

¿DERECHOS HUMANOS VS INVERSIÓN PRIVADA? TRASCENDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA. CONCESIONES Y SERVICIOS PÚBLICOS

CASTAÑEDA LIPA, Rafael V.*

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo presentar el rol del Estado moderno, resultado de transformaciones y acontecimientos históricos, que han llevado a entender que la Inversión Privada actualmente es un elemento que le permite, con las condiciones que hoy se han creado, a promover el desarrollo del país. El inversor privado hoy ya no es visto, o mejor dicho, no debe ser visto como un rival que sólo le interesa obtener un beneficio a costa del consumidor o usuario.

Hoy es un colaborador del desarrollo, no desinteresado, pues por la inversión que realiza y que el Estado no puede o decide no hacerlo, tiene derecho a un beneficio razonable, acompañado de una responsabilidad social propia de encontrarse en el campo de los Servicios Públicos que es el caso materia de esta investigación

PALABRAS CLAVES: Derecho Administrativo; Privatización; Regulación Económica; Competencia; Concesiones; Inversión Privada; Servicios Públicos.

ABSTRACT

This article aims to present the role of the modern state which is a result of changes and historical events that have led to understand that actual private investment is an item that allows -with the today's conditions that have were created- to promote the country development.

Currently, the private investor is no longer seen, or rather, should not be seen as rival who is only interested in making a profit at the expense of consumer or user. Nowadays, this actor is a development partner, not disinterested, because the invest made -and which the state can not or decide not to do it- has right to get a reasonable profit, accompanied by a social responsibility of finding itself in the field of the public utilities which is the subject of this research

KEY WORDS: Administrative Law; Privatization; Economic Regulation; Competition; Concessions; Private Investment; Public Utilities.

* Miembro del Taller de Investigación en Derecho Administrativo – TIDA – de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM. Estudiante del Sexto Año de la E.A.P. de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. www.tida.org.pe / www.unmsm.edu.pe/derecho / rafaelcl1990@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Se empieza con las razones históricas que causaron el cambio de paradigma del Estado Prestador al nuevo Estado Subsidiario donde lo que prima es la satisfacción de las necesidades de la persona. Ya no es la discusión si sólo lo debe prestar el Estado, lo que importa es que quien realice la prestación lo haga eficientemente. Este pasó a ser un garante de los consumidores o usuarios no ha reducido sus potestades, al contrario, le permite una mejor asignación de recursos llegando a satisfacer necesidades donde antes no podía o las prestaba deficientemente.

Desde el punto de vista de la inversión privada, pasó de estar relegada y subordinada a los “caprichos” del Estado a ser un colaborador y entrar en el juego de la libre competencia donde aparecerá el medio por excelencia para la satisfacción de necesidades en el Estado Subsidiario: El Mercado.

El caso peruano muestra que las razones que llevaron al estado actual, si bien no siguieron un plan programático, dieron paso a crear condiciones de estabilidad económica y de potencial desarrollo. Éste ya no es el Estado quebrado de los 80-90, hoy se cuenta con elementos que permiten el desarrollo del país a través no solo del tesoro público sino también de la inversión privada.

La intención de este trabajo es mostrar que más allá del interés y responsabilidad económica del privado hay una responsabilidad social de la empresa privada con la colectividad, es decir sus derechos constitucionales.

DE DÓNDE VENIMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS: LA OLA DE LA PRIVATIZACIÓN

Las privatizaciones, desinversiones del Estado en la actividad empresarial o procesos de promoción de la inversión privada, son alternativas destacadas cuando se busca una respuesta pragmática a los problemas macroeconómicos y financieros de determinados países.

La privatización no solo es un fenómeno político, social, económico o técnico, también es un fenómeno legal caracterizado por el paso a titularidad privada de empresas, servicios o activos públicos.

Se puede analizar su concepto en 2 sentidos:

- **Restringido.**- venta o traspaso de bienes, infraestructura, empresas públicas al sector privado.
- **Amplio.**- traslado de la gestión pública a la esfera de actuación privada. El Estado no pierde la titularidad necesariamente.

