

DERECHO EMPRESARIAL Y CONSTITUCIÓN: LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y A SU REGULACIÓN (UN ANÁLISIS DE CASOS)

Oscar Súmar Albújar* **
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

¿Cuáles son los costos que debemos asumir para lograr los ideales de la sociedad? ¿De qué manera debe entenderse –y ponerse en práctica– la regulación y redistribución de los recursos necesarios para alcanzarlos?

En resumen, ¿cuál es la relación entre el mercado, su regulación y los límites de ésta? ¿Qué los vincula con las disposiciones constitucionales? El presente artículo nos ofrece factores, distintos de la ya acostumbrada eficiencia económica, que no deben dejarse de lado al momento de diseñar e implementar políticas públicas.

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (diciembre de 2006), Adjunto de Docencia del curso Sociología del Derecho. Ex asistente de la comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Prácticas profesionales en el Tribunal Constitucional.

** Las partes de este artículo referidas a regulación están inspiradas, recogen discusiones y aprovechan bibliografía de la tesis acerca de regulación de la publicidad que está elaborando conjuntamente con Julio Avellaneda, con la asesoría de Carlos A. Patrón.

*Decisiones, cada día, alguien pierde, alguien gana, ¡ave María!
Decisiones, todo cuesta.
Salgan y hagan sus apuestas, ¡ciudadanía!*

Rubén Blades. "Decisiones".

INTRODUCCIÓN

Imagine que el gobierno expide una ley para un determinado sector del mercado, limitando el actuar de las empresas al fijar el precio para la venta de un producto. Ante ello tenemos (disculpando la caricaturización) a los profesores de Economía diciendo que la ley está mal porque afectará la productividad y disminuirá la eficiencia del sector regulado, a los políticos diciendo que el pueblo reclamaba dicha ley porque nos beneficiará a todos, a los abogados diciendo que dicha norma limita excesivamente derechos constitucionales, a las ONG promoviendo dicha regulación justiciera y a los empresarios sin protestar demasiado (ya verán por qué y en qué casos). Las posibles combinaciones de políticas son infinitas, al igual que lo son las probables reacciones de los actores involucrados en su implementación.

Un rasgo que sí es común a todos los casos es que cada quién, habitualmente, sólo ve el problema desde una de las perspectivas posibles. En el ejemplo hipotético propuesto, los profesores de Economía sólo toman en cuenta la eficiencia económica; los políticos y los empresarios, la manera de maximizar sus utilidades (a través de mayores votos o ingresos); los abogados, una perspectiva dogmática, y los miembros de las ONG lo abordan desde una perspectiva ideológica. Lo que ninguno, en el ejemplo, toma en cuenta, es que todos estos factores –y otros– están igualmente involucrados en la expedición de dicha norma.

En el presente trabajo, sostendremos que sólo entendemos el proceso por el cual se limita o permite el actuar de las empresas si lo entendemos como una combinación entre todos estos factores. Por otro lado, sostendremos que sólo desarrollaremos políticas exitosas si somos capaces de identificar todos los factores involucrados en un determinado caso. Como veremos, al final del día

todos estos factores representan costos o beneficios. Las políticas serán exitosas en cuanto logren la mayor cantidad de beneficios al menor costo.

Al igual que sucede en una empresa, al diseñar políticas públicas también estamos expuestos a lo que llamamos "costos ocultos"¹. Uno sólo podría dirigir exitosamente una empresa si identifica dichos costos. Del mismo modo, uno sólo puede diseñar políticas públicas exitosas si identifica los costos asociados a su implementación. Por ejemplo, si uno expide una ley con tendencia a lograr una mayor equidad social, más allá de que esa política nos guste o no, se debe tomar en cuenta que dicha norma podría ocasionar pérdidas de eficiencia social; y, en el extremo, ser promovida por intereses particulares, entre otros posibles costos asociados.

A fin de lograr ilustrar estas ideas, daremos un breve recuento acerca de lo que nosotros entendemos por relación entre el libre mercado, la regulación y sus restricciones. Así, veremos que el mercado no siempre funciona bien, por lo que habitualmente requiere de regulación. Inmediatamente, sostendremos que dicha regulación –en muchos casos– tampoco funciona bien, por lo que requiere de una justificación. En el siguiente apartado, desarrollaremos qué fuerzas sociales son las que promueven dichos procesos regulatorios o desregulatorios. En el mismo, nos referiremos a la Constitución (y a los valores que la inspiran: eficiencia, redistribución y protección de derechos fundamentales) como un *ancla* que dirige y limita los tipos de acción (sean permisivos o restrictivos) en relación con las empresas. Enseguida daremos una serie de ejemplos basados en casos reales resueltos por el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC"), el Poder Judicial o el INDECOPI, en los que los valores que inspiran la Constitución son aplicados (o dejados de lado) al analizar políticas vinculadas con el actuar empresarial. Con dicho análisis pondremos en evidencia, además, que las resoluciones de estos tribunales habitualmente acogen perspectivas meramente dogmáticas (en relación al "significado" de los derechos fundamentales), sin tomar en cuenta otros factores, aun los constitucionales, que también están involucrados en los casos. Por tanto, llegaremos a la conclusión de que nuestro

¹ Por ejemplo, en una empresa de café no sólo debemos tomar en cuenta el costo de las tasas y los granos de café, sino también el mal trato a un cliente. Eso también es un costo que puede, de hecho, ser mucho mayor que todos los sacos de café en el largo plazo. Se le llama "oculto" porque habitualmente no está en los registros contables, lo que no quiere decir que no exista.

proceso regulatorio (y desregulatorio) carece de un necesario análisis de costos involucrados en la delimitación de políticas públicas relacionadas con el desempeño de las empresas.

I. MERCADO Y REGULACIÓN

“Es preciso, por supuesto, reconocer que existe un límite para el ejercicio válido del poder legislativo por parte del Estado. No existe controversia alguna relativa a esta proposición general; por lo contrario, la Decimocuarta Enmienda (relativa a la libertad contractual) no tendría eficacia, y las legislaturas de los Estados adquirirían un poder sin límites, siendo suficiente para ellas decir que cualquier norma fue promulgada para la conservación de la moral, la salud o la seguridad de las personas; dicha legislación sería válida sin importar cuan absolutamente carente de fundamento fuera su pretensión. La afirmación del poder para legislar sería un mero pretexto –y se convertiría en otro engañoso nombre– de la suprema soberanía del Estado para ejercerlo sin restricciones constitucionales. Esto no tiene fundamento. En todos los casos que se presenten ante esta corte, por lo tanto, donde este tipo de legislación sea cuestionada sobre la base de la protección de la Cuarta Enmienda, se plantea necesariamente la cuestión de si ésta es una expresión justa, razonable y adecuada del ejercicio del poder del Estado; o si, por lo contrario, es una irrazonable, innecesaria y arbitraria injerencia en el derecho del individuo a su libertad personal o libertad contractual (...)” (lo agregado es nuestro)².

De esta cita de la Corte Suprema de los Estados Unidos se desprende una idea esencial para el constitucionalismo y las políticas regulatorias de los estados (desarrollados) contemporáneos: toda limitación a un derecho constitucional (incluidos los de contenido económico), debe estar justi-

ficada en la protección de otros valores constitucionales. Esta decisión, de hecho, ha marcado la actuación de la Corte Suprema en dicho país, donde ésta ha participado activamente de la delimitación de las políticas regulatorias y del ejercicio de las libertades económicas. Por otro lado, de manera opuesta a lo señalado por el *Justice Holmes* en su voto disidente sobre este mismo caso, esta decisión no se basa en la defensa ciega de un modelo liberal de economía, sino en la idea de que, en un Estado Constitucional, todas las decisiones, aun las que tienen que ver con la política económica, deben estar justificadas. De esta manera se admite, por un lado, que el mercado no es perfecto, por lo que la regulación puede ser requerida; por el otro, debe admitirse que el bienestar económico –si bien es un valor pasible de protección constitucional– no es el único valor querido ni perseguido por la sociedad. Estas pretensiones (tanto la existencia de fallas como la persecución de otros valores), sin embargo, deben estar ampliamente sustentadas en la realidad, no bastando su mera invocación.

Ahora profundizaremos el tema de las “fallas de mercado”. Tal como sostuvo, hace ya mucho, Adam Smith, “el interés de los negociantes (...) en cualquier rama de comercio o manufactura, siempre es diferente en alguna forma, e incluso opuesto, al del público. Ensanchar el mercado y estrechar la competencia es siempre el interés de los negociantes. Ensanchar el mercado puede, frecuentemente, estar suficientemente alineado con el interés del público; pero restringir la competencia necesariamente está siempre en contra (...)”³.

De aquí se desprende que dejar las cosas a la *mano invisible del mercado* no es siempre la mejor alternativa⁴, ya que existen varios problemas asociados a la existencia de un mercado sin reglas.

² Traducción libre de: “It must, of course, be conceded that there is a limit to the valid exercise of the police power by the State. There is no dispute concerning this general proposition. Otherwise the Fourteenth Amendment would have no efficacy, and the legislatures of the States would have unbounded power, and it would be enough to say that any piece of legislation was enacted to conserve the morals, the health or the safety of the people; such legislation would be valid no matter how absolutely without foundation the claim might be. The claim of the police power would be a mere pretext -become another and delusive name for the supreme sovereignty of the State to be exercised free from constitutional restraint. This is not contended for. In every case that comes before this court, therefore, where legislation of this character is concerned and where the protection of the Federal Constitution is sought, the question necessarily arises: is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts (...)” En: *Lochner vs. New York*. 198 US. 45. 1905.

