

Teresa Tovar Mena^(*)^(**)

¿Con **licencia para concertar?** A propósito del artículo 3 de La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

“(…) CUALQUIER ACCIÓN QUE SE TOME SOBRE LA BASE DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY QUE INCIDA SOBRE LAS LIBERTADES Y DERECHOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES DE LOS AGENTES PRIVADOS, DEBERÁ CUMPLIR CON LOS PARÁMETROS QUE IMPONE EL TEST DE RAZONABILIDAD PARA GARANTIZAR QUE NO SE ESTÁ ACTUANDO DE MANERA ARBITRARIA O IRRACIONAL”.

Es usual escuchar o leer en los diversos medios de comunicación, cada cierto tiempo, notas periodísticas sobre el alza en el precio de los alimentos, combustibles y otros productos y sobre la inacción de un estado que no se preocupa por velar por los intereses de los consumidores ni por protegerlos de los “cobros abusivos”.

Es frecuente, pues, que cada cierto tiempo surjan pedidos para que el gobierno “haga algo” a fin de que los precios de tal o cual producto no continúen subiendo.

Asimismo, en repetidas ocasiones somos testigos de cómo algunos profesionales y autoridades políticas del país confunden el rol del estado y de la propia autoridad de competencia, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, atribuyéndole funciones que no le corresponden (como el control en el alza de precios de productos de gran demanda, por ejemplo, en situaciones de catástrofe).

Como se sabe, exigir a INDECOPI que intervenga para “controlar” los precios es pretender darle un rol de organismo regulador que esta entidad no posee. INDECOPI no puede intervenir *ex ante*, sino únicamente *ex post*. No fija los precios, la calidad, etcétera, sino que busca preservar el proceso competitivo, esto es, que las empresas, fijando ellas mismas las condiciones de comercialización de sus propios productos en respuesta

(*) Abogada. Master en Derecho Empresarial. Profesora de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socia del Estudio Echeopar.

(**) Agradezco la colaboración de Viviana Chávez Bravo en la elaboración de este artículo.



“ASIMISMO, ES PRECISO TENER EN CUENTA LOS FUNESTOS RESULTADOS QUE ORIGINARÍA QUE EL ESTADO SEA EL QUE FIJE LOS PRECIOS EN SECTORES EN LOS QUE ES POSIBLE LA LIBRE COMPETENCIA. ES POR ELLO QUE LA REGULACIÓN (FIJACIÓN) DE PRECIOS SOLO SE JUSTIFICA PARA SERVICIOS PÚBLICOS Y PARA AQUELLOS CASOS EN LOS QUE EXISTA UN MONOPOLIO NATURAL, DONDE RESULTE NECESARIO POR NO SER VIABLE LA COMPETENCIA”.

a las demandas de los consumidores y a la competencia, se comporten de manera lícita, sin interferir indebidamente en el funcionamiento del mercado.

Pese a ello, a la luz del artículo 3 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, “la Ley”)⁽¹⁾, podría entenderse que el estado tendría facultades para intervenir en los precios, calidad y otras condiciones en que los productos y servicios se ofrecen en el mercado, con la finalidad de “mejorar las condiciones de oferta (...) en beneficio de los consumidores”.

El presente artículo tiene como propósito invitar al lector a reflexionar sobre las posibilidades de actuación del estado al amparo de dicha norma. A efectos de realizar este análisis, en primer lugar, nos referiremos al modelo económico vigente en nuestro país, el cual es el de una economía social de mercado. Bajo dicho marco, se analizará las principales libertades que un modelo económico como tal protege, así como el margen de intervención estatal permitido. Finalmente, a la luz del modelo económico constitucional, analizaremos el artículo 3 de la Ley y la problemática que este supone.

(1) Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor.

Teresa Tovar Mena

1. Modelo económico: Economía social de mercado

En el transcurso del siglo pasado, se hacía evidente la confrontación entre dos modelos económicos distintos: el sistema de economía planificada, característico de los países socialistas; y el modelo de economía social de mercado. Tras el fracaso del primer modelo económico, el modelo de economía social de mercado comenzó a tomar relevancia a nivel mundial, siendo el ideal económico de muchos países en vías de desarrollo, entendiéndose que un modelo como este sería el que derive en el ansiado desarrollo económico del país. El Perú no fue ajeno a ello.

La Constitución Política del Perú de 1979⁽²⁾ (así como la actual Constitución Política del Perú de 1993⁽³⁾), recogía un conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el estado, y se determinan las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de aquellos en el ejercicio de dicha actividad. A ello se le denomina "Constitución Económica"⁽⁴⁾.

Si bien ambas Cartas aluden al mismo modelo económico (economía social de mercado), la Constitución de 1979 no se refería a una verdadera economía de mercado, sino, todo lo contrario, en tanto entendía de manera más amplia el rol que debía cumplir el estado en la economía. Es así que entre las funciones encomendadas por la Constitución de 1979 al estado se encontraba la de formular la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulen la actividad de los demás sectores⁽⁵⁾, es decir, la labor de planificación⁽⁶⁾. Asimismo, esta Carta reservaba al estado la facultad de ejercer actividad empresarial sin restricciones⁽⁷⁾.

Por otro lado, la Constitución Política del Perú de 1993 procuró limitar la actuación del estado en la economía, postulando que la función primordial del estado en una economía social de mercado era estimular la generación de riqueza⁽⁸⁾ a través de la promoción de la inversión privada; así como garantizar

(2) Artículo 115.-

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

(3) Artículo 58.- Economía Social de Mercado

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.

(4) FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*. En: *Revista de Derecho Mercantil*, Número 152. Madrid, 1979. p. 205.

(5) Artículo 111.-

El estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.