El fenómeno de la privatización fue la respuesta a la crisis de la empresa pública. Se explica a continuación:

Para la mayoría de los países desarrollados, los años ochenta pasarán a la historia como la década en la que se frenó el crecimiento del sector público. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se había venido produciendo un continuo aumento del intervencionismo estatal sobre todo tipo de actividad económica, en sus diversas modalidades: gasto público, impuestos, empresa pública, entre otros. Esta tendencia se modificó a mediados de los ochenta,

cuando se produjo una revisión de las funciones económicas del Estado¹.

La Empresa en una economía de mercado es una unidad productora de bienes y servicios homogéneos para lo cual organiza y combina el uso de factores de producción².

En el Estado, la empresa pública no persigue sólo un fin económico, tiene también fines sociales que es deber del Estado asegurar. El problema que surgió con estas empresas es que, al ser una herramienta de gestión, se volvió un instrumento político de los gobiernos de turno, lo que llevó a convertirla en una empresa que “drena tal cantidad de recursos de la economía nacional que hace difícil prosperar a la iniciativa privada, puesto que se reducen las disponibilidades monetarias y presiona al alza los tipos de interés”³.

Puede afirmarse que la crisis de la empresa pública que llevo a la privatización se debió a las siguientes razones:

a) Su vinculación a objetivos políticos y sociales (es su esencia) le impone condicionamientos que hacen difícil su gestión. Esto es consecuencia del funcionamiento de las instituciones políticas en las sociedades democráticas⁴.

b) Casi siempre padecen de ineficiencia y escasa productividad. Un ejemplo claro son los

incentivos al aumento de productividad, propio de las empresas privadas, se dan con mucha menor virtualidad en las públicas.

c) Falta de beneficios reales. Ello dio lugar a un constante y creciente endeudamiento de las mismas que llevó a la necesidad de conceder subsidios para que dichas empresas puedan equilibrar sus economías y subsistir.

d) La falta de beneficios significa que el aporte del sector público a la colectividad, bien por la vía fiscal, dividendos o remuneración del capital estatal invertido es prácticamente nulo⁵. No pagan impuestos ni reparten dividendos, por el contrario exigen cada vez más lo que genera una reducción del presupuesto estatal hacia otros sectores de interés público.

e) Su utilización como instrumento fácil de la política: antiinflacionaria, otras de política de desarrollo económico (al menos aparente). Todas estas utilidades son a costa de déficits crecientes con cargo al presupuesto estatal.

La empresa pública en una economía de mercado es una contradicción *in terminis*, un círculo cuadrado, una aporía⁶. ¿Cuál es la razón para esta afirmación? Es simple: es una empresa sin empresario. En el modelo privado detrás de la organización está un equipo dinámico de hombres que toman las decisiones y responden por sus acciones a una junta general. La empresa pública aparece casi siempre como una organización en la que las decisiones se generan a través de un complicado proceso en el que

¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*, 1993. Pág. 199

² BERMUDEZ, Manuel, BORJA, Giuliano, FUENTES, Alejandro. *Diccionario Jurídico*, Editorial San Marcos, Lima, 2008. Pág. 166

³ MADSEN PIRIE, Duncan. *Teoría y Práctica de las primeras privatizaciones*, 1986. Pág. 6

⁴ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*, 1986, Pág. 9

⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*, 1993. Pág. 203

⁶ *Ibidem*, Pág. 207

hay muchas interferencias y en el que la responsabilidad se diluye.

El empresario privado pagará sus errores en último término con la desaparición de su empresa, lo que lo lleva a ser más diligente en la dirección. El empresario público, esto es, directivos, burócratas o a quienes se les confían las empresas del Estado saben que nunca pasará nada así gane o pierda, triunfe o fracase como tal empresa pues el Estado acudirá siempre que sea necesario.

Frente a tan triste experiencia, la alternativa posible es la retirada del Estado de las actividades económicas de producciones de bienes y servicios. La privatización de estas actividades se apoya en tres razones:

- a) Económicas.- lograr una mayor eficiencia con estas empresas acompañándolas con la introducción de competencia y el mercado en las actividades privatizadas.
- b) Financieras.- las privatizaciones permitirán reducir el déficit público y contener los gastos que la empresa pública genera de cuantía considerable.
- c) Políticas.- como un cambio de modelo de Estado y de sociedad.

En el Perú la experiencia privatizadora respondió principalmente a:

- Razones pragmáticas y no ideológicas.
- Falta de dinero.
- Déficit Fiscal.
- Estado quebrado.
- Imposibilidad de acceder a créditos.