³ Traducción libre de: “The interest of dealers (...) in any particular branch of trade of manufacturers, is always in some respects different from, and even opposite to, that of the public. To widen the market and to narrow the competition is always interest of the dealers. To widen the market may frequently be agreeable enough to the interest of the public; but narrow the competition is always against it (...). SMITH, Adam. “An inquiry into de Nature and Causes of the Welth of Nation”. En: “The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith”. Volumen 1. Oxford. 1976. p. 267.

⁴ En este sentido, puede verse: STC 0008-2003-AI/TC. Fojas 35 y siguientes.

El mercado tiene costos asociados a su *uso*, que son los llamados *costos de transacción*⁵, concepto que será desarrollado más adelante. Lo cierto es que tales costos siempre existen. Es decir, cuando dejamos actuar a los agentes libremente en el mercado, éstos van a realizar actos que producen costos a la sociedad, como actuar de manera desinformada, irracional, generando externalidades, restringiendo la competencia, etcétera. Además, el actuar de agentes en el mercado para producir riqueza no siempre será compatible con otros valores⁶ de la sociedad como la protección de derechos fundamentales o la búsqueda de una mayor equidad social. Desde este punto de vista, la regulación no es un sustituto del mercado, sino una condición para la preservación de valores de la sociedad, que no pueden ser alcanzados y hasta pueden ser contradichos por el mercado.

Ante esto, podemos hacer por lo menos tres cosas: podemos cruzarnos de brazos, prohibir la actividad o establecer un marco general que reduzca sus costos, aunque sin impedir la actividad misma. Lo primero es lo que llamamos *laissez faire, laissez passer*. Lo segundo es lo que habitualmente conocemos como *regulación*, típicamente la regulación

sectorial que, por ejemplo, fija las tarifas o prohíbe una determinada actividad. En el tercer nivel encontramos las normas generales, como las de responsabilidad civil, contratos, propiedad e incluso las normas laborales⁷. Tomemos el siguiente ejemplo: si imaginamos que el mercado es como el parque automotor, la primera solución nos llevaría a que no hayan semáforos, la segunda a que no hayan autos o su circulación sea restringida (por horarios, etcétera) y la tercera a que hayan semáforos y otras reglas de tránsito. El segundo tipo de medida, dado que restringe la competencia, es habitualmente preferida por las empresas ya establecidas⁸. Por otro lado, las decisiones nunca están en un sólo de los ámbitos propuestos, sino que son una combinación de ellos. Pero sí pertenecen a uno u otro en menor o mayor grado⁹. En ese sentido, todas las sociedades son reguladas y dejadas al mercado hasta cierto punto pero hay diferentes grados entre ellas¹⁰.

Cabe señalar que ninguna de estas soluciones es buena *per se*, sino que su adopción dependerá de los costos asociados con cada una de ellas. Cualquier medida, entonces, deberá ser *proporcional*¹¹ a los fines que pretenda alcanzar. Este

⁵ COASE, Ronald. "The Firm, the Market and the Law". Chicago/Londres: University of Chicago Press. 1990. COASE, Ronald. "The problem of social cost". En: *Journal of Law and Economics*. Octubre 1960. pp. 1-44.

⁶ Autores como Dworkin niegan que el bienestar económico sea un fin en sí mismo, aunque quizá ningún *economista político* estaría dispuesto a sostenerlo. Ver, respecto a esta discusión: HIERRO, Liborio L. "La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)". En: DOXA 15-16. 1994.

⁷ Esto es consistente con la distinción de Calabresi entre *general deterrence* y *specific deterrence approach*. La *specific deterrence approach* implica una *decisión colectiva*, en el sentido en que es la sociedad como un *todo*, a través de sus procedimientos legislativos, es decir mediante decisiones políticas, la que decide cuánto quiere de una determinada actividad. La *general deterrence approach*, por su parte, implica que sean los propios agentes privados los que decidan, a través del mercado, mediante *decisiones individuales*, cuánto quieren de una determinada actividad. CALABRESI, Guido. "The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis". New Haven, London: Yale University Press. p. 95.

⁸ "Y al igual que cualquier buen comerciante, (Vito Corleone) empezó a soñar con formar un monopolio y a forzar a sus rivales a retirarse del negocio o forzarles a unirse a él". PUZO, Mario. "El Padrino". Barcelona-México: Grijalbo. 1972. Quincuagésima edición en castellano. p. 256 (lo agregado es nuestro).

⁹ CALABRESI, Guido. Op. cit. p. 113. VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. "Economics of regulation and antitrust". Cambridge: The MIT Press. 2005.

¹⁰ Tómese por ejemplo, el control de precios. Una sociedad comunista podría regular el precio de un producto, pero al cabo de un plazo existiría escasez, mercados negros y "colas"; donde el precio del producto ya no sería el fijado por el gobierno, sino el resultado de la suma de éste sumado al costo de la espera (más específicamente, el costo de oportunidad y daño producto de ésta). Por tanto, aun en una sociedad fuertemente regulada, el mercado no dejaría de actuar.

¹¹ La ponderación, tal como la entendemos aquí, consiste en la evaluación de si una política cumple con los siguientes parámetros: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ideas acerca de esta institución pueden ser consultadas en: STEIN, Ekkehart. "Derecho Político". Madrid: Aguilar. 1973 (ver especialmente el primer apéndice, referido a las reglas para la resolución de casos). Acerca de la ponderación en el ámbito nacional, aunque la bibliografía es extensa, recomendamos ver la tesis para obtener el título de abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú sustentada por Úrsula Indacochea, que se encuentra en los archivos de la Biblioteca Central de la universidad, titulada "Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano entre los años 1996-2006"; así como el texto de MENDOZA, Mijahil. "Conflicto entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor". Lima: Palestra. 2007. Para una visión bastante esquemática y ordenada de conceptos referentes a la ponderación, recomendamos ver: GUASTINI, Riccardo. "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales". Una versión de este trabajo ha sido presentada a la jornada de estudio "conflits de normes et conflits de valeurs"; Centre de Théorie et analyse du droit, Université de Paris X, Nanterre, 2005, que reproduce tesis ya expuestas en el volumen *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004. Traducción de Pedro Grández. Una crítica al concepto de ponderación y su aplicación por los tribunales puede ser encontrada en: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007". Adicionalmente, cabe destacar que son ilustrativos respecto de la importancia de la ponderación en la resolución de casos los tests utilizados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, entre los que se encuentran el *Central Hudson test* y el *strict test*, que es utilizado, con algunas atenuancias, especialmente para proteger el discurso político, no comercial. Ambos tests, sin embargo, al igual que el propuesto, se refieren a la proporcionalidad de la medida, en cuanto sirva para alcanzar un bien de interés público y afecte a la libertad sólo en la medida necesaria para alcanzar su fin. En el caso alemán, una reciente sentencia de la Corte Constitucional Federal de 28 de marzo de 2006 (1 BvR 1054/01), que considera inconstitucional una norma que prohibía la publicidad de apuestas supuestamente dirigida a reducir la adicción a las apuestas, por cuanto dicha regulación no sería adecuada, tal como ha sido planteada, para lograr ese fin.

análisis, desde luego, deberá incluir una evaluación de los costos implicados en la realización de la política, en el sentido expresado en la introducción de este trabajo¹².

Hasta aquí es válido que el lector se pregunte: “está bien, el mercado tiene costos o es incompatible con valores de la sociedad, y eso implica que cierto nivel de intervención estatal pueda estar justificado, pero ¿cómo se llega a establecer, en la práctica, el tipo adecuado de regulación (o desregulación)?”. Averiguar esto ha ocupado el trabajo de los economistas durante décadas (o siglos) y últimamente, a partir de la incursión del *análisis económico* (al Derecho), también el de los abogados. En las páginas siguientes intentaremos proporcionar algunas ideas que puedan ayudar a entender este proceso regulatorio. No obstante, por obvias razones, no pretendemos dar una respuesta puntual y, menos aún, concluyente.

II. EXPLICANDO EL PROCESO REGULATORIO: JUSTIFICACIONES A LA REGULACIÓN

Siguiendo un clásico trabajo de Max Weber¹³, se puede identificar la acción de los tribunales o los poderes legislativos como parte de su tipología de las *acciones sociales*. Dentro de ésta, se encuentra la *acción social de acuerdo a fines* (relativa a los medios para maximizar beneficios), la *acción social de acuerdo a valores* (relativa a la actuación, no sobre la base de una evaluación de beneficios, sino de ideología); la *acción social afectiva* (relativa a los sentimientos y sensaciones; en esa medida, irracional) y las basadas en la *tradicición* (que es cercano al concepto de *inercia legislativa* de Calabresi¹⁴), a las que habría que agregar el propio

azar que algunas veces impulsa nuestras vidas.