(6) De acuerdo con Martín, "la formulación de un plan general constituye, teóricamente, al menos, un instrumento de gran importancia para la materialización de una política económica, pues supone la explicitación de un serie de objetivos, temporalmente diferenciados, que afectan a la economía como un todo, para lo que se prevé una serie de acciones racionalmente concatenadas". MARTIN MATEO, M. *El marco público de la economía de mercado*. Madrid: Trivium, 1999. p. 93.

(7) Artículo 113.-

El estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

(8) Artículo 59.-

El estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

¿Con licencia para concertar? A propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

derechos y libertades económicas como la libertad de trabajo, libertad de empresa, entre otros. Asimismo, estableció expresamente que no correspondía al estado el ejercicio de actividad empresarial⁽⁹⁾, salvo en aquellos sectores en los que la actividad privada sea inexistente o insuficiente, recogiendo así el principio de subsidiariedad del estado.

En efecto, conforme al principio de subsidiariedad económica del estado, consagrado en el artículo 60 de la Constitución vigente, se impone un límite a la actividad estatal, pues se dispone que el estado “no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado”⁽¹⁰⁾.

Asimismo, en línea con este principio “se reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el estado”⁽¹¹⁾. Evidentemente, tal regulación está sujeta a límites, en tanto ninguna intervención estatal puede ser arbitraria ni desproporcionada, como veremos más adelante⁽¹²⁾.

En ese sentido, en palabras del Tribunal Constitucional, el rol del estado en el marco de una economía social de mercado se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada. Una premisa básica en este modelo es la necesidad de prescindir de intervención estatal en el desarrollo de actividades en el mercado, salvo ciertas excepciones justificadas y razonables.

Ahora bien, la economía social de mercado, a juicio del Tribunal Constitucional, “(...) tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, (...) se opone también a la

economía del *laissez faire*, en donde el estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico”⁽¹³⁾.

De esta manera, dicho término medio entre los modelos antes señalados se explica en que una economía social de mercado parte de dos convicciones: (i) la creencia de que el mercado es el mejor mecanismo para el desarrollo y funcionamiento de la economía; y, (ii) el hecho de que si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, una economía social de mercado no solo debe encontrar su base en tres importantes supuestos económicos, los cuales son: (i) bienestar social; (ii) mercado libre; y, (iii) un rol subsidiario y solidario por parte del estado (que, en términos generales, se refieren al reparto justo del ingreso, el respeto a la propiedad privada y a la iniciativa privada, así como a la libre competencia, y al rol del estado como complementario y temporal); sino, también, en un rol social.

Desarrollando este criterio, el Tribunal Constitucional agrega que:

“No se trata, pues, ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo de intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador tomando en cuenta las circunstancias históricas y

(9) Artículo 60.-

(...) 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.

(10) Sentencia 07320-2005-AA

(11) Sentencia 07320-2005-AA

(12) Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“(...) dado el carácter ‘social’ del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos”.

(13) Sentencia 008-2003-AI/TC, Fojas 16

Teresa Tovar Mena

económicas de cada periodo; y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social⁽¹⁴⁾.

En base a ello, el estado puede establecer políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población. Estas políticas, a decir del Tribunal Constitucional, implican:

“la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a la obtención del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales, el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución y la verificación del principio de igualdad en lo atinente a la elaboración y aplicación de la ley; y, singularmente, en lo pertinente a la consolidación de la igualdad real de oportunidades⁽¹⁵⁾.”

En esta medida, a criterio del Tribunal Constitucional, resulta legítimo que un determinado gobierno cree e instaure políticas con la finalidad de promover y desarrollar determinadas actividades económicas, siempre que no se trate de medidas arbitrarias, es decir, que restrinjan irrazonablemente el contenido de los derechos fundamentales de contenido económico que reconoce la Constitución. Ello por cuanto este tipo de medidas se encuentran proscritas por nuestro texto constitucional, el cual consagra como parámetros para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva, los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁽¹⁶⁾.

2. Sobre la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado

La intervención del estado se encuentra delimitada por una serie de derechos y libertades atribuidas a los particulares, recogidas en el Título III de nuestra Constitución (Régimen Económico). Como ya se anotó, estas disposiciones conforman lo que se denomina Constitución Económica.

Ahora bien, siendo el caso que es objeto del presente artículo analizar las posibilidades de intervención del estado en las actividades de las empresas, a propósito del texto del artículo 3 de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, consideramos pertinente hacer referencia a la libertad de empresa regulada en la Constitución Económica.

Consagrada por el artículo 59 de la Constitución⁽¹⁷⁾, la libertad de empresa se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

Esta facultad de organización que se deriva del derecho fundamental a la libertad de empresa también ha sido reconocida por el artículo 9

(14) Sentencia 034-2004-AI/TC.

(15) Sentencia 0018-2003AI/TC.

(16) Previstos en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza (de garantía) en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración de estado de emergencia ni de sitio.”

(17) Artículo 59.-

El estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

¿Con licencia para concertar? A propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

del Decreto Legislativo 757⁽¹⁸⁾, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, según el cual toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.

A decir del Tribunal Constitucional, “la libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar”⁽¹⁹⁾.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003, reconoció el carácter de “derecho fundamental” de la libertad de empresa⁽²⁰⁾. Como tal, el ejercicio de la libertad de empresa debe ser garantizado por el estado, de manera que solo pueda ser limitado en tanto su contenido esencial no se vea afectado. Sin embargo, como cualquier derecho fundamental, la libertad de empresa debe ser ejercida con sujeción a la Constitución y a la ley, siéndole exigible el cumplimiento de normas de seguridad y de higiene, la preservación del medio ambiente, así como el respeto a los derechos de carácter socio-económico reconocidos por la Constitución.

