

Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica

Baldo Kresalja Roselló*

Sumario

1. Introducción: breve referencia a la interrelación entre Derecho y Economía
2. Constitución económica y orden público económico
3. Presupuesto constitucional: la libertad de empresa como derecho fundamental en el marco de una economía social de mercado
4. Concurrencia, competencia y mercado
 - 4.1. La competencia económica como contenido esencial de la libertad de empresa
 - 4.1.1. Nociones de concurrencia y competencia
 - 4.1.2. Daño concurrencial
 - 4.1.3. Competencia prohibida
 - 4.1.4. Noción de mercado. Mercado relevante**. Los fallos del mercado
 - 4.1.5. Reconocimiento constitucional y legal
 - 4.2. El mercado imperfecto
 - 4.2.1. El modelo de competencia imperfecta
 - 4.2.2. Reservas, monopolios y empresas públicas
 - 4.2.3. Ayudas, subsidios e incentivos fiscales
 - 4.2.4. Concentraciones

* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** El autor desea agradecer al doctor Eduardo Quintana por sus oportunos comentarios en estos puntos.

- 4.2.5. El caso de los derechos intelectuales
- 4.2.6. Planificación
- 4.2.7. Las exenciones por categorías
- 4.3. Regulación y servicios públicos
 - 4.3.1. Notas sobre el concepto de *regulación*
 - 4.3.2. El nuevo servicio público
 - 4.3.3. Función de los organismos reguladores
 - 4.3.4. Síntesis
- 5. Defensa de la competencia y sanciones frente a sus abusos
 - 5.1. Breve referencia al abuso del derecho
 - 5.2. El derecho de la competencia
 - 5.3. INDECOPI
 - 5.4. Las reglas de juzgamiento y el análisis económico del derecho**
 - 5.5. La deslealtad
 - 5.6. Publicidad engañosa
 - 5.7. Prácticas colusorias y abuso de posición de dominio**
 - 5.8. La decisión 608 de la CAN
- 6. Cuestionamientos, manifestaciones atípicas y factores extrajurídicos que desdibujan el modelo concurrencial
 - 6.1. El sistema económico imperante
 - 6.2. Modelo concurrencial
 - 6.3. Manifestaciones atípicas: informalidad y economía sumergida
 - 6.4. Factores extrajurídicos
- 7. Bibliografía

1. Introducción: breve referencia a la interrelación entre Derecho y Economía

1.1. Muchos han estudiado y escrito sobre las relaciones entre Derecho y Economía. No vamos aquí a agregar nada nuevo, pero sí destacar que, por encima de su natural complejidad, tanto *lo económico* como *lo jurídico* son

** El autor desea agradecer al doctor Eduardo Quintana por sus oportunos comentarios en estos puntos.

fenómenos que se generan y manifiestan en el marco de una sociedad, que apuntan a determinados comportamientos del hombre que se producen en sus relaciones con los demás en el ámbito de una existencia compartida. La vida social no puede concebirse sin derecho, pues este ordena las relaciones entre los hombres. Y, a su vez, al ser el derecho un instrumento de compatibilidad de conductas humanas, requiere la previa existencia de ellas. En cuanto a la economía, los aspectos fundamentales del intercambio y de la distribución solo pueden darse en sociedad, lugar este también donde se manifiestan las necesidades colectivas que condicionan el proceso productivo. Para completar este cuadro, es fundamental recordar el carácter *social* del trabajo.

Pero *lo jurídico* y *lo económico* no son solo fenómenos sociales, sino componentes de la realidad social, junto con la política o la religión, que confluyen con otros componentes para determinar el comportamiento individual y social del ser humano. El proceso conformador de cada sociedad se caracteriza por el grado de influencia de las regulaciones jurídicas sobre las realidades económicas y a la inversa, así como por el grado de influencia mutua de los contenidos ideológicos, éticos y políticos sobre las regulaciones jurídicas y las realidades económicas.

1.2. El Derecho, como ciencia, estudia, interpreta y contribuye a la elaboración de las normas en las cuales se fundan los derechos de cada cual, que expresan siempre un ideal ético de justicia. Ahora bien, el hombre, como ser libre, cuenta con amplias posibilidades de acción; su conducta puede ser debida o antijurídica. Esto es, el derecho selecciona y determina las esferas de licitud, señalando posibilidades de acción y de deber que a cada sujeto le son asignadas. Entonces, «[...] en cierto sentido el Derecho es todo un amplio sistema de limitaciones a la libertad ajustadas a las conveniencias de la vida colectiva» (Suárez 1989: 37).

Esas limitaciones a la libertad se justifican en tanto son medios para la consecución de un fin, que no es otro que el logro del bienestar, del respeto a la igualdad y a la libertad esenciales de cada ser humano. Claro está que esos límites deben sacrificar la libertad en el menor grado e intensidad posibles. Aquí es preciso recordar que, así como la libertad supera al Estado, a la idea misma de Estado, y que en ocasiones adquiere presencia contra el Estado, por ejemplo cuando este ejerce el poder en forma irracional y abusiva, desde el punto de vista jurídico nunca hay libertad contra el

Estado ni fuera del Estado: «[...] lo cual quiere decir que el Estado se halla ontológicamente en la imposibilidad de convertir la libertad jurídica que ha creado para las personas en una libertad natural dirigida contra él mismo» (Suárez 1989: 47).

En los Estados democráticos —liberales—, la libertad de crítica y de acción es una libertad «dentro» del Estado, y solo existe en cuanto este la reconoce y admite como un derecho subjetivo del ciudadano. La libertad jurídica, conviene recordarlo, es organizada, precisada, recortada. Y en este contexto conviene también tener presente que lo no prohibido por la ley, y solo por la ley, está siempre permitido.

