

Economía social de mercado en el estado de garantía de prestaciones, (Dir. Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y Ernesto Jinesta Lobo, Coord. José Pernas García), *El Derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo I, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014. ISBN: 978-987-694-007-8

# **ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN EL ESTADO DE GARANTÍA DE PRESTACIONES \***

**Víctor Rafael Hernández-Mendible\*\***

## **Sumario**

### **I. Introducción**

### **II. La economía social de mercado**

### **III. El principio de subsidiariedad del Estado**

### **IV. La protección de los consumidores y los usuarios**

### **V. El camino hacia el Estado de garantía de prestaciones**

### **VI. La función de regulación en el Estado de garantía de prestaciones**

### **VII. Consideraciones finales**

## **Resumen**

La Constitución económica tiene como sustento político, la existencia de un Estado social y democrático de Derecho, que se fundamenta en el sistema republicano de gobierno y que reconoce como modelo de desarrollo, la economía social de mercado, todo ello orientado a reconocer y garantizar los valores superiores del ordenamiento jurídico, cuya más elevada concreción consiste en el respeto y protección de la dignidad humana y la garantía de los derechos fundamentales.

Constitución económica - Dignidad humana - Estado de Derecho - Economía social de mercado - Subsidiariedad

## **I. Introducción**

Este homenaje que han promovido los discípulos de Don José Luis Meilán Gil, desde la *Universidad da Coruña*, permite que quienes hemos tenido el privilegio de conocerlo desde otras latitudes, podamos sumarnos para expresarle nuestro agradecimiento por su amistad y generosidad en compartir su sabiduría, a través de sus libros, ponencias e intercambio personal en las distintas ocasiones en que hemos coincidido en Iberoamérica.

---

\* Quiero manifestar mi agradecimiento a Don Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Pernas García, por permitirme difundir estas reflexiones con tan prestigiosos juristas.

\*\* Doctor en Derecho. Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Monteávila (Venezuela) e invitado en las Maestrías de la Universidad ESAN de Perú y de la Universidad Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta Universidad. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación. [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com)

Economía social de mercado en el estado de garantía de prestaciones, (Dir. Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y Ernesto Jinesta Lobo, Coord. José Pernas García), *El Derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo I, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014. ISBN: 978-987-694-007-8

Para mí constituye un auténtico honor, participar con tan prestigiosos académicos de América y Europa en este homenaje al catedrático y maestro coruñés y para esta ocasión he seleccionado como contribución un tema de Derecho Público Económico, con el cual el homenajeado siempre ha guardado una estrecha relación.

La formulación teórico filosófica de la “Economía Social de Mercado” encuentra su origen en las tesis sobre el Orden de la economía, que expusieron durante el período entre 1930 y 1945, los economistas que enfrentaron al nacionalsocialismo, como Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow, Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack, así como los profesores de la Escuela de economía de la Universidad de Friburgo, Walter Eucken –padre del Ordoliberalismo-, Franz Böhm, Hans Großmann-Doerth y Leonhard Miksch, quienes proponían -explicado de manera sucinta-, la convivencia de un orden libre en lo político y económico con justicia social, donde el Estado de Derecho tuviese un rol fundamental en garantizar tanto la libertad y los derechos fundamentales, como la satisfacción de las necesidades sociales.

Resulta pertinente destacar que la economía social de mercado tiene un fundamento ético-cristiano, que encuentra sus raíces en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, que constituye la fuente de inspiración de los partidos políticos de ideología Demócrata Cristiana o Social Cristiana.

Estos principios de la Doctrina Social que contribuyen a fundamentar la economía social de mercado son la dignidad de la persona humana, el bien común, el principio de solidaridad y el principio de subsidiariedad.

Es así como a partir de 1949, se produjeron dos acontecimientos que van a consolidar aquella propuesta que se había formulado para la reconstrucción de Alemania, una vez que finalizase la guerra. El primero fue la aparición de la Ley Fundamental del Bonn; y el segundo, la asunción del gobierno demócrata cristiano en Alemania Occidental, dirigido por el canciller Konrad Adenauer, que designó como ministro de economía a Ludwig Erhard, -quien ha sido calificado por algunos como el padre de la Economía Social de Mercado-, y quien contó con el apoyo de Alfred Müller-Armack, que se desempeñó como subsecretario del referido despacho.

Desde aquel momento la República Federal de Alemania va a lograr el desarrollo económico y el progreso social, que se conoce como el “milagro económico alemán”, que le permitiría durante las siguientes décadas, consolidarse junto a Francia, como el epicentro de la Unión Europea.

Economía social de mercado en el estado de garantía de prestaciones, (Dir. Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y Ernesto Jinesta Lobo, Coord. José Pernas García), *El Derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo I, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014. ISBN: 978-987-694-007-8

El establecimiento del régimen de gobierno democrático y del sistema de economía social de mercado, permitieron que la República Federal de Alemania tuviese la fortaleza suficiente –aunque no sin encontrar riesgos y enfrentar dificultades- luego de la caída del muro de Berlín, para asumir la reunificación y la situación ruinososa en la que se encontraba la entonces República Democrática Alemana, gobernada desde 1945 por el régimen de ocupación soviético, que impuso el totalitarismo comunista amparado en la “dictadura del proletariado” y un sistema de economía rígida, planificada, centralizada, que nunca logró garantizar el nivel de desarrollo, ni satisfacer las necesidades sociales de las personas.

