

Derecho y Economía: Dos disciplinas que coinciden en la regulación de los Servicios Públicos



FIDEL ROCHA MIRANDA

Abogado por la Universidad de Lima.
Magister en Finanzas y Derecho Corporativo
por la Universidad ESAN.



Sumario:

- I. Análisis Económico del Derecho.
- II. Regulación de los Servicios Públicos.
- III. Regulación y Competencia.
- IV. Economía, Economía Social de Mercado, Equilibrio Competitivo y Fallas del Mercado:
 1. Economía.
 2. Economía Social de Mercado.
 3. Equilibrio Competitivo.
 4. Fallas del Mercado.
- V. Intervención del Legislador en los Mercados.
- VI. Apuntes Finales.

Entre el año 966 y el 926 antes de Cristo, gobernó en Israel un Rey llamado Salomón, que es conocido por su gran sabiduría, riqueza y poder. Inclusive la Biblia lo considera como el hombre más sabio que existió en la Tierra. Un día este rey recibió a dos mujeres que reclaman ser la madre de un bebé y que solicitaban justicia al Rey Salomón. Ante la persistencia en el desacuerdo de ambas mujeres, él ofrece cortar al bebé en dos partes para que ellas tengan la mitad cada una, esto hace que una de ellas se desista de su demanda, demostrando de esta manera que ella era la verdadera madre.

Es conocido que el desenlace de la controversia suscitada entre las dos mujeres fue feliz, y que el finalmente su pudo identificar a la verdadera madre del niño en disputa. Sin embargo, si esta audaz estrategia no hubiera dado resultado, y finalmente el niño, por mandato del rey, hubiera tenido que ser cortado en dos pedazos, es claro que ninguna de las madres hubiera salido ganando, ya que ninguna de las dos hubiera podido gozar de la tenencia del niño. Si se hubiera dado esta última situación, seguramente nadie hubiera podido poner en duda la legalidad de la decisión, dado que la palabra del rey era ley y sus decisiones representaban el más alto concepto de justicia; sin embargo, más de uno hubiera podido afirmar que en definitiva esta no fue la mejor decisión, pues ninguna de las mujeres finalmente satisfizo su pretensión.

Al igual que la cita bíblica de la decisión del Rey Salomón, en la actualidad, cuando enfrentamos determinados problemas que requieren adoptar una solución, la fórmula final en muchos casos es calificada de "legal" pero no necesariamente "económicamente conveniente". Esta situación nos lleva a reflexionar sobre los conceptos de legalidad y justicia, y no podemos evitar relacionarlos con la necesidad de todos nosotros de ver satisfechas nuestras necesidades.

Es común escuchar decir que el Derecho y la Economía son dos disciplinas que tienen por

objeto el estudio de situaciones de la vida humana de manera muy diferente, con criterios y reglas muy distintas, e inclusive para muchos abogados, que sustentan su actividad profesional en el conocimiento y aplicación de las instituciones del Derecho, les es extraño los conceptos económicos. De igual manera los economistas que concentran su atención en las distintas formas de distribución de la riqueza y la satisfacción de las necesidades con los recursos limitados existentes, muchas veces ignoran las instituciones del Derecho.

Sin embargo, esta situación de aparente divorcio entre ambas disciplinas en la realidad no es tal, o por lo menos desde hace algún tiempo atrás se ha demostrado que entre los conceptos económicos y legales existe una clara y muy marcada vinculación.

Esta afirmación se puede corroborar tanto en el plano teórico doctrinario, con el surgimiento de una metodología de análisis denominada Análisis Económico del Derecho, así como en el campo práctico, con el desarrollo de los conceptos regulatorios y específicamente con los sistemas regulatorios de los servicios públicos.

En el presente trabajo trataremos de desarrollar ambos conceptos, a fin de demostrar que la ciencia económica y el Derecho cada vez se encuentran en mayor conexión, y que la necesidad de satisfacción de las necesidades humanas a través de la distribución de los recursos limitados no es monopolio exclusivo de la Economía, sino que con el desarrollo de la Regulación, y específicamente la Regulación de los Servicios Públicos, este también ha pasado a ser un concepto de mucha preocupación del Derecho.

I. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO¹

En la década que se inició en el año 1960 surgió en los Estados Unidos una metodología que pretendía aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Considerando que una

¹ Se ha tomado como consulta los conceptos desarrollados por Alfredo Bullard González en *Economía y Derecho*, Palestra Editores, Lima, 2003.

herramienta común de la Economía es el análisis beneficio-costo, esta nueva metodología consistía en identificar los costos y beneficios de determinadas conductas humanas.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que el Derecho se sustenta en la regulación de la conducta, en tal sentido el Análisis Económico del Derecho tiene por objetivo determinar los beneficios y costos del comportamiento de las personas.

Esta metodología intenta predecir las conductas de los seres humanos, partiendo de la premisa que por instinto las personas actúan sobre la base de incentivos; es decir que tratan de conseguir el máximo de beneficios y procuran evitar en la medida de lo posible los costos.

Conociendo esta manera instintiva de actuar de las personas, la metodología del Análisis Económico del Derecho sostiene que es posible encontrar fórmulas que permiten predecir cómo los seres humanos responderán ante determinados incentivos.

Siendo que el Derecho, como hemos mencionado, tiene por objetivo la regulación de la conducta humana, es fácil imaginar las ventajas que pudiera significar poseer una herramienta que permita predecirla.

El trabajo de un legislador se haría mucho más sencillo si antes de dictar una norma legal pudiera identificar el impacto que esta tendrá en la conducta de las personas que estarán obligadas al cumplimiento de dicha norma. Por otro lado, si un juez, árbitro o autoridad administrativa, que tiene a su cargo la resolución de disputas entre particulares, o entre particulares y el Estado, tuviera la posibilidad de anticipar el efecto en la conducta de las partes el sentido de su decisión, seguramente se sentiría mucho más confiado y seguro de sus resoluciones.

La posibilidad de agregar al análisis legal los conceptos económicos orientados a anticipar el comportamiento humano, abre las puertas a una infinidad de beneficios que en la práctica se traducirán en que los legisladores puedan dictar normas cumplan con el objetivo de maximizar los beneficios de los ciudadanos, o que los abogados puedan elaborar contratos con condiciones que se acerquen más a los reales intereses de las partes, o que los jueces solucionen los conflictos con fórmulas que efectivamente tutelen judicialmente los derechos e intereses de los justiciados.

El Análisis Económico del Derecho encuentra uno de sus pilares en la premisa que no siempre las decisiones legales pueden solucionar los problemas. Esta afirmación lleva a desarrollar el concepto denominado costos de transacción, el cual consiste en el análisis de cómo funcionan los mercados y sobre todo cómo opera el Derecho en función al mercado.

En un supuesto de mercado en donde los costos de transacción sean bajos o inexistentes, y que los fallos judiciales no permitan una solución económica suficiente a los litigios entre las personas, se producirá necesariamente una reasignación de los derechos hacia aquellos que los valoran más, aunque las cortes fallen en contra de estos. Esta afirmación resume el concepto descrito por Ronald Coase² en el llamado Teorema de Coase.

Sin embargo, es común encontrar que los altos costos de transacción hacen imposible una reasignación de los derechos establecidos en los fallos judiciales. En estos casos, las cortes, utilizando el Análisis Económico del Derecho, deben intentar minimizar los costos asociados a sus fallos, siempre que ello no altere o desnaturalice la tesis sobre la cual se sustenta la ley.

Prácticamente todas las ramas del Derecho pueden ser susceptibles de la aplicación de

2 Ronald H. Coase, economista británico y profesor emérito en la Universidad de Chicago. Recibió el Premio Nobel de Economía en 1991 por el descubrimiento y aclaración del significado de los costos de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía.

los principios económicos a través del Análisis Económico del Derecho, en la medida que todas se relacionan con la regulación del comportamiento humano.