El núcleo esencial de la libertad de empresa está constituido por cuatro libertades⁽²¹⁾: (i) libertad de creación de empresas y

acceso al mercado; (ii) libertad de organización; (iii) libertad de competencia; y, (iv) libertad para cesar las actividades. De estas cuatro libertades a las que hemos hecho referencia, cobran especial importancia la libertad de organización y la libertad de competencia.

La primera de ellas se refiere a la libertad con la que cuenta una persona, natural o jurídica, para ordenar su proceso económico de tal manera que logre la maximización de beneficios. Entre ellos están las condiciones en que oferta los bienes en el mercado (precio, calidad, política de crédito, etcétera), aspecto esencial de la libertad de organización de las actividades empresariales. Por otro lado, la libertad de competencia se refiere a la libertad con la que cuentan los entrantes y/o participantes en el mercado de obtener las ventajas económicas garantizadas por un sistema competitivo.

La libertad de competencia, consagrada por el artículo 61 de la Constitución⁽²²⁾, supone dos aspectos esenciales, a decir del Tribunal Constitucional⁽²³⁾: (i) la libertad de acceso al

(18) Decreto Legislativo 757- Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada.

Artículo 9.-

De conformidad con lo prescrito en los artículos 130 y 131 de la Constitución Política, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.

(19) Sentencia 07320-2005-AA.

(20) Si bien desde la perspectiva de la teoría del Derecho, los términos “libertad” y “derecho” (subjetivo) no son sinónimos, el Tribunal Constitucional no hace esta distinción, calificando de “derecho” (fundamental) a la libertad de empresa. Entendemos que su propósito es destacar el nivel de protección (el más alto en nuestro ordenamiento) del que goza tal libertad.

(21) KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año XII. Número 12. p. 36.

(22) Constitución Política del Perú

Artículo 61.- Libre competencia

El estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del estado ni de particulares”.

(23) Sentencia 3315-2004-AA/TC.

Teresa Tovar Mena

mercado por parte de los diversos agentes económicos; y, (ii) la libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado. En ese sentido, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en “condiciones autodeterminativas”, es decir, sin que el estado o algún agente económico pueda impedir o restringir su participación.

Asimismo, luego de haber accedido al mercado, cada agente económico debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas, impuestas por la oferta y la demanda. Así, en principio, el estado no podría ordenar a los agentes económicos cómo producir y/u ofertar sus bienes al mercado.

En virtud de lo antes señalado, podemos concluir respecto del contenido de la libertad de empresa, que el estado deberá garantizar, a quien desee emprender un negocio, el acceso al mercado, así como la libertad para organizar y desarrollar su negocio de modo tal que logre maximizar sus beneficios en un mercado en competencia.

En este orden de ideas, es evidente que la aplicación del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no podría afectar esta libertad de empresa de manera arbitraria o injustificada, con la finalidad de mejorar las condiciones de oferta para los consumidores.

3. ¿Por qué, cuándo y cómo puede intervenir el estado en la economía? Consideraciones sobre la libertad de competencia

La principal justificación que se da a la intervención del estado en la economía como regulador en sentido amplio (es decir, no solo a través de la regulación económica) es en la mayoría de los casos la protección del interés general (también denominado “interés social” o “interés nacional”). Sin embargo, existen otras causas que generan dicha intervención, como por ejemplo las fallas de mercado (las externalidades, la asimetría informativa, etcétera) así como razones de política de

promoción de ciertas actividades o remoción de desigualdades (*affirmative action*), entre otros.

A lo largo de la historia ha existido gran variedad de modalidades de actuación administrativa, pero actualmente puede afirmarse⁽²⁴⁾ que la actividad de la administración se encuentra limitada a la consecución de las siguientes finalidades: (i) mantenimiento del orden público; (ii) fomento de la inversión privada; (iii) prestación directa de servicios; y, (iv) garantía de la prestación de servicios.

De esta manera, cualquier intervención estatal reguladora en la economía debe circunscribirse a las finalidades expuestas líneas arriba, y con las limitaciones a las cuales ya hemos hecho referencia al referirnos al modelo económico constitucional.

En lo que se refiere al papel del estado frente a la libertad de competencia, no se trata de que el Derecho intervenga en el mercado con el fin de alterar las reglas propias de este, sino más bien con la finalidad de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone, estén siendo realmente cumplidas⁽²⁵⁾.

De este modo, por ejemplo, pueden presentarse intervenciones por parte del estado en lo que se refiere al acceso al mercado en aquellos casos en los cuales se pretenda fabricar o comercializar un producto prohibido por ley o dañino para la salud. Así también, el estado podrá intervenir en el ámbito de la autodeterminación dentro del mercado cuando se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia (como el abuso de posición

(24) Cfr. VILLAR EZCURRA, José Luis. *Derecho Administrativo Especial*. Madrid: Civitas, 1999. p. 25.

(25) Sentencia 3315-2004-AA/TC.

¿Con licencia para concertar? A propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

dominante o las prácticas restrictivas de la competencia) o introducir la regulación económica en mercados donde no es posible la competencia.

Ahora bien, a la luz del modelo económico recogido en nuestra Constitución, corresponderá analizar los alcances del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y las consecuencias que una intervención basada en una interpretación equivocada de dicha norma puede generar para la economía.

4. Nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: ¿Licencia para que el estado intervenga indebidamente en la economía?

Con fecha 25 de junio de 2008, mediante Decreto Legislativo 1034, fue aprobada la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (la Ley). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley, el propósito de la misma es prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas, con la finalidad de “promover la eficiencia económica en los mercados” para el bienestar de los consumidores.