Los complejos antecedentes sucintamente expuestos, constituyen el preámbulo para el estudio de la “*Economía social de mercado en el Estado de garantía de prestaciones*”, que se analizará en función de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y la doctrina científica.

La Constitución Política construye su eje de interpretación y aplicación en un presupuesto ontológico, la centralidad de la persona, tal como lo expresa al disponer textualmente que “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”<sup>1</sup>, constituyendo ésta la declaración fundamental para el reconocimiento, garantía, efectividad y tutela de los derechos fundamentales, que le corresponden a las personas por el solo hecho de existir<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 1 de la Constitución Política.

<sup>2</sup> Resulta importante recordar que aún cuando la Constitución Política de Perú no le otorga expresamente jerarquía normativa constitucional a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, como ha sucedido en otros países del continente (Argentina, Costa Rica y Venezuela), -donde incluso se ha llegado a considerarlos como integrantes del “bloque de la constitucionalidad”-, en el Perú, la Cuarta Disposición Final y Transitoria dispone que “*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*”, lo que condujo a que el Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de enero de 2007, sostuviese que “También se trata de un compromiso supranacional proveniente del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento que, al amparo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del TP del CPCo, forma parte del bloque de constitucionalidad ...”, quedando resuelta positivamente la duda respecto a la jerarquía jurídica de ostentan los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

En este mismo orden de ideas, se puede destacar lo expresado en la doctrina científica por Duque Corredor, R. J., Postulados y principios. El Sistema constitucional de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana, *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 155-171; en sentido similar se ha sostenido que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, forman parte del “Derecho de la Constitución o bloque de la constitucionalidad”. Jinesta Lobo, E., La oralidad en el nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 339; igualmente se ha señalado que la “decisión de nuestros constituyentes de 1994 de ubicar los tratados

Es así como dentro de la Constitución Política, a los fines académicos se suelen identificar la Constitución económica<sup>3</sup>, la Constitución social, la Constitución ecológica o ambiental y la Constitución cultural, constituidas por el conjunto de disposiciones que componen el marco jurídico normativo en el cual se reconocen y pueden ejercerse los derechos fundamentales de las personas y les permite a éstas desarrollar las actividades de naturaleza política, económica, social, ambiental o cultural en el libre ejercicio de su personalidad, conforme a los principios y valores que informan el modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Estos valores superiores que insuflan la Carta Fundamental y que se proyectan sobre la actuación del Estado y la sociedad son la vida, la libertad, la igualdad, la justicia, la seguridad, el reconocimiento y respeto a los derechos fundamentales, la separación de funciones, la soberanía popular y el pluralismo político, enmarcados dentro de un contenido ético, que tiene como finalidad el logro del bien común o si se prefiere, la satisfacción del interés general.

La centralidad de la persona humana cobra particular relevancia en el ámbito económico, porque ésta no puede quedar reducida a la mera consideración de una unidad de producción viable o inviable, según la evaluación de determinados criterios técnicos dentro del sistema económico, que permiten alcanzar los resultados de crecimiento y estabilidad macroeconómica, es decir, la persona no puede estar al servicio de la economía, sino que por el contrario, ésta debe constituirse en uno de los motores –junto con la educación- que contribuya a que la persona humana logre el desarrollo de su personalidad, que a través del trabajo digno alcance el bienestar social, que aspire a la felicidad en función de sus capacidades, en fin, que pueda consolidarse plenamente como un ser humano con dignidad.

Justamente es a partir de esta posición homocéntrica que se puede analizar tanto a la sociedad como al Estado, que desde la perspectiva política-constitucional ha asumido el establecimiento de un Estado social y democrático de Derecho, inspirado en la forma republicana de gobierno<sup>4</sup> y en el aspecto económico reconoce la libertad de la iniciativa privada, que se ejerce en un modelo de economía social de mercado, en el que corresponde al Estado actuar

---

de derechos humanos en la cúspide del sistema constitucional –por vía de su incorporación en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna- al tiempo cerró parcialmente a nivel de regulación positiva una discusión sostenida en el plano jurisprudencial,..." GUTIÉRREZ COLANTUONO, P. A., *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 3.

<sup>3</sup> Se utiliza la expresión Constitución económica, en el sentido empleado por Brewer-Carías, A. R., Reflexiones sobre la constitución económica, *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3839-3853.

<sup>4</sup> Artículos 3 y 43 de la Constitución Política.

en la promoción<sup>5</sup> de los servicios públicos<sup>6</sup> e infraestructuras<sup>7</sup>, estimular la libertad de empresa, comercio e industria<sup>8</sup>, reconocer el pluralismo económico y admitir que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa<sup>9</sup>.

También en la Constitución Política expresamente se asume el principio de subsidiariedad en la actividad empresarial pública, por lo que únicamente el Estado puede realizarla, cuando medie previamente autorización de ley expedida por el Congreso y ésta se encuentre justificada en razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional<sup>10</sup> e igualmente se encomienda al Estado facilitar y vigilar la libre competencia<sup>11</sup>, así como la asunción de la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, en razón de lo que debe garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado y velar por la salud y la seguridad de la población<sup>12</sup>.

Las anteriores disposiciones se pueden relacionar con aquellas reguladoras de los servicios públicos<sup>13</sup>, en las cuales se dispone que la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo<sup>14</sup>. En tanto, compete a los gobiernos regionales<sup>15</sup> y locales<sup>16</sup> promover el desarrollo y la economía regional y local respectivamente, así como fomentar las inversiones, actividades y prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

---

<sup>5</sup> Artículo 58 de la Constitución Política.