El objetivo que persigue esta metodología es que los sistemas jurídicos se conviertan en eficientes, es decir que los legisladores a la hora de legislar no generen desperdicios de recursos, incluyendo los incentivos necesarios para que esto suceda. Si el legislador tiene la capacidad de anticipar el comportamiento humano, tendrá la oportunidad de legislar de tal modo en que los recursos, que son escasos, sean aprovechados de la mejor manera para la satisfacción de las necesidades de los individuos, maximizando de esta manera el bienestar social y reduciendo al mínimo los costos.

Un sistema jurídico que introduzca dentro de sus criterios de análisis el concepto de eficiencia, seguramente mejorará la forma de distribución de los derechos, orientándose a maximizar el beneficio de los ciudadanos con los recursos limitados disponibles.

La búsqueda de la eficiencia, es decir la fórmula que permita la mayor satisfacción de necesidades con la misma cantidad de recursos, nos conduce al concepto esgrimido por Wilfredo Pareto³, denominado Óptimo Pareto. Este concepto analiza y compara distintas situaciones en la búsqueda de identificar situaciones más eficientes entre sí. Una situación será más eficiente que otra si se consigue la mejoría de la situación de una persona sin empeorar la situación de otra.

Sin embargo, dado que los recursos existentes son limitados, la posibilidad de incrementar la eficiencia tiene un límite, esto quiere decir que se llega a un punto en que no es posible la mejoría de la situación de una persona sin que se empeore la situación de otra. Este punto es

el que se conoce como Óptimo Pareto, y es a donde debe aspirar los sistemas jurídicos.

El Óptimo Pareto puede traducirse como el punto de máxima aproximación posible a una situación perfecta en un mundo imperfecto.

Como hemos mencionado, la metodología del Análisis Económico del Derecho es aplicable a todas las ramas del Derecho; sin embargo, consideramos especialmente importante su aplicación en la Regulación de los Servicios Públicos, teniendo en cuenta la implicancia que esta tiene en la regulación de las necesidades primarias de las personas, y su significado como principal justificación de la intervención estatal en el mercado.

II. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

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 son 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.

Esta intervención estatal ha generado todo un desarrollo conceptual destinado a establecer modelos regulatorios que, utilizando criterios económicos, tienen como principal objetivo dictar las reglas que deben funcionar en el mercado de los servicios públicos, procurando la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y actuando también de conciliador entre los intereses de los ciudadanos y de las empresas reguladas.

Es propósito de esta sección establecer algunas ideas que nos permitan entender cómo

3 Wilfredo Pareto realizó importantes contribuciones al estudio de la economía y de la sociología, especialmente en el campo de la distribución de la riqueza y el análisis de las elecciones individuales. Fue el creador del concepto eficiencia de Pareto u Óptimo Pareto, y contribuyó, con ideas como la de la curva de indiferencia, al desarrollo de la microeconomía.

los conceptos económicos y la búsqueda de la eficiencia traducida en la maximización de la satisfacción de las necesidades humanas, son utilizadas por el Derecho al momento de dictar las normas que deben regular el funcionamiento del mercado de los servicios públicos.

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 lo que se puede 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.

Como primer alcance podemos señalar que el concepto de servicio público está referido a la tarea que se asume el Estado, entendiéndose Estado como cualquier poder o entidad política, 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.

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 caso el Estado mantiene el concepto de titularidad sobre la actividad considerada como servicio público, y solamente delega el ejercicio de la misma bajo la figura de la concesión administrativa, la 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.

El hecho de que el Estado entregue en concesión el desarrollo de una actividad calificada como servicio público, no significa carta libre para el ejercicio de la misma, 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 por que 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:

a. Principio de continuidad

Quizás la principal característica del concepto de servicio público dado 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.

b. 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 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.

c. 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, las mismas que luego deriva en el traslado de los beneficios de este logro a los consumidores, a través de una reducción en la tarifa. Es en este tipo de modelos tarifarios que se puede comprobar la relación estrecha que existe entre los conceptos económicos y el Derecho, que se sustenta el sentido de las normas en conseguir los objetivos primarios de la Economía, como es la distribución de la riqueza.

En este sentido, el principio de mutabilidad consiste no solo en la continua adaptación de la manera como se brinda el servicio de acuerdo a 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.

