

¿Es necesario un nuevo modelo económico? Una respuesta desde la Economía Social de Mercado y el principio de subsidiariedad.

Is a new economic model necessary? An answer from the Social Market Economy and the principle of subsidiarity

Eduardo Rezkalah Accinelli¹

Resumen. El presente artículo pretende demostrar, partiendo del estudio del neoliberalismo, que el modelo económico de economía social de mercado contenido en la Constitución Política del Perú debe ser interpretado desde su esencia y principios fundamentales; por lo que, la necesidad de un cambio de modelo económico es innecesaria. Por ello, se plantea la necesidad de retomar sus fundamentos iniciales, así como interpretarlo desde el principio de subsidiariedad para establecer las adaptaciones necesarias al entorno social y económico actual, de manera que otras ramas del derecho como el mercantil y el de competencia puedan adaptarse desde la esencia del modelo.

Abstract. *This article aims to demonstrate, starting from the study of neoliberalism, that the economic model of the social market economy contained in the Political Constitution of Peru must be interpreted from its essence and fundamental principles, therefore, the need for a change in the economic model it is unnecessary. Therefore, the need arises to return to its initial foundations, as well as to interpret it from the principle of subsidiarity to establish the necessary adaptations to the current social and economic environment, so that other areas of law such as both, commercial and competition law, can adapt from the essence of the model.*

Palabras clave. Neoliberalismo, Ordoliberalismo, Economía Social de Mercado, Modelo Económico, Régimen Económico, Competencia, Principio de Subsidiariedad

Keywords. *Neoliberalism, Ordoliberalism, Social Economy Market, Economic Model, Economic System, Competence, Subsidiarity Principle*

Sumario: 1. Introducción. 2. Aclarando el oscuro neoliberalismo. 2.1. La Escuela de Friburgo y el neoliberalismo alemán: El ordoliberalismo. 2.2. La escuela de Chicago y el neoliberalismo anglosajón: El Neoliberalismo. 3. ¿Régimen Económico o modelo económico?. 3.1. Modelo económico. 3.1.1. El modelo económico y su tratamiento desde el Tribunal Constitucional. 3.2. Régimen Económico. 3.2.1. La Constitución Económica: la propuesta ordoliberal y su incorporación en el Perú. 4. El modelo económico ordoliberal. 4.1. La ESM como modelo económico. 4.1.1. La ESM como modelo económico en el Perú. 5. La Constitución Política del Perú: El Régimen Económico y la ESM. 5.1. El principio de subsidiariedad y la ESM. 6. La ESM y el Derecho de la Competencia. 6.1. El Régimen Económico como fundamento de la competencia económica. 6.1.1. La visión integrada del Derecho de la Competencia. 6.1.2. Los límites constitucionales a la legislación en materia de competencia. 6.1.2.1. La competencia y las ayudas económicas. 6.2. El riesgo del poder económico. 7. Conclusiones.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Teléfono: +51 945866962

1. Introducción

Las críticas al modelo económico han encendido la pradera desde hace algún tiempo en algunos países de América Latina. En el 2019, Chile empezaba una ola de protestas sociales por el agotamiento de un modelo económico neoliberal, y ha llegado a elecciones para una reforma de su Constitución. En el Perú, si bien ello no ha ocurrido, al menos no como en Chile, el modelo económico también empezó a sufrir por el contagio del país vecino. Sin embargo, el cuestionamiento al modelo económico peruano empezó a sentirse con más fuerza desde que empezó la pandemia de Covid-19.

Al observar esta situación la pregunta inevitable es qué estamos cuestionando, ¿el modelo económico, el régimen económico, la Constitución Política vigente? ¿O nos hemos dejado llevar por alguna corriente ideológica y cuestionamos un modelo económico considerado supuestamente como neoliberal? Considero que la crisis de la pandemia ha despojado las vestiduras de un modelo, sí, pero de uno que quizás no conocemos y que, como abogados hemos olvidado: el modelo de economía social de mercado.

Por ello, el presente artículo pretende demostrar, primero, desde un muy breve repaso de la filosofía política, que el neoliberalismo no es necesariamente solo lo que creemos que es, sino, más bien, que hubo dos neoliberalismos (o nuevos liberalismos) que nacieron como producto del liberalismo clásico. En segundo lugar, trataremos de distinguir la diferencia entre un modelo económico y un Régimen Económico para descubrir que, a pesar de no ser lo mismo, en el terreno constitucional ambos se amalgaman entre sí y se sostienen el uno al otro. Una vez aclaradas las diferencias, en tercer lugar, pretendemos profundi-

zar en el modelo económico que contiene nuestra Constitución. Para ello partiré de su origen ordoliberal y profundizaré en su esencia, así como en su incorporación en el Perú. En cuarto lugar, nos ubicaremos en el tratamiento que el Régimen Económico vigente le otorga a la economía social de mercado y cómo esta se apoya en el principio de subsidiariedad. Finalmente, veremos la importancia de la competencia en el modelo de ESM y el rol que el Derecho Mercantil, así como el Derecho de la Competencia pueden asumir hacia el futuro.

2. Aclarando el oscuro neoliberalismo

De acuerdo con Santiago Castro-Gómez, fue Michel Foucault, quien estudiaría el nacimiento del neoliberalismo como una nueva forma de *gubernamentalidad*, en la que no era tan relevante el protagonismo estatal en materia económica, sino que sería dicha *gubernamentalidad* - el arte de gobernar - lo que habría cambiado la forma en la que el Estado participaría como actor en la vida de la sociedad².

Al respecto, el mencionado autor señala que ante el fracaso del liberalismo clásico de corte *manchesteriano*, se buscó un nuevo liberalismo que pudiera reconstruir una sociedad basada en el mercado. En otras palabras, ya no sería el Estado el encargado de marcar las pautas de construcción y desarrollo de la sociedad, sino que sería el intercambio económico (el mercado) quien generaría el nacimiento de una nueva sociedad. Sin embargo, para ello, el Estado debía adecuar su tamaño y funciones a la dinámica económica basada en las fuerzas del mercado.

Al respecto, Foucault desarrolla la idea de que el nuevo liberalismo nacería en Alemania como una

2 Santiago Castro-Gómez. *Historia de la gubernamentalidad I. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michael Foucault*. Capítulo III. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Segunda Edición, 2015).

reacción al totalitarismo nazi y al consecuente fracaso del Estado omnipotente³.

De acuerdo con Manfred Steger y Ravi Roy, la posición más vigente y dominante es la del neoliberalismo inspirado en las propuestas elaboradas a partir del Consenso de Washington y que fueron implementadas en varios países de América Latina, entre 1980 y 1990⁴. También llamada contrarrevolución neoclásica, el neoliberalismo se presenta como una teoría económica del desarrollo que se fundaba en el supuesto de que el libre mercado podía propiciar una asignación eficaz de recursos económicos mediante la creación de señales de precios eficientes, lo que llevó a que se le denominara “fundamentalismo de mercado”⁵.

Como ideología, siguiendo a Steger y Roy, se puede considerar al neoliberalismo como marcadamente economicista, hasta cierto punto próximo en ello al marxismo, puesto que sitúa a la producción y el intercambio de bienes materiales en lugar primordial de la experiencia colectiva⁶. Asimismo, los autores señalan que, como forma de gobierno, el neoliberalismo se basa en la gestión empresarial, la competitividad, el interés y la descentralización, busca la disminución del poder estatal en pequeñas unidades de gobierno y fortalece el poder individual⁷.

En este punto es necesario aclarar que el neoliberalismo nace después de la Segunda Guerra Mundial, pero se dividirá en dos escuelas que marcarían diferencias que las separarían de su origen liberal. Por un lado, el neoliberalismo alemán de

la Escuela de Friburgo y, por otro, el neoliberalismo anglosajón de la Escuela de Chicago. Veremos que, finalmente, el neoliberalismo hará referencia al neoliberalismo anglosajón.