<sup>6</sup> El Tribunal Constitucional en sentencia de 15 de febrero de 2005, ha sostenido que "... en nuestro ordenamiento no se recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público ..."; no obstante sostiene que "... es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en su conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son: a) Su naturaleza esencial para la comunidad. b) La necesaria continuidad en la prestación. c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad. d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad".

<sup>7</sup> Hernández-Mendible, V.R., La participación pública y privada en la financiación de infraestructuras públicas, *Revista peruana de Derecho Administrativo Económico*, N° 2, Grijley, Lima, 2007, pp. 43-81.

<sup>8</sup> Artículo 59 de la Constitución Política.

<sup>9</sup> Artículo 60 de la Constitución Política.

<sup>10</sup> Artículo 60 de la Constitución Política.

<sup>11</sup> Artículo 61 de la Constitución Política.

<sup>12</sup> Artículo 65 de la Constitución Política.

<sup>13</sup> Sobre la noción de servicio público en sus dos acepciones en la Constitución Política, véase Danós Ordoñez, J., El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana, *Teoría del Servicio Público* (Coord. Orlando Vignolo), Grijley, Lima, 2009, pp. 13-15.

<sup>14</sup> Artículo 119 de la Constitución Política.

<sup>15</sup> Artículo 192 de la Constitución Política.

<sup>16</sup> Artículo 195 de la Constitución Política.

Las precedentes reflexiones, extraídas de las disposiciones contenidas en la Constitución Política constituyen el prólogo para el presente estudio de la denominada “Constitución económica”, entendida como el conjunto de normas, principios, criterios y valores fundamentales que rigen la vida económica-social del país, que se encuentran vinculados positivamente al supraconcepto de Estado social y democrático de Derecho, que ha sido objeto de estudio anteriormente, aunque desde la perspectiva del Derecho constitucional y administrativo colombiano, en virtud de la semejanza que ofrece el ordenamiento jurídico de ese país con el peruano<sup>17</sup>.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, se dividirá el presente análisis en los siguientes aspectos a saber: La economía social de mercado (II); El principio de subsidiariedad del Estado (III); La protección de los consumidores y los usuarios (IV); El camino hacia el Estado de garantía de prestaciones (V); La función de regulación en el Estado de garantía de prestaciones; (VI); y las consideraciones finales (VII).

## **II. La economía social de mercado**

El Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de noviembre de 2003, que se podría calificar como un auténtico *leader case* en materia de Derecho público económico, al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001, comienza por analizar el modelo de economía social de mercado, en los siguientes términos:

“La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social, lo que debe traducirse en trabajo productivo, empleos dignos y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre, lo que supone por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las actuaciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

---

<sup>17</sup> Hernández-Mendible, V. R., Hacia un régimen común de los servicios públicos competitivos, *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, p. 245.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social”.

Estas ideas son claves para entender que conforme a lo señalado en los artículos 3 y 43 de la Constitución, el desarrollo de la actividad que llevan a cabo de manera primigenia los hombres en la sociedad; y de manera subsidiaria, complementaria y temporal el Estado, se debe enmarcar dentro de los valores constitucionales, con la finalidad de propender a una democracia que no es sólo política, sino que también debe alcanzar los ámbitos económicos, sociales y culturales para lograr el anhelado bien común. En tales términos la Sentencia que se comenta señala que “...nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural”.

Las anteriores consideraciones permiten apreciar cómo entre el modelo económico mercantilista que se contextualiza en el Estado liberal de Derecho y el modelo económico centralizado o rígidamente planificado que se desarrolla en el Estado socialista, encuentra un espacio, el modelo de economía social de mercado<sup>18</sup>, que únicamente puede ser desarrollado en un Estado social y democrático de Derecho<sup>19</sup>.

Este modelo no consiste en la conjunción o convivencia de dos sistemas económicos que históricamente han sido antagónicos, radicalmente opuestos, donde la libertad y el interés o beneficio individual, se presentan enfrentados y contrapuestos a la intervención estatal y el interés colectivo.

Se trata de un nuevo modelo económico, único, democrático, donde teniendo presente la centralidad de la persona humana y el auténtico valor de su dignidad, se armonizan el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, incluidos aquellos de carácter económico (propiedad privada;

---

<sup>18</sup> Respecto a la economía social de mercado, Brewer-Carías, A. R., al analizar la Constitución económica de la República de Venezuela, señala que: “En ese Preámbulo se establecen los principios fundamentales que conforman un modelo específico de Estado, que luego se regula detalladamente en el texto articulado, el que se conoce con la denominación de *Estado democrático y social de Derecho*, que responde a un modelo económico concreto, en el cual si bien se reconoce y garantiza la iniciativa privada y la libertad económica, como base de un sistema que es opuesto, por tanto al modelo de economía dirigida; el Estado tiene un papel ordenador y conformador de la realidad económica que debe cumplir en vista de realizar la justicia social, en cuyos principios debe fundamentarse el régimen económico. Equivale este modelo económico, sin duda, al denominado de «economía social de mercado» de los países europeos”. Ob. cit., p. 3841.

