

Constitución, economía de mercado, competencia y rol subsidiario empresarial del Estado. Reflexionando acerca de la posibilidad constitucional de que el Estado peruano realice hoy una actividad empresarial específica, de manera directa o indirecta, en torno a la exploración y/o explotación de hidrocarburos

Augusto Vargas Rodríguez (*)

La economía de mercado constituye un sistema organizador y ordenador de las sociedades democráticas y de derecho que, con el transcurrir del tiempo, ha ido asentándose con mayor rigor en las legislaciones del mundo como lineamiento-fuente del desarrollo económico y social.

Ello, de un lado, en el entendido que el sistema de mercado, al fundarse en el concepto del libre juego de la oferta y la demanda, o de la autonomía económica privada¹, comporta, desde una perspectiva kantiana y utilitarista², la consecución del bienestar de los consumidores mediante la satisfacción de sus intereses dentro de un libre marco de transacciones y asignaciones eficientes de recursos³; y de otro lado, en el entendido que mientras mayor es

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, con especialización en regulación servicios públicos e infraestructura de redes. Candidato al MBA por la Universidad del Pacífico. Socio del Estudio Santiváñez Abogados.

1 Cabe recordar que, tal como señala Richard Posner, el reconocimiento de la autonomía privada permite el buen funcionamiento del mercado, dado que los recursos tienden a dirigirse a sus usos más valiosos. En POSNER, Richard. "El Análisis Económico del Derecho". Fondo de Cultura Económica. Pág. 28.

2 Desde una perspectiva kantiana y utilitarista se entiende que cada persona se encuentra en mejor posición para determinar qué es lo que más le conviene, de qué forma asigna sus recursos a sus usos más valiosos, y cómo maximiza su utilidad; por lo cual, se justifica perfectamente dejar a cada persona la libertad de tomar su propias decisiones, sin intervención de ningún tipo.

3 Si bien son varios los criterios de eficiencia que la teoría económica ha desarrollado, los más vá-

el bienestar de los consumidores⁴ en una sociedad determinada, mayor es el estado de desarrollo económico y social de ésta.

Sin embargo, para que el sistema de economía de mercado funcione adecuadamente, resulta necesario que éste se apoye en ciertos elementos. La libre iniciativa privada, la autonomía de la estrategia empresarial, la competencia, el libre establecimiento de condiciones para los bienes y/o servicios, la soberanía y rol activo del consumidor en el mercado⁵, la regulación económica estatal en casos de monopolios naturales⁶, servicios públicos⁷

lidos a nuestro entender son el criterio de eficiencia de Pareto y el criterio de eficiencia de Kaldor y Hicks. Desde la perspectiva paretiana, se dice que las transacciones y asignaciones de recursos son eficientes, cuando implican el traslado de recursos a sus usos más valiosos, sin desperdicios, llegando a consolidar escenarios en los cuales ya no es posible la mejora de una persona sin que otra empeore, independientemente de la consideración del concepto de justicia.

De otro lado, desde la perspectiva de Kaldor y Hicks se dice que las transacciones y asignaciones de recursos son eficientes, en la medida que el resultado del traslado de recursos finalmente implique un resultado numérico positivo en términos de beneficio social, no obstante sobre cuál de los agentes involucrado en la transacción recaiga mayor o menor beneficio. Esto último, en tanto que, desde la perspectiva de Kaldor y Hicks la eficiencia es medida independientemente sobre qué agente recaiga de forma más favorable la reasignación de los recursos.