En ese sentido, el nuevo liberalismo de la Escuela de Friburgo comparte con el liberalismo clásico uno de sus fundamentos principales: la competencia. Sin embargo, el aporte de la Escuela de Friburgo marcaría una diferencia con el *laissez faire* que postulaba el liberalismo clásico en relación con la competencia mercantil: el poder de mercado.

2.1 La Escuela de Friburgo y el neoliberalismo alemán: El ordoliberalismo

Walter Eucken fue quien resaltó la importancia de mantener una competencia libre y a su vez constante, en un entorno donde se evitará siempre el poder de mercado que podría afectar al proceso competitivo que postulaba el ordoliberalismo. Eucken creía en la libre formación de precios de acuerdo con la información que tuviera cada empresario, así como en el riesgo que este asumía al entrar en la dinámica de la economía de mercado. Sin embargo, consideraba que el proceso de formación de precios libres se vería afectado por la acumulación de poder económico. En ese sentido, pensaba que el trabajo de los abogados y de los economistas era primordial para mantener una economía de mercado basada en la libre competencia y que evitara la acumulación de poder⁸.

3 Michel Foucault, *El Nacimiento de la Biopolítica*. Clase del 7 de febrero de 1979. (Madrid: Ediciones Akal, 2009).

4 Manfred Steger y Ravi Roy. *Neoliberalismo. Una breve Introducción*. (Madrid: Alianza Editorial, 2015), 42.

5 Michael Trebilcock y Mariana Mota. *Derecho y Desarrollo. Guía Fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad*. (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017), 40-41

6 Steger y Roy, *Neoliberalismo...*, 31.

7 Steger y Roy, *Neoliberalismo...*, 31.

8 Walter Eucken, “The Ordo Manifesto of 1936”, en *Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution. The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*. (United States of America: Rowman & Littlefield, 2017) 27-39.

Para ello, era necesario dejar que el mercado despliegue sus fuerzas, pero ya no de manera natural, sino dentro de un orden que se moldearía de acuerdo con el juego de la formación libre de precios y en el que ninguno de los participantes tuviera la oportunidad de abusar de su posición en el mismo, por lo que sería necesario establecer reglas de juego que mantuvieran una competencia mercantil tanto entre ofertantes como demandantes. De ahí que el Estado era el encargado de establecer dichas reglas e intervenir si el orden era alterado por alguno de los actores.

Al respecto, Chavance afirma que el ordoliberalismo se distingue por la importancia que este le da al Estado en tanto guardián del orden del mercado. En esa línea, señala que Eucken insiste en el establecimiento deliberado de reglas constitucionales por parte del Estado como requisito esencial para la existencia y mantenimiento de un orden liberal competitivo (...). La competencia no puede desarrollarse ni mantenerse espontáneamente si el Estado se limita a garantizar los derechos de propiedad, pues su no intervención dejaría actuar a las fuerzas y se formarían claras tendencias y grupos de interés. El rol del Estado consiste en asegurar el establecimiento y el mantenimiento de la competencia⁹.

Por su parte, Böhmeler, a diferencia de Foucault, sin hacer referencia al totalitarismo nazi, sino a las ideas socialistas de planificación estatal y la consecuente afectación de las libertades individuales, señala que los intelectuales alemanes de la Escuela de Friburgo ya habían descartado las alternativas colectivistas, así como las liberales del *laissez faire*, toda vez que reconocían que ambas resultaban perjudiciales en tanto su aplicación pura termina-

ba en la formación de una sociedad deshumanizada¹⁰.

Por lo tanto, el nuevo liberalismo, conocido como neoliberalismo alemán, o neoliberalismo de la Escuela de Friburgo (ordoliberalismo), es concebido como una forma de organización política que tendría como fundamento la economía de mercado, pero con importantes ajustes (órdenes) que la convertirán en una nueva forma de organización social y cultural.

2.2 La escuela de Chicago y el neoliberalismo anglosajón: El Neoliberalismo

Como se señaló anteriormente, el neoliberalismo, en su versión más vigente y reconocida, tiene al Consenso de Washington como su principal carta de presentación. Sin embargo, su origen intelectual data de 1947 con la fundación de la Sociedad Mont Pelerin por parte de Friederich von Hayek, uno de los principales representantes de la Escuela Austríaca de Economía. A diferencia de los ordoliberales, el nuevo liberalismo de esta escuela sí trataría de resucitar las ideas del liberalismo clásico con el objetivo de frenar las ideas keynesianas¹¹.

En consonancia con lo anterior, el nuevo liberalismo de Hayek y los “austríacos” encontraría buena recepción en los gobiernos que debían enfrentar la crisis del Estado de Bienestar generada por las políticas económicas keynesianas de pleno empleo y servicios asistenciales. Margaret Thatcher y Ronald Reagan fueron sus principales defensores y aplicaron las medidas de lo que se conocería como neoliberalismo americano o neoliberalismo anglosajón y es esta la noción comúnmente acep-

9 Bernard Chavance, “La Escuela Austríaca y el Ordoliberalismo”, en *La economía institucional*. Capítulo 2. (Fondo de Cultura Económica. México, 2018) 61-78.

10 Andreas Böhmeler, introducción a *El Ideal Cultural del Liberalismo. La Filosofía Política del Ordo-Liberalismo*. (Madrid: Unión Editorial, 1998) 15-27.

11 Steger y Roy, *Neoliberalismo...*, 36.

tada por la mayoría de autores que estudian al neoliberalismo.

En ese contexto, el neoliberalismo tomaría forma a través del paquete de medidas económicas que, en la década de 1980, recomendaría el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial a los países en desarrollo. Se le atribuye a John Williamson la creación de las medidas establecidas y la denominación de “Consenso de Washington”. En los noventa, este paquete se convertiría en el marco adecuado para el desarrollo económico a nivel mundial¹².

3. ¿Régimen Económico o modelo económico?

La crisis sanitaria, social y económica generada por el Covid-19, tanto en el Perú como en muchos otros países en vías de desarrollo, ha sido el detonante de los cuestionamientos más ásperos sobre lo que, desde las distintas posturas políticas e ideológicas, se denomina modelo económico. En ese sentido, en el imaginario colectivo, usualmente, los modelos económicos están ubicados en las polaridades del espectro político: por un lado, el socialismo (o comunismo, en su versión más extrema) y, por el otro, el neoliberalismo, al que se le considera como el modelo vigente.

Si bien esta es una discusión actual no solamente a nivel nacional, sino también latinoamericano, el peligro de no contar con un asidero firme, que permita un intercambio de ideas objetivo, puede llevar a decisiones radicales a nivel constitucional, político, económico y social. Asimismo, toda discusión política en una democracia termina, de una u otra manera, de acuerdo con el resultado de

la posición que termine ganando - o consensuando, en el mejor de los casos - tomando cuerpo a través del ejercicio legislativo y gubernamental. Por lo tanto, resulta necesario hacer algunas precisiones sobre qué se considera modelo económico y qué se considera Régimen Económico.

3.1 Modelo económico

En palabras sencillas, se entiende por modelo económico la ruta por la cual se desarrollan las actividades económicas en un país, la misma que busca un impacto positivo en el desarrollo de una sociedad. De ahí que podamos afirmar que un modelo económico puede diferenciarse de otro por el grado o intensidad de intervención del Estado en las actividades económicas. Tendremos un modelo intervencionista-estatal (planificador), por ejemplo, si el Estado realiza directamente actividades empresariales, mediante la regulación de precios o la prestación directa de determinados servicios, o un modelo económico de libre mercado si el Estado delega la prestación de servicios públicos y sociales al mercado y no interviene en actividades empresariales, dejando, además, que los precios se regulen por la oferta y la demanda de bienes y servicios.