De esta manera, la Ley tiene por finalidad proteger el proceso competitivo, prohibiendo aquellas conductas que generen una restricción a la competencia, mas no supone una protección a los competidores ni una protección directa a los consumidores. En todo caso, esta protección al consumidor es más bien indirecta, pues estos se verán beneficiados en tanto el proceso competitivo se desarrolle adecuadamente. Es decir, la Ley asume como premisa básica que, si se logra la eficiencia económica en los mercados, la sociedad en su conjunto se verá beneficiada. Ello es consistente con el mandato constitucional de vigilar y facilitar la libre competencia, pues es ella la que produce los resultados deseados de bienestar social.

Ahora bien, la Ley dispone en su artículo 3 sobre el ámbito de aplicación objetivo lo siguiente:

“Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. ‘El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores’.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor”.

Como se desprende del texto del artículo citado, a este subyacen dos ideas fundamentales. La primera de ellas, precisa a qué conductas no les será aplicable la Ley. Así, dispone que la Ley no resultará aplicable a aquellas conductas que, no obstante restringir la competencia, sean consecuencia de lo dispuesto por una norma legal. Por ejemplo, si una Ley dispusiera que los productores de leche deben dar condiciones más beneficiosas en la venta a los ganaderos de una localidad que a los de otras localidades sin justificación, esta conducta no debería ser sancionada por afectar la competencia, pues esta responde a la ejecución de una obligación legal. Así, las condiciones discriminatorias pondrían en desventaja a unos competidores (ganaderos) frente a otros de manera injustificada, pero no podría implicar una sanción para una empresa con posición de dominio⁽²⁶⁾ que pague dichos precios, en la medida que tal conducta se deriva del cumplimiento de la ley. Ello, en tanto dicha empresa no puede eximirse del cumplimiento de la norma, así la considere inconstitucional.

(26) En este caso estaríamos ante un monopsonio, es decir, una empresa con poder de compra.

Teresa Tovar Mena

A este respecto, la Exposición de Motivos de la Ley sugiere la posibilidad de dismantelar una restricción a la competencia como la anotada solicitando, por ejemplo, su expulsión del ordenamiento jurídico a través de un proceso de inconstitucionalidad.

En ese sentido, con esta disposición se evitaría que la autoridad de competencia sancione aquellas conductas que responden a lo dispuesto por una norma con rango de ley, y no a la voluntad de los agentes económicos. Así, cualquier conducta con efectos anticompetitivos que sea resultado del cumplimiento de una disposición legal se encontrará fuera de la competencia de INDECOPI.

En segundo lugar, otra idea fundamental del artículo 3 de la Ley, es que este en su segunda oración (que figura resaltada en el texto citado) introduce una suerte de “título habilitante” al estado para que este pueda asumir acciones cuando así lo considere necesario para “contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”.

Se ha sostenido que esta norma pretendería facultar al estado para invitar a los empresarios a concertar precios⁽²⁷⁾. Es decir, ello implicaría ejercer una suerte de presión cuyo resultado será una concertación, pues evidentemente nadie querrá seguir una determinada línea de conducta (bajar el precio, reducir la producción, etcétera) si los demás no la adoptan.

Ahora bien, cabe anotar que la segunda oración del texto del actual artículo 3 de la Ley antes citada no formaba parte del texto del artículo 3 que fuera propuesto por el INDECOPI en su Proyecto de Ley. Así, el texto original del artículo 3 del Proyecto del INDECOPI que fue remitido a la Presidencia del Consejo de Ministros era el siguiente:

“Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley”.

Así, la facultad interventora del estado que hemos comentado en párrafos precedentes no había sido incluida en el Proyecto del INDECOPI, sino que este establecía que aquellas conductas que generaran efectos anticompetitivos como consecuencia del cumplimiento de una norma con rango de ley no serían evaluadas por el INDECOPI. Fue cuando el Proyecto llegó al Consejo de Ministros que se decidió agregar el texto del artículo 3 relativo a la facultad del estado de tomar acciones para mejorar las condiciones de oferta de los bienes en beneficio del consumidor.

Como se puede advertir, dicha norma no señala de qué manera podrá intervenir el estado ni qué acciones podría adoptar, así como tampoco establece qué entidades están comprendidas en ella bajo el concepto “estado”. De esta manera, de lo dispuesto por el citado artículo podría entenderse que las acciones podrán consistir en actos de gobierno o en la expedición de una norma, sin precisarse si en este último caso correspondería que sea por una norma con rango de ley o por otras de inferior jerarquía como un Decreto Supremo; asimismo, no se precisa si estas acciones podrían ser desarrolladas únicamente por el gobierno o Poder Ejecutivo, o también a través de gobiernos locales, regionales u otras entidades estatales.

Entonces, respecto a esta facultad, existirían al menos dos posibilidades de “acción estatal”: (i) que la acción se tome mediante la dación de una norma legal; y, (ii) que pueda consistir en “actos de gobierno” o actos no normativos, ya que la referencia a “acciones” no se puede limitar a actos normativos. Tales actos serían realizados por las entidades según sus respectivas competencias y atribuciones. Respecto de esta facultad se ha sostenido⁽²⁸⁾

(27) Cfr. Comentario de Alfredo Bullard. Publicado en *Diario Perú 21* con fecha 30 de junio de 2008.

(28) Cfr. GÓMEZ APAC, Hugo. *El Ámbito de Aplicación Objetivo de la Reciente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 176. Lima: Gaceta Jurídica, Julio 2008. pp. 41-46.

¿Con licencia para concertar? A propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

que la referencia a las “acciones” solo puede aludir a una norma legal, en particular, a una norma con rango de ley. Ello por cuanto la facultad aquí anotada estaría en directa relación con la primera parte del mismo párrafo del artículo 3 que se refiere a las conductas que no son sancionadas por ser resultado del cumplimiento de una norma legal (que conforme a la Exposición de Motivos de la Ley significa norma con rango de ley). Es decir, según esta interpretación, esta segunda parte de la norma también buscaría eximir de las sanciones que establece la Ley a las conductas que sean consecuencia de las acciones que se tomen a su amparo. Ello daría, pues, una “licencia para concertar”, es decir, ante una norma legal que incite u obligue a concertar no se sancionaría a los “cartelistas” que la acaten.

