

A

ACTUALIDAD JURIDICA

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

TOMO 177
AGOSTO 2008

ESPECIAL

LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE DECRETO LEGISLATIVO N° 1071

LA PREFERENCIA DEL ASIENTO REGISTRAL SOBRE EL TÍTULO ARCHIVADO

LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA REBELDÍA

LAS MODIFICACIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1067

LA ETAPA INTERMEDIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

REGLAMENTACIÓN DEL EMPLEO DE LA FUERZA POR PARTE DEL PERSONAL MILITAR

LA IMPUGNACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL REPRESENTANTE EN CASO DE DISTRIBUCIÓN
DE UTILIDADES EXISTIENDO DEUDA TRIBUTARIA

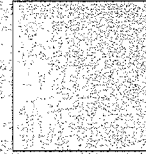
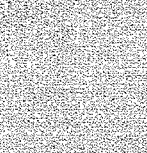
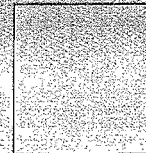
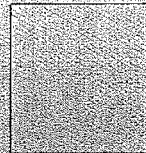
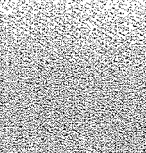
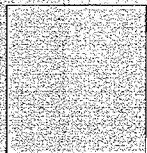
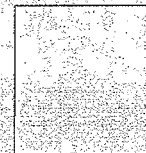
EL NUEVO RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS MICROEMPRESAS

NUEVAS REGLAS SOBRE EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN LABORAL

LAS MODIFICACIONES A LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

LA NUEVA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI

LA NUEVA REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO



EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN

44

AUTORES

ENTRE OTROS:

Fernando Cantuarias Salaverry
Jorge Santistevan de Noriega
Mario Castillo Freyre
Oswaldo Hundskopf Exebio
Marysol Ferreyros Castañeda
Carlos Matheus López
Juan Morales Godo
Juan Carlos Ruiz Molleda
Gustavo Beramendi Galdós
Reynaldo Mario Tantaléan Odar
Alonso R. Peña Cabrera Freyre



ÍNDICE

FIDEL A. ROCHA MIRANDA

Regulación de los servicios públicos. ¿Por qué?, ¿cuándo? y ¿cómo debe intervenir el Estado en el mercado?

337

Regulación de los servicios públicos ¿Por qué?, ¿cuándo? y ¿cómo debe intervenir el Estado en el mercado?

Fidel A.

ROCHA MIRANDA(*)

SUMARIO:

I. Definición de servicio público. II. Regulación *versus* competencia. III. Economía, economía social de mercado, equilibrio competitivo y fallas del mercado. IV. Intervención del Estado en los mercados. V. Respondiendo las preguntas planteadas.

A mediados del siglo XVIII, Jean-Jacques Rousseau, siguiendo la línea de pensamiento que anteriormente John Locke había expuesto, dio a luz una de las obras más famosas de todos los tiempos denominada "El contrato social", en la cual sustenta que para vivir en sociedad, los seres humanos acuerdan un contrato social implícito, que les otorga ciertos derechos a cambio de abandonar la libertad de la que dispondrían en estado de naturaleza. El contrato social, como teoría política, explica, entre otras cosas, el origen y propósito del Estado.

La teoría de la regulación, concebida como el desarrollo económico de la "autorización" otorgada por los seres humanos a favor de la entelequia denominada Estado, para que intervenga y regule las relaciones interpersonales y la forma de distribución de la riqueza, es decir que intervenga en sus vidas, bien puede sustentarse en el pensamiento y conceptos expuestos

TEMA DE DISCUSIÓN

¿Por qué el Estado debe de intervenir en el mercado?, ¿cuándo debe existir esta intervención y bajo qué parámetros debe darse? A responder estas preguntas se aboca el autor en este trabajo, enfocando su análisis desde la perspectiva de la regulación de los servicios públicos. Así, llega a la conclusión de que los mercados, en la medida de lo posible, deben regularse por sus naturales y propias reglas, sin embargo existen situaciones en que esta autorregulación no es posible, lo que justificaría la intervención del Estado.

por Rousseau. La intervención estatal en el mercado siempre ha sido materia de discusión, con partidarios y detractores según las preferencias vayan desde convicciones socialistas hasta los más férreos defensores de los sistemas liberales. En todo caso, siempre ha estado sobre la mesa de discusión el límite que debe marcar esta intervención estatal.

A partir de los últimos años del siglo XIX, ha habido un punto de referencia en torno al cual ha gravitado en especial medida la transformación de los

sistemas jurídicos, este es los servicios públicos. Después de que se generalizó el precepto de que el Estado es un mal empresario, los servicios públicos han sido uno de los principales motivadores para que el Estado retome su intervención en la economía, aplicando sus atribuciones regulatorias y fiscalizadoras. Es en este momento que surge la necesidad de determinar, ¿por qué el Estado debe de intervenir en el mercado?, ¿cuándo debe existir esta intervención? y sobre todo ¿cómo y bajo qué parámetros y objetivos debe intervenir?