- 4 Hay que reparar en que el consumidor no es más que la persona humana en su faceta transaccional en el mercado, y que la consideración, respeto, protección y bienestar de la persona humana constituye el fin supremo de toda sociedad democrática y de derecho.
- 5 No debe perderse de vista que el rol de soberanía del consumidor en el mercado implica que toda vez que éste es quien mejor sabe qué es lo que más le conviene, debe encontrarse en plena libertad para elegir. Por su parte, el rol activo del consumidor, implica que éste, mediante su elección libre, indicará a los productores de bienes y/o servicios qué, cuánto, cómo y a qué precio producir, provocando con ello oferta en el mercado coincidente con la demanda. En efecto, mediante su elección con el pago de un precio por un bien y/o servicio de ciertas características, es precisamente cómo el consumidor da señales a los productores de lo aceptable o inaceptable. Lo ideal es que los precios sean libres y sin distorsiones, de manera tal que reflejen en el mercado la escasez relativa de bienes y/o servicios para que éste pueda por sí mismo realizar la reasignación de los bienes y/o servicios escasos.
- 6 Existe un monopolio natural en un mercado cuando una sola empresa en éste genera toda la producción del mercado. Normalmente los monopolios naturales se presentan en mercados de demanda limitada, en los que para la realización de la actividad económica específica materia de éstos, se ha tenido que realizar elevadas inversiones y asumir altos costos de mantenimiento, y en los que la réplica de las inversiones existentes resulta ineficiente por la generación de mayores costos sin posibilidad de verificar mejoras en la provisión de los bienes y/o servicios de los que se trate, según corresponda.
- 7 Con respecto a los servicios públicos, cabe recordar que, como hemos señalado ya en otros trabajos, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional preponderante, sólo será servicio público en un país aquél servicio que sea declarado como tal por una ley.

y externalidades⁸, y el rol subsidiario estatal en la actividad empresarial, constituyen tales elementos, de manera tal que su vigencia en el sistema de mercado resulta fundamental.

Puntualmente, la existencia de competencia⁹ en los diferentes mercados de bienes y/o servicios y la posibilidad de fijar libremente las condiciones de éstos, es de vital importancia para el funcionamiento del sistema de mercado, habida cuenta que promueve el efectivo desarrollo de los mercados de bienes y/o servicios, y la satisfacción de las necesidades de los consumidores en las mejores formas posibles.

En efecto, la existencia de competencia y libertad en el establecimiento de características de bienes y/o servicios en los mercados, significa, de un lado, la posibilidad de los consumidores de ser abastecidos con bienes y/o servicios en la cantidad y calidad deseadas y a los mejores precios posibles; y de otro lado, la creación de mayores incentivos para los ofertantes de bienes y/o servicios a efectos de mejorar constantemente los mismos en beneficio de los consumidores.

Sin perjuicio de lo anterior, en determinadas situaciones excepcionales en las que no puede verificarse competencia en los mercados (aún ante la existencia de la libertad irrestricta de entrada a éste y de normativa que desincentive la realización de aquellos comportamientos anormales por parte del Estado o de los agentes económicos antes descritos), la competencia se garantiza con la emisión de normativa y regulación económica estatal, la misma que

-
- 8 Se define como una externalidad toda situación en la cual los costos o beneficios de producción y/o consumo de algún bien o servicio no son reflejados en el precio de mercado de los mismos. En otras palabras, son externalidades aquellas actividades que afectan a otros para mejorar o para empeorar, sin que éstos paguen por ellas o sean compensados. Existen externalidades cuando los costos o los beneficios privados no son iguales a los costos o los beneficios sociales. Los 2 tipos de externalidades más importantes son las economías externas o las des-economías externas. Así, es una externalidad el efecto negativo o positivo de la producción o consumo de algunos agentes sobre la producción o consumo de otros, por los cuales no se realiza ningún pago o cobro.
- 9 Entendida ésta como aquella situación de concurrencia en el mercado provocada como consecuencia de la existencia de libertad irrestricta de entrada a éste y de normativa que desincentiva la realización de aquellos comportamientos anormales por parte de agentes económicos o del Estado (es decir, la realización de conductas anticompetitivas y de competencia desleal por parte de agentes económicos, y de actos administrativos y normativos estatales que cierran ilegal e irracionalmente el acceso de participantes a los mercados) que precisamente impiden o afectan el desenvolvimiento normal de la competencia.

puede implicar, correctamente desde nuestra perspectiva, el establecimiento de determinadas restricciones en los mercados correspondientes (restricciones en relación a la libre fijación de precios, por ejemplo). Dichas situaciones excepcionales son aquellas conocidas como fallas de mercado, como lo son los monopolios naturales, los servicios públicos y las externalidades.