Si bien no se puede afirmar que fue un éxito el proceso privatizador, la labor que sigue es la introducción de la Competencia y la Regulación Económica.

SUBSIDIARIDAD Y SOLIDARIDAD: NUEVO ROL DEL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Subsidiaridad y solidaridad son conceptos meta-jurídicos, que reflejan un conjunto de ideas y valores sobre el hombre en la sociedad. En teoría existe cierto acuerdo sobre su sentido; en la práctica se han concretado en regímenes de ordenación muy diversos⁷.

Se puede delimitar el concepto de Subsidiaridad en dos fenómenos distintos:

a) Institucional.- tiene que ver con la descentralización y la organización político-administrativa reservada a los gobiernos regionales y locales, todas aquellas cuestiones que afecten a sus intereses.

b) Estatal.- relación Individuo-Estado. Cuál debe ser el grado de intervención del Estado en la vida económica y social; y el ámbito de libertad de los ciudadanos. Este último es razón de análisis de la presente investigación.

La defensa de la libertad y la iniciativa individual tiene un envés no menos importante: la solidaridad social. Ésta es la consecuencia de la naturaleza social del hombre, que debe llevar a éste a una firme y

⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho público Económico*, 2004. Pág. 156

perseverante actitud de contribución al logro del bien común. El cual es, a decir de Gaspar Ariño⁸, sobre todo, la creación de aquellas condiciones en las que cada uno de los miembros de una sociedad pueda llevar una vida más humana, desarrollar mejor su personalidad y lograr sus aspiraciones. Ello como escribe Argandoña⁹, implica ante todo, el reconocimiento de su dignidad y la defensa de sus derechos básicos. Pero también, la creación de aquellas condiciones que permitan a todos los hombres el acceso a los bienes materiales, la realización de un trabajo justamente remunerado y el disfrute de aquellos bienes comunes, tanto físicos como culturales, a los que todos tienen derecho.

Una vez señalados la subsidiaridad y la solidaridad que inspiran el nuevo modelo económico del Estado es momento de analizar la Constitución Económica de la Carta Magna de 1993.

Se considera como “Constitución Económica Formal” al marco jurídico fundamental de la regulación de la iniciativa privada, el derecho a la propiedad y de la acción reguladora del Estado en la economía.

Ochoa Cardich¹⁰ señala tres tesis sobre la Constitución Económica:

a) La del Constitucionalismo Social Flexible, incorpora normas que garantizando el derecho de propiedad y la libre iniciativa establecen límites en función del interés social en el marco de una economía social de mercado. Corresponde a este

⁸ *Ibidem* Pág. 163

⁹ ARGANDOÑA, Antonio. *Razones y formas de Solidaridad*, 1991. Pág. 333

¹⁰ OCHOA CARDICH, César A. *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios II*. Pág. 83

modelo la inclusión de cláusulas abiertas como: “interés social” o “economía social de mercado” que permiten al legislador desarrollarlas con criterio dinámico.

b) Constitucionalismo Económico Coherente o de modelo cerrado. Esta tesis considera que debe constitucionalizarse un modelo económico coherente, cerrado y rígido de contenido neoliberal, sin matices, a fin de promover la inversión privada nacional y extranjera. Esta tesis prevaleció en el Congreso Constituyente peruano de 1993 aunque se recogió la cláusula abierta de la “economía social de mercado” en el artículo 58° de la Constitución.

c) La tesis negatoria del Constitucionalismo Económico. De inspiración neoconservadora radical. Propone que no se establezca ningún régimen económico en la Constitución.

Ya señaladas las consideraciones generales, a continuación se mencionan las bases fundamentales de la Constitución Económica peruana de 1993:

a. El Principio de Subsidiaridad del Estado y el Pluralismo Económico.

b. La Economía Social de Mercado.

c. El Principio de libre competencia y la defensa de los consumidores.

d. Las Garantías de la inversión nacional y extranjera.

El Principio de Subsidiaridad del Estado y el Pluralismo Económico:

En el sistema económico de mercado la intervención del Estado se orienta a corregir las

deficiencias de la competencia y se restringe su actividad a servicios públicos sociales (salud, educación, asistencia social, etc.) y otros que por su baja rentabilidad no son atractivos para los inversores privados.