El primero de los tipos de acción social (de acuerdo a fines), se identifica, creemos, con el hecho de que las reglas (o interpretaciones de éstas), muchas veces, no serán puestas ahí para perseguir fines de interés público, sino que éstas pueden servir al propio interés de las empresas u otros grupos de interés, nacionales o internacionales regulados¹⁵ y de los mismos reguladores. En este sentido, más temprano que tarde, Stigler¹⁶ y Becker¹⁷, desarrollando la *teoría de la captura* en su versión original, formularon la *teoría económica de la regulación*. De acuerdo a ésta, al igual que cuando actúan en el mercado, los políticos y las industrias actúan de manera racional, maximizando sus propios beneficios, cuando están en la *arena política*. En la medida en que los políticos, que tienen el monopolio de la legislación¹⁸, buscan votos y mayores recursos; así como los empresarios, u otros grupos de interés, buscan legislación a su favor; ellos pueden cooperar entre sí. Típicamente, entonces, los grupos de interés se convertirán en demandantes de legislación a su favor y los reguladores ofrecerán dicha regulación al mejor postor. En parte, esto lo que se conoce como *lobbies* y explica la mayor parte de regulación económica que tenemos. Pero esto no sólo responde a *lobbies*; existen también grupos menos organizados que por su fuerza de votos, por ejemplo, pueden inclinar la balanza regulatoria a su favor. Por ejemplo, si hay muchos consumidores de un producto, no sería inteligente para un político promover una norma que eleve su precio, ya que perdería los votos de dichos consumidores. De esta manera, al igual que en el mercado, también hay competencia entre los

¹² Cabe destacar que el propio Congreso peruano tiene a su disposición una “Guía para el Análisis Costo-Beneficio Legislativo ACBL” (Guía de Orientación 006-2005-DCP-DGP/CR) que constituye una bastante completa (son 17 páginas) herramienta para el análisis costo-beneficio. Dicha guía se encuentra disponible en: www.congreso.gob.pe

¹³ WEBER, Max. “Economía y sociedad”. Tomo I. México: Fondo de Cultura Económica. 1974 (1922). pp. 20-21.

¹⁴ CALABRESI, Guido. “A Common Law for the age of statutes”. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press. 1977.

¹⁵ En relación con esto, tómesese en cuenta el Consenso de Washington. Ver al respecto: WILLIANSO, John. “What should the World Bank think about the Washington consensus?”. En: *The World Bank Observer* 2. 2000. pp. 251-264.

¹⁶ STIGLER, George y Claire FRIEDLAND. Op. cit. También habría que incluir en esta tesis a PELTZMAN, Sam. “Toward a more general Theory of Regulation”. En: *Journal of Law and Economics* 19. 1976.

¹⁷ BECKER, Gary. Op. cit.

¹⁸ “Los monopolios proveen a sus detentores de ganancias excepcionales a expensas de otras personas. Al acompañar este poder con su dominio (el del proceso legislativo), el Estado es potencialmente el monopolio más rentable para cualquiera que lo pueda controlar y el más peligroso para cualquier otro”. Traducción libre de: “*Monopolies provide their owners with exceptional profits at the expense of other people. As the most encompassing power within its domain, the state is potentially the most profitable monopoly for anyone who can control it and the most dangerous for everyone else. Monopolies provide their owners with exceptional profits at the expense of other people. As the most encompassing power within its domain, the state is potentially the most profitable monopoly for anyone who can control it and the most dangerous for everyone else.*” COOTER, Robert D. “The strategic Constitution”. New Jersey: Princeton University Press. 2000. p. 23. Lo agregado es nuestro.

buscadores de rentas para comprar la legislación, o entre los poderes del estado para tener el monopolio de la regulación^{19 20 21}. Otro ámbito donde este tipo de acción social (de acuerdo a fines) se manifiesta es en el establecimiento de autorregulación o carteles para restringir la competencia.

Más adelante, Viscusi²² puso sobre relieve que el proceso de captura no es uno perfecto, y esto es fácil de probar, tanto con el proceso desregulatorio de industrias que aparecían como reguladas por su propio interés en los Estados Unidos (v. gr. las vías férreas fueron reguladas en 1987 y desreguladas en 1980; comunicaciones de larga distancia: reguladas en 1910, comienzo de la desregulación parcial en 1971; camiones: regulados en 1935, desregulados en 1980; líneas aéreas: reguladas en 1938, desreguladas en 1978; gas natural: precio regulado en 1954, desregulado en 1989, y petróleo: regulado en 1971 y desregulado en 1981)²³, como con el hecho de que mucha de la regulación sí se puede considerar exitosa desde una perspectiva de costos y beneficios para la sociedad. En ese sentido, Sunstein ha afirmado que "(...) estudios acerca

de los costos y beneficios de las iniciativas regulatorias han mostrado que un número importante de otras medidas ha producido salud y otros beneficios a un costo especialmente bajo"²⁴.

Esto explica la acción social de acuerdo a fines, pero, en la medida en que la "captura" muchas veces no es perfecta, los tribunales o los reguladores actúan promoviendo valores o principios queridos *per se*, sin importar los réditos que les reporten. Siguiendo un clásico trabajo de Calabresi, las normas se justifican en tres tipos de razones: las de eficiencia, las *redistributivas* y las otras razones de justicia, como la moral y la compatibilidad de las normas con el respecto de derechos fundamentales, por ejemplo²⁵. Los tres tipos de justificaciones actúan de manera paralela e interrelacionada, limitando o ensanchando el campo de acción de cada uno²⁶. Por ejemplo, una política que desaparezca los derechos de propiedad podría ser querida desde un punto de vista redistributivo, pero sería ampliamente incompatible con la eficiencia. Estos tres tipos de justificación tienen en común el descansar sobre la base de valores. En efecto, la eficiencia económica (relacionada a la competencia)

¹⁹ Lo que hace el TC (al dictar normas con carácter general, al llamarse a sí mismo "supremo intérprete" para justificar interpretaciones caprichosas, al utilizar conceptos sin significado para extender sus atribuciones, al exhortar al Congreso para que legisle de acuerdo a sus propias ideas, etcétera) y el Congreso (al aprobar leyes o hacer proyectos de ley limitando las atribuciones "interpretativas" del TC, al realizar "interpretaciones auténticas" de la ley para limitar el actuar de los tribunales, al nombrar personas "políticamente cercanas" para ocupar cargos en las cortes, o al destituir arbitrariamente a los magistrados del TC; o ambos poderes al movilizar a la opinión pública de acuerdo a sus intereses), sólo se puede entender en la medida en que se le relacione con la competencia en la que están inmersos a fin de tomar para sí mayores atribuciones en el proceso normativo o regulatorio dentro del Estado. En palabras simples, el TC y el Congreso compiten por ocupar un lugar privilegiado en el proceso regulatorio. Esa competencia, desde nuestro punto de vista, se debería resolver en términos de conveniencia, no de corrección. Acerca de la distribución dispersa de competencias regulatorias, puede consultarse a: QUINTANA, Eduardo. "¿Captura o administración de recursos dispersos?". En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. POSNER, Richard A. "Theories of economics regulation". En: Bell Journal of Economics and Management Science 5". 1974.

²⁰ Ahora, ¿cómo funciona esto? Los grupos más pequeños y mejor organizados, en la medida en que conocen mejor sus intereses, se pueden organizar para conseguir recursos y reciben mayores beneficios *per capita*, son candidatos ideales para demandar y recibir legislación a su favor. Estos grupos pequeños y bien organizados habitualmente son los monopolios o los oligopolios (o una propia agencia del Gobierno). Esto explica en gran medida por qué las industrias oligopólicas habitualmente cuentan con mayor regulación, sin que interese a este efecto la existencia o no de "fallas de mercado". Los grupos más grandes y menos organizados, como los sindicatos, tienen sus propios mecanismos de organización. La manera en que estos grupos se organizan, así como las dificultades y características de sus tamaños y capacidad de organización respectivos y las implicancias de estos factores en el proceso de asignación de legislación, ha sido estudiada por Marcur Olson, por lo que nos exoneramos aquí de mayores detalles. OLSON, Mancur. "The logic of collective action: Public goods and the Theory of Groups". Massachusetts: Harvard University Press. 1965; VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. Op. cit. pp. 390-392.

²¹ Estos avances tienen una obvia relación, por lo demás, con la escuela de la *public choice*, representada entre otros por Buchanan. Ésta ya había destacado que el juego político podría ser imaginado "(...) como si fuera una lucha entre buscadores de rentas, que tratan de obtener rentas o beneficios privados merced a los poderes públicos, y constitucionalistas, que intentan limitar esos poderes (...) y sigue, señalando que "es importante admitir que todos nosotros, o casi todos, nos movemos simultáneamente en ambos lados de este súperjuego. Nos comportamos como buscadores de rentas cuando apoyamos mayores programas de gasto o cambios tributarios que benefician a nuestra propia industria, profesión, región, administración local o, más simplemente, a nuestra propia versión favorita del "interés público". Actuamos como constitucionalistas cuando reconocemos que, en general, el sector público ha ido demasiado lejos". BUCHANAN, James M. Op. cit. p. 49.

²² VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. Op. cit. pp. 390-392. El mismo tema en sede nacional puede ser consultado en: QUINTANA, Eduardo. Op. cit.

²³ Tomado de: VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. Op. cit. p. 381.

²⁴ Traducción libre de: "(...) studies of the costs and benefits of regulatory initiatives show that a number of other measures have produced health and other benefits at especially low costs". SUNSTEIN, Cass. Op. cit. p. 273.

²⁵ CALABRESI, Guido. Op. cit.

²⁶ Esto contrasta con lo sostenido por autores como Owen Fiss y Richard A. Posner. Para el primero, la justicia es el único fin del Derecho; para el segundo, todas las normas tienden a la eficiencia económica. FISS, Owen. "La autonomía del Derecho". Panel 1: *Rule of Law* ¿aspiración u obstáculo? En: islandia.law.yale.edu/sela/sfiss.pdf y el clásico libro de POSNER, Richard A. "An economic analysis of law".

descansa en los valores de la libertad y la igualdad, en la medida en que sólo es admisible dejar a las personas competir entre ellas en la medida en que se les considere propietarios que en la misma situación concurren al mercado para contratar libremente. La redistribución, por su parte, está relacionada a un concepto más sustancial (material) de justicia, como es la equidad. Los derechos fundamentales descansan en la *dignidad* de la persona, que es un valor por excelencia.