Por su parte, la subsidiariedad estatal en la actividad empresarial (es decir, que el Estado no desarrolle actividad empresarial en mercados en los cuales los agentes privados pueden y/o quieren hacer ello en condiciones de competencia), también es de suma relevancia para el funcionamiento del sistema de mercado.

Ello, de un lado, dado que desde una perspectiva económica, el Estado debe destinar sus recursos (provenientes en su mayoría de la recaudación tributaria) a sus mejores usos posibles, y el destino de recursos estatales a mercados en los cuales existe la posibilidad de verificar proveedores de bienes y/o servicios en competencia no es necesariamente la mejor opción de uso de recursos estatales posible; y de otro lado, dado que desde una perspectiva etológica e histórica mundial, existe mucho riesgo de que el Estado (cuyas acciones son conducidas y materializadas por personas humanas con poder de decisión en cada gobierno de turno y que son identificadas por la sociedad por dichas acciones), al desarrollar actividad empresarial, haga ello en base a criterios distintos a la eficiencia empresarial, como por ejemplo, en base a generar mayor reconocimiento público (de cara a pretensiones personales diversas, como lo son, por ejemplo las pretensiones electorales), generando con ello distorsiones en el mercado que a la larga podrían afectar a los consumidores.

No es ajeno a la realidad percatarse que las empresas estatales que generan pérdidas importantes por su propia ineficiencia empresarial (que le exige una inyección de dinero que no poseen) o que pretenden establecer políticas de precios bajos para los bienes y/o servicios que producen (cuando su estructura de negocio no soporta ello), siempre podrían intentar hacer uso de mayores asignaciones de recursos estatales para seguir haciendo lo anterior, con el consiguiente perjuicio que dicha situación podría importar para los demás competidores en el mercado respectivo, y finalmente para los propios consumidores en el mediano y largo plazo.

Sin ánimo alguno de justificar la corrección o incorrección del contexto en el cual fue promulgada la Constitución Política del Perú de 1993, ni aceptar o

rechazar incondicionalmente la totalidad del referido texto constitucional; de la lectura de la parte referida al régimen económico peruano desarrollado en éste, se desprende para nosotros con claridad que los legisladores correspondientes entendieron correctamente la importancia de garantizar constitucionalmente, como sostén del régimen de economía de mercado estatuido¹⁰, la libre iniciativa privada, la competencia en los mercados de bienes y/o servicios, la libertad en el establecimiento de las condiciones de los bienes y/o servicios, la posibilidad de que el Estado peruano actúe en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura a través de normativa y regulación económica, y el rol subsidiario del Estado en la realización de actividades empresariales. Para corroborar ello, basta revisar, básicamente, y entre otros, los artículos 58° al 62° del mencionado texto constitucional¹¹.

10 Cabe precisar que si bien es cierto que, en estricto, el término utilizado en nuestra Constitución Política del Perú de 1993 para denominar el régimen económico a ser considerado en el país es el de “economía social de mercado” y no el de “economía de mercado”, para efectos del presente trabajo estamos equiparando ambas terminologías. Ello, sin perjuicio de que no desconocemos que la “socialización” de la economía de mercado en nuestro texto constitucional, remarca la importancia que revistió para nuestros legisladores entender la necesidad de posibilitar la intervención del Estado en la economía, ya sea mediante su rol subsidiario empresarial o mediante su intervención normativa y regulatoria en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, y por tanto, su garantía con respecto a un mínimo nivel de bienestar para la gran mayoría o la totalidad de los ciudadanos.