<sup>19</sup> También sobre la economía social de mercado, véase Hernández-Mendible, V. R., La regulación económica, *Estudios de Derecho Público, Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, (Coord. Román José Duque Corredor y Jesús María Casal), Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 695-699.

libertad de empresa<sup>20</sup>, industria o trabajo; libre iniciativa privada<sup>21</sup>; libertad de contratación<sup>22</sup>; libre competencia y protección de los derechos de los consumidores y usuarios<sup>23</sup>), que deben ejercerse orientados a la consecución del bien común y la justicia social; y a la vez reconoce la posibilidad de que si las personas en el ejercicio de tales derechos y libertades no logran alcanzar el bien común, no llegan a satisfacer las necesidades básicas colectivas, el Estado intervenga de manera responsable, solidaria y subsidiaria para generar las condiciones que garanticen disfrutar de aquellos derechos fundamentales y satisfacer el interés general, mediante el logro o aseguramiento del bienestar social (educación, salud y vivienda de calidad en condiciones de igualdad de oportunidades, ambiente ecológicamente equilibrado, crecimiento económico y desarrollo sostenible).

La economía social de mercado se plantea alcanzar un equilibrio entre el ejercicio de la libertad individual y la intervención pública que pueda resultar necesaria en determinados supuestos para lograr el bien común, lo que permite evitar que una libertad mal entendida y peor ejercida, no termine enterrando a la auténtica libertad, aquella que es responsable, solidaria y ética.

En palabras del Tribunal Constitucional en la sentencia que se comenta, “dado el carácter «social» del modelo económico establecido en la Constitución vigente,

---

<sup>20</sup> Hernández-Mendible, V. R., Los servicios públicos competitivos y la libertad de empresa, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*, (Coord. David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 313-346.

<sup>21</sup> Martín Tirado, R., Las iniciativas privadas en el proceso de promoción de la inversión privada en el Perú, *Revista peruana de Derecho Administrativo Económico*, N° 2, Grijley, Lima, 2007, pp. 15-42; Vivanco del Castillo, T., y Villanueva Llaque, A., Iniciativas privadas: avances de esta modalidad de promoción de la inversión privada, *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, pp. 297-316.

<sup>22</sup> El Tribunal Constitucional en sentencia de 16 de diciembre de 2005, se pronunció sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de contratación, en los siguientes términos: “Así las cosas, el orden público al que hace alusión el artículo 2º, inciso 14, de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43º de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales”.

<sup>23</sup> Zegarra Valdivia, D., Apuntes en torno a la categorización jurídica de los usuarios de servicios públicos y la actividad de la Administración reguladora, *Modernizando el Estado para un país mejor. IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 327-346.



el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de la libertad reservado a los agentes económicos”.

Ello es así, porque el carácter irrenunciable, indivisible, interdependiente y de interpretación conforme al principio de progresividad que se reconoce a los derechos fundamentales, permite otorgarles una doble función en el Estado constitucional. Por una parte, constituyen mandatos a los Poderes Públicos, quienes tienen el deber de realizar todo aquello que sea necesario para garantizar su efectivo ejercicio y disfrute por las personas; y por la otra, constituyen auténticos límites –al menos en su núcleo esencial- al ejercicio de las competencias atribuidas a los Poderes Públicos.

### **III. El principio de subsidiariedad del Estado**

Conforme a tales términos se plantea el tema de la intervención subsidiaria del Estado<sup>24</sup>, es decir, el reconocimiento de que corresponde libre y responsablemente a las personas, antes que a la sociedad donde se desenvuelven o a las instancias inferiores de organización estatal más cercanas a las personas, antes que a las superiores, la iniciativa y realización de las actividades destinadas a lograr el bien común.

Es así como el principio de subsidiariedad se halla inexorablemente sujeto en su aplicación a la centralidad de la persona humana, lo que conlleva a que la real justificación de la intervención del Estado en la gestión económica, mediante la organización y realización de la actividad empresarial pública, se encuentre motivada en el efectivo reconocimiento y respeto a la dignidad humana, así como en su proyección sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. En este orden de ideas señala la doctrina científica que “...al menos en las actuales circunstancias, sería contrario a la subsidiariedad, al servicio real a la dignidad (y los derechos fundamentales) y un verdadero generador de una indeseable desactivación social, la implantación de políticas públicas, que utilizando el pretexto de la ordenación universal y coactiva del Estado social sobre la realidad económica, instauren la falacia de un paquete *ilimitado* de prestaciones a cubrir por los Poderes públicos, ya que ni el Estado dispone de medios inagotables, ni

---

<sup>24</sup> Sobre el principio de subsidiariedad, además de la formulación efectuada en las Encíclicas papales y que conforman lo que se conoce como la Doctrina Social de la Iglesia Católica, desde la *Rerum Novarum* pasando por la *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra* y *Pacem in Terris*, hasta *Centecimum Annus*; se recomiendan las referencias efectuadas por Vignolo Cueva, O., El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano, *Teoría del Servicio Público* (Coord. Orlando Vignolo), Grijley, Lima, 2009, pp. 138-157.

este planteamiento resulta viable, racional, responsable y jurídicamente rescatable desde la CP<sup>25</sup>.

El principio de subsidiariedad encuentra anclaje expreso en el artículo 60 de la Constitución Política, que permite analizarlo en su doble concepción vertical o territorial<sup>26</sup> y horizontal o social. El Tribunal Constitucional al analizar la subsidiariedad en ambas dimensiones, efectúa la siguiente apreciación:

“A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se convierte en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de Derecho, ubicándose en la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales y tiene como fin la reestructuración entre lo público y lo privado, según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal”.

Continuando con el análisis del citado artículo 60 de la Constitución Política, a los fines de entender la función supletoria que éste le encomienda al Estado en pro del bien común, el Tribunal Constitucional señala:

“En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

Debe enfatizarse que «la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa», y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación –de cada persona- de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada

---

<sup>25</sup> Vignolo Cueva, O., Ob. cit., p. 146.