(*) Gerente Corporativo Legal y de Regulación del grupo Distriluz.

Es propósito de este artículo tratar de establecer algunas ideas que nos permitan responder los cuestionamientos antes señalados, utilizando para tal efecto el caso de los servicios públicos, como una de las principales actividades en las que el Estado ejercita su potestad regulatoria.

I. DEFINICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Es común utilizar la denominación de "servicio público" para nombrar a ciertas actividades que rodean nuestra vida cotidiana, sin embargo no es usual detenerse a pensar por qué ciertas actividades son consideradas indiscutiblemente como servicios públicos (energía eléctrica, agua potable, etc.), y sin embargo hay otras sobre las cuales tenemos dudas respecto a si califican para tal denominación (televisión por cable, Internet, etc.). Dada esta situación cabe cuestionarse, ¿qué hace que determinada actividad merezca el calificativo de servicio público?, y ¿en qué se diferencian estas actividades con otras que también están inmersas en nuestras vidas diarias, pero que no son calificadas como tales?

Existe abundante bibliografía, principalmente de origen europeo, referida a tratar de definir el concepto de servicio público. En este intento la doctrina europea, principalmente la francesa, desarrolla este concepto. Para poder entenderlo en su verdadero contexto debemos hacer referencia a los que se pueden considerar los pilares de la intervención del Estado en la economía, las reglas de competencia y la imposición del deber de satisfacer determinados intereses públicos. Como podremos ver al analizar estos dos conceptos, la intervención del Estado se mueve entre estos dos preceptos que algunas veces pueden aparecer contradictorios, para lo cual se han desarrollado diversos modelos regulatorios, que se diferencian por las respuestas que se pueden dar a las preguntas que motivan este artículo, ¿por qué?, ¿cuándo? y ¿cómo debe intervenir el Estado?

Como primer alcance podemos señalar que el concepto de servicio público está referido a la tarea que asume el Estado, entendiéndose Estado como cualquier poder o entidad política capaz de operar y ofrecer un determinado servicio. Bajo este concepto se relacionan las ideas de empresa pública, concesión, autorización administrativa y monopolio. En efecto, es normal encontrar casos en que el propio Estado, bajo la figura de la empresa pública, sea quien se encargue de organizar y prestar el servicio.

En el Perú, si nos referimos por ejemplo al servicio público de electricidad, es decir a la actividad de distribución eléctrica que tiene la calidad de servicio público⁽¹⁾, encontraremos que en todos los departamentos, a excepción de Lima e Ica, es el propio Estado, a través de empresas de propiedad estatal, quien se encarga de brindar este servicio. Si bien a fines de los años 90 e inclusive hasta el año 2001 hubo intentos de privatización de un grupo de estas empresas de distribución⁽²⁾, la coyuntura no permitió que dichos procesos culminen exitosamente, por lo cual a la fecha es el propio Estado quien se encarga de prestar este servicio.

Sin embargo, también es común encontrar el caso que el servicio es prestado por una empresa privada, pero solamente sobre la base de una concesión administrativa otorgada por el Estado, mediante la cual se regula las condiciones bajo las cuales el servicio debe ser prestado. Como podemos ver, en este segundo caso el Estado mantiene el concepto de titularidad sobre la actividad considerada como servicio público, y solamente delega el ejercicio de esta bajo la figura de la concesión administrativa, lo que no significa que se desligue completamente de la actividad, por cuanto mantiene su poder de control y supervisión, y en su caso de resolución de la concesión, pudiendo revertir el ejercicio de la actividad al Estado.

Retomando el caso del Perú, también se encuentra esta modalidad en las empresas de distribución de electricidad de los departamentos de Lima e Ica. En el caso de Lima, hasta comienzos de los años 90 el servicio era atendido por la empresa estatal Electrolima S.A., la cual fue dividida en dos, y privatizada separadamente, siendo a la fecha las empresas privadas Edelnor y Luz del Sur las encargadas de brindar el servicio en la capital del Perú. Sin embargo, como ya hemos mencionado, el hecho de que el Estado entregue en concesión el desarrollo de una actividad calificada como servicio público, no significa carta libre para su ejercicio, ya que la condición de titular de una concesión importa asumir obligaciones claramente especificadas en el contrato de concesión y en la legislación que regula

la actividad, con lo que reafirma el concepto de que el Estado sigue siendo el "responsable" de velar porque el servicio sea brindado bajo ciertas condiciones.

Las obligaciones que asume el titular de un servicio público se pueden resumir en el deber de cumplimiento de tres principios:

1. Principio de continuidad

Quizás la principal característica del concepto de servicio público dada su propia naturaleza. Consiste en la exigencia del funcionamiento ininterrumpido del servicio en las condiciones adecuadas a las necesidades de la población. Este principio y la obligación de su cumplimiento pueden significar la colisión con otros derechos reconocidos por la sociedad, como por ejemplo el derecho a la huelga, lo cual obliga a analizar y explorar en la priorización de los derechos tutelables de los ciudadanos.

