la creación de una empresa pública y el segundo al momento de gestionarla:

a) **Focalización.** Los productos o servicios sobre los cuales se ejercerá la actividad empresarial deben estar identificados de forma precisa. No resultaría conveniente el empleo de cláusulas abiertas que permitan a la empresa pública trasladarse de un mercado a otro o ampliar su actividad. Debe determinarse con detalle sobre en qué productos existe en verdad un desabastecimiento que el mercado no podrá solucionar en el corto plazo.

b) **Temporalidad.** La finalidad pública a ser atendida es el desabastecimiento ocasionado por la pandemia, no el reemplazo permanente del privado. Por tanto, la actividad de la empresa pública debería contar con un plazo determinado de operación. La empresa pública tendría como objetivo disciplinar temporalmente las condiciones de mercado y ayudar a equiparar el desbalance entre oferta y demanda.

c) **Promoción de la inversión privada.** Como la actividad de la empresa pública no cuenta con vocación de permanencia, la gestión de la empresa pública no debe descuidar u obstaculizar la reducción de las barreras de entrada. Por el contrario, el objetivo es que paulatinamente la actividad empresarial pública sea suplida por la actividad privada, lo cual requiere el ingreso de nuevos actores al mercado.

Dentro de este aspecto, se debe considerar el respeto de la disposición constitucional que establece que tanto la inversión pública como la privada se encuentran sometidas a las mismas reglas (1993, art. 60). Esta norma, bajo la línea del principio de paridad de trato, busca evitar que se concedan privilegios a las empresas públicas, las cuales deben competir en igualdad de trato con los agentes privados.

d) **Transparencia.** A fin de evitar el despilfarro de fondos públicos, si se opta por la creación de una empresa pública, debe existir información abierta sobre los fondos públicos que son inyectados a dicha empresa. Esto en línea con el principio de paridad de trato, pues además permite evitar que la empresa pública tenga mayores ventajas para competir con los privados.

### B. Financiamiento y subsidios a la industria

La otra alternativa que tenemos frente a la coyuntura actual es el otorgamiento de subvenciones a las empresas que ofertan servicios o productos

esenciales. Aunque pareciera que el otorgamiento de subvenciones no es una actividad que limite los derechos de los particulares o que deba levantar muchas preocupaciones, en realidad su ejercicio sí conlleva riesgos importantes a ser tomados en cuenta (Bueno Armijo, 2017, pp. 271-273). Por dicha razón, al optarse por esta alternativa, conviene tomar en cuenta los siguientes criterios:

- a) **La existencia de filtros objetivos y claros para obtener la subvención o tener acceso al financiamiento.** Es importante que se determinen con precisión los bienes y servicios que requerirán del otorgamiento de estos beneficios, por encontrarse considerablemente afectados o por tratarse de bienes o servicios con alto interés público para la sociedad.
- b) **Transparencia.** Esta debe existir tanto en los procedimientos de otorgamiento del financiamiento o subvención, así como en el momento de que estos recursos son manejados.
- c) **Competencia por el acceso al financiamiento o la subvención.** Si bien se busca que los privados puedan satisfacer la demanda a un precio más bajo, no se busca distorsionar al mercado de forma tal que se permita la permanencia de agentes ineficientes. Por esta razón, se deben establecer procedimientos para la selección de beneficiarios que promuevan la competencia entre los mismos. El reto de esto es que se cuenta con poco tiempo para su realización.
- d) **Seguimiento a las inversiones y al comportamiento de los precios ofrecidos por los privados.** Una vez otorgada la subvención o el financiamiento, debe existir una rigurosa fiscalización para verificar el cumplimiento de los objetivos por los cuales fueron otorgados los beneficios, es decir, para incrementar la oferta a un precio más accesible.

## VI. CONCLUSIONES

Frente a la complicada situación de los mercados debido a la pandemia ocasionada por el brote del COVID-19, se han tomado y se tomarán diversas medidas. Una de estas podría ser el control de precios, especialmente de los bienes y servicios esenciales para la población. Ante esto, es importante considerar las técnicas jurídicas para su aplicación, así como los efectos de la misma.

En cuanto a las diversas técnicas jurídicas empleadas para la aplicación del control de precios, nuestro ordenamiento jurídico vigente solo permite el empleo de la potestad tarifaria y de la actividad

regulatoria de precios, ambas exclusivamente en los servicios públicos. No obstante, no es la Constitución Política la que limita la aplicación del control de precios a los servicios públicos, sino el Decreto Legislativo 757. De esta forma, para que en otros mercados de alto interés público (así no sean servicios públicos) se pueda establecer una actividad regulatoria de precios, solo sería necesaria la modificación o derogación del Decreto Legislativo 757.