Sin embargo, un modelo económico, desde la teoría económica, hace referencia a la abstracción teórica de las conductas humanas, distribución y clasificación de bienes que permitirían la satisfacción de necesidades. En otras palabras, es una versión simplificada de la dinámica económica real¹³. Es último quiere decir que podemos encontrar distintos modelos económicos que propongan, a su vez, distintas formas de alcanzar el desarrollo económico y social.

¹² Steger y Roy, *Neoliberalismo...*, 42.

¹³ Marcelo Resico, *Introducción a la Economía Social de Mercado. Edición Latinoamericana*. Konrad Adenauer Stiftung. Acceso el 13 de mayo de 2021. http://190.57.147.202:90/jspui/bitstream/123456789/493/1/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Econom%C3%ADa%20Social%20de%20Mercado%20%28Pdf%29%20v_2.pdf

Al respecto, hay que tener en cuenta que un modelo económico está intrínsecamente ligado a la idea de desarrollo; por lo que, cuando hagamos referencia a un modelo económico no nos quedaremos solamente con lo que afirma la teoría económica, sino que lo analizaremos desde una doble perspectiva integradora, teniendo en cuenta la visión económica y la visión de desarrollo. Ello nos permitirá entender el impacto de un modelo económico en una sociedad desde los derechos que son protegidos y limitados a nivel constitucional.

Por ello, un modelo económico debe ser materia de discusión y tratamiento desde el Derecho, en la medida que un modelo puede adoptar medidas que impacten de diversas maneras en los sectores que se consideran esenciales para llevar a un país hacia el desarrollo económico y social. En ese sentido, será importante tener en cuenta el Régimen Económico y su interpretación para que el modelo funcione de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política vigente.

3.1.1 El modelo económico y su tratamiento desde el Tribunal Constitucional

El máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado con relación al modelo económico en algunas ocasiones. A manera de muestra, hemos tomado algunos casos, de acuerdo con la publicación de César Landa¹⁴, en la que el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) ha hecho referencia al modelo económico establecido en nuestra Constitución.

Al respecto, en la STC N° 0008-2003-AI, Fj 26d), la interpretación del Tribunal Constitucional hace referencia al modelo económico de economía social de mercado (en adelante, ESM) al establecer que la libertad de empresa tiene un

marco de autodeterminación que se fundamenta en dicho modelo, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar. Adicionalmente, señala que, la libertad de empresa deberá respetar los diversos derechos de carácter socio económico que la Constitución reconoce¹⁵.

Sin embargo, también se puede apreciar una interpretación de la ESM como Régimen Económico cuando se establece en el Expediente N° 3116-2009-PA/TC, FFJJ 7-8 que, en una ESM, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país. Asimismo, como garantía de una sociedad democrática y pluralista. (...) El poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe orientar y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución.

Igualmente, el TC ha establecido que un aspecto fundamental de la ESM y una consecuencia principal de la libertad de acceso al mercado es la existencia de la libre competencia, sin la cual quedaría vacío de contenido el derecho a la libertad de empresa¹⁶. Por lo tanto, la ESM ha sido interpretada por el TC tanto como modelo, así como Régimen Económico.

3.2 Régimen Económico

La incorporación de un Título referido al Régimen Económico debería llevarnos al cuestionamiento acerca de su necesidad expresa en el cuerpo constitucional peruano. La respuesta podemos encontrarla en la inevitable relación entre la política y la economía, y cómo estas fuerzas, desde sus posiciones argumentativas, han ido integrán-

14 César Landa Arroyo. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (Lima: Palestra Editores, 2019) 487-491.

15 Landa, *Los derechos...*, 487.

16 Landa, *Los derechos...*, 488-89.

dose, especialmente, desde los años cincuenta del siglo pasado. Si bien la necesidad de establecer un Régimen Económico en la Constitución es relativamente reciente, resulta importante entender el origen de la misma.

3.2.1 La Constitución Económica: la propuesta ordoliberal y su incorporación en el Perú

A finales del siglo XIX, la economía capitalista basada en el liberalismo *laissez faire* originó una serie de reclamos sociales – sobre derechos laborales y seguridad social – hacia un Estado que tenía un rol exclusivamente observador y vigilante de las libertades individuales. Sin embargo, una crisis económica como la del Crac de 1929 en Estados Unidos y el aumento de la pobreza en Europa después de la Primera Guerra Mundial, obligaron a los Estados a tomar medidas económicas que pasaron de un modelo de libre mercado hacia un modelo proteccionista para cuidar las economías nacionales.

En el caso de Estados Unidos, se implementaría el *New Deal* bajo el mandato presidencial del presidente F. D. Roosevelt. En la Alemania de los años treinta del siglo XX, el crecimiento económico se convirtió en una cuestión de vital importancia para los intereses nacionalistas preponderantes y lograr la expansión del denominado “espacio vital”, bajo el Tercer Reich. Por su parte, a inicios de la década del siglo XX ya había ocurrido algo semejante en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas a través de un modelo económico distinto a los anteriores, el socialista de planificación central, liderado por Iósif Stalin. Por lo tanto, la economía política se había convertido en el nuevo

arte de gobernar para recuperar la primacía del poder estatal a nivel nacional e internacional.

Ante la crisis económica y social generada posteriormente por los estragos de la segunda guerra mundial, quedaban dos modelos de crecimiento y desarrollo posibles pero excluyentes: el capitalismo o el socialismo. Sin embargo, en Alemania, la Escuela de Friburgo, descartaría a ambos y formularía un modelo alternativo, pero sin dejar de lado la importancia de la economía política en la formación de un nuevo Estado.

En este contexto, aparece la propuesta de Franz Böhm sobre la necesidad de una “Constitución Económica”, que sería un conjunto de normas jurídicas que se debería tener en cuenta para el comportamiento económico en una sociedad.

Al respecto, cabe señalar que Franz Böhm denomina “Constitución Económica” *those norms whose purpose it is to influence the economic behavior of individuals and groups, and, above all (upon evolution of an economic division of labour) to order, or to regulate, the mutual economic activities of individuals and subsequent relationships to corporate entities with one another*. Asimismo, afirma que una “Constitución Económica” no garantiza *per se* el desarrollo de una sociedad, por lo que, será suficiente que las disposiciones de la misma regulen el comportamiento económico¹⁷.

Para el caso del Perú, una revisión de las constituciones que han regido el orden económico y social puede permitirnos encontrar referencias al rol del Estado en materia económica, pero no de manera conjunta como lo establecería una Constitución Económica. Por ejemplo, la Constitución de 1933, en su artículo 38° declaraba la posibilidad de nacionalizar actividades económicas de

17 Franz Böhm, “Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution”, en *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*. (United States of America: Rowman & Littlefield, 2017) 115-120.

servicios públicos mediante una ley. Asimismo, la Constitución de 1920 hacía referencia al control de precios en su artículo 57^o18.

La aparición constitucional de un conjunto de normas referidas al comportamiento económico del país, bajo el denominado Régimen Económico es relativamente reciente en el Perú; se establece por primera vez en la Constitución Política del Perú en 1979; y, en la vigente, de 1993. Sin embargo, como afirmara Böhm ello no garantiza el desarrollo de un país.

Al respecto, en el Perú, después de la crisis económica de los años ochenta, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, surgió la necesidad de establecer un nuevo marco ordenador del comportamiento económico tanto para el Estado, como para el sector privado que, a diferencia del anterior, incorpora el denominado Rol Subsidiario del Estado pero manteniendo el modelo de ESM.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado podemos afirmar que el Régimen Económico es el marco constitucional que establece los principios sobre los que se desenvuelve la economía y la sociedad de un país. De ahí que resulta importante la comprensión e interpretación adecuada del Régimen Económico como marco constitucional de desarrollo de actividades económicas (Constitución Económica) que contiene un modelo económico.