Analizando estos principios podemos identificar que existen requerimientos de los ciudadanos por satisfacer necesidades básicas, pero por otro lado existen también requerimientos de otros actores que participan en el mercado de los servicios públicos, que son las empresas prestadoras de los servicios. Los distintos intereses que puedan tener los ciudadanos y las empresas, deben ser regulados por el legislador, tratando de satisfacer en la medida de lo posible ambas partes, sin empeorar la situación de una u otra. Es decir, utilizando los criterios de eficiencia en la regulación y buscando la situación de Óptimo Pareto.

A manera de ejemplo tomemos el caso del mercado consistente en el servicio público de electricidad. Por un lado tenemos a la población demandando la satisfacción de sus necesidades de energía para atender sus necesidades básicas de calor, recreación, Información, etc. Y por otro lado tenemos a las empresas prestadoras del servicio demandando sus necesidades de rentabilidad que cubran sus costos de oportunidad. Es tarea del legislador buscar la situación de máxima eficiencia en la fijación de las tarifas por la electricidad suministrada, que satisfaga el interés de los usuarios en contar con energía en condiciones que cumplan con los principios de continuidad, igualdad y mutabilidad a precios razonables; y por otro lado que estas tarifas sean suficientes para proveer de recursos a la empresa prestadora para atender sus costos de operación y mantenimiento, sus nuevas inversiones e infraestructura y adicionalmente le provea de una rentabilidad adecuada que satisfaga su costo de oportunidad.

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 garanticen 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, del 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.

III. REGULACIÓN Y 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 conciente 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 mas 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.

Considerando la situación descrita, nuevamente nos encontramos ante la evidencia de la coincidencia de los conceptos económicos y la aplicación del Derecho. El Estado, haciendo uso del "ius imperium" decide intervenir en el estado aplicando su potestad regulatoria; sin embargo, como podemos advertir esta intervención se sustenta en motivos económicos. No puede dejar que el mercado se autorregule por que se podría dar situaciones que no son eficientes. La duplicidad de infraestructura de dos empresas

que pretendan competir libremente en el negocio de la prestación del servicio público no hace más que generar una clara situación de ineficiencia, en donde los recursos y derechos no estarían distribuidos de una manera que maximice el beneficio de los usuarios y reduzca al mínimo los costos. Es decir la autorregulación del mercado y el libre accionar de los actores que participan en él, podría tener un comportamiento que no tiende al "Óptimo Pareto".

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, generándose situaciones de ineficiencia y desperdicio de recursos. 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 entender la necesidad de la intervención del

Estado en el mercado en la búsqueda de una situación eficiente.

IV. 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".⁴

"Ofrecer un método para ordenar y establecer prioridades a la hora de tomar decisiones individuales o colectivas que se desea satisfacer".⁵

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

4 Jack Heshleifer (1925-2005) fue pionero en numerosos campos: en la economía de la información, la teoría de la incertidumbre, la bioeconomía y en el análisis económico del poder y del conflicto.

5 John Maynard Keynes, (1883- 1946) fue un economista británico, cuyas ideas tuvieron una fuerte repercusión en las teorías económicas y políticas modernas, así como también en las políticas fiscales de muchos gobiernos. Destacó por sugerir el uso de políticas fiscales y monetarias activas para contrarrestar las perturbaciones de la demanda privada, por lo que es particularmente recordado por su aliento a una política de intervencionismo estatal, a través de la cual el Estado utilizaría medidas fiscales y monetarias con el objetivo de mitigar los efectos adversos de los periodos recesivos de las fluctuaciones cíclicas o crisis cíclicas de la actividad económica.