En todo caso, el principio de continuidad puede ser entendido como el sustento de la prestación del servicio público que consiste en poner a disposición de los ciudadanos el servicio, bajo condiciones que puedan garantizar la satisfacción de sus necesidades.

2. Principio de igualdad

Este principio obliga al que tiene a su cargo la actividad calificada como servicio público a tratar de igual forma a las personas que se encuentran en una misma situación de derecho o de hecho. Importa el acceso igualitario de todos los ciudadanos y por consiguiente el mismo derecho de satisfacer sus necesidades con los beneficios del servicio prestado.

El cumplimiento de este principio encuentra sus limitaciones en las posibilidades y condiciones técnicas bajo las cuales se presta el servicio, o mejor aún las condiciones bajo las cuales el titular de la actividad se encuentra obligado a dar el servicio. El tratamiento igualitario puro significaría que la totalidad de los ciudadanos que habitan en un área de concesión deben contar con el servicio en las mismas condiciones

(1) La actividad de distribución eléctrica se divide en el mercado regulado, denominado servicio público de electricidad, y el mercado libre referido al mercado en donde los clientes consumen potencias superiores a 1 megavatio. Esta última no tiene la condición de servicio público de electricidad y se desarrolla bajo condiciones de libre contratación.

(2) Como referencia se puede consultar la experiencia del proceso de privatización de las empresas Electronoroeste S.A., Electronorte S.A., Hidrandina S.A. y Electrocentro, hoy agrupadas en un *holding* denominado Grupo Distruz.

de tiempo de atención, calidad y continuidad, sin embargo existen otros elementos que determinan la prestación del servicio como son: las posibilidades y condiciones técnicas de la infraestructura, las inversiones necesarias y las tarifas reconocidas por el propio Estado.

En los casos en que la intervención del Estado es a través de la fijación de la tarifa que los ciudadanos deben pagar por el servicio brindado, el desconocimiento de determinados costos o inversiones es el principal limitante para que el principio de igualdad sea implementado en su sentido más puro. Este tema será desarrollado más adelante cuando veamos las formas de intervención del Estado en los mercados.

3. Principio de mutabilidad

Dado que el objetivo de los servicios públicos es conseguir la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, es indispensable que estos se vayan adecuando al cambio de estas necesidades. Conforme el servicio sea brindado con mayor tecnología, la exigencia de adaptación a los nuevos requerimientos de la sociedad será mayor y cada vez más rápida.

La exigencia de cambio y de búsqueda de mejores prácticas para el desarrollo de las actividades calificadas como servicios públicos, también pasa por el interés del Estado de que sus empresas públicas o las empresas privadas puedan generar eficiencias que se traduzcan en reducciones de costos que finalmente puedan beneficiar tanto a estas empresas como a los ciudadanos. Una de las principales formas de intervención estatal en la economía es la aplicación de modelos tarifarios, es decir la fijación del precio que los ciudadanos deberán pagar por el servicio que reciben.

Algunos de estos modelos tarifarios priorizan la búsqueda de la eficiencia traducida en la reducción de los costos de prestación del servicio, la que luego deriva en el traslado de los beneficios de este logro a los consumidores, a través de una reducción en la tarifa. En este sentido, el principio de mutabilidad consiste no solo en la continua adaptación de la manera como se brinda el servicio de acuerdo con la variación de las necesidades de la población, sino que consiste también en el cumplimiento de las exigencias del Estado de la constante búsqueda de la eficiencia.

Como hemos podido ver, el concepto de servicio público se circunscribe a las actividades desarrolladas por una persona pública, destinadas a satisfacer necesidades de carácter general,

que por su naturaleza se superponen a intereses individuales y que deben ser desarrolladas cumpliendo ciertos principios que garantizan el objetivo de mantenimiento del equilibrio social.

Estas características que están en torno a los servicios públicos y que se vinculan estrechamente con la búsqueda del bienestar social, así como otros elementos adicionales como por ejemplo las fallas del mercado, de lo cual nos ocuparemos más adelante, han determinado que estos servicios sean, a partir de finales del siglo XIX, el punto de referencia en torno al cual el Estado ha retomado su intervención en la economía, desarrollándose todo un esquema teórico de la regulación, herramienta que es utilizada por el Estado para sustentar su participación en el mercado.

II. REGULACIÓN VERSUS COMPETENCIA

El modelo de organización económico europeo, heredado por la mayoría de países de nuestra región, establece que la competencia es el régimen ordinario de las actividades económicas dirigidas a la satisfacción de necesidades colectivas, sin embargo este último objetivo debe prevalecer si resulta incompatible con la competencia.

La teoría regulatoria es consciente de que el "mundo no es perfecto" y por consiguiente los mercados tampoco lo son, por tal motivo las fallas que el mercado puede presentar justifica la intervención estatal, priorizando el bienestar social sobre la competencia, sin embargo es muy importante identificar y evitar que esta intervención exceda el objetivo de bienestar social y más bien se convierta en intervencionismo, perjudicando el natural funcionamiento del mercado.