4. El modelo económico ordoliberal

Como ya hemos señalado anteriormente, el final de la Segunda Guerra Mundial dejó a Europa, en especial a Alemania, en una crisis económica y social que necesitaba soluciones inmediatas para la

reconstrucción. Böhmler señala que los alemanes de la Escuela de Friburgo ya habían descartado las alternativas liberales clásicas y colectivistas, toda vez que reconocían que ambas resultaban perjudiciales en tanto su aplicación pura terminaba en la formación de una sociedad deshumanizada¹⁹. Cabe señalar que Alemania no podía deshacerse del modelo de Estado de Bienestar instaurado por Bismarck a finales del siglo XIX; sin embargo, no se animaría a retomar las bases de un liberalismo tradicional ni tampoco las del socialismo. La solución se encontraba en una vía alternativa que promoviera un modelo económico de desarrollo y bienestar que implicara la cooperación entre los privados y el Estado manteniendo la libre iniciativa privada por un lado y el apoyo estatal por el otro.

En ese contexto, la Escuela de Friburgo desarrolla una nueva corriente o paradigma liberal como filosofía orientadora, tanto en lo político como en lo económico denominado “neoliberalismo alemán”, la cual adopta el nombre de Ordoliberalismo; un liberalismo basado en órdenes. De esta manera, la ESM aparecería como el modelo económico neoliberal puesto en práctica en Alemania después de la segunda guerra mundial, pero de bases distintas a lo que usualmente se conoce como neoliberalismo.

El ordoliberalismo será entonces el fundamento ideológico y cultural de lo que en la práctica se denominará ESM, lo que estará basado en la competencia como su principal componente, conjuntamente con el establecimiento del principio de libertad individual como fundamento del orden económico. Cabe recalcar, además, que el ordoliberalismo pretende humanizar la dinámica económica a través del rol que deberá cumplir el Estado reconociendo la competencia como base

18 Fondo Editorial del Congreso del Perú, *Nuestras Constituciones. Papeles básicos para una historia institucional del Perú*. (Lima: 2009) 151-52.

19 Böhmler, *El ideal...*, 114.

del comportamiento económico, pero interviniendo en ella para que el poder económico no desborde en abusos. La intervención estatal se manifestará a través del diseño de una arquitectura jurídica (Constitución Económica) que establezca fundamentos para el ejercicio de las actividades económicas, así como para guiar su cauce hacia el bienestar general de la sociedad.

4.1 La ESM como modelo económico

De acuerdo con Resico, la ESM se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. En casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. Descarta como sistema de organización la economía planificada centralmente²⁰.

Asimismo, se caracteriza por su flexibilidad de adaptación a cualquier entorno. En ese sentido, Wünsche afirma que es necesario tener en cuenta los factores psico-sociológicos y registrar las peculiaridades de cada sociedad, así como las mentalidades en ellas dominantes²¹.

Al respecto, podemos preguntarnos, ¿El Régimen Económico considera la iniciativa privada – y sus consecuentes interacciones económicas – a partir de una visión homogénea de sociedad o desde una visión más heterogénea y profunda?

4.1.1 La ESM como modelo económico en el Perú

Si bien de acuerdo con el artículo 1° de la Constitución vigente, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, la respuesta a la pregunta formulada líneas arriba debe partir de la consideración jurídica de persona, pero no solamente desde su existencia como ser humano autosuficiente para su desarrollo sino como persona que se desarrolla en relación con otros en una sociedad. Sociedad y persona no pueden ser categorías separadas en la interpretación del artículo mencionado, pero tampoco deben confundirse.

En ese sentido, resulta importante tener en cuenta cuáles son los entornos sociales en los que se desenvuelven las personas a través del ejercicio de la iniciativa privada en el Perú, así como las particularidades que puede tener cada uno. Ello implica conocer la realidad de cada grupo o sociedad que conforma toda la sociedad peruana, de manera que se incorpore la economía de mercado como marco para el desarrollo y bienestar de la sociedad.

Un ejemplo de lo señalado anteriormente, podemos encontrarlo en un estudio realizado por César Fonseca en el que demuestra que existen ciertos patrones culturales andinos cuya organización social se basa en actividades cíclicas y en el “ideal del uso vertical de las ecologías”, pero también por la especialización en la producción y participación mayor en el mercado nacional. A partir de lo señalado por el mencionado autor, se puede reconocer que los campesinos se gobiernan por sus propias leyes y costumbres y por los de la sociedad mayor, por lo que se puede afirmar que

20 Resico, *Introducción...*, 107.

21 Horst F. Wünsche. *Introducción a la Economía social de mercado. Su valor permanente*. (Madrid: Ediciones Rialp S.A., 1994) 22.

hay sociedades que realizan actividades económicas dentro de dos niveles: el local y el nacional²².

Por lo tanto, la economía de mercado no es rechazada en el Perú como medio para la subsistencia y el desarrollo. Es más, la agricultura como actividad económica de subsistencia e intercambio no es la única que se realiza entre los campesinos, quienes inclusive la consideran una actividad estacional. Cuando esta se ve suspendida, algunos campesinos realizan actividades de “negociante”.

Si bien un ejemplo solamente puede demostrar una excepción, debemos poner énfasis en la flexibilidad y adaptación de la ESM a distintas realidades, sin que ello implique la pérdida o alteración de su esencia – la libre iniciativa privada – por lo que la misma debe tener una vocación de integración y complementariedad y no de separación u oposición de fuerzas, especialmente, a nivel social. En ese sentido, a la luz de la ESM se puede integrar elementos diversos que faciliten las transacciones y, por consecuencia, generen mayor bienestar para la sociedad.

Adicionalmente, es necesario un Derecho de la Competencia que pueda contemplar las distintas formas de intercambio económico, pero siempre promoviendo las ventajas de la competencia bajo un orden social liberal, en el sentido que sea siempre la persona humana el principio rector del mismo para alcanzar el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Al respecto, Wünsche afirma que precisamente en aquellos países donde la confianza de la población ha sido fuertemente sacudida por muchas promesas de reforma en periodos anteriores, solo este método del paso a paso, que avanza de éxito en éxito, es capaz de convencer. Al fin y al cabo, con

estas reformas que se ponen en marcha no se trata de realizar una economía de mercado de modo teóricamente perfecto sino de mejorar las condiciones de vida de los hombres²³.

En ese sentido, es necesario que todos los agentes económicos que participen en el mercado internalicen la idea de que sin disposición al riesgo no hay quién produzca nada para un mercado y ese debe ser un principio encarnado en el Derecho de la Competencia, así como en el Derecho Mercantil²⁴.

Por lo tanto, es relevante que las fuerzas de la oferta y la demanda resulten expuestas y conscientes a ese riesgo, de manera que se llegue a una formación libre de precios y no a distorsiones que puedan poner en ventaja a unos sobre otros por su capacidad de determinar la disposición de recursos bajo su posición en el mercado. Por lo tanto, el poder económico, en un orden social liberal, no puede ser infinito, sino que debe ser limitado.

Por ello, no resulta suficiente con promover la competencia mercantil si no existen condiciones que ordenen la competencia hacia un bienestar general; y, es ahí donde el Estado debe cavilar y ajustar, a través de regulaciones eficientes, el ejercicio de la libertad empresarial. De esta manera, será posible generar un entorno que aspira a la competencia constante, a través de la entrada y salida de los agentes económicos, como principio para una economía de mercado que se transforma en orden cultural y social para un país.

Sin embargo, es importante resaltar que, a diferencia del modelo de economía de libre mercado – *laissez faire* –, el modelo de ESM que comprende el principio de subsidiariedad horizontal, no le asigna al Estado un rol de observador sino de

22 César Fonseca, introducción a *Kausana Munay. Queriendo la vida. Sistemas económicos en las comunidades campesinas del Perú*. (Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2015) 35-41.

23 Wünsche, introducción a *Economía...*, 26.

24 Wünsche, introducción a *Economía Social de Mercado...*, 29.

orientador y promotor de un orden económico competitivo para el bienestar de la sociedad.