El principio del Pluralismo Económico está recogido en el artículo 60° de la Constitución de 1993, la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Así, el pluralismo y la coexistencia empresarial se interpretan en armonía con el principio de subsidiaridad del estado.

La Economía Social de Mercado

Dentro del régimen de “economía social de mercado” se reconoce implícitamente la viabilidad de la planificación al declararse en la norma que “el Estado orienta el desarrollo del país”¹¹.

Se asignan roles sociales al Estado en su actividad económica en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura¹². Los cuales se enmarcan dentro del principio de subsidiaridad del artículo 60° de la Constitución.

El Principio de libre competencia y la defensa de los consumidores

Entiéndase al mercado como el medio por excelencia donde consumidores y productores se encuentran, donde los primeros satisfacen sus

necesidades y los segundos obtienen un beneficio económico. Es labor del Estado, reconocida en el artículo 61° de la Constitución, en la cual promueve la libre competencia entre ofertantes garantizando sus derechos y reprimiendo aquellas situaciones que atentan contra la libre competencia. Rol que actualmente cumple el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

El límite a la iniciativa privada y a la libertad de empresa se encuentra en la defensa del interés de los consumidores y usuarios, el cual es un interés social.

El artículo 65° de la Constitución garantiza dos aspectos fundamentales a los consumidores y usuarios:

- El derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.
- La salud y la seguridad de la población.

Las Garantías de la inversión nacional y extranjera

Se encuentra en los artículos 62° y 63° de la Constitución. El primero referido a los Contratos-Ley y el segundo referido a la excepción de la jurisdicción nacional en las controversias derivadas de la relación contractual entre inversionistas y el Estado, la igualdad jurídica de la inversión nacional y extranjera y el arbitraje como medio de solución de controversias.

¹¹ Artículo 58 de la *Constitución Política del Perú*. 1993

¹² Ídem.

CREANDO LAS REGLAS DE JUEGO: INTRODUCCIÓN DE LA COMPETENCIA

Según la concepción de los economistas clásicos, el mercado constituye¹³:

a. El punto de encuentro teórico de la oferta y la demanda: un mercado es el *meeting point* entre oferta y demanda. Gracias a él, encuentran respuesta las tres grandes cuestiones que debe responder un sistema económico: qué producir, cómo y para quién.

b. Un instrumento de planificación económica descentralizada: gracias al mecanismo de los precios (*price system*), las empresas (unidades de producción) y las familias (unidades de consumo) coordinan, de forma espontánea, sus planes económicos individuales.

c. Un sistema económico que gira en torno a la noción de competencia pura (*pure competition*): “Estructura de mercado en al que el número de participantes es tan grande, y la participación individual de cada uno tan pequeña, que la acción particular de ninguno de ellos tendrá efecto perceptible alguno sobre el conjunto del mercado. En competencia perfecta, todos los participantes aceptan el precio del mercado como algo sobre lo que no tienen ningún control” (K. Lancaster).

d. Por otra parte, el fundamento jurídico de la libertad de competencia se hallaría en el reconocimiento por el legislador de la libertad de iniciativa económica y del derecho que asiste a

toda persona de actuar al servicio de sus intereses particulares (E. Kantzenbach).

La competencia puede ser definida como la rivalidad de las empresas por obtener las preferencias de los consumidores, la lucha pacífica por incrementar su participación en el mercado.

Significa esfuerzo empresarial, iniciativa, innovación, atención al público. La competencia, vista como la interacción entre oferta y demanda, crean mercado.

Recordando lo ya visto, cuando era el Estado quien brindaba todos los bienes y servicios, y la participación privada era, por decir lo menos, nula no se podía hablar de la existencia de la competencia.

En el Perú, luego del proceso privatizador, el Estado asumió dejar al mercado (medio por excelencia en el modelo de Estado Subsidiario) la producción de bienes y la prestación de servicios. Esto no significó una reducción de sus potestades, al contrario, sigue siendo el Estado omnipotente, pero ahora le añade la característica de eficiente. Ya no es el prestador de antes, la prioridad es la satisfacción con calidad de los bienes y servicios a la sociedad. Se demarcan aquellos servicios que por estar tan vinculados a la vida y dignidad del hombre los cuales el Estado no deja de asumir: los Servicios Públicos. Y se da paso a organismos reguladores en: telecomunicaciones, energía y minería, transporte y saneamiento.