Los conceptos de regulación y competencia no deben ser necesariamente excluyentes. En los casos en que la priorización del interés social genera la necesidad de poner restricciones a la competencia, es necesario asegurarse que estas restricciones sean estrictamente las necesarias. Por ejemplo, en los casos en que es mucho más eficiente, y por consiguiente en beneficio del interés social, la existencia de una sola empresa que brinde un determinado servicio, por cuanto la duplicidad de la infraestructura requerida resulta innecesaria y únicamente significaría el encarecimiento del servicio, es perfectamente posible sustituir la competencia "en el mercado" por la competencia "por el mercado". Esto significa que la competencia se traslada del propio mercado al acceso a este, asegurándose que todas las

empresas que se encuentren interesadas en brindar el servicio tengan la posibilidad de competir por acceder a este mercado.

La ciencia económica analiza el mercado bajo un supuesto de funcionamiento perfecto, denominado equilibrio competitivo, en el cual es el propio mercado el que se autorregula, determinando el precio de los bienes comercializados, la cantidad de bienes que los productores deben producir para satisfacer las necesidades de los ciudadanos y maximizar sus ingresos, así como la cantidad de bienes que deben adquirir los consumidores, maximizando la utilidad de sus recursos. Sin embargo, es reconocido que los mercados pueden presentar fallas que hacen que la autorregulación sea más difícil y en algunos casos imposible. Es en este último caso en que se justifica la intervención del Estado, tratando de suplir la incapacidad del mercado de autorregularse, estableciendo reglas que determinen un equilibrio que procure alcanzar la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y asegurar también los beneficios esperados por las empresas participantes.

A continuación analizaremos los conceptos de economía y mercado, así como los casos más comunes de fallas del mercado, a fin de tratar de responder nuestra primera interrogante ¿cuándo debe intervenir el Estado?

III. ECONOMÍA, ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, EQUILIBRIO COMPETITIVO Y FALLAS DEL MERCADO

1. Economía

Es posible dar muchas definiciones de economía, a continuación citamos algunas:

"Ciencia que se ocupa del estudio sistemático de las actitudes humanas orientadas a administrar los recursos, que son escasos, con el objetivo de producir bienes y servicios y distribuirlos de forma tal que se satisfagan las necesidades de los individuos, las que son ilimitadas".

"Ciencia social, conjunto de teorías con la evidencia empírica a favor o en contra, que se ha construido para ayudarnos a comprender el mundo real y hacer predicciones válidas acerca de él" (Hirshleifer & Hirshleifer).

"El estudio de cómo enfrentan a la escasez las personas y las sociedades" (Katz & Rosen).

"Es el estudio de la forma en que las sociedades deciden qué producir, cómo y para quién con los recursos escasos y limitados" (Fischer, Dornbusch y Schmalensee).

“Ofrecer un método para ordenar y establecer prioridades a la hora de tomar decisiones individuales o colectivas que se desea satisfacer” (Keynes).

Por lo tanto, la economía consiste en la ciencia de la elección en condiciones de escasez. La decisión a la que se enfrentan las distintas organizaciones de cómo satisfacer los deseos ilimitados de sus integrantes por bienes y servicios y los recursos limitados con que se cuenta para satisfacerlos.

El proceso de funcionamiento de una economía se puede considerar como el proceso de asignación de recursos, tanto los iniciales como los producidos en la sociedad. La asignación de los recursos representa el punto o conjunto de condiciones donde coinciden los productores y consumidores de una sociedad, es decir, el punto exacto donde confluyen las condiciones en donde los productores se encuentran dispuestos a vender y los consumidores a comprar, tanto en cuanto a la cantidad como el precio.

Este proceso de acercamiento y coincidencia entre productores y consumidores no puede estar ajeno a la existencia de reglas formales (normas legales) e informales (compromisos autoejecutables) denominadas instituciones económicas, las mismas que permiten y restringen la realización de las diversas actividades por parte de los diversos agentes económicos de la sociedad.

2. Economía social de mercado

Existen diversos sistemas económicos implantados en los Estados; sin embargo, en nuestro país, al igual que la mayoría de países de la región, la Constitución Política de 1993, en su artículo 58, al regular el régimen económico, ha establecido la economía social de mercado como el régimen bajo el cual se orienta el desarrollo del país, consagrando la libre iniciativa privada como elemento fundamental del sistema económico.

La economía social de mercado fue el principal modelo económico usado en Europa occidental durante el siglo XX. Fue concebido e implantado originalmente en la República Federal Alemana, con la denominación de *Soziale Marktwirtschaft*. Posteriormente, en la Alemania Occidental, la Economía Social de Mercado fue planeada e implementada por el demócratacristiano Ludwig Erhard, Ministro de Economía bajo la cancillería de Konrad Adenauer y bajo su propia administración entre 1963 y 1966.