En ese sentido, hay que interpretar la ESM a la luz de sus principios básicos, de manera que la misma no carezca de contenido, o resulte invasiva y devenga en un Estado planificador. Por ello, la interpretación del principio de subsidiariedad horizontal resulta fundamental para comprender el alcance del mismo como contribuyente al desarrollo económico desde un marco jurídico fundamental.

5. La Constitución Política del Perú: el Régimen Económico y la ESM

Cuando la dinámica de una sociedad de desenvuelve en un marco constitucional y democrático estable, las decisiones políticas se adoptan dentro del marco de la Constitución y la ley. Así las cosas, la sociedad y el gobierno se someten al orden constitucional, no habiendo excepciones, salvo las planteadas legalmente para situaciones que ameritan, dentro de dicho orden, el despliegue de acciones políticas o administrativas que permitan el ejercicio de los derechos constitucionales.

Al respecto, las libertades económicas tales como la libre empresa, la libre competencia, el libre comercio, la libertad de contratación, entre otras, se sostienen en el principio *pro libertate*²⁵ establecido en el artículo 1° de la Constitución de 1993, así como en lo establecido por el artículo 58²⁶. En esa línea, la ESM implementa en el orden constitucional a una serie de condiciones necesarias para alcanzar el bienestar de la sociedad a partir de la iniciativa privada de las personas.

Asimismo, el artículo 60° complementa y define claramente cómo se desarrollará la dinámica económica bajo la ESM: “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” (Subrayado añadido).

Igualmente, el artículo 61° establece que [e]l “Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)” (Subrayado añadido).

Por ello, haciendo una interpretación sistemática del Régimen Económico y del modelo de ESM podemos resaltar sus principales pilares: la libre iniciativa privada, la propiedad privada, la competencia y el principio de subsidiariedad.

5.1 El principio de subsidiariedad y la ESM

Orlando Vignolo ha resaltado la importancia del principio de subsidiariedad como un principio general del derecho por su carácter de permanencia en el tiempo, sustento filosófico social, doctrina pontificia y su perfilación durante el siglo XX. Asimismo, señala que el principio de subsidiariedad pone bases, limita, ordena, guía y coloca una armazón conceptual equilibrada para afrontar múltiples formas de relaciones jurídicas en las que las personas cumplen el rol principal de conformar la realidad nacional, pero no de manera ex-

25 Orlando Vignolo. “Conceptos básicos acerca de la subsidiariedad”, en *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*. (Lima: Palestra Editores, 2019) 43-131.

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

clusiva ni excluyente respecto de la sociedad y los poderes públicos y estatales. Asimismo, posibilita la mayor libertad posible, pero con una máxima cooperación y vinculación solidaria para lograr que el bien individual se realice en la satisfacción del bien común²⁷.

Por ello, el principio de subsidiariedad, a pesar de no ser automático, se concreta mediante normas, no requiere sustento previo y es fundamento axiológico para muchos ámbitos jurídicos. Las normas que lo reconocen deben señalar todos los supuestos o hechos condicionantes, o excepciones sobre los cuales recaería o no las correspondientes consecuencias jurídicas²⁸.

Asimismo, el principio de subsidiariedad es amplio, pudiendo ir más allá de lo meramente económico y empresarial, puede actuar con otros principios constitucionales o de corte particular y tiene carácter de base respecto de las materias sociales y económicas²⁹.

Igualmente, cabe resaltar la naturaleza bifronte del principio de subsidiariedad en la medida que no excluye ni descarta de plano cualquier intervención pública empresarial y busca un equilibrio entre las actuaciones de los privados y las organizaciones del Poder Público para conformar el bien común, pero respetando la primacía de las personas en todos los ámbitos de la vida³⁰.

En ese sentido, la clave para la interpretación del principio de subsidiariedad radica en tener en cuenta que no se puede percibir a las iniciativas empresariales y privadas, así como la intervención del Estado en la realidad económica, como fuerzas contrapuestas que no pueden usarse conjuntamente como medios de servicio en favor del interés público. Además, el principio de subsidia-

ridad presenta e infiere la necesaria confluencia de los sectores público y privado destinada a alcanzar importantes objetivos de interés común.

Cabe señalar que la postura de Vignolo coincide plenamente con la esencia de la ESM como modelo económico, en la medida que la primacía de la persona humana se mantiene como pilar del orden constitucional y su proyección en la iniciativa privada es la consecuencia de la correcta interpretación del Régimen Económico a la luz de su principio rector.

6. La ESM y el Derecho de la Competencia

Hemos visto que la ESM puede ser interpretada como modelo económico (o de desarrollo) pero a diferencia de un modelo económico neoliberal, cuando se amalgama con el principio de subsidiariedad horizontal, mantiene su esencia como modelo de desarrollo económico y social hacia un bienestar general, manteniendo el derecho a la iniciativa privada.

Consideramos que interpretar el principio de subsidiariedad como el rol subsidiario del Estado en función del límite de una intervención estatal en la economía es un error que ha puesto en cuestionamiento la esencia de la ESM y ha contribuido a su interpretación errónea como modelo económico neoliberal.

En ese sentido, ante una situación de incertidumbre económica provocada por la pandemia de Covid-19, es necesario regresar a los fundamentos de la ESM para retomar el camino del crecimiento económico, pero de la mano también con polí-

27 Vignolo, *La dogmática...*, 83-84.

28 Vignolo, *La dogmática...*, 86.

29 Vignolo, *La dogmática...*, 88.

30 Vignolo, *La dogmática...*, 94-95.

ticas económicas que busquen la inclusión en el camino hacia el bienestar de las personas.

Por ello, es necesario valorar constitucionalmente la función del Derecho de la Competencia en torno a la ESM. En ese sentido, para reconstruir una economía de mercado, en el Perú, adaptable a los retos que plantea la crisis generada por el Covid-19, es necesario reconocer la diversidad cultural y social de nuestra sociedad.

6.1 El Régimen Económico como fundamento de la competencia económica

El Régimen Económico reconoce a la competencia económica como el principal mecanismo para generar mayor bienestar social, es decir, inherente a un modelo de ESM. Sin embargo, resulta necesario hacer hincapié en que la competencia no es solamente el mecanismo económico que sostiene a la economía de mercado, sino que es un derecho constitucional que debe ser protegido como parte integrante del derecho a la libre iniciativa privada. En ese sentido, se ha manifestado el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida el 11 de noviembre de 2003 en el Expediente 0008-2002-AI-TC, fundamento 2.17 al establecer que “otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es de libre iniciativa privada (...) que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17 del artículo 2 del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar en la vida económica de la nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo

a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”. En consecuencia, de acuerdo con Rubio, la libre iniciativa económica es un derecho incorporado dentro del de participación, lo que le da fuerza de principio, ya que contiene sustancia de dos naturalezas trascendentales para el derecho constitucional contemporáneo: la libertad y la participación³¹.

La libre iniciativa privada carecería de fuerza como derecho y principio sino se permite su despliegue y actuación por cualquier ciudadano dentro de su esfera de libertad, por lo que la multiplicidad de iniciativas privadas se logrará mediante el acceso al espacio del mercado (conurrencia) y a la competencia económica que ocurrirá en consecuencia. Por lo tanto, la libre iniciativa privada se materializa bajo la forma de libertad de empresa y su reconocimiento constitucional exige su protección bajo un sistema que contribuya a su manifestación como ejercicio de la libertad. En ese sentido, Paz-Ares y Alfaro señalan que “es empresa protegida constitucionalmente cualquier actividad que pueda constituir un medio de vida. Lo que, a contrario, significa que no es un elemento del concepto de trabajo, profesión o empresa que se trate de una actividad valiosa socialmente.”³²

Asimismo, como consecuencia del ejercicio de la libertad empresarial, Kresalja y Ochoa, han señalado el reconocimiento de la competencia en la Constitución en los artículos 58°, 59°, 60°, 62° y 63°, como condición indiscutible para una economía de mercado³³. Asimismo, señalan que es el artículo 61° el que deja en manifiesta evidencia la importancia de la competencia como concepto fundamental en la Constitución, situación que coloca a la misma como un bien jurídico que

31 Marcial Rubio. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013) 175-176.

32 Alfaro, Jesús y Paz-Ares, Cándido. *Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en Comentario a la Constitución socio-económica de España, 2002, p. 357-437. Publicado en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo IV. (Madrid: Civitas/Thomson, 2003) 8.