¹³ CALVO LARAVACA, Alfonso Luis. *Derecho Antitrust Europeo*. 2009. Pág. 39

IMPORTANCIA Y ROL DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

De lo señalado líneas arriba se explica por qué en el Perú la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló durante la última década del Siglo XX y que determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura.

Como consecuencia de la referida reorientación del papel del Estado en la economía se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras¹⁴.

La regulación económica se puede analizar de la siguiente manera¹⁵:

Características	Regulación Económica
Estructura de mercado	Monopolios Naturales.
Ámbito de acción	Actúa donde la competencia no es posible o no es deseable.
Sector	Principalmente en servicios públicos.
Objetivo	Simular las condiciones óptimas de la competencia (importa el resultado).

La desregulación, la privatización y la reestructuración generan puntos políticos de difícil manejo. Por ello, el desempeño de las agencias reguladoras debe buscar la credibilidad en los inversionistas, transparencia en sus procesos y la eficiencia de la economía en general.

Queda claro, entonces, que los organismos reguladores se crean para garantizar el marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión.

Como bien señala Tassano¹⁶, el objetivo no es tener un ente regulador exitoso, sino que el regulador contribuya con su labor a tener un sector con un buen desempeño; para lo cual es necesario incrementar la credibilidad regulatoria, usar los recursos eficientemente, adoptar procesos transparentes, decisiones técnicamente sustentables y predecibles por parte del regulador.

“El arte de la regulación –herramienta de los reguladores– consiste en el entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de la reglas y los requerimientos institucionales”¹⁷.

¹⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*

¹⁵ Cuadro de elaboración propia.

¹⁶ TASSANO VELAUCHAGA, Hebert. *Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos*. Lima. Pág. 89-90

¹⁷ CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita. *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Lima. 2011. Pág. 22

INVERSIÓN PRIVADA Y EL NUEVO ESTADO COLABORADOR: LA CONCESIÓN COMO MEDIO DE DESARROLLO ECONÓMICO-SOCIAL

La Concesión de Servicios Públicos

Es un contrato en la función administrativa, que se regula fundamentalmente por el Derecho Público, aunque admita en algunos aspectos la aplicación –sobre todo analógica y supletoria– de principios y normas de Derecho Privado¹⁸.

La concesión es, entonces, un contrato en todos sus aspectos y contenido, de estructura homogénea y única, lo que no obsta a que el ente concedente, en ejercicio de sus prerrogativas, introduzca las modificaciones legítimas que estime pertinentes incluso en la organización y funcionamiento del servicio¹⁹.

De lo señalado se puede ver que el contrato de Concesión es una herramienta del Estado para promover la inversión privada y lograr el desarrollo económico-social del país. Se dejan de lado viejas posturas en las cuales el inversionista privado era visto como un rival, el cual nunca podría armonizar con los intereses de públicos. Hoy es un colaborador, no desinteresado (busca un beneficio económico por su inversión) pero colaborador con el desarrollo económico, el cual el Estado debe garantizarle la seguridad de su inversión con el fin de que ésta prospere e incentive a demás privados a confiar en el Estado y lograr más inversiones.

¹⁸ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo – Parte General. Tomo I, Buenos Aires. 1995. Pág. 53-54

¹⁹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*. Pág. 104-105

Al haber un encuentro de prestaciones y beneficios entre el Concedente (El Estado a través del Ministerio del Sector) y el Concesionario (La sociedad concesionaria) se buscará un equilibrio en el desarrollo de la ejecución contractual de la Concesión. Esto es el Principio del Equilibrio Económico Financiero.

El Equilibrio económico es un principio de los contratos administrativos que consiste en que las prestaciones que las partes pactan, de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta su término, de manera que, si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca.

Este principio encuentra su justificación en las necesidades de prestación continua y eficiente del servicio público, así como también funciona a modo de contrapartida a las prerrogativas del Poder Público de las que goza la administración en un contrato administrativo, y , a su vez, se justifica en los principios constitucionales del deber general que tiene el Estado de reparar los daños antijurídicos generados por sus actuaciones, la obligación de mantener la igualdad ante las cargas públicas, la garantía del patrimonio de los particulares, y el deber de garantizar la vida, honra y bienes de las personas.