<sup>26</sup> Rodríguez Laverde, N., El principio de subsidiariedad en la Constitución de 1999. Principio constitucional de complementación entre el Estado y el Derecho. *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 365-402.

ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción (Encíclica *Mater et Magistra*. Iter N.º 55)".

La interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional de la disposición antes mencionada de la Constitución Política, constituye el antecedente de la reciente resolución N° 134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre de 2010, expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, en virtud de la cual resuelve la denuncia formulada e interpreta con carácter vinculante, la aplicación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal–, que le lleva a calificar como acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de desarrollo de actividad empresarial estatal, no conforme con el artículo 60 de la Constitución Política, la actividad que realizaba la empresa estatal y sienta posición en los siguientes términos:

1. El principio de subsidiariedad estatal determina el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyéndose en un límite a la acción estatal, respecto de la libertad de las personas para ejercer la libertad de empresa.
2. Tal limitación se aplica a toda la actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No obstante, no se considera que constituya actividad empresarial y en consecuencia se excluye de la limitación constitucional, el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales.
3. La actividad empresarial estatal para ser lícita, en primer lugar, debe contar con una "ley expresa" aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Dicha ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, pero no resultan admisibles las autorizaciones tácitas, ni las interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación legal.
4. En segundo lugar, corresponde analizar si la actividad empresarial cumple el presupuesto de ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores, ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial.

Para efectuar este análisis se requiere en primer lugar, delimitar cuál es el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal; y en segundo lugar, se debe evaluar el carácter subsidiario de la actividad empresarial, conforme a alguno de los tres escenarios siguientes:

- a) Si concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: En este escenario se presume que las condiciones de

competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que las empresas privadas establecidas no pueden absorber la demanda que se generaría de retirarse de ese mercado y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada, que impiden el ingreso de nuevos proveedores, con capacidad de satisfacer la demanda que se produciría.

b) Si en el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal, no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria, la autoridad –a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante– deberá constatar o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se produzca, o que en el caso que la oferta establecida no sea suficiente, no existan barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.

c) Si solo participa la empresa o entidad estatal y no existe oferta privada, se evaluará la presencia de barreras de entrada. Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentre interesado en participar en dicho mercado, concluyéndose –a diferencia de los dos primeros escenarios– que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso que se determine la existencia de barreras significativas a la entrada de la participación privada, también se considera que la empresa estatal actúa de manera subsidiaria, excepto que se determine que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar, al constituir ella la causa de la barrera que desincentiva la entrada de la empresa privada.

5. Como tercer requisito, la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Se advierte, que no corresponde a la autoridad de la competencia cuestionar si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, ésta se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad, señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación, se incumplirá este requisito.

#### **IV. La protección de los consumidores y los usuarios**

Es justamente el modelo de economía social de mercado, el que garantiza que los fabricantes o proveedores produzcan y ofrezcan sus bienes, y que los prestadores u operadores brinden sus servicios; mientras que por el otro lado, crea las condiciones para que existan los consumidores de bienes y los usuarios de los servicios, que demandan su existencia y prestación en condiciones de cantidad, calidad, accesibilidad y asequibilidad económica para lograr satisfacer sus necesidades básicas.

La importancia de garantizar el derecho de propiedad, -entendiendo que tiene una función social para satisfacer el bien común-, de la libertad de empresa, de comercio, de contratación y de competición, así como el reconocimiento del pluralismo económico no tendría mayor sentido, si no existiesen las personas que reclaman, que exigen, que demandan satisfacer sus necesidades con bienes y servicios de calidad, a los menores precios del mercado.

Así lo entiende el Tribunal Constitucional, cuando expresa respecto a los consumidores y las relaciones económicas que establecen con sus proveedores lo siguiente:

“El consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor - independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio.

En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.

El proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios”.

Estas afirmaciones llevan a reconocer que consumidor y usuario no son cualquier persona, sino aquella que entabla una relación jurídica-económica con las personas que acuden al mercado para ofrecer sus bienes o prestar sus servicios, lo que supone que dicha relación genera una vinculación sinalagmática.

Ese criterio expuesto en la sentencia antes citada, será complementado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia de 12 de junio de 2004, en la cual se señala que:

“Entonces, si este Tribunal ha sostenido que los consumidores y usuarios son el fin del proceso económico y, por ello, son sujetos de protección por la posición asimétrica que mantienen con las empresas, en el marco de una economía social de mercado; con mayor razón, cuando de servicios públicos se trate, la atención que el Estado y las empresas que los gestionan deben prestar a las demandas de los consumidores y usuarios se acentuará. Por ello, en el presente caso, ese interés de los consumidores y usuarios se manifiesta concretamente en acceder a un servicio público de menor costo y mayor calidad”.

El consumidor o el usuario tienen un estatuto<sup>27</sup> que le impone las obligaciones de pago oportuno, no dañar los bienes o afectar la prestación de los servicios y contribuir a su cuidado y mantenimiento, cumplir los contratos, informar al prestador y a los organismos reguladores de las deficiencias, suspensiones, averías o daños, efectuar un uso racional y sostenible de los bienes y servicios; y que también le reconoce los derechos a la información de los bienes y servicios que se ofrecen, a conocer su calidad, a elegir aquellos que se adapten a sus necesidades, a que tengan unos precios buenos, a que les dispensen un trato adecuado, a que se les proteja la integridad física y la salud, se les resarza o se le indemnice por los daños y perjuicios que les puedan ocasionar los bienes de deficiente calidad o en mal estado de conservación, así como por los servicios que les sean prestados por debajo de los estándares técnicos o en condiciones incapaces de satisfacer las necesidades básicas<sup>28</sup>.