33 Kresalja, Baldo y Ochoa, César. *Derecho Constitucional Económico*. (Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2020) 523.

deberá ser considerado, ya no como parte de un derecho exclusivo de los empresarios, sino como una institución que sostiene al propio Régimen Económico, por lo que se entenderá a la competencia como un derecho que sirva al bien común.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional del Perú, en su Sentencia del 17 de enero de 2005, Exp. 3315-2004, Agua Pura Rovic S.A.C. ha señalado que “es verdad que [Adam Smith] alaba al libre mercado, pero no porque este sirva a los empresarios, sino porque –tal es la opinión de Smith– sirve al bien común”. Por lo tanto, la consideración del derecho de la competencia como un derecho constitucional implica el diseño de una legislación que, de acuerdo con lo establecido en el Régimen Económico y los derechos fundamentales, garantice su realización en la vida económica y social.

Al respecto, Suárez Llanos, citado por Kresalja y Ochoa³⁴, afirma que “todo el sistema jurídico del derecho de la competencia, visto desde la perspectiva del derecho público, no consiste en otra cosa que en llevar los derechos fundamentales al propio seno de la sociedad civil y muy especialmente al principio y derecho de igualdad. No es cierto que los derechos fundamentales sean ya derechos solamente contra el poder. También pueden ser violados dentro de la sociedad civil. Y ahí, precisamente, aparecen las reglas de competencia”.

Consideramos, siguiendo a los autores señalados, que el derecho de la competencia se sujeta a lo determinado por la Constitución vigente y que el diseño de su sistema normativo debe respetar los fundamentos constitucionales en los que se ampara el Régimen Económico, por lo que la libertad de competencia tiene como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio el cumplimiento de una función social. En ese sentido, toda norma

que el legislador pretenda incorporar con el fin de regular conductas económicas deberá tener en cuenta el funcionamiento del mercado como una institución que debe preservar un dinamismo efectivo, sin alterar la percepción del mercado como mecanismo eficiente de asignación de recursos.

Sin embargo, lo anterior no es tarea tan sencilla. Ello en la medida que los intereses de los empresarios y consumidores que, si bien se trata del mismo interés en relación con la satisfacción de sus necesidades –de ganancias y de consumo, respectivamente– se encuentran en las antípodas que conforman las fronteras del mercado y generan una constante tensión que es necesario mantener, tanto por la propia dinámica competitiva del mercado, como por el interés de satisfacer intereses de ganancia y de consumo, pero que se deberán delimitar para que no ocurran abusos de poder.

En ese sentido, la evolución del derecho de la competencia en el Perú ha ido definiendo al menos dos aspectos que han marcado una distinción para facilitar su comprensión y estudio, pero que en sus impactos han generado una visión única de la competencia como fenómeno económico y, por ende, un ordenamiento unido en el que ambas se encuentran acopladas y vertebradas: el derecho de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) y el derecho de Defensa de la competencia o Antitrust (Decreto Legislativo N° 1034). Sin embargo, cabe señalar que el derecho de la competencia es reemplazado por una intervención pública más o menos acusada en sintonía con las nuevas corrientes políticas superadoras de los postulados económicos liberales, y en concordancia con los principios y valores normativos incorporados en las Constituciones económicas modernas, algunas de las cuales persiguen la edi-

34 Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico...*, 514.

ficación de un Estado Social y Democrático de Derecho.³⁵

6.1.1 La visión integrada del Derecho de la Competencia

La libre iniciativa privada se ejerce mediante la libertad de participar en mercado, por lo que se debe garantizar la entrada de quienes deseen hacerlo, así como vigilar las conductas que puedan provocar una alteración que contravenga lo establecido en el Régimen Económico. En esa medida, las normas que defienden la competencia reconocen la libre concurrencia y el daño consecuente como producto de la competencia mercantil, pero dentro de límites que aseguren que el daño generado no sea producto de un abuso de derecho. En ese sentido, desde el modelo de la ESM la posición de dominio o el poder de mercado son conductas económicas que generan consecuencias que afectan a la competencia. Por ello, la ESM advierte sobre el peligro de este tipo de situaciones y conductas que pudieran alterar el orden competitivo.

Al respecto, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1034 establece que el Estado prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Asimismo, el artículo 10.1 establece que se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1044, en el artículo 6.2 establece que se considera un acto de competencia desleal aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado³⁶.

Como se puede apreciar, la visión integradora del derecho de la competencia tiene su fundamento en la Constitución Económica y la legislación de la competencia tiene como objetivo proteger no solamente a los empresarios, sino también al mercado como una institución que garantice la asignación de recursos de manera eficiente, teniendo en cuenta, además, a los consumidores y usuarios. En resumen, el derecho de la competencia, por su anclaje constitucional, debe proteger a todos los agentes del mercado –empresarios y consumidores– dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho³⁷.

6.1.2 Los límites constitucionales a la legislación en materia de competencia

La concurrencia mercantil de los agentes económicos es materia de regulación por parte del Estado, debiendo respetar lo establecido en el Régimen Económico vigente ;y, en ese marco de referencia, debe tener en cuenta el impacto que la legislación sobre la materia pueda tener sobre la competencia.

En ese sentido, resulta importante destacar que la legislación de la competencia debe considerar que cualquier intervención estatal puede generar distorsiones que afecten a los distintos participantes en el mercado. Por ello, es necesario realizar un análisis constitucional sobre la pertinencia de las medidas legales que pretendan modificar las con-

35 Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico...*, 537.

36 Decreto Legislativo 1044 que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado el 26 de junio del 2008 (*Separata de Normas Legales* del Diario Oficial “El Peruano”).

37 Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico...*, 541.

diciones que pudieran alterar la dinámica competitiva, generando ventajas o desincentivos injustificados o discriminatorios. Entre las medidas que puede tomar el Estado para promover el acceso y permanencia, en el mercado y la competencia, pueden encontrarse estímulos financieros, tributarios, subvenciones, legislaciones especiales por sector (*v.gr.* agricultura), entre otros, que se conocen usualmente como ayudas. Al respecto, en el Perú no hay norma jurídica explícita de ayudas o subvenciones, con excepción de lo establecido en el artículo 88° de la Constitución vigente sobre el apoyo preferente del Estado al desarrollo agrario.

Por ello, el análisis de la legislación en materia de derecho de la competencia debe tener en cuenta los principios esenciales de interpretación constitucional que el Tribunal Constitucional del Perú ha desarrollado a lo largo de su producción jurisprudencial. Los principios de interpretación constitucional que han delineado el contenido de la libertad de empresa y de la competencia son los siguientes: Igualdad, libre iniciativa privada, protección al consumidor, seguridad jurídica, subsidiariedad económica del Estado; Estado Social y Democrático de Derecho y *pro homine*. La aplicación de los principios señalados en la interpretación constitucional no es aislada, estos se interrelacionan unos con otros, por lo que el ejercicio legislativo debe tener en cuenta que cada intromisión en un sistema normativo, como el de la competencia, puede afectar uno o más derechos constitucionales.

Al respecto, consideramos, siguiendo a Paz-Ares y Alfaro, que la producción legislativa en materia de derecho de la competencia debe considerar, adicionalmente, la ponderación de derechos, la definición del interés general, el juicio de adecuación, y la necesidad de la medida de intervención³⁸.