Los efectos negativos del control de precios son diversos y riesgosos. En efecto, generan barreras de entrada, reducción de la oferta, menos incentivos para innovar y competir, desviación de las actividades formales al mercado negro, entre otros. Para mitigarlos y lograr la finalidad pública que busca su aplicación (que la mayoría de la población acceda a bienes y servicios esenciales), es de gran importancia determinar lo siguiente: (i) los mercados necesiten de dicha intervención; (ii) el precio máximo a ser establecido cubra los costos y otorgue márgenes de ganancia; y, (iii) solo se aplique en un margen temporal de tiempo.

En escenarios críticos los dogmas deben ser dejados de lado. Los remedios extremos pueden resultar útiles. Sin embargo, su empleo requiere del análisis más objetivo e integral posible, debido a la magnitud de sus efectos. Optar por el control de precios implica una restricción considerable de derechos fundamentales y de las reglas de la economía social mercado. Su empleo solo debería ser aceptado si es la única opción de tutelar –en mayor medida– otros derechos fundamentales. Estamos ante un remedio peligroso, cuya aplicación innecesaria o desproporcional puede traer consecuencias peores para la población que la propagación de cualquier enfermedad. 📄

## REFERENCIAS

- Ayvar Ayvar, R. (10 de abril de 2020). Los precios y el coronavirus: ¿Intervención o empatía? *Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2020/04/10/los-precios-y-el-coronavirus-intervencion-o-empatia/>
- Banco Mundial (2020). *Global Economic Prospects. June 2020*. <https://www.bancomundial.org/es/publication/global-economic-prospects>
- Bueno Armijo, A. (2017). La concesión directa de subvenciones. *Revista de Administración Pública*, (204), 269-312. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.10>
- Defensoría del Pueblo (2020). *Informe Especial 17-2020-DP, Crisis de Oxígeno para pacientes de COVID-19: Alternativas de solución*.

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/Serie-Informes-Especiales-N%C2%ba-017-2020-DP.pdf>

Diario El Economista (22 de abril de 2020). *Órdago de los proveedores de mascarillas: las retiran de la venta tras la intervención del precio. El Economista*. <https://www.eleconomista.es/salud/noticias/10498759/04/20/Ordago-de-los-proveedores-de-mascarillas-las-retiran-de-la-venta-tras-la-intervencion-del-precio.html>

Diario Gestión (2020a, 22 de abril). Más de 7,000 empresas se acogieron a la suspensión perfecta: 75% son mypes, según el MTPE. *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/management-empleo/mtpe-suspension-perfecta-mas-de-7000-empresas-se-acogieron-a-la-suspension-perfecta-75-son-mypes-segun-el-mtpe-noticia/#:~:text=%E2%80%9C%20sectores%20que%20m%C3%A1s%20est%C3%A1n,3.8%20millones%20de%20trabajadores%20formales>.

(2020b, 23 de junio). Clínicas privadas: No hay consenso hasta el momento sobre precios para la atención a pacientes COVID-19. *Gestión*. <https://gestion.pe/peru/sis-clinica-privadas-clinicas-privadas-no-hay-consenso-hasta-el-momento-sobre-precios-para-la-atencion-a-pacientes-covid-19-noticia/?ref=gesr>

Dirección General de Medicamentos Insumos y Drogas – DIGEMID (s.f.). *Observatorio de Productos Farmacéuticos del Ministerio de Salud*. <http://observatorio.digemid.minsa.gob.pe/>

Esteve Pardo, J. (2009). El encuadre de la regulación de la economía en el Derecho público. En S. Muñoz Machado & J. Esteve Pardo (Dir.). *Derecho de la Regulación. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 387-405). Iustel.

(2012). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

Falla Jara, A., & Bullard González, A. (2002). ¡Prohibido Prohibir!: el fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de venta en el derecho de la competencia. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (45), 215-227. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11881>

Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y régimen jurídico del Servicio Público en el ordenamiento público peruano. *Ius Et Veritas*, 24 (50), 368-397. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2020). *Comunicado: El Indecopi no tiene facultades para controlar o regular los precios de los productos o servicios*. [https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-no-tiene-facultades-para-controlar-o-regular-los-precios-de-los-productos-o-servicios-pero-si-para-que-se-respeten-precios-informados-y-sa#:~:text=El%20Indecopi%20es%20una%20entidad,energ%C3%ADa%20\(Osinergmin\)%2C%20agua%20y](https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-no-tiene-facultades-para-controlar-o-regular-los-precios-de-los-productos-o-servicios-pero-si-para-que-se-respeten-precios-informados-y-sa#:~:text=El%20Indecopi%20es%20una%20entidad,energ%C3%ADa%20(Osinergmin)%2C%20agua%20y)

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2020a). *Informe Técnico: Comportamiento de los indicadores de Mercado laboral a Nivel Nacional*, (2). [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/infome\\_empleo\\_nacional.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/infome_empleo_nacional.pdf)