## **V. El camino hacia el Estado de garantía de prestaciones**

Es justamente aquí, donde entran en juego otras de las cláusulas de la Constitución económica, se trata concretamente de aquellas que le otorgan al Estado una función de regulación sobre la actividad económica.

No es ningún secreto que el Estado social de Derecho en su versión de Estado prestacional, estuvo presente durante aproximadamente 20 años en el marco de los países de la Comunidad Andina, desde la suscripción del Tratado constitutivo conocido como Acuerdo de Cartagena en 1969, que gracias a sus normas de

---

<sup>27</sup> Araujo-Juárez, J., *Derecho Administrativo General. Servicios Públicos*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 253-282.

<sup>28</sup> Hernández-Mendible, V. R., La regulación constitucional, legal y administrativa de protección de los consumidores y usuarios, *Revista Jurídica del Perú*, N° 112, Lima, junio, 2010, pp. 273-295.

ejecución, formuló y desarrolló una modalidad de gestión estatocéntrica<sup>29</sup>, de producción de bienes y prestación de servicios de manera directa por el Estado, a través de empresas o entidades públicas y en el mejor de los casos por empresas privadas nacionales de cada país, que actuaban amparadas por la protección estatal, subvencionadas por los presupuestos públicos, en régimen de monopolio o con abuso de posición de dominio, en mercados cautivos, sin mayor motivación para la competencia y con unos consumidores o usuarios poco conscientes de sus derechos.

A comienzos de la década de 1990, se inician un conjunto de reformas económicas en el seno de la Comunidad Andina, que se van a concretar en Decisiones jurídicas vinculantes para los países integrantes de la Comunidad<sup>30</sup> y que se van a dar en paralelo con las reformas constitucionales que se venían avanzando, aunque motivadas por distintas razones, en cada uno de estos países<sup>31</sup>.

En este marco de reforma del Estado social de Derecho, se abandona el paradigma de Estado prestacional y se asume uno nuevo, el de *Estado de garantía de prestaciones*<sup>32</sup>, en virtud del cual el Estado va a promover la inversión privada nacional, la celebración de los contratos de estabilidad jurídica, los tratados de promoción y protección recíproca de las inversiones

---

<sup>29</sup> Vignolo Cueva, O., Ob. cit., p. 129.

<sup>30</sup> Las Decisiones de la Comunidad Andina son las siguientes: Decisión N° 291, sobre Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, de 4 de abril de 1991; la Decisión N° 285, de Normas para prevenir y corregir las prácticas restrictivas de la libre competencia, de 3 de abril de 1991, sustituida actualmente por la Decisión N° 608, de Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, de 29 de marzo de 2005; la Decisión N° 439, que establece el Marco General de Principios y Normas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina, de 17 de junio de 1998, complementada por la Decisión N° 659, de sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o armonización normativa, de 14 de diciembre de 2006.

<sup>31</sup> Sostiene la doctrina científica que existen dos aspectos que enmarcan el concepto de servicios públicos en la Constitución Política del Perú, de los cuales interesa destacar el primero por su pertinencia con el análisis que se realiza de la Constitución económica. Al respecto señala que "...a título de antecedente, lo constituye la importante transformación del rol del Estado en la economía que se produjo desde comienzos de la pasada década de los noventa, caracterizado por la liberalización de actividades económicas para permitir su desarrollo en condiciones de competencia y la transferencia al sector privado de empresas y servicios públicos mediante los procesos de promoción de la inversión privada, reservándose para la administración pública un rol básicamente regulador y supervisor. El texto de la Constitución vigente fue elaborado precisamente cuando se encontraban en pleno desarrollo procesos que tenían por finalidad modificar la gestión de los servicios públicos que se prestaban tradicionalmente a través de empresas estatales, la mayor parte de las veces en régimen de monopolio". Danós Ordoñez, J., Ob. cit., p. 16.

<sup>32</sup> Hernández-Mendible, V. R., La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones, *Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, Madrid, 2011.

extranjeras<sup>33</sup>, el fomento de las condiciones para la competencia efectiva, la desaparición de las empresas públicas ineficientes y el establecimiento de los organismos técnicos reguladores, destinados a velar porque los operadores económicos pudiesen ejercer las libertades económicas reconocidas en la Constitución Política, con sujeción a las leyes y en respeto de los derechos fundamentales de los otros agentes económicos (los otros operadores que pretendían competir en el mercado, así como los consumidores y usuarios). Ello no impide que en el caso de producirse las circunstancias preceptivamente establecidas, de manera excepcional el Estado asuma directamente la gestión empresarial, aunque de manera temporal, en los términos permitidos por la Constitución Política y con sujeción estricta a la respectiva ley.

El Estado social de Derecho en su nueva versión de Estado de garantía de prestaciones, abandona el rol protagónico que lo caracterizó en el pasado, de prestador de servicios y productor de bienes, asumiendo un papel consustancial con la economía social de mercado, de regulador del mercado<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Linares Jara, M., *El sistema de protección internacional de la inversión extranjera y los contratos públicos*, Grijley, Lima, 2006; Torrealba R., J. G., *Promoción y protección de las inversiones extranjeras en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2008.