Ahora, ¿qué tiene que ver esto con el Derecho Constitucional? Estos valores –la eficiencia, la equidad y los derechos fundamentales– tienen en común, además, el haber sido recogidos por nuestro texto y práctica constitucionales como inspiradores del sistema²⁷; ello podrá ser comprobado al ver los casos que analizaremos. Es importante que dichos valores se encuentren en la propia Constitución, ya que ésta es más difícil de modificar que las normas legales, por lo que constituye una traba para el actuar de los grupos privados interesados. Hacer una constitución es como fijar las reglas de juego antes de “repartir las barajas”; por ello, las reglas constitucionales dificultan la persecución de intereses privados a través del Estado. Por otro lado, las propias constituciones contienen una regla –la división de poderes– que es una garantía de la imparcialidad del proceso regulatorio, haciendo más difícil, nuevamente, la captura del regulador. Entonces, de acuerdo a nuestro esquema, la garantía de la Constitución consiste en que la *acción social de acuerdo a valores* limite a la *acción social de acuerdo a fines* (u otros tipos de acción cuando sean incompatibles con estos valores). Por otro lado, en algunos casos, los propios valores constitucionales pueden estar en conflicto entre

sí, por lo que se tiene que evaluar cuál debe primar dependiendo de las circunstancias del caso.

Lo que queremos resaltar es que la acción social de acuerdo a valores, en un estado democrático, debería tender a ser la principal fuente de acción (o inacción) en las políticas públicas relacionadas a las empresas, en la medida en que son las que representan con mayor nitidez la cláusula según el pueblo debe autogobernarse, a través de su Constitución. En relación a esto, autores como Buchanan han sostenido que, más allá de sostener la conveniencia política de defender un sistema dado de valores (en su teoría el libre mercado), no se debe dejar a la discrecionalidad de los políticos, sino que se deben crear reglas de juego a partir de la Constitución misma que, interpretadas por los Jueces, sean percibidas como justas y que no sean fácilmente modificables, sobre todo por el Poder Legislativo. La limitación de la Constitución sería, en esa medida, una garantía de que la regulación no responda a los intereses particulares de grupos organizados en torno al poder. En efecto señala que “explícita e intencionalmente, defendimos límites constitucionales a las votaciones mayoritarias. En un cierto sentido fundamental, defendimos la existencia de restricciones constitucionales *per se*, justificamos limitaciones al ejercicio de la democracia mayoritaria (...)”²⁸. En similar sentido, el TC ha establecido que “(...) el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, (es) el sometimiento al valor justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda

²⁷ En relación con la interrelación entre las políticas económicas y la persecución de valores, Kanh ha sostenido que “Las políticas de economía pública no son, no pueden y no deben ser construidas solamente sobre la base de consideraciones “puramente económicas”. Las políticas e instituciones de la economía son en el último análisis sólo maneras de conseguir otros fines no económicos –tales como una buena vida, la justicia, el desarrollo completo de las potencialidades de los individuos, el fortalecimiento nacional o la gloria de Dios–. Ellas, entonces, sólo pueden ser formuladas y evaluadas en los términos de alguna concepción relacionada a la adecuada definición y al peso que se le asigne a varios de estos fines no-económicos. Trataremos de mostrar, a través de nuestras discusiones, la manera en que diferentes consideraciones sociales, políticas y éticas deben influenciar e influencian apropiadamente el proceso político del cual la economía pública emerge”. KANH, Alfred. “Economics of Regulation: principles and institutions”. Cambridge: The MIT Press. Volumen I. 1993. Aunque, de manera inversa, Ariño ha sostenido que “Conviene precisar bien cuáles son los objetivos de la regulación. No se trata en absoluto de hacer de ella un instrumento político al servicio de toda clase de fines, por muy loables y deseables que estos sean. La regulación económico-sectorial de la que aquí hablamos no está al servicio del empleo, ni de la lucha contra la inflación, ni del desarrollo regional, ni de la redistribución de rentas. A ello sirven la política laboral, la política monetaria, la política industrial o territorial de un Estado o la política fiscal. La política regulatoria tiene como objetivo único y exclusivo la defensa y buena ordenación del sistema de prestaciones de que se trate, en las mejores condiciones posibles de seguridad, calidad y precios, con la mayor eficiencia que el estado del arte permita, tanto para hoy cuanto para mañana, lo cual exige empresas solventes, estables, dinámicas y rentables. (...)”. ARIÑO, Gaspar. “Logros y fracasos de la regulación”. En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. p. 49. Aunque, en otro trabajo, el propio Ariño se contradice al señalar que “(La regulación) (también se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extra mercado”. ARIÑO, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Madrid. p. 607.

²⁸ BUCHANAN, James M. Op. cit. p. 100.

economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia^{29 30}.

Sin embargo, nosotros consideramos que la Constitución escrita puede, al mismo tiempo, ser la expresión de intereses creados, si es concebida como un documento estático³¹. En relación a esto, su interpretación por parte de los tribunales y de la sociedad en general es importante para la preservación del interés común³². De esta manera, no podemos dejar de considerar que, sin una *societad civil* fuerte –que es (o debería ser), al final de cuentas, la que gobierna el proceso político en una sociedad democrática³³– e *institucionalidad*³⁴, cualquier limitación constitucional puede ser sobrepasada por intereses creados, por lo que ni siquiera la Constitución aplicada por un tribunal u otras autoridades (como el Congreso) formalmente independientes constituye una garantía suficiente para la preservación del interés público³⁵.

A continuación, veremos algunos ejemplos del papel que la aplicación de los límites constitucionales podría jugar en la delimitación de instituciones relacionadas con el derecho empresarial en nuestro país.

III. LA DEFENSA CONSTITUCIONAL DE VALORES DEL SISTEMA

Límites basados en razones de eficiencia económica

Dentro de las razones de eficiencia, relacionadas a las *fallas del mercado*, podemos incluir, a su vez, la protección contra externalidades, los monopolios naturales³⁶, el riesgo moral, la racionalización, la excesiva competencia, el control de rentas, la escasez, el poder de negociación desigual, la falta de información o información inadecuada, las dificultades de coordinación³⁷ y el paternalismo³⁸. Todas estas justificaciones tienden a concentrarse en la búsqueda del *Óptimo de Pareto*, entendida como la situación en que el bienestar de un individuo no puede ser mejorado sin disminuir el de otros; o el concepto de eficiencia de *Kaldor-Hicks*, según el cual la situación es óptima sólo cuando ésta no puede mejorarse a un menor costo del que las pérdidas significarían para un tercero.

Como ya se dijo, el mercado nunca es perfecto y, en esa medida, puede ser sujeto de normas que

²⁹ STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 8. En los siguientes fundamentos se desarrollan los principios que inspiran nuestra Constitución.

³⁰ Más específicamente, el mismo TC ha sostenido que "(...) la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: "tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario". STC 0048-2004-AI/TC. Lo que no advierte el TC en esta cita es que muchas veces el Estado y las empresas alinean sus intereses en contra de los consumidores.

³¹ El hecho de que los ciudadanos deban participar activamente en el proceso constituyente se opone a la idea de una constitución escrita, estática, sin una interpretación dinámica de los tribunales. Esto fue destacado tempranamente por Jefferson y Paine, ideólogos del Estado norteamericano, al oponerse a la redacción de la constitución de ese país. En efecto, ambos "(...) consideran las constitucionales como "esencialmente antidemocráticas". Las constituciones eran vistas como herramientas de la aristocracia para consolidar sus privilegios, como un medio para que los muertos reglamenten a los que están vivos mediante tradiciones que Paine consideraba un "pestilente canal de abusos". La democracia, por el contrario, significaba que los vivos establecían las normas, la "rutina de la impiedad" y el "progreso de la mente humana". SCHMITT, Annette. "¿Necesita la democracia una constitución protegida?". En: La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona: Gedisa. 2002. p. 252.

³² Para una revisión del concepto de "living constitution", ver: REHNQUIST, William H. "The notion of a living constitution". En: Harvard Journal of Law and Public Policy 29. 2006, y ACKERMAN, Bruce. "The living constitution". En: Harvard Law Review 120. 2007. En castellano se puede consultar a SAGÜES, Néstor Pedro. "Reflexiones sobre la constitución viviente (living constitution)". En: Dikaion 12. 2003. pp. 107-124.

³³ Para una referencia acerca de la corriente del *constitutional populism* ver: GARGARELLA, Roberto. "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer". En: www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/gargarel.pdf

³⁴ NORTH, Douglass C. "Institutions, Institutional Change and Economic Performance". Cambridge: Cambridge University Press. 1990.

³⁵ Sentencia 005-2003-AI/TC, en el que el Tribunal Constitucional, pese a reconocer que el contrato celebrado entre el Gobierno y la empresa Telefónica le concedía a ésta un monopolio legal, rechaza la demanda por cuestiones formales.

³⁶ Aunque la existencia de monopolios naturales ha sido cuestionada por DILORENZO, Thomas J. "The myth of natural monopoly". En: The Review of Austrian Economics 2. 1996. Esta teoría ha sido seguida en Perú por HARO, José Juan. "Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas". En: THEMIS-Revista de Derecho 50. 2005. p. 151.

³⁷ OGUS, Anthony. Op. cit.

³⁸ Tomadas de BREYER, Stephen. "Analizing regulatory failure: mismatches, less restrictive alternatives and reform". En: Harvard Law Review 92. 1979. p. 10. Cuya versión traducida al castellano se puede encontrar en THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. Las ideas expresadas en dichos artículos, además, provienen de un más extenso trabajo contenido en el libro: "Regulation and its reform". Cambridge, Massachusetts y Londres: Harvard University Press. 1982. 472 pp.

contribuyan a solucionar esas fallas o reemplazar el mismo mercado³⁹. Esto ha sido explicado satisfactoriamente por autores como Coase, utilizando el concepto de *costos de transacción*, según el cual cuando las personas pueden negociar entre ellas a costos bajos, siempre llegarán a soluciones que sean compatibles con sus propios intereses y los de la sociedad, sin importar la asignación inicial de titularidades⁴⁰.