Si bien esa es una de las interpretaciones posibles, creemos que tal como está redactado el artículo 3 de la Ley, es factible interpretar que se trata de acciones en general (que incluye los actos y no solo el dictado de normas) las que podrá realizar una entidad estatal según sus competencias y de acuerdo a los límites de la Constitución y la legislación vigente.

También creemos que es factible interpretar que dicha norma no busca eximir al resultado de tales acciones de la Ley, sino que esta segunda parte tendría un sentido más general que la primera, esto es, simplemente declarar que el estado puede adoptar ciertas acciones (las cuales deben estar encaminadas a un determinado fin), pero debiendo actuar cada entidad dentro de las limitaciones que le impone el resto del ordenamiento. No creemos que, por ejemplo, un alcalde pueda interpretar válidamente que tal norma lo faculta a invitar a los productores a concertar precios. Pero sí puede significar remover barreras de entrada al mercado, por ejemplo, mediante una norma que modifique una situación preexistente (mediante una ley, ordenanza o mediante un reglamento que derogue o modifique otro anterior). Puede tratarse de una acción de abogacía de la competencia, como proveer información al mercado para mejorar las condiciones en que este funciona.

En efecto, como veremos a continuación, tales acciones no pueden suponer fijar precios ni exhortar a la concertación

de precios a los empresarios, porque ello significaría que la Ley permite a la entidad estatal vulnerar la Constitución, al promover conductas que el estado está obligado a combatir conforme al artículo 61 de la Constitución⁽²⁹⁾. En tal sentido, debe interpretarse esta facultad del artículo 3 de modo que guarde coherencia con el deber del estado de combatir prácticas que restrinjan o limiten la competencia. Así, como veremos, el artículo 3 solo puede habilitar al estado a tomar acciones que no supongan propiciar una restricción o limitación de la competencia en el mercado. Es decir, precisamente debe lograrse un efecto contrario al de la primera parte del mismo artículo, que se refiere a normas que tienen un efecto adverso en la competencia, motivo por el cual no se aplica la Ley a las empresas. Tampoco puede significar el artículo 3 una carta blanca para afectar la libertad de empresa y la libre competencia. Toda intervención estatal en las actividades económicas tiene límites que deben ser observados.

Si bien es posible que la intención de quien propuso la norma fuera la de propiciar alguna conducta no compatible con la libre competencia (concertación de precios y condiciones), creemos que una interpretación correcta de la norma citada nos debe llevar a concluir que no puede ser ese el mandato legal, pues implicaría una autorización a entidades del estado para promover restricciones a la competencia y dar a las empresas “licencia para concertar”, cuando el mandato constitucional es precisamente que el estado combate toda práctica que la limite o restrinja.

Entonces, ¿qué acciones se pueden adoptar en línea con esta interpretación de la facultad

(29) Artículo 61.- Libre Competencia

El estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...).

Teresa Tovar Mena

contenida en el artículo 3? Para responder a ello, cabría a su vez preguntarse, de qué manera es que dicha facultad podría ser utilizada. Al respecto, habría las siguientes hipótesis:

a) ¿Fijación de precios?

Podría pensarse que lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley implica que el estado podría intervenir en el mercado con el fin de mejorar las condiciones de la oferta de bienes y servicios a través de la fijación de precios de los mismos.

Así, por ejemplo, cuando en opinión del “estado” el precio de un producto sea muy elevado y resulte de difícil acceso para gran parte de los consumidores, en virtud de la facultad que le ha sido conferida por el artículo 3 de la Ley, ¿podría este fijar un precio máximo para dicho producto muy por debajo del establecido por el mercado y así “mejorar las condiciones de oferta”? Esta interpretación evidentemente debe ser descartada.

Recordemos que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto Legislativo 757⁽³⁰⁾, los precios en la economía deben ser resultado de la oferta y la demanda, siendo las tarifas de los servicios públicos los únicos precios que pueden fijarse administrativamente.

Asimismo, es preciso tener en cuenta los funestos resultados que originaría que el estado sea el que fije los precios en sectores en los que es posible la libre competencia. Es por ello que la regulación (fijación) de precios solo se justifica para servicios públicos y para aquellos casos en los que exista un monopolio natural, donde resulte necesario por no ser viable la competencia.

El estado no solo no está en capacidad de saber cuál es el precio “deseable” o adecuado para un determinado bien en el mercado, sino que no podría sustituir las reglas de la oferta y la

demanda, presupuesto básico de un régimen económico como el nuestro. En palabras del propio Tribunal Constitucional:

“Esto implica en principio que, siendo la oferta y la demanda en un mercado sin distorsiones, el mecanismo mediante el cual se determinan los precios y tarifas, no resulta admisible, *prima facie*, la intervención del estado en este ámbito, bajo el supuesto de proteger la libre iniciativa privada y la libre empresa”⁽³¹⁾.

Como se desprende de lo hasta aquí expuesto, la fijación de precios por parte del estado no es una medida que pueda generar beneficios para el proceso competitivo ni que sea consistente con el régimen económico de la Constitución.

b) ¿Invitar a concertar?

Podría sostenerse que la norma busca facultar a las entidades estatales a reunir a los productores con el fin de exhortarlos para que bajen los precios de los productos que ofertan en el mercado. Una medida como esta podría justificarse en un intento de mejorar las condiciones de oferta de determinados productos.

Dicha práctica no sería sino una invitación por parte del estado a que los productores concerten precios. Es decir, el estado estaría incitando a los empresarios a incurrir en una conducta contraria a la competencia y a no temer ser sancionado por ella, lo cual es inaceptable. Como ya lo anotamos, creemos

(30) Decreto Legislativo 757 - Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada “Artículo 4.-

La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

(31) Sentencia 0034-2004-AI.