<sup>34</sup> Brito, M. y Delpiazzo, C. *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, Montevideo, 1998; Tornos Mas, J., La actividad de regulación, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 1329-1342; Bianchi, A., *La Regulación Económica*, Tomo I, Ábaco, Buenos Aires, 2001; Moreno, L., *Servicios Públicos Domiciliarios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; Delpiazzo, C., Los Derechos Fundamentales y la Libertad Económica, *El principio de Legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 59-83; Moraga Klener, C., Cuestiones Generales sobre la Regulación Administrativa, *Revista de Derecho Público* Vol. 66, Santiago de Chile, 2004, pp. 391-404. Comadira, J. R., Servicios Públicos y Regulación Económica, *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 135-203; Hernández-Mendible, V.R., El Ente Regulador de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento, *A & C. Revista de Derecho Administrativo e Constitucional*, N° 14. out/diez, Belo Horizonte, 2003; La Regulación Económica. *Tendencias Actuales del Derecho Público. Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 Aniversario*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 691-746; La Actividad de Servicio Público y la Regulación Bancaria, *II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Las Formas de la Actividad Administrativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 87-106; Los Servicios Públicos Competitivos y la Libertad de Empresa, *Estudios en Homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 313-346; Restrepo Medina, M. A., Adaptación del Derecho Administrativo al cambio de modelo de Estado prestador a regulador, pp. 631-646; Nallar, D., Roles y desafíos de la regulación sobre sectores estratégicos, pp. 681-706; Perrino, P., Reflexiones sobre las facultades normativas de los entes reguladores de servicios públicos en el Derecho argentino. pp. 707-714; Araujo-Juárez, J., Intervención del Estado en la función de prestación, de garantía prestacional o de servicio público. pp. 717-734; Camacho Céspedes, G., Las entidades administrativas fiscalizadoras y la gestión regulatoria de los servicios públicos. pp. 799-820, todos publicados en *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*. (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Tomo II, Ed. Paredes, Caracas, 2009.



## **VI. La función de regulación en el Estado de garantía de prestaciones**

Una vez precisada de manera sucinta, la transformación experimentada en la visión y misión del Estado social y democrático de Derecho, al asumir el rol garante de las prestaciones, se debe analizar la posición establecida por el Tribunal Constitucional, respecto a cuál considera que es la función que le corresponde al Estado como regulador, la que formula en los siguientes términos:

“Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva”.

Es así como se deduce esta función reguladora, de la interpretación armónica de los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución Política, que le permite orientar el desarrollo del país, mediante la promoción de las distintas actividades económicas y sociales, en el marco de la economía social de mercado.

Conforme a ello, considera el Tribunal Constitucional que tal función del Estado tiene unas características concretas que las distinguen de otras y que identifica de esta manera:

“Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las «reglas de juego», configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por

ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos”.

Resulta relevante destacar que la definición de regulación es polisémica, pues algunas veces se hace alusión a ella, para referirse a la competencia jurídicamente establecida a los Poderes Públicos, para expedir actos jurídicos normativos.

Esto permite advertir que tal competencia puede ser ejercida principalmente, en ejecución directa e inmediata de la Constitución y con pleno respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, por el Congreso en ejercicio de la función legislativa<sup>35</sup>; el Poder Ejecutivo puede legislar mediante decretos legislativos, previa delegación del Congreso, que recae sobre la materia específica y por el plazo determinado en la ley que lo autoriza<sup>36</sup>.

Además, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes, sin transgredirlas, ni desnaturalizarlas y conforme a tales límites, expedir los decretos y las resoluciones<sup>37</sup>, que cuando se trate de decretos legislativos, decretos de urgencia, así como aquellos otros decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley, requerirán el refrendo del Consejo de Ministros<sup>38</sup>.

Pero éstas no son las únicas autoridades públicas que expiden actos jurídicos normativos, que pueden ser ubicados dentro de la función de regulación en una de sus acepciones; sino que también existen organismos reguladores establecidos en las leyes<sup>39</sup>, que pueden expedir actos administrativos normativos, que encuadrarían dentro de esta concepción de la función reguladora.

No obstante, existe una concepción más amplia que reconoce que la función reguladora se encuentra atribuida legalmente a los organismos reguladores, quienes las ejercen mediante la supervisión, la fiscalización, la inspección, el control, la expedición de actos normativos, el otorgamiento y revocación de títulos administrativos habilitantes, la adopción de medidas preventivas o

---

<sup>35</sup> Artículo 102 inciso 1 de la Constitución Política.

<sup>36</sup> Artículo 104 de la Constitución Política

<sup>37</sup> Artículo 118 inciso 8 de la Constitución Política.

<sup>38</sup> Artículo 123 inciso 3 de la Constitución Política.

<sup>39</sup> Los organismos reguladores conocidos son: Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería (OSINERGMIN); Organismo Supervisor de la Inversión Privada en las Telecomunicaciones (OSIPTEL); Organismo Supervisor de la Inversión Privada en los Servicios de Saneamiento (SUNASS); y, Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte (OSITRAN).

provisionales, la resolución de conflictos en ejercicio de una competencia legal expresa o en ejercicio de la función arbitral y la imposición de sanciones<sup>40</sup>.

En este último sentido, expresa la sentencia del Tribunal Constitucional objeto del presente análisis que:

“Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N.º 27332, parcialmente modificada por la Ley N.º 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete”.