A. Casos relacionados a la eficiencia económica

1. Restricciones a la competencia

- a. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 26285 y el Contrato-Ley de Concesión⁴¹ celebrado entre el Estado peruano y Telefónica, que establecía un monopolio temporal a favor de Telefónica basado en que sería un monopolio natural

En el proceso contenido en el expediente 005-2003-AI, una minoría del Congreso cuestionó la instauración legal y contractual, durante el plazo de cinco años, de un monopolio a favor de la empresa Telefónica.

Dicha norma, según ellos, se oponía a la norma constitucional que dice: "Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios" (artículo 61, final del primer párrafo). Por otro lado, según el inciso segundo de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala que: "Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional. Tienen prioridad: (...) 2. Las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos".

El Tribunal Constitucional, en este caso, dijo que la ley que autorizaba el monopolio no transgredía el artículo 61 puesto que el monopolio de la telefonía era "natural" y venía desde antes de la ley, por lo que se debía entender como un mecanismo para erradicar el monopolio de acuerdo con lo previsto en la Octava Disposición. Así, en la sentencia bajo comentario, señala que:

"(...). Es conocido, y sobre ello poco importa incidir más, que sólo dichas empresas estatales prestaban el servicio público de telefonía en el país, de manera que no existiendo propiamente un monopolio legal, sí existía un monopolio "natural", que además era estatal, en la prestación de dichos servicios públicos (Foja 27).

(...) tal circunstancia era por sí misma suficiente para que este Tribunal considerase que la regulación de la prestación de estos servicios públicos se encontraba dentro de los alcances de la segunda fracción de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993; esto es, que sobre tal servicio público existía la obligación constitucional de dictarse leyes, con carácter prioritario, que regulasen los mecanismos y el proceso tendientes a su eliminación progresiva " (Foja 28).

El Tribunal Constitucional, entonces, nos quiso convencer de que la ley creó un monopolio para desaparecerlo. O, peor aun, que creó mediante una ley un monopolio que de todos modos existiría, dado que era "natural". Esta argumentación, como no es necesario recalcar, no resistiría el más elemental análisis. Resulta claro, entonces, que el TC no buscó, en este caso, preservar la competencia ni defender los derechos de los consumidores⁴², sino que actuó sobre la base de réditos en relación a la presión pública, política y hasta de la propia empresa involucrada. No descartamos que, además, haya actuado ideo-

³⁹ Respecto a los presupuestos para la existencia del mercado, ver la nota 20, *supra*.

⁴⁰ En este escenario, es posible arribar a la conclusión de que es mejor regular; pero hay que tener en cuenta que la regulación en sí misma es costosa, debido a que es posible que no se evalúen de manera adecuada los costos involucrados, es decir, existe un costo relacionado a los errores de los burócratas y el propio costo de la administración de las reglas que deben ser tomadas en cuenta. Por tanto, no toda situación de costos de transacción elevados nos lleva necesariamente a la regulación. En resumen, esto es lo que se ha venido a llamar *Teorema de Coase*. COASE, Ronald. Op. cit. (Especialmente el capítulo 1, con el mismo título).

⁴¹ La regulación se puede manifestar de distintas formas, cambiando de herramientas, métodos y sujetos. Así, distintos métodos son el control previo o la fijación de estándares, siendo que ambos puedan tener la misma finalidad: controlar la calidad. Ejemplos de distintos instrumentos son las normas de competencia, la regulación directa de precios y calidad o la concesión mediante procesos de licitación competitivos. OGUS, Anthony. "Estructuras e instituciones regulatorias". En: THEMIS-Revista de Derecho 54. 2007. pp. 273-285.

⁴² Contrariamente a su propia doctrina: "Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario. El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.

lógicamente, cavilando que su actuación serviría para que se mantenga la estabilidad económica del país, preservando otros valores del sistema como la seguridad jurídica. Desde este punto de vista, mantener una mala regulación puede ser preferible a cambiarla por una mejor o suprimirla. No creemos, sin embargo, que éste sea el caso, por cuanto esta regulación no sólo era errónea, sino que servía para la eliminación de la competencia y la preservación de un monopolio producto de procesos de privatización presumiblemente plagados de corrupción⁴³.

No debemos dejar de mencionar que, sin perjuicio de lo anterior, al momento en que el TC resolvió el caso, el monopolio legal había expirado, por lo que formalmente no cabía un pronunciamiento acerca de la inconstitucionalidad de la ley. Sin perjuicio de esto, el TC se pudo pronunciar respecto de las sanciones administrativas correspondientes y acerca de la legislación complementaria restrictiva de la competencia que aun subsiste en el sector de telecomunicaciones.

- b. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 27633 que establece un trato diferenciado a favor de los proveedores de bienes y servicios que se produzcan en nuestro territorio

Esta norma es modificatoria de la Ley 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional, que establece que en los procesos de adquisición de bienes y servicios y que, para efectos del otorgamiento de la *buena pro*, se agregará un 20% adicional a la sumatoria de la calificación técnica obtenida por las posturas de bienes y servicios elaborados dentro del territorio nacional.

En este caso (STC 018-2003-AI/TC), se alegó que la norma es violatoria del derecho a la igualdad de las empresas extranjeras, además de contraria a la libre competencia, en la medida en que restringe la participación de empresas extranjeras, que podrían tener precios más bajos o mejores servicios que las nacionales.

En relación a la afectación a la libre competencia o acceso al mercado, el TC no dice nada, salvo que éstos no se encuentran comprometidos en la norma. El TC, sin embargo, destaca el carácter social de la norma (sentido redistributivo), en la medida en que serviría para fomentar el empleo y promover la industria nacional. En esa medida, el Tribunal Constitucional no hace el necesario análisis entre lo que gana el estado con la medida y lo que pierde. El TC limita su análisis de *proporcionalidad* a la intervención al derecho a la igualdad, cuando, sin embargo, debió hacerlo también respecto a la competencia.

En efecto, como ya vimos (ver nota a pie de página 10), además del análisis de adecuación y necesidad, la proporcionalidad incluye un análisis de costos, llamado proporcionalidad en sentido estricto. Al efectuar dicho análisis, el TC debió considerar el costo social de restringir la entrada al mercado de empresas que operen en el extranjero, siendo que éstas, probablemente, ofrecían precios más baratos, significando un ahorro para el mercado. Además existe un costo relacionado a restringir nuestras futuras posibilidades de inserción a mercados externos vía políticas intervencionistas (y es que, como todo en la vida, las restricciones al comercio suelen ser recíprocas: también conocido como “pagar con la misma moneda”). Dicho ahorro podría haber sido utilizado para programas de subsidio directo a favor de las personas más pobres. Sin embargo, el TC pasa esto por alto, antes que hacer un análisis acerca de si este subsidio a los productores nacionales es lo más conveniente para el país, sin perjuicio de que a todos nos pueda parecer medianamente razonable una política interna de promoción del trabajo. A mayor abundamiento, nada en la argumentación del gobierno, o el TC, garantizan que los mayores ingresos obtenidos por empresarios nacionales sean utilizados para mejorar la situación de los trabajadores.

Como un comentario aparte, cabe señalar que este tipo de norma no subsistiría si tuviéramos un sistema de control internacional a las restricciones al comercio. Dicho sistema sería una condición

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia”. (STC 0008-2003-AI/TC. Foja 37). Aunque ese precedente también es preocupante si se toma en sus términos literales, ya que parece sugerir que la Constitución prohíbe los monopolios *per se*, cuando, en realidad, lo que prohíbe es la creación “artificial” (vía ley o pacto) de monopolios y el abuso de la posición de dominio, pero no la creación espontánea de monopolios, como producto de las relaciones de mercado y la competencia como ha dejado establecido en otro caso involucrando a la British American Tobacco (STC 01311-2000-AA/TC. Foja 4).

⁴³ PATRÓN, Carlos. “El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del estado en Latinoamérica”. En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. pp. 87-88.

sine qua non para la integración comercial de la región. De manera ilustrativa, tómesese el caso de la Corte Europea de Justicia; el 23 de octubre de 2007, por ejemplo, ha resuelto el caso conocido como la *Ley Volkswagen*, relacionada a una ley alemana que restringía la entrada de capitales extranjeros a la empresa automotriz Volkswagen, a través de limitaciones a las transferencias de acciones. Dicha ley fue declarada inaplicable por dicho tribunal por significar una restricción al libre flujo de capitales en la unión Europea⁴⁴.

2. Eliminación de la asimetría informativa: de Telmex a Metro⁴⁵

Tal como el *deber de veracidad* fue interpretado a partir del precedente *Telmex*, no es posible distinguir entre la intensidad de las exigencias respecto a productos riesgosos o con alguna característica especial y otros tipos de productos, que no fueran especialmente riesgosos. Por otro lado, dicho precedente impuso el deber de consignar toda la información en todos los medios donde sea anunciado el producto. Por ejemplo, si un producto se anunciaba en televisión, tenía el deber de poner la advertencia suficiente tiempo (alrededor de un minuto) como para que pudiera ser leída.

Lo que cabía –entonces– objetar era: la extensión de la obligación, y la imposición de costos excesivos a los anunciantes.