Este modelo económico tiene como objetivo el mantener un equilibrio entre un alto índice del crecimiento económico, baja inflación, bajo nivel de desempleo, buenas condiciones laborales, bienestar social y servicios públicos, por medio de una economía de libre mercado y políticas públicas tendientes a mantener esa competitividad integrando políticas sociales paliativas.

La economía social de mercado requiere la observancia y cumplimiento de siete principios fundamentales:

- Sistema de precios cercano a la competencia perfecta.
- Estabilidad de la moneda.
- Acceso libre a los mercados.
- Propiedad privada.
- Libertad contractual.
- Plena responsabilidad de políticas fiscales.
- Transparencia económica.

Los cuales deben tener como límites, cinco principios reguladores:

- Control estatal de monopolios.
- Políticas redistributiva de ingresos.
- Reglamentación del trabajo.
- Garantía jurídica.
- Salario mínimo.

3. Equilibrio competitivo

Como hemos mencionado, la ciencia económica analiza el mercado bajo un supuesto de funcionamiento perfecto denominado equilibrio competitivo; esto supone determinadas premisas que, como veremos en muchos casos no se cumplen en la realidad, generando lo que se denomina fallas de mercado.

El equilibrio competitivo asume que los consumidores maximizan su bienestar sujeto a su restricción de ingresos, es decir, que actúan con la racionalidad del consumidor. Asimismo, que las decisiones de cada consumidor no afectan las decisiones de consumo de otros consumidores, lo que significaría que no existen externalidades en el consumo. Otro supuesto del equilibrio competitivo es que los consumidores están atomizados, por lo cual no tienen forma de ejercer presión alguna en la fijación de precios, lo que significa que son “precio aceptantes”.

El equilibrio competitivo también asume que todos los consumidores disponen de la información sobre los precios, calidad y otros atributos de cada uno de los productos de manera igual, y sobre todo, que tienen la capacidad de procesar toda esta información de manera racional.

Por otro lado, en relación con los productores, el equilibrio competitivo supone que estos maximizan su beneficio económico sujeto a su restricción tecnológica de producción, es decir, que actúan racionalmente al momento de decidir cuánto deben producir y las decisiones de cada productor no afectan las decisiones que adoptan los consumidores u otros productores; en estricto, no existen externalidades en la producción.

Otro supuesto del equilibrio competitivo es que al igual que los consumidores, los productores también se encuentran atomizados, lo cual los imposibilita de ejercer presión sobre la determinación de los precios de los productos y que también poseen todos la misma información en cuanto a calidad, precios o demás atributos de cada uno de los productos, siendo capaces de procesar dicha información en forma racional.

Finalmente, en cuanto a la estructura del mercado, el equilibrio competitivo asume que la totalidad de los bienes a ser comercializados son privados, que está claramente establecido el derecho de propiedad de estos bienes y que puede ser válidamente ejercido a través del intercambio voluntario en el mercado. El mercado y los precios son las principales instituciones de una economía competitiva.

En resumen, la situación de equilibrio competitivo se caracteriza por un mecanismo de asignación de recursos basado en la competencia, donde los precios y los mercados son las instituciones mediante las cuales se coordina el proceso de transformación y distribución de los recursos iniciales y producidos. Donde los precios son determinados en los propios mercados sin que ningún agente individual tenga capacidad de influencia sobre los mismos, y en donde las decisiones de consumo y producción son adoptadas por los agentes individualmente, sin que sus decisiones dependan o se vean afectadas por las acciones de los demás agentes, salvo a través de los precios.

4. Fallas del mercado

El equilibrio competitivo al que hemos hecho referencia en los párrafos precedentes presenta algunos problemas en la realidad, basados en la imperfección de los mercados. Es así que la existencia de externalidades hace que si todos buscamos egoístamente estar mejor, es decir, maximizar nuestro bienestar sin mirar al lado tendremos que nadie, o muy pocos, conseguirán

obtener recursos suficientes como para poder vivir dignamente⁽³⁾.

Adicionalmente debe reconocerse que las transacciones tienen costos implícitos, costos de redacción, monitoreo y ejecutabilidad de los contratos, además de que al ser los contratos obras humanas son por excelencia imperfectos e incompletos, por lo cual no se conoce o se puede anticipar la totalidad de las contingencias que se pueden producir durante su ejecución. En consecuencia, la asimetría informativa a la que hace referencia el equilibrio competitivo, en la realidad no es tal. Es más que seguro que durante la negociación, redacción, formalización y ejecución de un contrato, una de las partes posea mayor información que la otra, lo cual origina una potencial contingencia si dicho desequilibrio origina interpretaciones diferentes de las condiciones contractuales.