¿Con licencia para concertar? A propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

que no puede interpretarse que el artículo 3 de la Ley es una autorización legal para promover la realización de una práctica que por su naturaleza es dañina para el proceso competitivo. Ello implicaría interpretar el referido dispositivo de forma que sea incompatible con la Constitución, que dispone que el estado combate todas las prácticas que limitan la competencia, deber estatal que ciertamente excluye la posibilidad de que las incentive o promueva, por muy loable que parezca la finalidad de hacerlo. Por un principio lógico fundamental, es obvio que nadie puede estar obligado a combatir algo y a la vez promoverlo.

Como puede apreciarse, la actuación estatal aludida, al igual que la fijación de precios, estaría forzando a que el mercado funcione sobre la base de criterios distintos a la oferta y la demanda, en concreto, por presión de las autoridades políticas del país. Además, existiría el riesgo de que el precio que finalmente se acuerde colocar a los productos en el mercado o a las condiciones en general acordadas, en el largo plazo, afecte la rentabilidad y viabilidad de los negocios y ello suponga un daño significativo al proceso competitivo.

Asimismo, como ya se dijo, con dichas reuniones, el estado estaría facilitando la cartelización, la cual de conformidad con nuestro ordenamiento, es por sí misma muy dañina. En el extremo, puede decirse que nunca una acción para exhortar a concertar precios puede ser beneficiosa para los consumidores en el largo plazo, pues la interferencia en el proceso competitivo solo puede generar perjuicios a la sociedad.

En suma, esta interpretación debe descartarse pues asumirla significaría que el artículo 3 autoriza al estado a incitar a los agentes económicos a realizar conductas anticompetitivas, lo cual es contrario al deber estatal de combatir tales prácticas establecido por la Constitución. Debe asumirse, pues, una interpretación coherente con esta última.

c) Control de estructuras a nivel general

Podría pensarse que el artículo 3 de la Ley también podría ser utilizado para establecer un control de estructuras, en virtud del cual se exija a los particulares la tramitación de procedimientos de autorización previa para concertaciones de tipo vertical u horizontal. Ello con la finalidad de evitar la existencia de poder de mercado que perjudique las condiciones en que los

“EN LO QUE SE REFIERE AL PAPEL DEL ESTADO FRENTE A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA, NO SE TRATA DE QUE EL DERECHO INTERVENGA EN EL MERCADO CON EL FIN DE ALTERAR LAS REGLAS PROPIAS DE ESTE, SINO MÁS BIEN CON LA FINALIDAD DE GARANTIZAR QUE ESTE FUNCIONE DE LA MANERA MÁS CORRECTA Y EFECTIVA Y QUE A SU VEZ OFREZCA LA GARANTÍA DE QUE LAS PROPIAS CONDICIONES DE LIBRE COMPETENCIA QUE LA CONSTITUCIÓN PRESUPONE, ESTÉN SIENDO REALMENTE CUMPLIDAS”.

bienes son ofertados, mediante la evaluación de si una concertación puede tener por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia.

Como se sabe, en la actualidad existe un régimen de control de estructuras solo aplicable a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Por ello, podría pensarse que en virtud de esta disposición se pretendería instaurar un régimen de control de concertaciones en otros mercados.

Al respecto, si bien el régimen de control de estructuras puede ofrecer ventajas, como lo son mantener un número de competidores en el sector, diversificando el riesgo de colusión y el de un futuro abuso de posición de dominio, cabe señalar que este no siempre será pertinente, necesario ni beneficioso en todos los sectores. Menos aún creemos que el mejoramiento de las condiciones de oferta

Teresa Tovar Mena

de los productos en beneficio de los consumidores pueda justificar la adopción de una medida por naturaleza limitativa como el control de estructuras.

d) La abogacía de la competencia

A través de esta se busca promover un entorno competitivo, por medio de mecanismos distintos al *enforcement*. Para ello, se promueve y difunde una cultura de mercado, emitiendo recomendaciones, así como reforzando los conocimientos de los consumidores. Ello, puede implicar dar información al mercado para que este opere más eficientemente sobre la base de dicha información, pero sin interferir con la libertad de decisión de los agentes económicos.

e) La regulación social

Se dice que la regulación social busca corregir externalidades, asimetrías de información y costos de transacción sin importar si estas se presentan en un mercado donde la competencia es posible o⁽³²⁾ como se sabe, cuando la competencia no es posible se recurre a la regulación económica, a cargo de organismos reguladores independientes. En este punto nos referimos a la regulación social y otro tipo de regulaciones que no suponen una regulación económica sino limitaciones a la libertad de empresa compatibles con la Constitución, como la regulación en materia de salud y seguridad, las normas de rotulado, etcétera.

Por ejemplo, en lo que respecta al sector financiero y de seguros, el estado se encarga de regular⁽³³⁾ la forma de constitución y capital mínimo de las empresas, otorgar autorizaciones de funcionamiento, de constitución de subsidiarias, de apertura de sucursales, entre otras, así como de regular el régimen de disolución y liquidación de las empresas. Ello en consideración que se trata de entidades que manejan dinero del público, por lo cual deben ser reguladas a fin de que no se ponga en riesgo la existencia de dichos fondos.

Como se puede advertir, la posibilidad de actuación estatal en este aspecto es amplia y en la medida que incida en

la libertad de empresa y otras libertades y derechos económicos de los particulares, deberá realizarse de manera razonable y proporcional, sin afectar tales derechos de manera arbitraria.