Respecto a la extensión de la obligación, efectivamente, en general los productos riesgosos deben contener advertencias, pues involucran de manera directa la salud de los consumidores. Pero esto podría perder de vista que hay productos que pueden contener el riesgo de causar dolores de cabeza o tos y otros que pueden producir cáncer o problemas reproductivos en las personas que los consumen. En un escenario así, poner todos los riesgos “en el mismo saco” podría aparecer como desproporcionado. En efecto, si tomamos la *California’s Proposition 65* como referencia, se puede advertir que ésta regula sólo advertencias para los productos capaces de producir afectaciones de la mayor gravedad, para lo cual se indican una serie de productos químicos capaces de causar cáncer, problemas reproductivos

o daños al medio ambiente. Dicho problema no ha recibido una respuesta por parte del nuevo precedente obligatorio, *Metro*.

No obstante, a partir de la derogación del precedente *Telmex*, por el precedente *Metro*, el deber de información ha sido interpretado en el sentido en que es satisfecho si se consignan medios para acceder a la información, aun cuando no esté incluida expresamente en todos los anuncios publicitarios, siempre que no desvirtúe el mensaje principal. Por ejemplo, entonces, el deber de revelar información se puede satisfacer utilizando pequeñas advertencias que deriven a los consumidores a páginas de *internet* que presenten información más completa o números telefónicos contratados por las propias empresas (los conocidos como “800 numbers”). Contrariamente al precedente *Telmex*, entonces, se establece que no existe un deber de exhaustividad, sino de no infringir el principio de veracidad.

Dicha decisión se basa en que los anuncios publicitarios no son una oferta completa, sino que habitualmente hay un lapso entre la percepción del anuncio y el acto de compra. Por otro lado, existen otros medios de información a disposición de los consumidores y, en definitiva, es el mercado el que determina la cantidad de información necesaria y la manera en la que ésta se muestra.

Sobre la base del nuevo precedente, entonces, el costo de la publicidad se mantendría en un nivel relativamente bajo, no constituyéndose como una limitación desproporcionada para la difusión de anuncios publicitarios.

Como puede apreciarse, en este caso, tenemos dos precedentes contrarios entre sí, pero que se basan en el mismo derecho: el derecho de información de los consumidores. La diferencia entre ambos es que el precedente *Metro* no se queda en la apreciación meramente dogmática, sino que hace una apreciación de los costos asociados a los deberes impuestos. Y fue, precisamente, esta falta de apreciación de los costos llevó al INDECOPI a expedir una regulación paradójica en el precedente *Telmex*⁴⁶. Sin perjuicio de lo anterior, es por sí mismo cuestionable que el INDECOPI varíe sus propios precedentes tan

⁴⁴ Case C-112/05.

⁴⁵ Resolución 901-2004/TDC-INDECOPI (precedente “Telmex”) y resolución 1602-2007-TDC-INDECOPI (precedente “Metro”).

⁴⁶ Ya nos hemos referido antes al concepto de “regulación paradójica” propuesto por SUNSTEIN, Cass. Op. cit. en: SÚMAR, Óscar. “Salario mínimo legal en debate”. En: “El Peruano” de 7 de septiembre de 2007. p. 18.

rápida­mente (en menos de tres años), ya que esto trae aparejada incertidumbre en los destinatarios de las normas, que también resulta costosa. En este caso, sin embargo, el precedente *Telmex* contenía una decisión tan absurda que daba la impresión de que la única salida era derogar­lo.

3. Poder de negociación desigual: inconstitucionalidad de *cláusulas generales de contratación* y obligación de la administración de celebrar, ejecutar e interpretar los contratos con *buena fe*
- a. Cláusulas generales de contratación: STC 0858-2003-AA (caso Eyler Torres del Águila vs. Telefónica del Perú S.A.)

En este caso, contrariamente a lo que han señalado autores como Bullard⁴⁷ acerca de la validez de las cláusulas generales de contratación, el TC reivindica el derecho de los consumidores a ser protegidos por los organismos reguladores cuando se encuentren atados por una cláusulas generales de contratación inequitativas, aun cuando esto supuestamente atente contra la libertad contractual.

Es el caso de una señora, Eyler Torres, que no habían podido utilizar su teléfono. Sin embargo, Telefónica le cobró un cargo fijo que estaba estipulado en un contrato por adhesión (esos que ya vienen hechos y uno sólo los firma). OSIPTEL, por tanto, consideró infundado el reclamo de la señora.

“Queda, por lo tanto, analizar si el pago de esa deuda reducida podía justificarse con el hecho de que la recurrente había suscrito, entre las cláusulas de contratación, un convenio por el cual ella debía permanecer, durante un lapso determinado, vinculada contractualmente a Telefónica Móviles S.A.C., plazo en el que, a su vez, debía abonarse el pago de un, por llamarlo así, “cargo fijo”, “renta básica” o “renta mínima”.

Al Tribunal no le es ajeno, en efecto, que tal vez la deuda “reducida” de la recurrente no sólo se deba a la intención de que haya querido ser beneficiaria de la prestación de un servicio público, sino al hecho de existir un vínculo contractual entre ella y Telefónica Móviles S.A.C.

(...)

En tal interpretación de las reglas del derecho privado, el órgano competente no puede perder

de vista que, tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada, particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada. (...)

Ante este tipo de situaciones (en las que resulta más que evidente que determinados contenidos insertos en ese tipo de convenios, no podrían ser aceptados en términos normales de un sujeto libre e igual, a no ser que la imposición por uno de ellos sea aceptada por razones de necesidad por el sujeto social más débil), la cuestión a plantear es: o se hace abstracción de aquella situación que presenta la realidad, so pretexto de garantizarse el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, con el resultado de aceptar que los derechos fundamentales pueden ser (y de hecho son) vulnerados por los grupos sociales con dominium, o se afirma que ni siquiera garantizándose el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, es posible consentir que, en esas relaciones, los derechos fundamentales se desconozcan. (...)

En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que la aplicación de una cláusula de contratación que liga a la recurrente a una de las codemandadas por un lapso determinado, y al pago de un “cargo fijo”, dadas las circunstancias específicas del caso de autos, resulta palmaria­mente inconstitucional, por violar la dimensión negativa de la libertad contractual. Este Tribunal estima que, en la medida en que OSIPTEL no ejerció debidamente su deber especial de protección de la dimensión negativa de la libertad contractual de la recurrente, violó nuevamente el derecho reconocido en el artículo 65 de la Constitución (...)” (fundamentos 18 a 23).

Como se ha podido apreciar, en este caso, el Tribunal fundamenta su decisión en el desequilibrio de poder entre las partes, un fundamento económico (ampliamente cuestionable en este caso por cierto); aunque reviste esta funda-

mentación de contenido constitucional, como el deber de protección al consumidor y la libertad contractual en su sentido negativo. Y esto es natural, dado que, como lo hemos explicado en la primera parte, los principios económicos tienen relevancia constitucional y se entremezclan con la protección de valores más sustanciales del sistema, como la dignidad de los consumidores. Esta decisión, por lo demás, ha tenido eco en decisiones posteriores de otras autoridades como el INDECOPI⁴⁸.

b. Deber de la administración de actuar con buena fe en sus contratos con los privados

El Tribunal Constitucional ha sostenido la doctrina según la cual los contratos celebrados por el estado (aun los contratos de concesión) tienen la misma naturaleza que un contrato entre *privados*⁴⁹. Sin embargo, esto no significa que defienda la tesis según la cual el Estado tiene el mismo poder de negociación que los privados. En efecto, el Estado cuenta con *poderes exorbitantes* que le dan una posición de primacía en las relaciones contractuales. Esto se expresa, por ejemplo, en que éste mantiene su poder regulatorio, pudiendo influir en las relaciones ya establecidas, aun cuando haya celebrado un contrato, siempre dentro de los márgenes permitidos por el artículo 62 de la Constitución (referente a la inmutabilidad de los contratos) o en su poder sancionatorio.

De esto, precisamente, se deriva un deber constitucional *especial* de actuar con buena fe para la administración (“especial” en la medida en que, genéricamente, todos tenemos ese deber, y la administración tiene el mismo deber pero *cualificado*). Dicho deber se traduce en la obligación de: actuar de acuerdo a un estándar de *administrador-razonable*, no actuar contradictoriamente o contra sus propios actos, no extender vía reglamento o decisiones individuales obligaciones generales del contratista, tener en cuenta la situación concreta de la persona obligada, no dilatar abusivamente la toma de decisiones, responder de manera proporcional –con los medios adecuados o idóneos–

para restablecer un derecho; en relación a esto, no abusar del poder de reglamentación y sanción, así como no diferenciar injustificadamente entre postores (como en el caso analizado en el punto 1.b.)^{50 51}.

Nuestro país, como se podrá adivinar, no es uno que se caracterice por el actuar ético o respetuoso de las autoridades, por lo que los inversionistas habitualmente requieren garantías *extra* para la preservación de sus derechos, como contratos de estabilidad jurídica o tributaria⁵². Sin embargo, cuando no existe la voluntad de actuar conforme a los dictados de la buena fe y los tribunales no están comprometidos con su defensa, estas garantías no sirven de mucho, como veremos al estudiar el caso de la Ley de Regalías Mineras.

4. Protección contra externalidades: caso Nextel (antenas de telecomunicaciones en zonas urbanas)

El TC ha resuelto varios casos involucrando instalaciones de antenas de telecomunicaciones de la empresa Nextel, la que suele poner antenas en lugares urbanos sin contar con las debidas autorizaciones municipales. En un primer momento, su jurisprudencia consideró que dicha práctica constituía una violación al derecho a un medio ambiente equilibrado de los pobladores (STC 0964-2002-AA). Luego, misteriosamente, su jurisprudencia varió y consideró que no había tal afectación (STC 4223-2006-AA).