Por otro lado, de acuerdo al equilibrio competitivo la determinación de los precios se realiza producto de la coincidencia de intereses de productores y consumidores, los cuales, al estar atomizados, no tienen la posibilidad de ejercer presión al momento de su determinación; sin embargo, veremos que en la realidad esta determinación puede resultar de la colusión de las empresas que producen o venden bienes, quienes por sus dimensiones tienen la capacidad de afectar el mercado, o también producto de una situación monopólica en donde existe un solo productor con la capacidad de establecer el precio.

Es también posible que las imperfecciones del mercado afecten el concepto de ingreso libre de productores a los mercados que vigoricen la competencia. La existencia de una empresa con posición dominante de mercado puede generar que esta evite el ingreso de nuevos competidores o que saque del mercado a los existentes que tienen dimensiones mucho menores, valiéndose de conductas anticompetitivas.

También la libertad de elección de los consumidores puede verse afectada producto de externalidades o de la falta de información. Es común que los consumidores no conozcan de la existencia de la totalidad de productos y sus características.

Si los conceptos que sustentaban al equilibrio competitivo comienzan a flaquear, es decir, que la libre decisión de los compradores y vendedores no es tal, que la determinación de los precios no se realiza únicamente por encontrar el punto de coincidencia de intereses entre productores y consumidores, sino que en algunos casos existen productores capaces de fijar

unilateralmente los precios o que los costos de transacción condicionan las decisiones de los actores en el mercado, veremos que los resultados obtenidos producto del funcionamiento libre del mercado no son tan deseables desde el punto de vista económico, político y social.

Estas situaciones son las que conocen como fallas del mercado, siendo las principales las siguientes:

- Poder de mercado.
- Externalidades.
- Bienes públicos.
- Asimetría informativa.

El poder de mercado constituye la capacidad de los productores o consumidores de fijar el precio de un bien de forma unilateral. Esta situación se produce cuando no existe atomismo en el mercado y existe un productor o consumidor con una participación lo suficientemente grande en el mercado que le da la capacidad de afectarlo. El caso más claro de poder de mercado es el monopolio, donde existe un solo proveedor de un determinado bien y no hay posibilidad de que entre al mercado nuevos productores.

En términos económicos, el poder de mercado es la capacidad de una empresa o empresas de sostener el precio de un bien por encima del costo medio en el largo plazo.

Es importante señalar que el poder de mercado no es malo per se, sino que en la medida que quien lo ejerza reduzca el bienestar de los consumidores, transfiriendo los recursos hacia el monopolista y generando de esta manera rentismo, debe ser sancionado.

Como se ha mencionado, las fallas del mercado determinan el sustento de la intervención del Estado, procurando anteponer el bien común en detrimento de la libre competencia y autorregulación del mercado. En este caso, ante la presencia de una situación de poder de mercado existen tres soluciones aplicables:

- a. No hacer nada, en el caso que se presuma que el poder de mercado es pasajero y que las condiciones del mercado incentivarán el ingreso de nuevos competidores, con lo cual el propio mercado se autorregulará.

- b. Implantar una política pública orientada a incentivar y defender la competencia en el mercado, cuando esta sea posible y deseable. En otras palabras promover la competencia por el mercado.

- c. Establecer una política pública basada en la regulación de precios o tarifas cuando se trate de monopolios naturales. En consecuencia, la imposición de reglas que promuevan la competencia en el mercado.

Las dos últimas opciones significan la intervención de Estado en el mercado, ya sea regulando el acceso a él o su funcionamiento. Consideramos que siempre debe agotarse la primera opción y únicamente en que las condiciones particulares del mercado imposibiliten su autorregulación debe recurrirse a las dos últimas.

El segundo caso de falla del mercado consiste en la existencia de externalidades. Estas representan la afectación de un agente económico por parte de otro al momento de la toma de decisiones. Las externalidades pueden ser positivas o negativas, del productor o de consumidor.

La producción de bienes puede generar costos sociales, como por ejemplo daño al medio ambiente, los mismos que no están internalizados, y que determinan una inadecuada asignación de los recursos en la sociedad. Es decir, algunos miembros de la sociedad se benefician con la producción del bien, pero otros se perjudican por este sin recibir un resarcimiento o compensación por el hecho de no estar internalizado este costo. Ante esta situación existen cuatro posibles soluciones:

- a. No hacer nada y que los afectados por las externalidades soporten el costo social de la ineficiencia bajo la premisa de que aun con las externalidades se está mejor en comparación con la posibilidad de intervención estatal.
- b. Imponer una política tributaria que consista en hacer que los causantes de la externalidad negativa (positiva) paguen un tributo (reciban un subsidio) en beneficio de los afectados (de parte de los beneficiados).
- c. Permitir y promover una negociación bilateral entre el causante de

(3) Smith (1756) planteó que la búsqueda individual del mayor bienestar generaba que la sociedad en su conjunto lograra a su vez el mayor bienestar agregado. Este planteamiento individualista partía del supuesto que las acciones (decisiones) de los individuos como consumidores o como productores eran independientes de lo que otros individuos decidían. Sin embargo John F. Nash (1950) determinó que las acciones individuales no son independientes de lo que otros hagan, el *homo economicus* reacciona ante el comportamiento de sus rivales o vecinos, cuando las decisiones de aquellos lo afectan. John F. Nash incluyó en la ciencia económica el concepto de equilibrio con acciones interdependientes.

la externalidad y los afectados o beneficiados, de manera que mediante el intercambio de propiedad se resuelva el problema.