En efecto, como se ha advertido, las tres primeras hipótesis antes descritas no son medidas adecuadas ni jurídicamente válidas por las cuales el estado podría contribuir a mejorar las condiciones de oferta en el mercado. En el primer caso, porque solo corresponde regular los precios en aquellos mercados en los cuales no existe competencia; en el segundo caso, porque altera de manera considerable el adecuado funcionamiento del mercado, presionando a los agentes económicos a modificar el precio de sus productos en beneficio de los consumidores (un beneficio aparente, inmediato y probablemente efímero); y, en el tercer caso, porque al ser un mecanismo de control *ex ante*, podría alterar y hasta restringir la competencia en mercados en los cuales no resulte necesario (por razones como el tamaño del mercado y la cantidad de ofertantes) el control de estructuras.

Las otras dos hipótesis, que facultan a hacer abogacía de competencia e introducir otras regulaciones sí serían en principio admisibles. Sin embargo, en tanto las medidas adoptadas afecten los derechos y libertades económicas de los particulares, deberán ser razonables y nunca arbitrarias.

A continuación, nos referiremos a las condiciones que tales medidas deberían cumplir, a la luz del test de razonabilidad establecido por el Tribunal Constitucional.

(32) Véase Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI, Expediente 009 -2006/CLC.

(33) Ley 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

5. Condiciones para el ejercicio de las acciones del artículo 3

Queda claro que la sola existencia de la disposición bajo comentario no supone por sí misma una afectación a la libertad de empresa de los agentes económicos en el mercado, mas un mal uso de esta por parte del estado (como es el caso de las tres primeras hipótesis analizadas en el acápite precedente) puede tener consecuencias perjudiciales para el proceso competitivo, que es justamente el objeto de protección de la Ley.

Por ello, como toda medida de intervención de los poderes públicos en la actividad económica, cualquier acción que se tome sobre la base del artículo 3 de la Ley que incida sobre las libertades y derechos económicos fundamentales de los agentes privados, deberá cumplir con los parámetros que impone el test de razonabilidad para garantizar que no se está actuando de manera arbitraria o irracional.

Debe recordarse que la libertad de empresa, como derecho fundamental, no puede ser limitada de manera arbitraria por el estado, por lo que es necesario que se demuestre que las medidas a ser tomadas para mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores superan el test de razonabilidad al que se refiere nuestro Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Así, en caso la medida limitativa supere el test de razonabilidad, se considerará que esta es adecuada y acorde con nuestro ordenamiento.

5.1. El test de razonabilidad y la intervención del Estado

El test de razonabilidad desarrollado por el Tribunal Constitucional exige que la medida limitativa (es decir, aquella que va a incidir en el ejercicio de un derecho fundamental) cumpla con ser idónea, necesario y proporcional⁽³⁴⁾.

a) En lo que se refiere a la “idoneidad” de la medida, corresponde evaluar en primer lugar si esta persigue un fin que, desde el punto de vista constitucional, sea legítimo. Así lo

ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, al señalar que⁽³⁵⁾: “El referido principio implica, entre otros aspectos, que la medida adoptada que restringe o limita algún derecho fundamental, tenga como finalidad o propósito la protección de un bien jurídico constitucional o un derecho fundamental, exigiendo que esa relación de medio-fin sea directa y no aparente o indirecta”. (El énfasis es nuestro)

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley, el bien jurídico que se pretendería proteger con las medidas que pueda tomar el estado es el interés de los consumidores de recibir bienes y servicios en mejores condiciones. Este objetivo encuentra respaldo constitucional en el artículo 65 de la Constitución, según el cual el estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. En ese sentido, podemos afirmar que *prima facie*, una medida que se tome sobre la base del artículo bajo análisis cumpliría en principio con uno de los postulados del primer requisito, toda vez que busca proteger un fin constitucional legítimo.

Asimismo, para analizar la idoneidad de una medida, también es preciso evaluar si la injerencia en el ámbito del ejercicio de un derecho fundamental determinado es adecuada para obtener el fin que se persigue. Para ello, correspondería analizar si existe una relación de causa-efecto entre la medida limitativa y el objetivo que se busca lograr con esta.

En principio, tal y como hemos señalado en párrafos precedentes, es deseable que el funcionamiento del mercado se rija por el libre juego de la oferta y la demanda, sin que sea necesaria la intervención estatal. Sin embargo,

(34) Son varias las sentencias que reproducen la estructura del principio de proporcionalidad, entre ellas destacan la sentencia 2192-2004-AA, de fecha 11 de octubre de 2004 (fundamento jurídico 18). En este mismo sentido, también encontramos la sentencia 760-2004-AA de fecha 09 de febrero de 2005, que se remite expresamente a la anterior (fundamento jurídico 3), así como la Sentencia 03567-2005-AA de fecha 16 de noviembre de 2005 (fundamento jurídico 5).

(35) Sentencia 0950-2000-HD.

Teresa Tovar Mena

habrá casos en los cuales se presenten fallas de mercado (por ejemplo, asimetría informativa) que hagan necesaria la intervención estatal.

Bajo este último escenario, podrán existir algunos casos en que la medida limitativa ordenada por el estado resulte adecuada para proteger los intereses de los consumidores, es decir, que dicha medida pueda ser causa suficiente para desincentivar o incentivar, según corresponda, determinada conducta que pudiera afectar las condiciones en que se ofertan algunos productos o servicios a los consumidores.

Sin embargo, el cumplimiento del requisito de idoneidad deberá ser evaluado caso a caso, pues este dependerá de la medida concreta frente a la cual nos encontremos, así como a la gravedad de la afectación a los intereses de los consumidores que con dicha medida se pretenda proteger.

b) Como segundo requisito a ser analizado dentro del test de proporcionalidad se encuentra el requisito de necesidad de la medida.

En el análisis de la necesidad, corresponde evaluar si la medida limitativa es la más benigna, es decir, entre todas aquellas medidas que pudieran calificar como idóneas (en los términos arriba descritos) la que se adoptará es la que incidirá en menor medida en el ejercicio de la libertad de empresa.