En ambos casos es palpante que el TC no analiza el caso desde una perspectiva económica, pese a que el caso involucra un ejemplo típico de *externalidades negativas*. En ese sentido, hubiese sido acertado que se tome en cuenta consideraciones como el costo de instalación de las antenas, el perjuicio de los vecinos, etcétera.

En este punto, cobra relevancia el hecho de que el TC, habitualmente, niegue su capacidad para otorgar compensaciones económicas (aunque lo ha hecho en el caso reseñado en el punto c.1. por

⁴⁸ Ver, por ejemplo: Resolución 1115-2007/TDC-INDECOPI de 2 de Julio de 2007.

⁴⁹ Ver, por ejemplo: STC 1268-2004-AI, 003-2004-AI y 0514-2004-AI. Aunque, el mismo TC ha contradicho esta doctrina en 0048-2004-AI.

⁵⁰ MORÓN, Juan Carlos. “Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas”. En: THEMIS-Revista de Derecho 52. 2006. p. 191.

⁵¹ La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado dicho principio en varios casos. Los ejemplos de reseñados han sido recogidos por el autor principalmente de estos. Por ejemplo, véanse las sentencias: T-422 de 1992, T-427 de 1992, T-475 de 1992, T-426 de 1992, T-457 de 1992 y T-469 de 1992.

⁵² Los contratos de estabilidad jurídica o tributaria sirven para “congelar” el ordenamiento en relación a un contrato. Es decir, que las normas posteriores, aunque sean aplicables, no tengan efectos sobre los contratos ya celebrados.

ejemplo). En efecto, al asumir una posición meramente basada en la protección de derechos fundamentales (inalienables), su postura se tornó en minimalista (“todo o nada”) cuando, quizá, una postura basada en la eficiencia económica de su decisión lo hubiese llegado a un resultado más conveniente para la sociedad que cualesquiera de las dos posturas asumidas en su incoherente jurisprudencia.

Esta constatación despierta una inquietud en torno a la conveniencia de tener un tribunal que sólo advierta violaciones a derechos fundamentales, cuando la Constitución está plagada de otros valores igualmente (redundantemente) constitucionales-valiosos, como la eficiencia económica.

Límites basados en la protección de derechos fundamentales

Como resulta obvio hasta aquí, la Constitución impone límites a las actuaciones de los privados o el estado que no están basados en la preservación de la eficiencia económica, sino otros valores del sistema, como lo son los derechos fundamentales.

En estos casos existen valores que, en muchas situaciones, se oponen a la eficiencia económica y que, sin embargo, en una sociedad democrática, pueden justificar la limitación al actuar libre de las personas y empresas. En otros casos, sin embargo, la preservación de dichos valores puede estar alineada con un funcionamiento más eficiente de la sociedad, ya sea en la arena política o el mercado.

B. Casos relacionados a la protección de derechos fundamentales

1. Discriminación en las transacciones comerciales: el caso de las discotecas

Tómese el caso de discotecas limeñas como The Piano, The Edge y, más cercanos en fecha, Café del Mar o Aura; sancionadas por el INDECOPI por no dejar entrar a sus instalaciones a personas morenas.

Analizando un caso similar, el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, en decisión de 23 de enero de 2002, ha sostenido que “(...) es menester destacar que si bien es cierto que el derecho de asociación y de contratar son derechos inherentes a las personas, empero también lo es que dichos derechos tienen restricciones toda vez que no se pueden pactar ni asociarse cuando sus fines o actividades sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres (...)”.

Esta argumentación aparece como circular⁵³. En efecto, dice que no se puede contratar cuando no se puede contratar, pero no advierte los valores que están involucrados en el caso; esto es, por un lado la eficiencia económica y, por otro, el respeto de derechos fundamentales.

Hay que advertir que los empresarios dueños de esta discoteca no sólo discriminan porque tengan taras mentales que los lleven a esto; discriminan porque es rentable hacerlo. Basta conversar sinceramente con cualquier visitante habitual de discotecas: ellos consideran mejores las discotecas donde hay más “gente bien” (es decir, blanca). Entonces, si una discoteca quiere ser *in*, debe dejar *out* a todos lo que no sean “gente bien”; sólo de esta manera ese negocio será “exitoso”⁵⁴.

De esta manera, cuando la jurisprudencia o las normas aplican una cláusula anti-discriminación, le están produciendo un costo a la sociedad, medible en términos de menores ingresos de dichas discotecas. Como en todo, sólo estaremos dispuestos a pagar dicho costo hasta cierto punto, por lo que no consideraremos discriminaciones inadmisibles a todas las muestras de preferencias que se realizan en la sociedad⁵⁵. De hecho, sin ir muy lejos, hay autores que controvierten el hecho de que sea necesario prohibir la discriminación en estos casos⁵⁶.

Nuevamente, no se trata de evaluar las decisiones *per se*, que en estos casos nos parecen correctas, sino el hecho de que no se hayan identificados los costos asociados a ellas, a fin de evaluarlas objetivamente.

⁵³ Para un análisis de cómo la argumentación meramente dogmática tiende a ser circular y, en definitiva, uno de los textos base del análisis económico del Derecho, ver: COHEN, Felix. “El método funcional en el Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1962.

⁵⁴ Esto es consistente con la postura de SUNSTEIN, Cass. Op. cit.

⁵⁵ Por ejemplo, a nadie se le ha ocurrido sancionar a una persona por no casarse con alguien de otra raza. En ese caso, hay derechos de mayor valor involucrados, por lo que no estamos dispuestos a reivindicar el derecho a no ser discriminados.

⁵⁶ En efecto, autores como Epstein sostienen que no es necesario impedir la discriminación, dado que la propia competencia en el mercado tendería a eliminarla o, en todo caso, al haber muchos proveedores del mismo servicio, un acto discriminatorio no afectaría en nada a los consumidores. EPSTEIN, Richard A. “Free Association: The incoherence of antidiscrimination laws”. En: National Review. 9 de octubre de 2000. pp. 38-40.

2. Derecho al honor: cobro de deudas y deber de protección al consumidor (STC5637-2006-PA/TC)

En el presente caso, el recurrente afirmó ante el TC que "(...) ha sido víctima de maltrato e intimidación por la firma comercial Tiendas Ripley, a través de la empresa de cobranza TX'S Consultores Legales Asociados S.A. (COAXSA), pues se le ha enviado dos cartas requiriéndole el pago de una deuda, bajo la amenaza de embargar y secuestrar sus bienes y de proceder a la ejecución forzada en caso incumpla con el pago; y que, sin embargo, no ha realizado los consumos consignados y la notificación no fue dirigida a su domicilio. Sostiene, asimismo, que ante tales hechos interpuso una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, la cual fue declarada infundada bajo el argumento de que dichas cartas no tenían un contenido intimidatorio, hecho por el cual presentó recurso de apelación ante la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, la cual confirmó la Resolución de primera instancia, lesionando sus derechos mencionados".

El TC sanciona el hecho de que, con dicha actuación, las empresas denunciadas se irrogaron competencias de los órganos jurisdiccionales, afectando el derecho al honor del recurrente. En este caso, nuevamente, se advierte que, por un lado, tenemos la posibilidad de que las empresas de cobranza actúen de manera más eficiente, pero, por el otro, existen otros valores del sistema involucrados, que también deben ser protegidos. La decisión, sin embargo, carece de un análisis de dichos costos.

Límites basados en razones de justicia redistributiva

En el campo redistributivo, tenemos los casos en los que la regulación sirve para asignar recursos a un determinado grupo en detrimento de otro; esto es medido en términos de resultados em-

píricos, a pesar de que no sea el objetivo explícito de la regulación⁵⁷. Respecto de esta justificación, entonces, fuera de analizar las consideraciones *subjetivas* de los reguladores, se miden los resultados de la regulación para determinar si la mera redistribución fue su objetivo implícito. Es decir, se establece de manera *ex post* que la regulación tuvo un efecto redistributivo, beneficiando a un determinado grupo, sin perseguir paralelamente otro tipo de interés.

En términos generales, todas las reglas generan una distribución de recursos; sin embargo, no toda regulación tiende a la *equidad* o igualdad social⁵⁸. Según autores como Ogus, la redistribución está basada en la idea de justicia como una "justa" asignación de recursos; pero aquello que fuera entendido como una "justa" distribución dependería de la particular teoría económica que abracemos, siendo que ésta puede variar de liberal a comunista⁵⁹. Por nuestra parte, sólo se considerará que el objetivo es redistributivo cuando no coincida con el objetivo de eficiencia o, de manera muy clara, no sea compatible con el resto del ordenamiento.

¿Por qué la regulación debe tender a una redistribución equitativa de los recursos? Un fundamento podría ser que el mercado competitivo parte de la premisa de que los hombres son libres e iguales. Así, "el Mercado, como un proceso de descubrimiento, abraza y representa el estatus de competidores como seres iguales e independientes. Los competidores van al mercado con un derecho de propiedad, como propietarios que celebran contratos voluntarios. Entonces, el mercado persigue y, aun puede ser visto como la casual consecuencia de las particulares, independientes y voluntarias acciones de individuos iguales"⁶⁰. De manera inversa, entonces, cuando no estamos frente a individuos libres e iguales (en la medida en que no son propietarios), no tiene mayor sentido referirnos a la competencia en un libre mercado. En relación a lo anterior, la redistribución –debemos anotar–, tal como ha sido

⁵⁷ CALABRESI, Guido. Op. cit.