11 Constitución Política del Perú de 1993 (Régimen económico):

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

“Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

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

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”

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

Particularmente, en relación al rol subsidiario del Estado en la economía, el artículo 60° de la Constitución Política de 1993, señala lo siguiente:

“(...) Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.”

Así las cosas, para que, por ejemplo, el Estado peruano pueda realizar con corrección constitucional una actividad empresarial determinada en torno a la exploración y/o explotación de hidrocarburos, de manera directa o indirecta, éste debe: (i) contar con una expresa Ley del Congreso de la República del Perú que le autorice específicamente para dicho efecto¹²; (ii) probar que la realización de la específica actividad empresarial referida no puede y/o no quiere ser realizada por agente privado alguno en situación de competencia; y (iii) probar que la realización de dicha específica actividad empresarial es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (lo que pasa, evidentemente, por probar también los efectos económicos beneficiosos en términos absolutos que la aludida específica actividad empresarial comportaría para el país).

Desde nuestra perspectiva, actualmente, el Estado peruano no está en posibilidad de realizar, de forma directa ni indirecta, actividad empresarial

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

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

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

12 Con respecto a este punto, cabe señalar que si bien nosotros somos de la opinión que la Ley del Congreso de la República que exige el texto constitucional es una que no sólo sea expresa sino que autorice con mucho nivel de especificación la actividad económica en particular a realizarse en un momento determinado (con indicación no sólo de la actividad económica en general a efectuarse sino asimismo con indicación del negocio puntual a realizarse), existen también opiniones distintas en mérito de las cuales se señala que basta que la Ley del Congreso de la República autorice expresamente la realización de una actividad empresarial en general.

específica en torno a la exploración y/o explotación de hidrocarburos. Ello, en tanto que: (i) no entendemos que se ha expedido Ley alguna del Congreso de la República que autorice al Estado peruano a realizar, de forma directa ni indirecta, actividad empresarial específica alguna en torno a la exploración y/o explotación de hidrocarburos; (ii) no entendemos que se ha verificado esfuerzo alguno del Estado peruano para probar la necesidad de realizar actividad empresarial específica alguna en torno a la exploración y/o explotación de hidrocarburos; y (iii) no entendemos que se ha verificado esfuerzo alguno del Estado peruano para probar que la realización de una específica actividad empresarial en torno a la exploración y/o explotación de hidrocarburos es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

De hecho, sostenemos la validez de lo anteriormente expuesto, no obstante que de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 43, Ley de la Empresa de Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A. (publicado en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 1981), la Ley N° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Empresa Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A. (publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 23 de junio de 2007) y el Decreto Supremo N° 012-2013-EM, Reglamento de la Ley N° 28840 (publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 27 de marzo de 2013), y sus respectivas normas modificatorias y complementarias; no puede negarse la existencia, naturaleza, objeto social y normativa que rige el accionar de Petroperú S.A.

El tema, desde nuestra perspectiva, está en no permitirse confundir el marco normativo infra-constitucional que se le ha pretendido dar, y que se le ha dado efectivamente, a la referida empresa estatal de derecho privado para que desarrolle la actividad empresarial para la que fue creada, con el marco constitucional que requeriría atender el Estado peruano para realizar a través de dicha empresa estatal de derecho privado o cualquier otra entidad, actividad empresarial específica, de manera directa o indirecta, en torno a la exploración y/o explotación de hidrocarburos.

Por ello, consideramos que, hoy en día, todo accionar del Estado peruano destinado a efectuar, directa o indirectamente, cualquier actividad específica empresarial en torno a la exploración y/o explotación de hidrocarburos, sin mayor trámite previo, ya sea a través de Petroperú S.A. o cualquier otra entidad, no sólo sería jurídicamente inconstitucional sino además económicamente contraproducente para el desarrollo económico y social del país, por no condecirse ello con el sistema de economía de mercado instaurado en el Perú.