- d. Establecer una política pública de comando y control donde el Estado supervisa las obligaciones, derechos y compensaciones entre los agentes económicos.

Mientras que la alternativa "b" y "d" significan la necesaria intervención del Estado, la alternativa "a" consiste en autorregulación del mercado y la opción "c" importa una acción del Estado mucho más conciliadora antes que interventora.

Al igual que cuando analizábamos el poder del mercado, somos de la opinión de priorizar las opciones en donde se evite la intervención estatal, dejando esta únicamente para los casos en donde resulta inevitable y el costo social sea inminente.

El tercer caso de falla de mercado consiste en la existencia de bienes públicos. Los bienes públicos son los que escapan a la esfera de lo privado y por consiguiente no pueden ser sujetos de comercialización, o al menos no por parte de un privado. La existencia de estos bienes genera la participación de un *free rider*, quien se beneficia recibiendo el bien, pero no contribuye a financiar su provisión. En estos casos existen dos posibles soluciones:

- El financiamiento obligatorio del servicio público por parte del Estado, si este es de necesidad básica.
- Provisión estatal del bien público y financiamiento sustentado en la imposición tributaria.

Ambas posibles soluciones significan intervención directa del Estado, dado que las características del bien público y las necesidades destinadas a ser satisfechas hacen que se superponga la búsqueda del bienestar social a la preservación y autorregulación del mercado.

Por último, la cuarta falla del mercado consiste en la asimetría informativa. Puede darse el caso de que los agentes del mercado posean información privada que pueden ocultar a los otros actores. Esto hace que en una transacción un agente no pueda identificar cual es la calidad de su contraparte, generando dudas y desconfianzas en las transacciones, pudiendo llegarse a sancionar a agentes que actúan de buena fe y con transparencia y confiar en agentes que no lo hacen. Esta situación reduce considerablemente el número de transacciones, lo que se denomina racionamiento del mercado.

Existe la posibilidad de que los agentes recurran al mercado para comprar

información de sus posibles contratantes; sin embargo, esto tiene un costo que no se encuentra internalizado en los costos de las transacciones.

Ante esta situación, existen dos posibles soluciones:

- Imposición de esquemas de participación e incentivos que reconozcan rentas informacionales.
- La implementación de sistemas de supervisión y control por parte del Estado en procura de asegurarse un nivel mínimo de información en una transacción, en especial medida en los casos de transacciones que impliquen bienes que puedan significar riesgos a la salud y seguridad de los consumidores.

IV. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS MERCADOS

Luego del fracaso del Estado como empresario durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, en los países desarrollados, a inicios del la década de los años 80, se generó un consenso sobre el papel regulador que el Estado debía desempeñar en los mercados, sobre todo en aquellos en donde se presentaban con mayor incidencia las fallas de mercado explicadas en el numeral anterior, lo cual originaba una notable afectación al bienestar colectivo.

El papel del Estado como regulador en una economía de mercado se circunscribe a dos formas de intervención:

- Regulación económica: consistente en regulación de precios o tarifas en caso de que se presenten situaciones de poder de mercado originadas por la existencia de monopolios naturales (regulación en el mercado), y la defensa de la competencia en el caso de monopolios no naturales (regulación por el mercado).
- Regulación social: que significa la intervención estatal en la disipación de los problemas en el bienestar social ocasionados por la asimetría informativa, las externalidades y la provisión de bienes públicos.

En América Latina se introdujo estos conceptos recién a partir de los años 90, luego del Consenso de Washington⁽⁴⁾.

Como hemos podido ver las deficiencias que muestran los mercados, las cuales hacen que los conceptos de equilibrio competitivo se debiliten y por consiguiente se afecte el interés social, originan que el Estado intervenga a través de los distintos modelos regulatorios. Sin embargo, esta intervención enfrenta diversos problemas o desviaciones, originadas por el propio hecho de la imperfección del mercado y otras por la inadecuada utilización de los instrumentos regulatorios.

Entre los principales problemas que enfrenta la intervención estatal podemos mencionar los siguientes:

- Asimetría regulatoria: el Estado no dispone de la totalidad de la información que está en posesión de los agentes privados, por lo cual las decisiones que adopta en cuanto a tarifas, defensa de la competencia o cualquier otra medida regulatoria no necesariamente es la óptima para solucionar el desequilibrio social originado por las fallas del mercado.
- Captura regulatoria: el Estado y sus funcionarios son pasibles de ser influenciados por grupos de intereses conformados por productores o consumidores. Países como el nuestro y la mayoría de América Latina, en donde las instituciones regulatorias son bastante jóvenes y cuyos principales funcionarios no responden a una expectativa de carrera pública, pueden ser materia de influencia por parte de grupos poderosos de interés que buscan maximizar sus beneficios con determinadas medidas o posiciones regulatorias.