INVERSIÓN PRIVADA Y MEDIO AMBIENTE: IMPLICANCIAS SOCIALES Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Medio Ambiente y Constitución Ecológica

El Tribunal Constitucional²⁰, tomando en cuenta doctrina y jurisprudencia Constitucional comparada, ha denominado al conjunto de disposiciones de la Carta Fundamental, referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente: *Constitución Ecológica* (STC 3610-2008-PA/TC). Así, el artículo 66° de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Por su parte, el artículo 67° de la Constitución dispone que el Estado determine la política nacional del ambiente y promueva el uso sostenible de los recursos naturales. De otro lado el artículo 68° de la Constitución prescribe: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”, en esa línea el artículo 69° señala: “El Estado promueve el desarrollo de la Amazonía”.

De ahí que se derive un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia.

La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, conocida también como la *Comisión Brundtland*, emitió un informe en el que expresa que el “desarrollo sostenible o es un estado concreto, sino un proceso de cambio en donde la explotación de recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los desarrollos tecnológicos y los cambios institucionales deben ser conscientes con el futuro así como con el presente”.

La perspectiva del desarrollo sostenible busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado. Es una maximización de las ganancias o utilidad frente a la calidad del entorno que sufre el desgaste de la actividad económica. En tal sentido, con el principio de sostenibilidad (artículo V de la Ley General del Ambiente²¹) se pretende modular esta actividad económica a la preservación del ambiente, el mismo que tendrá que servir de soporte vital también para las generaciones venideras. Así, los derechos de las actuales generaciones no deben ser la ruina de las aspiraciones de las generaciones futuras.

Medio Ambiente y Responsabilidad de la Empresa

En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa.

Sobre ellos el Tribunal constitucional ha manifestado: “El modelo del Estado social y

²⁰ STC. EXP. N° 03343-2007-PA/TC

²¹ Ley N° 28611.

democrático de derecho presenta un nivel de desarrollo mayor que el del Estado Liberal (...) En ese marco, la otrora relación liberal del individualismo frente al Estado y la relación social del Estado como garante el bienestar general se complementan con la constitucionalización de la economía, de la tutela del medio ambiente y los recursos naturales. En esa perspectiva es que la empresa privada, como expresión de un sector importante de la sociedad, tiene especial responsabilidad frente al Estado. La economía social de mercado condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general, estableciendo límites para que la democracia constitucional no sea un espacio donde se impongan las posiciones de los más poderosos económicamente, en detrimento de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. En el Estado social y democrático de derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo de la dignidad de la persona, que constituye la prioridad no solo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Lo “social” se define aquí en tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de

los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”²².

“En la actualidad, existe consenso en indicar que la actividad empresarial, siendo esencialmente lucrativa, no se opone a que asuma su responsabilidad social. Los efectos que las empresas generan han suscitado que se tomen ciertas medidas a fin de lograr una inserción más pacífica de la empresa en la sociedad. Es así como se ha desarrollado el concepto de responsabilidad social de la empresa, que tiene diversos ámbitos de aplicación como el interno: el relativo al respeto de los derechos laborales de los trabajadores y el clima laboral interno, así como al buen gobierno corporativo; y el externo: que enfatiza más las relaciones entre la empresa la comunidad y su entorno”²³.

CONCLUSIONES

- El dinamismo económico y las condiciones actuales de desarrollo económico del país son producto del resultado de una ola de transformaciones en el mundo de la revisión de las funciones del Estado: del proceso de la Privatización.
- Los principios que inspiran el nuevo modelo de Estado y su actuación en la vida económica y social son: la *subsidiaridad* y la *solidaridad*. Los cuales permiten el desarrollo de la libre iniciativa y el respeto de un grado de libertad en el cual se desarrollan los particulares y solo subsidiariamente el Estado podrá participar. La solidaridad está ligada al interés público, al desarrollo de la sociedad en su conjunto.