(2020b). *Informe Técnico: Situación del Mercado Laboral en Lima Metropolitana*, (6). [https://www.inei.gob.pe/media/principales\\_indicadores/informe-tecnico-empleo\\_marzo-abril-mayo-2020.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/principales_indicadores/informe-tecnico-empleo_marzo-abril-mayo-2020.pdf)

(2020c). *Informe Técnico: Variación de los Indicadores de Precios de la Economía*, (6). [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe\\_precios\\_mayo2020.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_precios_mayo2020.pdf)

Instituto Peruano de Economía (2020). *Informe IPE VII – Impacto del COVID-19 en la economía peruana*. <https://www.ipe.org.pe/portal/informe-ipe-vii-impacto-del-covid-19-en-la-economia-peruana/>

Ipsos (2020). *Encuesta Nacional Urbana*. [https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/6980620inf\\_v2\\_18jun20\\_op\\_integrado.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/6980620inf_v2_18jun20_op_integrado.pdf)

Irrázabal Philippi, F., & Muñoz Rojas, F (8 de junio de 2020). Fijación de Precios bajo el Covid-19. *Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez*. <https://centrocompetencia.com/fijacion-de-precios-bajo-el-covid-19/>

Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Laguna de Paz, J. C. (2016). *Derecho Administrativo Económico*. Thomson Reuters.

Organización de las Naciones Unidas para Alimentación y la Agricultura (2020). *Seguimiento y análisis de los precios alimentarios*. <http://>

[www.fao.org/giews/food-prices/price-warnings/es/?page=2&ipp=10&no\\_cache=1&tx\\_dynalist\\_pi1\[par\]=YToxOntzOjE6lkwiO3M6MToiMil7fQ==](http://www.fao.org/giews/food-prices/price-warnings/es/?page=2&ipp=10&no_cache=1&tx_dynalist_pi1[par]=YToxOntzOjE6lkwiO3M6MToiMil7fQ==)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2011). *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*. Vol. I: Principios. <http://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>

Patrón Salinas, C. (2006). El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (52), 75-91. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8825>

Quintana Sánchez, E. (2012). Naturaleza y efectos de los subsidios en Servicios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 12(I), 75-83. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13491/14118>

Ruíz Díaz, G., Martínez Licetti, M., & Quintana Sánchez, E. (2006). El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, (22), 107-125.

Tornos Mas, J. (1982). *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*. Publicaciones del Real Colegio de España.

(2009). Regulación de Precios y Tarifas. En: S. Muñoz Machado & J. Esteve Pardo (Dir.), *Derecho de la Regulación. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (538-575). Iustel.

Vinelli Ruiz, M., & Maurer Fossa, A. (24 de abril de 2020). Impacto del COVID-19 en el empleo en el Perú. *Conexión ESAN* [Entrada de blog]. <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2020/04/24/impacto-del-covid-19-en-el-empleo-en-el-peru/>

Zegarra Valdivia, D. (2012). Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico. *Revista de Derecho Administrativo*, 12(I), 13-43. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13487/14114>

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Penal [CP], Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 1991 (Perú).

Decreto de Urgencia 035-2020, Decreto De Urgencia que establece medidas complementarias para reducir el impacto en la economía nacional, del aislamiento e inmovilización social obligatorio dispuesto en la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, así como para reforzar sistemas de prevención y respuesta sanitaria, como consecuencia del Covid-19, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de abril de 2020 (Perú).

Decreto de Urgencia 038-2020, Decreto De Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de abril de 2020 (Perú).

Decreto de Urgencia 066-2020, Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias para incrementar la producción y el acceso a sistemas de oxígeno medicinal para el tratamiento del Coronavirus y reforzar la respuesta sanitaria, en el marco del Estado de Emergencia Nacional por el Covid-19, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de junio de 2020 (Perú).

Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto Ley 21782, Modifican mecanismo de control y regulación de precios de venta de bienes y servicios, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 1977 (Perú).

Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, 25 de junio de 2008 (Perú).

Ley 31040. Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de agosto de 2020 (Perú).

Oficio 103-2020-PR, mediante el cual el Presidente de la República formuló observaciones a la Autógrafa de ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, 2 de julio de 2020.

Resolución de presidencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones 00035-2020-PD, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de marzo de 2020 (Perú).

Resolución 100/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo Secretaría de Comercio Interior. Boletín Oficial de la República de Argentina, 3 de julio de 2020 (Arg.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 4 de mayo de 2020, Resolución 19922 de 2020 (Colom.).

Tribunal Constitucional [T.C.], 06 de junio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 001-2005-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 19 de septiembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 003-2006-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, 13 de noviembre de 1975, sentencia del Caso 26/75, General Motors Continental NV contra la Comisión de la Comunidades Europeas.

Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, 18 de junio de 1975, sentencia del Caso 40/70, Sirena S.R.L. contra Eda S.R.L. y otros.