Señalaremos, a continuación, tres situaciones en que los autores demuestran cómo el riesgo de una intervención legislativa pueda resultar inconstitucional sobre la libertad de empresa:

- El ingreso de nuevos competidores: toda intervención Estatal mediante legislación o actos de la administración debe tener en cuenta que “han de considerarse “sospechosas” las medidas restrictivas que tienen un efecto protector de los empresarios que ya están en el mercado frente a los *newcomers* o nuevos entrantes en el mismo. En tales casos, es probable que el interés general alegado en la restricción de la libertad de empresa no sea más que encubrimiento del interés particular de los empresarios temerosos de la entrada de nuevos competidores en su mercado.”³⁹
- Con relación al juicio de adecuación, establecen que este “tiene importancia particular en la fiscalización de la regulación “arrancada” al Estado por un grupo de interés determinado. Dado que el Estado no puede reconocer que la regulación se dicta para proteger a un determinado grupo de empresarios frente a la competencia, lo habitual es que se “vista” la regulación con indicaciones sobre la necesidad de proteger a los consumidores o la lealtad en la lucha concurrencial.”⁴⁰
- Por otro lado, la intervención estatal en el mercado debe tener en cuenta que “es innecesaria una medida cuando existen opciones alternativas no restrictivas o menos restrictivas a disposición del poder público. Así, no supera el juicio de necesidad la existencia de normas diferentes y cuyo cumplimiento se exige cumulativamente cuando todas ellas se justifican por la pro-

38 Alfaro y Paz-Ares, *Ensayo...*, 50 y ss.

39 Alfaro y Paz-Ares, *Ensayo...*, 64.

40 Alfaro y Paz-Ares, *Ensayo...*, 67.

tección del mismo derecho o interés público. Es decir, el Estado puede establecer una regla, pero no puede exigir de los empresarios que cumplan siete distintas todas ellas con idéntica función.”⁴¹

6.1.2.1 La competencia y las ayudas económicas

Kresalja y Ochoa consideran que “las denominadas ayudas se presentan en una gama de supuestos tales como subvenciones, exoneraciones de impuestos y otros tributos, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones favorables, cesión gratuita de inmuebles, cobertura de pérdidas, precios predatorios o subvenciones cruzadas en caso de empresas estatales.”⁴² Estas ayudas económicas generan un alto riesgo de alterar el proceso competitivo de los mercados que las reciben, falseando el mismo, alterando el mecanismo de formación de precios y afectan a los competidores que no las reciben, situándolos en una posición de desventaja.

No ocurre lo mismo con las ayudas sociales que presta el Estado cuando debe promover la acción positiva con la finalidad de corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar la integral realización de la persona, desde luego como ella lo desea y no como se la impondría la autoridad⁴³.

El fundamento constitucional de la acción positiva se encuentra en el artículo 59° de la Constitución: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni

a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

Al respecto, Rubio señala que la redacción de la segunda parte del artículo mencionado menciona a las pequeñas empresas solo como un caso o ejemplo, pero no manda que la acción positiva del Estado se limite a ellas, toda vez que el texto hace una afirmación universal positiva: el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdad, sin establecer restricciones y límites.⁴⁴ En ese sentido, afirma el autor, la acción positiva materializada en ayudas supone un juicio de valor en el cual se elige entre la libertad de las personas y la intervención estatal para hacer correcciones. La regla debe ser la libertad, y solo cuando la situación aparece injusta a la conciencia social procederá la intervención del Estado en el mínimo necesario⁴⁵.

Consideramos que la Constitución vigente deja una puerta abierta al legislador para determinar qué es injusto y qué es conciencia social, por lo que tendría que ser el Tribunal Constitucional quien delimite y defina, finalmente, hasta dónde pueden llegar las intervenciones estatales en materia económica que puedan afectar la competencia económica en cada caso. Sin embargo, de acuerdo con los principios que el Tribunal Constitucional ha ido reconociendo a lo largo de su desarrollo jurisprudencial, es posible afirmar que será suficiente la valoración y consideración del legislador sobre la necesidad de dichas intervenciones para que las normas promulgadas entren en vigencia, salvo que exista una persona o un grupo de interés

41 Alfaro y Paz-Ares, *Ensayo...*, 71.

42 Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico...*, 527.

43 Rubio, *La interpretación...*, 102.

44 Rubio, *La interpretación...*, 103.

45 Rubio, *La interpretación...*, 101.

que considere que la libertad de empresa se haya visto considerablemente afectada.

6.2 El riesgo del poder económico

Hemos mencionado anteriormente que la competencia es uno de los principios fundamentales del modelo de la ESM que incorpora el Régimen Económico vigente. Resaltamos la importancia de este principio porque consideramos que es el más adecuado para generar mayor bienestar en la sociedad, y que su flexibilidad y adaptación a distintos entornos puede contribuir a la incorporación de otros modelos de manera que se pueda aumentar las posibilidades de desarrollo económico y social.

Al respecto, cualquier distorsión de la competencia, ya sea generada por prácticas anticompetitivas o desleales, o por intervención estatal, es un riesgo potencial o real para los consumidores, en la medida que el modelo de economía de mercado estaría asignando recursos solamente a quienes tengan mayor posibilidad de acceso a los mismos. Por ello, para evitar ese riesgo debe garantizarse que la competencia económica termine beneficiando a la sociedad.

En ese sentido, una de las formas de distorsionar la competencia puede aparecer a través de las concentraciones empresariales, que se realizan a través de operaciones de fusión o adquisición de empresas. El resultado de estas operaciones comerciales es la acumulación de poder económico y con ello la capacidad de dirigir o influir en las decisiones de los consumidores, tal y como lo haría un monopolio; es decir, dejando al consumidor con menos opciones de elección o apro-

vechando su capacidad de gasto para obtener la mayor ganancia posible.

En concordancia con lo anterior, se puede afirmar que una operación de concentración reduce el número de agentes participantes en el mercado en cuestión, lo que reduce los costos de transacción e incrementa las probabilidades de generación de prácticas anticompetitivas. La reducción de la competencia producto de la concentración del poder económico en un número menor de unidades empresariales, ubica a estas en posición más idónea para llevar a cabo acciones susceptibles de afectar el interés económico general, entre los que se incluye el bienestar de los consumidores.⁴⁶

Al respecto, en enero del 2021 se aprobó la Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, que tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores⁴⁷.

Obviamente, las posiciones a favor o en contra de la Ley y su Reglamento van desde la eficiencia económica que genera la concentración de empresas, hasta el control político que puede haber detrás de las mismas. Sin embargo, lo cierto es que las conductas anticompetitivas han sido noticia en los últimos años. Por mencionar algunos ejemplos, tenemos el caso de concertación de precios en las medicinas y la concertación de precios en el papel toalla.

Sin embargo, más allá de las opiniones a favor o en contra de la Ley N° 31112, el antecedente de la misma, el Decreto de Urgencia N° 013-2019⁴⁸,

46 OCDE, *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia 2018*. Edición en PDF

47 Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicada el 7 de enero del 2021 (*Separata de Normas Legales* del Diario Oficial “El Peruano”).

48 Decreto de Urgencia N° 013-2019, que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicado el 19 de noviembre del 2019 (*Separata de Normas Legales* del Diario Oficial “El Peruano”).

establecía en su tercer considerando que el artículo 58° de la Constitución Política del Perú establece un sistema económico social de libre mercado basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados. Asimismo, el artículo 61° encarga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico.

Al respecto, debemos señalar que la Ley N° 31112 que posteriormente aprobaría el Congreso de la República, cuenta con la justificación jurídica suficiente y necesaria para establecer una acción estatal que busca el control del poder económico teniendo en cuenta la esencia del modelo de ESM.

Consideramos que, si bien la gestación de la norma se da durante el interregno parlamentario, ello no justifica una motivación exclusivamente política para controlar el poder económico, por cuanto el mismo corresponde al modelo de ESM y al Régimen Económico establecido en la Constitución vigente. Es más, la Ley N° 31112 reafirma el modelo económico de ESM establecido en la Constitución al tener como finalidad la búsqueda del bienestar económico de la sociedad.