²² STC. N° 0048-2004-AI/TC

²³ STC. N° 03343-2007-PA/TC

- Para poder lograr una eficiencia en la asignación y producción de bienes y servicios se optó por dar paso a la creación del mercado y permitir a los particulares la libre *competencia*. Con ésta se logrará una máxima de eficiencia en la calidad de los productos que se ofertan en el mercado y los precios serán fijados por los agentes en su interacción.

- En algunos casos concretos la competencia no será posible o no sería lo ideal para la eficiencia económica. En esa circunstancia será labor de la *regulación económica* fijar condiciones en la prestación de los servicios para asegurar su calidad y la eficiencia de los agentes prestadores. Es decir, simulará las condiciones que generaría la existencia de la competencia.

- El medio que utilizará el Estado para hacer productivos determinados sectores y a la vez como una asignación eficiente del presupuesto público, será el contrato de Concesión. Por medio de éste serán los agentes privados los que desarrollarán la inversión y la labor del estado es asegurar el éxito de su empresa, ya que asegurando su prosperidad se asegurará de que los usuarios de los servicios públicos y/u obras de infraestructura concesionada obtengan una prestación de calidad en las mejores condiciones.

- Tan importante como el desarrollo de la inversión privada es el respeto a la vida y dignidad del hombre. Por eso es de vital conexión con el tema de inversión armonizar ésta con los mandatos de la Constitución Ecológica para preservar un medio ambiente adecuado y equilibrado.

- La empresa privada no solo será responsable por brindar una prestación de calidad y eficiente, sino que también le es exigible el respeto y el cumplimiento de su responsabilidad social. Con esta se asegura que dentro de ella las condiciones de sus

trabajadores son las adecuadas (el Estado al contratar vía Concesión no solo piensa en la ganancia que obtendrá el concesionario, sino también que éste es un medio de generación de trabajo); y que sus relaciones con la comunidad y su entorno serán de respeto de sus condiciones de vida y al derecho que todos los ciudadanos tienen de un medio ambiente adecuado y equilibrado y el de asegurarlo para las siguientes generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel B. Un balance de la Constitución peruana de 1993. Madrid, Foro Constitucional Iberoamericano, 2006.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado: crisis y reforma del sector público. Madrid, Marcial Pons, 1993.

____. Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General: Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender. Madrid, Aranzadi, 2007.

____. Principios de Derecho público Económico. Madrid, Editorial Comares, 2004.

____. Sobre la naturaleza y razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario. En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo – Brasil*. Bahia: Instituto Brasileiro de Direito Publico, Salvador — Bahia — Brasi, 2007.

ARGANDOÑA, Antonio. Razones y formas de Solidaridad. Madrid, Unión Editorial, 1991.

BERMUDEZ, Manuel, BORJA, Giuliano, FUENTES, Alejandro. Diccionario Jurídico. Lima, San Marcos E.I.R.L., 2008.

CALVO LARAVACA, Alfonso Luis. Derecho Antitrust Europeo. Madrid, Editorial Colex, 2009.

CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita. ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN. Lima, Palestra, 2011.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, 2004.

DE LA FUENTE ALONSO, Alejandro. La naturaleza jurídica del contrato de concesión administrativa. México. Vía Internet: http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/COLVER/DIFUSION/REVISTA_CONCIENCIA/REVISTANO.8/2.-ALEJANDRO%20DE%20LA%20FUENTE%20ALONSO.PDF.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge Acceso a los servicios públicos. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo – Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Macchi, 1995.

GUZMAN NAPURÍ, Christian. Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento

Administrativo. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2011.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2011.

MADSEN PIRIE, Duncan. Teoría y Práctica de las primeras privatizaciones. Guatemala, CEES, 1986.

OCHOA CARDICH, César A. La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios II. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995.

REPÚBLICA DEL PERÚ. Constitución Política del Perú. Lima, 1993.

____. Ley N° 28611. Ley General del Ambiente. Lima, 2005.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge. Concesión de Servicios Públicos. Buenos Aires, Ediciones Jan, 1999.

STIGLITZ, Joseph E. Economics of the Public Sector. New York, W. W. Norton & Company, 1986.

TASSANO VELAOCHAGA, Hebert. Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos. Lima, Tribunal Especial Económico para Servicios Públicos.

STC. EXP. N° 03343-2007-PA/TC.

STC. N° 0048-2004-AI/TC.

STC. N° 03343-2007-PA/TC.