Para ello, corresponderá realizar un análisis para optar entre la medida interventora, y por lo menos, un medio alternativo a esta (que también resulte idóneo). En ese sentido, de concluir que la medida limitativa es necesaria e imprescindible para alcanzar la finalidad perseguida, por no existir una medida alternativa menos gravosa, se entenderá cumplida la exigencia de la necesidad.

En el presente caso, corresponderá evaluar si existe una medida menos gravosa que la actuación del estado para corregir o contribuir a reducir la incidencia de fallas de mercado o externalidades que perjudiquen a los consumidores. Como se conoce, la intervención del estado suele ser, por naturaleza, una alternativa gravosa, pero cabe reconocer que ello depende en gran medida del tipo de intervención frente al cual nos encontremos.

Así, existirán medidas que supongan una intervención leve por parte del estado en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, y habrá otras que, por el contrario, supongan una grave afectación al ejercicio de este derecho. Entre las posibles modalidades de intervención del estado en la economía, distintas a las hipótesis ya descartadas y a las legisladas actualmente (como sería el caso del control de conductas y la eliminación de barreras burocráticas) hemos mencionado a la abogacía de la competencia y la regulación social.

Dependerá ante qué tipo de medida nos encontremos para determinar si esta resulta necesaria para la protección de los intereses de los consumidores, que es el fin que persigue el artículo 3 de la Ley. Lo importante en el análisis de idoneidad es que no se restrinjan o afecten derechos fundamentales y las libertades económicas de los agentes en el mercado más allá de lo estrictamente necesario para cumplir con los objetivos propuestos.

Así, consideramos que una práctica como la abogacía de la competencia, ejercida adecuadamente (sin denigrar o distorsionar información en el mercado) puede resultar idónea y necesaria para lograr los objetivos propuestos por el artículo 3 de la Ley, pues, por ejemplo, podría fomentar el flujo adecuado de la información en el mercado sin restringir el ejercicio de la libertad de empresa. Igualmente, la remoción de barreras de entrada al mercado puede ser una forma de promover la competencia por lo que no implicaría una afectación de derechos constitucionales. Por el contrario, medidas que impliquen una intervención más intensa, como las regulaciones que limiten arbitrariamente la libertad de empresa, podrían ser cuestionadas.

En ese sentido, para lograr determinar si estas pueden ser válidamente implementadas

¿Con licencia para concertar? A propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

en virtud de lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley, corresponderá analizar si estas son proporcionales a los fines perseguidos.

c) Finalmente, como última exigencia a evaluar en el marco del test de proporcionalidad, se encuentra la “proporcionalidad en sentido estricto”, de conformidad con la cual, para que una medida limitativa de derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

Así, por ejemplo, se consideraría ilegítimo que el derecho a la libertad de empresa se restrinja gravemente y que la medida limitativa beneficiará levemente el bien jurídico protegido, en este caso, el interés de los consumidores.

6. A manera de conclusión

No debemos olvidar que una premisa básica de una economía social de mercado es prescindir en lo posible de intervención estatal en el desarrollo del mercado y limitar al máximo las intervenciones en los derechos económicos de los particulares; esto es, solo procederán en la medida que sean compatibles con la Constitución, razonables y proporcionales. Así, prioritariamente, corresponde a las mismas fuerzas económicas, al libre juego de la oferta y la demanda, determinar los precios de los bienes y servicios y las demás condiciones en que estos se ofertan en el mercado.

Interpretar equivocadamente la función del estado en la economía y fomentar su actuación en el mercado limitando injustificadamente la libertad de empresa y la libre competencia con el fin de mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los

consumidores puede generar efectos perjudiciales para el proceso competitivo. Es más, como ya se anotó, puede sostenerse que las actuaciones que interfieran con el libre desarrollo del mercado y del proceso de competencia, nunca resultarán beneficiosas para los consumidores y la sociedad ya que, precisamente, es una premisa fundamental del régimen económico constitucional que la libre competencia funcione porque genera bienestar general.

En esa medida, lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley debe ser interpretado de manera acorde con el deber constitucional de combatir las limitaciones o restricciones a la libre competencia, de modo tal que las acciones que tome el estado no impliquen incentivar conductas contrarias a la competencia. Más bien, debe interpretarse esta norma en el sentido que permite al estado tomar acciones vía la abogacía de la competencia o la regulación social, que no afecten de manera arbitraria o irrazonable la libertad de empresa y demás libertades y derechos económicos de los particulares. Así, la eventual intervención del estado en el ejercicio de la libertad de empresa sobre la base de la norma citada solo resultará legítima en la medida que esta resulte idónea, necesaria y proporcional para proteger los intereses de los consumidores.

A modo de ejemplo, puede anotarse que, a la fecha de elaborarse este artículo, el Ministerio de Salud ha anunciado la adopción de medidas que incentiven la producción de medicamentos genéricos y que signifiquen proporcionar información al mercado respecto de los precios de los distintos medicamentos, entre otras. Aun cuando no ha habido oportunidad de analizar estas medidas, por lo que no podemos dar una opinión sobre ellas, este parecería ser un caso en que se adoptan acciones en interés del consumidor, en línea con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley; lo que es de esperar es que tales medidas no interfieran indebidamente en la actividad económica ni distorsionen la competencia. En todo caso, son acciones de esa naturaleza, orientadas a educar a los consumidores y brindar información, sin interferir en la libertad de decisión de estos, las que deberían ser emprendidas por el estado pero de ningún modo deberá dar “licencia para concertar”. Confiamos en que las autoridades realicen una correcta interpretación de la norma comentada y eviten fomentar conductas que pueden afectar el proceso competitivo y con ello, el bienestar de toda la sociedad.