Por lo tanto, la promulgación de la Ley señalada y de su reglamento constituyen un paso adelante en aras de recuperar el rol del Estado en mantener una competencia dentro del orden económico que propone la ESM y con ello, que se promueva el acceso al mercado de todos los agentes que quieran participar en el mismo, asumiendo, obviamente, los riesgos que ello implica.

Finalmente, y no por ello no menos importante, es necesario resaltar que lo “social” en la ESM se

puede resumir brevemente, de acuerdo con Otto Hieronymi, en el énfasis en la eficacia y la competencia y en el marco jurídico e institucional contra los abusos de poder económico, que proporcionan las condiciones para una prosperidad generalizada, como elementos esenciales de la dimensión social del modelo de ESM⁴⁹.

Asimismo, reflexionar en que el concepto de la ESM se basa en el reconocimiento de que la competencia y el mercado no son una respuesta a todos los problemas sociales, que por encima del mercado están los valores morales y éticos, que incluyen la solidaridad y la asistencia social. Sin sustentar y reforzar estos valores es difícil desarrollar y mantener la aceptación social de las reglas de la ESM⁵⁰.

7. Conclusiones:

1. Desde un breve análisis sobre el origen del neoliberalismo, el discurso ideológico acerca del modelo económico neoliberal que supuestamente se mantiene en el Perú, no tiene asidero, toda vez que no hubo un único neoliberalismo. Se ha demostrado que desde el nacimiento del nuevo liberalismo a partir de la mitad del siglo XX se abrieron dos corrientes distintas: la ordoliberal, de la Escuela de Friburgo (neoliberalismo alemán) y la neoliberal de la Escuela de Chicago (neoliberalismo anglosajón).
2. Cada una de estas corrientes han ofrecido propuestas distintas de modelos económicos. En el caso del ordoliberalismo, el modelo económico es el de economía social de mercado (ESM), que se fundamenta en el estableci-

49 Otto Hieronymi en *Anexo al Capítulo IX* “The Social Market Economy” and Globalisation: The lessons from the European Model for Latin America” en Brasil y la economía social de mercado. Ed. por Emilio Fontela Montes y Joaquín Guzmán Cuevas (España: Universidad de Extremadura, 2005) 295.

50 Otto Hieronymi en *Anexo...*, 296

miento de un modelo basado en órdenes. Esto es, en un marco constitucional y económico que reconoce la importancia de la persona y su participación activa en la vida económica de la sociedad, teniendo en cuenta como pilar fundamental para el desarrollo social la competencia pero evitando siempre el abuso de poder económico.

3. La ESM reconoce la importancia de la participación estatal en el orden económico, en tanto este contribuya a que la competencia sea el motor que genere actividades económicas con reglas claras y definidas para alcanzar el bienestar de la sociedad. En el Perú, este es el modelo económico vigente y ha contribuido a una interpretación integral del Régimen Económico, que ha llevado al reconocimiento de la importancia de la actividad privada, pero, también, a la posibilidad de la intervención estatal para promoverlo y protegerlo, así como para orientar la actividad privada dentro de los límites que el modelo contiene en sus fundamentos.
4. El principio de subsidiariedad, como uno de los pilares fundamentales del Régimen Económico, se presenta como un principio general del derecho que le otorga al Estado la facultad de intervenir en actividades económicas y empresariales, así como sociales, que contribuyen al fortalecimiento de un modelo económico de ESM dentro del marco constitucional vigente, con lo cual el rol orientador y promotor estatal se presenta como un complemento para el desarrollo económico y social de las personas, sin invadir la libertad de la iniciativa privada.
5. El derecho de la competencia tiene un sólido asidero constitucional y el diseño de su sistema normativo debe respetar los fundamentos constitucionales en los que se ampara el Régimen Económico, por lo que la compe-

tencia tiene como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio el cumplimiento de una función social. Por ello, la legislación de conductas económicas deberá tener en cuenta el funcionamiento del mercado como una institución que debe preservar un dinamismo efectivo, sin alterar la percepción del mercado como mecanismo eficiente de asignación de recursos.

6. Finalmente, la ESM se presenta como el modelo económico idóneo para una sociedad diversa como la peruana, en la medida que su adaptabilidad social y fundamento en la competencia obliga al Estado, desde la Constitución Política vigente, a controlar el poder económico y a que el Derecho de la Competencia respete los derechos fundamentales y los principios que el Régimen Económico contiene, a la luz del modelo de ESM.

Bibliografía

- Alfaro, Jesús y Paz-Ares, Cándido. *Ensayo sobre la Libertad de Empresa*. Comentario a la Constitución socio-económica de España, 2002, p. 357-437. Publicado en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo IV. Madrid: Civitas/Thomson, 2003. Edición en PDF.
- Böhm, Franz. "Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution", en *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*. Editado por Thomas Biebericher y Frieder Vogelmann. United States of America: Rowman & Littlefield, 2017.
- Böhmler, Andreas. *El Ideal Cultural del Liberalismo. La Filosofía Política del Ordo-Liberalismo*. Madrid: Unión Editorial, 1998.

- Castro-Gómez, Santiago. *Historia de la gubernamentalidad I. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michael Foucault*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Segunda Edición, 2015.
- Chavance, Bernard, “La Escuela Austriaca y el Ordoliberalismo”, en *La economía institucional*. Fondo de Cultura Económica. México, 2018.
- Eucken, Walter. “The Ordo Manifesto of 1936”, en *Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution. The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*. Editado por Thomas Biebricher y Frieder Vogelmann. United States of America: Rowman & Littlefield, 2017.
- Decreto Legislativo 1034 que Aprueba la Ley de Represión Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 26 de junio del 2008. Separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano”.
- Decreto Legislativo 1044 que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado el 26 de junio del 2008. Separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano”.
- Decreto de Urgencia N° 013-2019, que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicado el 19 de noviembre del 2019. Separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano”.
- Fondo Editorial del Congreso del Perú, *Nuestras Constituciones. Papeles básicos para una historia institucional del Perú*. Lima, 2009.
- Fonseca, César. Introducción a *Kausana Munay. Quiriendo la vida. Sistemas económicos en las comunidades campesinas del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2015.
- Foucault, Michel. *El Nacimiento de la Biopolítica*. Clase del 7 de febrero de 1979. Madrid: Ediciones Akal, 2009.
- Hieronymi, Otto. Anexo al Capítulo IX “The Social Market Economy” and Globalisation: The lessons from the European Model for Latin America” en *Brasil y la economía social de mercado*. Editado por Emilio Fontela Montes y Joaquín Guzmán Cuevas. España: Universidad de Extremadura, 2005.
- Landa, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2019.
- Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicada el 7 de enero del 2021. Separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano”.
- Kresalja, Baldo y Ochoa, César. *Derecho Constitucional Económico. Tomo I: Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Segunda edición, 2020.
- OCDE. Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia 2018. Edición en PDF.
- Resico, Marcelo. *Introducción a la Economía Social de Mercado. Edición Latinoamericana*. Konrad Adenauer Stiftung. Acceso el 13 de mayo de 2021. http://190.57.147.202:90/jspui/bitstream/123456789/493/1/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Econom%C3%ADa%20Social%20de%20Mercado%20%28Pdf%29%20v_2.pdf

Rubio, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tercera edición aumentada, 2013.

Steger, Manfred y Roy, Ravi. *Neoliberalismo. Una breve Introducción*. Madrid: Alianza Editorial, 2015.

Trebilcock, Michael y Mota, Mariana, *Derecho y Desarrollo. Guía Fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017.

Vignolo, Orlando. “Conceptos básicos acerca de la subsidiariedad”, en *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*. Lima: Palestra Editores, 2019.

Wünsche, Horst F. Introducción a la *Economía social de mercado. Su valor permanente*. Madrid: Ediciones Rialp S.A., 1994.