En atención a esto, se considera que los organismos reguladores en ejercicio de la función que les es propia, encuentran su justificación en el deber de asegurar las condiciones adecuadas para estimular a los particulares a ejercer la iniciativa de ingresar en el mercado, participar en él compitiendo, mediante la inversión económica y el desarrollo de nuevas tecnologías, que permitan satisfacer las necesidades de los consumidores y los usuarios, garantizando la realización del bien común<sup>41</sup>.

Lo antes dicho, permite apreciar cómo los organismos reguladores en ejercicio de su función natural, puedan realizar su actuación *ex ante*, es decir, previo al ejercicio de los derechos fundamentales o su actuación *ex post*, una vez ejercidos los derechos fundamentales, debiendo actuar siempre con estricta sujeción a la ley y al Derecho.

---

<sup>40</sup> Hernández-Mendible, V. R. *Telecomunicaciones, Regulación y Competencia*. Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2009. pp. 187-216.

<sup>41</sup> En este mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional en la sentencia de 15 de febrero de 2005, destaca que “... lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en este sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado” y luego complementa que “... la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población”.

Conforme a ello, los organismos reguladores no actúan guiados únicamente para garantizar el funcionamiento del libre mercado, sino que en una economía orientada por la función social del mercado, su intervención debe permitir tanto el ejercicio de las libertades económicas, con la subsecuente ganancia razonable para los operadores; como la adecuada defensa y protección de los derechos de los consumidores y los usuarios, según las reglas reconocidas por la Constitución económica y las leyes que la desarrollan. En términos similares ha expresado el Tribunal Constitucional, que:

“Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se conduce con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado”.

Siguiendo el desarrollo de las ideas precedentes, el Tribunal Constitucional en su sentencia, pone una vez más el énfasis en la relevancia que tiene la oportuna intervención pública, para garantizar los derechos de los consumidores y los usuarios. Es por ello que considera:

“En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones *ex ante* -regulaciones previas-, o *ex post* -sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano-”.

En función de ello, la sentencia del Tribunal Constitucional efectúa la siguiente conclusión:

“Los organismos reguladores deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar de la economía.

Los organismos reguladores no pueden funcionar aisladamente en la labor que les ha sido encomendada. A los usuarios compete, ante todo, la obligación de hacerse respetar en el círculo económico, informándose acerca de sus derechos. Y a las empresas que ofrecen servicios al público les corresponde el deber constitucional, legal y cívico de adecuar cada una de sus actividades a los designios de una economía social de mercado, en las cuales su beneficio personal no sea el punto de partida y finalidad de su actividad, sino la inevitable consecuencia de haber brindado un servicio digno, de calidad y a un costo razonable”.

Tal como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional le otorga una gran relevancia a la función protectora que deben llevar a cabo los organismos reguladores, la cual no debe quedarse exclusivamente en garantizar la existencia de un mercado efectivo; sino en conciliar las libertades económicas y el derecho a obtener una ganancia razonable en el ejercicio de las mismas, con el reconocimiento, respeto, protección, indemnización o reparación por la lesión de los derechos de los consumidores y los usuarios, quienes aspiran obtener bienes y servicios de calidad, en cantidad suficiente, conforme a estándares técnicos avanzados y a precios económicamente asequibles, que les permitan satisfacer sus necesidades esenciales<sup>42</sup>.

## VII. Consideraciones finales

La sentencia del Tribunal Constitucional que se ha empleado como eje transversal de estudio de la Constitución económica puede merecer diferentes valoraciones por parte de los operadores jurídicos, pero tiene entre sus múltiples méritos, que no resulta indiferente a nadie que pretenda analizar el modelo de economía social de mercado, que se encuentra presente en el Estado social y democrático de Derecho.

Constituyendo la persona humana conforme lo reconoce la Constitución Política, el eje central del análisis del sistema jurídico-económico que rige a la sociedad, esta sentencia del Tribunal Constitucional constituye un referente tanto para la doctrina científica que se ha dedicado al estudio de los derechos fundamentales, del modelo económico y de la intervención subsidiaria del Estado en los ámbitos económicos y sociales, como para los órganos jurisdiccionales y las administraciones públicas, que deben tenerla en consideración, al momento de resolver los asuntos que conciernen a los ámbitos de sus respectivas competencias.

---

<sup>42</sup> Sobre este tema se recomienda, Danós Ordoñez, J., La función que cumplen los organismos reguladores de servicios públicos en el ordenamiento peruano: ¿tutela de los usuarios o árbitros?, *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica: Balance y Perspectivas*, ARA Ediciones, Lima, 2010, pp. 175-198.

Economía social de mercado en el estado de garantía de prestaciones, (Dir. Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y Ernesto Jinesta Lobo, Coord. José Pernas García), *El Derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo I, Ed. RAP, Buenos Aires, 2014. ISBN: 978-987-694-007-8

Una valoración conclusiva lleva a considerar, que desde la perspectiva estrictamente teórica, la sentencia se encuentra impregnada de un contenido filosófico-conceptual realmente valioso, equiparable a los fallos de similares características de los Tribunales Constitucionales europeos; y desde una perspectiva material, el gran reto que tienen la sociedad y el Estado es lograr el efectivo cumplimiento de las disposiciones constitucionales, para alcanzar el bien común y lograr la justicia social.

En fin, conforme a lo precedentemente analizado, la existencia de un Estado social y democrático de Derecho, inspirado en la forma republicana de gobierno y que asume confesadamente el modelo de economía social de mercado, constituye el escenario adecuado para la materialización efectiva del brocardico, "*Tanta libertad como sea posible y tanto regulación como sea necesaria*".