⁵⁸ Imaginen una norma prohibiendo el servicio de jardinería. Ésta volvería más pobres a los propietarios de jardines -ya que tendrían que reemplazar su césped por gras artificial-; volvería más pobres a los jardineros -ya que estos se quedarían sin trabajo-, pero volvería más ricos a los que tuvieran fábricas de césped artificial. Una norma así, sin embargo, no sería equitativa, dado que los jardineros son habitualmente más pobres que los dueños de fábricas de césped. SÚMAR, Oscar. Op. cit.

⁵⁹ OGUS, Anthony. "Regulation. Legal form and Economic Theory". Oxford: Oxford University Press. 1994.

⁶⁰ Traducción libre de: "The market, as a discovery procedure, embodies and expresses the status of competitors as equally individual and independent selves. Competitors come to the market with a right to property, as property owners who engage in voluntary contracts. Thus, the market allows the expression of, and yet may also be seen as the unintended consequence of, the particular, independent, and voluntary actions of free and equal individuals". BLANEY, David L. y Naeem INAYATULLAH. "Undressing the Wound of Wealth: The Cultural Constitution of Political Economy". Prepared for the panel "Geocultural Epistemologies and IR: The Significance of Space, Time and Culture". International Studies Association. San Diego, CA. 24 de Marzo de 2006; en una interpretación de HAYEK, Friedrich. "The Mirage of Social Justice". p. 74.

destacado por últimas investigaciones, no siempre se opone a la eficiencia; por el contrario, en algunos casos una más equitativa redistribución de la riqueza puede ser un presupuesto para un mayor crecimiento⁶¹, en la medida en que la igualdad es un presupuesto para la competencia.

Otro argumento, quizá el determinante, a favor de la redistribución se puede hacer desde el ordenamiento mismo: tal como lo destaca Soledad Torrecuadrada: “la pobreza es un fenómeno que vulnera los derechos humanos de forma evidente. Se trata de una condición generadora de discriminación y que priva a quienes la padecen del disfrute de los derechos fundamentales”⁶². Por otro lado, se ha dicho también que contar con un patrimonio puede ser una condición para ejercer derechos de naturaleza política⁶³. En ese sentido, Sunstein ha destacado la importancia de la propiedad para la preservación de la democracia. Además, se impone un deber ético de ser solidarios y no impasibles ante la violencia que supone la pobreza.

En un país con muchas personas extremadamente pobres, como el nuestro, por lo demás, la redistribución, como equidad, cobra mayor relevancia y debería estar en el primer lugar de la agenda del gobierno. Éste, sin embargo, no es el tema de este trabajo, por lo que nos exoneramos de profundizar la idea.

C. Caso relacionado a la redistribución: Impuestos⁶⁴ a las sobre ganancias: el caso de las regalías mineras (STC 0048-2004-AI)

En este caso se cuestionó la aplicación de un pago producto de las ganancias de las mineras durante una época de inusitada bonanza económica de

dicho sector. Los empresarios mineros demandaron la inconstitucionalidad de dicho pago forzado, alegando que afectaba el derecho a la libertad contractual (dado que no había sido previsto en los contratos de concesión), a la propiedad (en la medida en que les quitaba sus ganancias sin justificación), a la igualdad ante la ley (dado que otras industrias que utilizaban recursos naturales no eran gravadas), etcétera.

La norma impugnada era la “Ley que crea la Regalía Minera como contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos. Se establece su cálculo sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional, debiendo ser determinada mensualmente, según los rangos establecidos en la ley.

Su recaudación será distribuida según porcentajes establecidos por ley, a los gobiernos locales, regionales y a las universidades nacionales de la región donde está ubicada la mina”.

El TC fundamenta su decisión de declarar infundada la demanda en que: “La Economía Social de Mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos, es aquel que propicia la concertación libre entre oferta y demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde

⁶¹ Ver, por ejemplo: ATURUPANE, Harsha; GLEWWE, Paul y ISENMAN, Paul. “Poverty, Human Development, and Growth: An Emerging Consensus?”. En: *The American Economic Review* 84. 1994. Por otro lado, la lista de trabajos de autores como Amartya Sen relacionados a la medición de índices de pobreza basados en la desigualdad de capacidades, puede ser bastante representativo de esta corriente.

⁶² TORRECUADRADA, Soledad. “La consideración internacional de las poblaciones indígenas en los últimos años: evolución y asignaturas pendientes”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 52. 2007. pp. 273-274. En el mismo sentido, pero con mayor desarrollo del punto específico: RUIZ-TAGLE, Pablo. “Pobreza y creación de derechos fundamentales”. En: SELA 2005. Panel 2: Las estrategias institucionales para erradicar la pobreza.

⁶³ Así, los derechos económicos, como la propiedad, serían una condición necesaria para que los ciudadanos no “(...) se vuelvan dependientes, casi cotidianamente, de la buena voluntad de los funcionarios del gobierno. Todo lo que puedan tener es un privilegio y no un derecho. Por esto, su posición ante el Estado es la del que suplica o mendiga, y no la del titular legítimo de un derecho. Cualquier desafío al Estado puede ser sofocado o desalentado, dado que cualquier cuestionamiento serio podría causar el retiro de los bienes que dan seguridad básica a las personas. El derecho a la propiedad privada libre de interferencias estatales es, en este sentido una base indispensable para la democracia”. SUNSTEIN. Cass R. “Propiedad y Constitucionalismo”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 48. 2004. p. 28. Sunstein destaca la importancia de la protección de la propiedad (ya adquirida) para la preservación de la democracia. Nosotros no encontramos ningún argumento para limitar dicha “protección” a la propiedad ya adquirida, debiéndose también asegurar, vía redistribución, el acceso a la propiedad. De hecho, como se podrá advertir, ambos valores aparecen en conflicto, ya que si se protege a rajatabla la propiedad ya existente, no sería posible redistribuir, pero en la medida en que ambos son fines valiosos para la sociedad, no se puede desear, creemos, *a priori* ninguno de ellos.

⁶⁴ Aunque el TC negó que fuese un impuesto.

en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.

En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones” (Fojas 12 y 13).

Y más adelante, sostiene que “El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad. Cuando se lleva a cabo la concesión de recursos naturales, tales principios deben adquirir su concreta manifestación en el aprovechamiento sostenible del patrimonio nacional, en la protección del medio ambiente, de la vida y de la salud de la población, y, desde luego, en la búsqueda de equidad en la distribución de la riqueza” (Fojas 85).

En este caso, tenemos que la consecución de una mayor equidad social se opone a la eficiencia económica dado que esta medida, claramente, sería una que tienda a desincentivar la inversión. No decimos que esto esté mal, sino que, para tomar una buena decisión, hay que tomar en cuenta los costos involucrados. En este caso, por lo menos, el Tribunal Constitucional identificó que su decisión implicaba una dicotomía entre valores como un libre mercado por un lado, y la mayor equidad social por otro.

No obstante, dado el estrecho margen de acción de esta norma, en la medida en que la mayoría de empresas mineras tenían, a la fecha, contratos de estabilidad jurídica, nos asaltan dudas acerca de

si el TC realmente tomó en cuenta sólo la equidad social o si también dio una decisión “para la tribuna”...

CONCLUSIÓN

Hemos visto varios ejemplos de casos que han sido resueltos apelando más a concepciones dogmáticas que tomando en cuenta los costos involucrados en la su resolución. Contrariamente a lo que se suele creer en nuestro país, una evaluación de “costos” no es una meramente monetaria, sino que involucra los medios que estamos dispuestos a utilizar para alcanzar determinados fines que consideramos valiosos. Esta visión pragmática de la política no debería identificarse -ni siquiera- con el análisis económico del Derecho (ligado a la eficiencia económica), sino que presupone una mirada mucho más amplia al proceso regulatorio, que incluye también el actuar de los tribunales en la protección de los derechos fundamentales o en el impulso de políticas redistributivas⁶⁵.

Otra cosa que hemos querido poner en evidencia es que nuestra Constitución está inspirada en múltiples valores que tendrán mayor o menor influencia dependiendo del caso. Dichos valores interactúan con otras fuerzas sociales como la maximización de beneficios, los sentimientos, la tradición y hasta el azar. Lo importante al resolver un caso es identificar cuáles son los valores o fuerzas sociales involucradas en una determinada política. Sólo así, regresando al párrafo anterior, podremos analizar adecuadamente los costos involucrados para tomar una mejor decisión.

Para finalizar, también es importante destacar que, si nuestros tribunales advierten lo anterior, probablemente tomarán un papel mucho más activo en la delimitación de las políticas públicas, lo que podría ser beneficioso para el país; no porque los tribunales sean mejores legisladores que los congresistas, sino porque la división del poder (no “poderes” ya que eso es una mera ilusión)⁶⁶, entre muchos órganos, puede tender a limitarlos, de tal modo que el verdadero poder regrese a toda la sociedad.

⁶⁵ Ya hemos hecho referencia en otro lugar a la importancia de una mirada más amplia a los casos, que no tome en cuenta sólo lo económico, pero que tampoco lo excluya. SÚMAR, Óscar. “Acercas del control estatal de las asociaciones privadas y la jurisprudencia del TC: un enfoque económico”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional* 6. pp. 909-918.

⁶⁶ Nosotros creemos que, si bien la Constitución establece competencias, no lo hace basándose en lo que *materialmente* significa legislar, ya que “(...) no puede percibirse alguna diferencia entre administración y jurisdicción ni tampoco entre ejecución y legislación”, sino en relación a la naturaleza del proceso que sigue cada órgano del Estado para su expedición. A saber, tanto el Congreso, como el Ejecutivo y los tribunales expiden normas. KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). México: UNAM. 2001. p. 12.