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 la 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 a los productores el equilibrio competitivo supone que estos maximizan su beneficio económico sujetos a su restricción tecnológica de producción, es decir que actúan racionalmente al momento de decidir cuanto 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.⁶

Adicionalmente debe reconocerse que las transacciones tienen costos implícitos, costos

6 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.

de redacción, monitoreo y ejecutabilidad de los contratos, además 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 ven-

dedores 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 se 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 en la búsqueda de una situación de eficiencia, 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:

- No hacer nada, en el caso que se presume 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.
- 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.
- 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 del Estado en el mercado en uso de su facultad regulatoria, 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 del 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:

- No hacer nada y que los afectados por las externalidades soporten el costo social de la ineficiencia bajo la premisa de que aún con las externalidades se está mejor en comparación con la posibilidad de intervención estatal.
- 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).
- Permitir y promover una negociación bilateral entre el causante de la externalidad y los afectados o beneficiados, de manera que mediante el intercambio de propiedad se resuelva el problema.
- 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 que 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:

- a. El financiamiento obligatorio del servicio público por parte del Estado, si este es de necesidad básica.
- b. 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 la celebración de un contrato 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 la celebración de contratos, lo que se denomina racionamiento del mercado.

Existe la posibilidad 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:

- a. Imposición de esquemas de participación e incentivos que reconozcan rentas informacionales.

- b. 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.

V. INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR 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 de la década de los años 80, se generó un consenso sobre el papel regulador que el legislador debía desempeñar en los mercados, sobre todo en aquellos mercados en donde se presentaban con mayor incidencia las fallas 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 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.⁷

7 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.

Como hemos podido ver las deficiencias que muestran los mercados, las mismas que hacen que los conceptos de equilibrio competitivo se debiliten y por consiguiente se llegue a situaciones de ineficiencia, con la consiguiente afectación del interés social, originan que el legislador 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:

- a. **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.
- b. **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 a realizar la función regulatoria bajo los parámetros que aseguren el correcto desempeño del 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.

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).

VI. APUNTES FINALES

- a. La situación de legalidad no garantiza necesariamente el concepto de eficiencia. Como hemos podido ver a lo largo de este trabajo, una situación que se encuentre sustentada legalmente en un ordenamiento jurídico, si este no ha sido dictado teniendo en consideración criterios económicos de eficiencia y maximización del bienestar y reducción de costos, puede generar una situación de ineficiencia.
- b. El Derecho y la Economía son dos disciplinas que en las últimas décadas se han visto cada vez más relacionadas. En la parte teórica podemos evidenciar este contacto en la metodología del Análisis Económico del Derecho, y en la legislación es evidente esta conjunción en los sistemas de regulación de los servicios públicos.
- c. El Derecho se sustenta en la regulación de la conducta, en tal sentido el Análisis Económico del Derecho tiene por objetivo determinar los beneficios y costos del comportamiento de las personas. Es fácil imaginar las ventajas que pudiera significar poseer una herramienta que permita predecir la conducta humana, el trabajo de un legislador se haría mucho más sencillo si antes de dictar una norma legal pudiera identificar el impacto que esta tendrá en la conducta de las personas que estarán obligadas al cumplimiento de dicha norma. Por otro lado, si un juez, árbitro o autoridad administrativa, que tiene a su cargo la resolución de disputas entre particulares, o entre particulares y el Estado, tuviera la posibilidad de anticipar el efecto en la conducta de las partes el sentido de su decisión, seguramente se sentiría mucho más confiado y seguro de sus resoluciones.
- d. La metodología del Análisis Económico del Derecho es aplicable a todas las ramas del Derecho; sin embargo, es especialmente importante su aplicación en la Regulación de los Servicios Públicos, teniendo en cuenta la implicancia que esta tiene en la regulación de las necesidades primarias de las personas y su significado como principal justificación de la intervención del legislador en el mercado.
- e. La regulación de los servicios públicos es en donde más claramente se puede apreciar la aplicación de conceptos económicos en los sistemas jurídicos. El legislador debe afrontar la obligación de dictar normas que por un lado, procuren satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos, maximizando los beneficios de estos y reduciendo al mínimo posible los costos traducidos principalmente en las tarifas; y por otro lado, también debe compatibilizar los intereses de las empresas prestadoras del servicio, que necesitan ver satisfechos sus requerimientos de contar con los recursos suficientes para atender sus necesidades de costos de operación, inversión y además obtener una rentabilidad suficiente que pague su costo de oportunidad.