Esta situación se ve alentada cuando los Estados adoptan políticas laborales, remunerativas y de desarrollo profesional que no generan un incentivo en los funcionarios encargados de regular el mercado, quienes siempre están a la expectativa de migrar al Sector Privado en búsqueda de mejores condiciones de desarrollo profesional. Un marco regulatorio sólido y coherente que tenga como real objetivo el logro del bienestar social, requiere necesariamente instituciones fuertes con funcionarios capacitados y dispuestos

(4) Se entiende por Consenso de Washington un listado de políticas económicas consideradas durante los años 1990 por los organismos financieros internacionales y centros económicos con sede en Washington DC, Estados Unidos, como el mejor programa económico que los países latinoamericanos debían aplicar para impulsar el crecimiento. A lo largo de la década el listado y sus fundamentos económicos e ideológicos, tomaron la característica de un programa general (fuente www.wikipedia.com).

a realizar la función regulatoria bajo los parámetros que aseguren el correcto desempeño de Estado en el mercado.

- c. Oportunismo político: La intervención del Estado y la capacidad de contar con recursos económicos genera la tentación de destinar estos recursos con motivaciones diferentes a criterios de eficiencia, orientados al clientelismo político. Esta situación es muy común especialmente en épocas electorales, siendo en muchos casos muy difícil diferenciar si las acciones de un gobierno responde efectivamente a medidas regulatorias con contenido de eficiencia o simplemente en procura de réditos políticos.

Para evitar estas situaciones adversas a la regulación, es indispensable que la regulación económica y social sea transparente, rinda cuentas, exponga sus motivaciones y haga un análisis beneficio-costos de su intervención. La decisión de regular o no una industria debe ser consecuencia de un análisis en donde se determine que los beneficios son superiores a los costos para la sociedad.

Consideramos que un análisis beneficio-costos debe necesariamente incluir los siguientes criterios:

Costos: intervención en mecanismos del mercado, dinamismo tecnológico, rentabilidad a largo plazo e inversión en desarrollo de la actividad.

Beneficios: mejoras en los excedentes de los consumidores y posibilidad de mayor acceso de los consumidores a la actividad regulada.

V. RESPONDIENDO LAS PREGUNTAS PLANTEADAS

A manera de conclusiones y luego de haber analizado los conceptos de servicios públicos, economía, equilibrio competitivo, fallas del mercado e intervención del Estado en el mercado, podemos tratar de responder las preguntas que motivaron el presente trabajo:

¿Por qué debe intervenir el Estado en el mercado?

Porque el mundo no es perfecto y por consiguiente el mercado tampoco lo es. Esta imperfección del mercado origina debilitamiento de los conceptos que sustentan el equilibrio competitivo, por lo que se genera un perjuicio al bienestar social. Debe tenerse en cuenta que si bien es cierto el modelo económico implementado en nuestro país prioriza la competencia como mecanismo de desarrollo de la economía, la competencia en sí misma no es un fin, sino un medio para alcanzar el bienestar social.

¿Cuándo debe intervenir el Estado en el mercado?

Única y exclusivamente cuando la autorregulación del mercado no sea posible, producto de las fallas que puede presentar, consistente principalmente en la presencia de un agente con poder de mercado que utiliza este poder para crear distorsiones en beneficio propio, la confluencia de externalidades que condicionan o afectan las decisiones de los actores del mercado, la existencia de bienes públicos que no pueden ser proveídos por agentes privados y la asimetría informativa que dificultan y perjudican la expansión de las transacciones.

Estamos convencidos de que los mercados, en la medida de lo posible, deben regularse por sus naturales y propias reglas, adaptándose cuando se generen distorsiones transitorias. Sin embargo, también reconocemos que existen situaciones en que esta autorregulación no es posible. Es en estas situaciones cuando se justifica la intervención del Estado para reencaminar el rumbo hacia el objetivo que es la búsqueda del bien común.

¿Cómo debe intervenir el Estado en el mercado?

A través de los principios y reglas de la regulación, la misma que puede ser económica, en caso de la presencia de agentes que hagan indebido uso del poder de mercado, o la regulación social cuando se presenten situaciones de asimetría informativa, externalidades o necesidad de provisión de bienes públicos.

Es muy importante que se asegure que esta intervención sea bajo reglas específicas de transparencia en cuanto a las cuentas y motivaciones de las medidas adoptadas y que responda a un serio análisis beneficio-costos de los resultados de la intervención a favor de la sociedad, a fin de evitar las situaciones de captura regulatoria y oportunismo político.

Finalmente, es indispensable crear las condiciones necesarias para el fortalecimiento de las instituciones regulatorias, con funcionarios decididos y comprometidos a desarrollar una carrera pública, con lo cual se garantizará la adecuada utilización del instrumento denominado regulación.