1.3. Si se define la Economía como la ciencia de las elecciones humanas, sea en la distribución de recursos escasos o en la selección de fines alternativos, el Derecho es uno de los condicionantes más importantes de las distintas opciones a las que se enfrentan los agentes económicos, pues unas se proscriben, otras se limitan y algunas se incentivan (Rivero 1999: 21). Es difícil concebir una decisión económica que no se encuentre, en algún modo, mediatizada por numerosas normas jurídicas. Y ello es aplicable tanto a los sujetos privados, las empresas y los consumidores como a las intervenciones económicas del Estado. Las empresas, por ejemplo, ven condicionadas sus decisiones y conductas por normas que afectan su proceso de producción (prohibiciones de producir o vender ciertos artículos) y comercialización (etiquetado y publicidad). Los consumidores y usuarios deben, por su parte, tomar sus decisiones en un mercado que es siempre informativamente limitado, en el que los precios pueden estar determinados en ciertos casos por la autoridad, y en el que las elecciones de compra dependen del número de productos o servicios ofrecidos. De otro lado, las intervenciones económicas del Estado se encuentran limitadas por la Constitución y otras reglas jurídicas, que definen, además, competencias y procedimientos.

En este contexto, debe recordarse que la Economía y el Derecho son ciencias sociales cuya primera finalidad es resolver problemas sociales. Ambas se ayudan y respaldan mutuamente. Sin un marco jurídico y político estable, no es posible el desarrollo sostenido. La clave del progreso se encuentra, quizá, en la seguridad jurídica y en la previsibilidad de las decisiones del poder público —pues los agentes económicos deben saber a qué atenerse—, así como en el cumplimiento del principio de legalidad. En esta apreciación

coinciden importantes pensadores modernos. El premio Nobel de Economía, R. H. Coase, uno de los más destacados y de significativa influencia, ha criticado la falta de importancia que muchos han dado al papel crucial que juegan las leyes para determinar las actividades de las empresas y el mercado. Ha dicho al respecto: «Los derechos de los individuos, con sus deberes y privilegios, estarán en gran medida determinados por la ley. De ello resulta que el sistema legal tiene una gran influencia en el funcionamiento del sistema económico, y en algún sentido puede decirse que lo controla» (citado en Rivero 1999: 40).

1.4. Ahora bien, la relación jurídica por excelencia es la que se establece con motivo del aprovechamiento de bienes económicos. Así, la tensión entre necesidades humanas y el número de bienes destinados a satisfacerlas da lugar a un permanente conflicto de intereses. Por ello, las normas legales delimitan las esferas de poder y de deber de los sujetos con motivo del aprovechamiento de dichos bienes. También lo hacen con el problema económico de producir, distribuir y consumir.

Como sabemos, se denomina *derecho subjetivo* al poder concedido por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de un interés digno de ser protegido, cuyo objeto puede ser una cosa del mundo exterior; una obra de ingenio; o ciertas manifestaciones de la personalidad humana, como el honor o la propia imagen. Recibe el calificativo de *patrimonial* cuando el objeto del derecho subjetivo es un bien económico. Este derecho subjetivo tiene un contenido determinado, como, por ejemplo, las facultades de goce, uso y disfrute de la cosa, pero también la facultad de exigir a otra persona el cumplimiento de un determinado deber de conducta; puede, además, transmitirse, temporal o definitivamente, a otra persona. Ahora bien, el poder que el derecho subjetivo reconoce deberá siempre ajustarse a la finalidad de procurar la satisfacción del interés protegido, so pena de rebasar el ámbito de protección concedido, lo que ocurre en los casos de *abuso de derecho* o de ejercicio abusivo de ese poder subjetivo.

Recordemos aquí que, paralelamente a la atribución de un derecho subjetivo, el ordenamiento jurídico impone deberes jurídicos, señalando concretos comportamientos positivos o negativos a realizar por la persona en determinadas circunstancias, lo cual supone el encauzamiento de su voluntad en determinada dirección. Se trata de deberes que son siempre de comportamiento exterior para con los demás o respecto de otra persona,

en su beneficio, sean para satisfacer un interés colectivo sin que nadie en particular resulte especialmente beneficiado, o también para la satisfacción del interés particular de un sujeto.

1.5. Dicho lo anterior, cabe advertir que las llamadas *políticas de defensa de la competencia económica* son un conjunto de normas destinadas a prohibir y sancionar las conductas de los agentes económicos (individuos, comerciantes, empresas) en contra de la libre y leal competencia. Las actuaciones del Estado que por ello se originan son «intervencionistas», pues limitan la libertad de empresa, ya que determinadas prácticas o conductas deben ser sancionadas.

Como se sabe, en esta materia hay diversas tendencias o posiciones ideológicas sobre cuán extensa deber ser esa intervención del Estado. Algunos sostienen, por ejemplo, que debe ser mínima, pues el mercado tiene suficientes elementos de autocorrección para resolver los problemas que se presenten, y que ir más allá es limitar en forma inconveniente y costosa la libertad de empresarios y consumidores. Otros creen que el Estado debe tener una presencia importante y, en ocasiones, intervenir directa o indirectamente en la producción y comercialización de bienes y servicios, o en la determinación de los precios y en el contenido de los mensajes publicitarios. Pero en lo que están de acuerdo todas las posiciones que creen en una economía de mercado es que no puede atacarse o debilitarse el contenido esencial de la libertad de empresa, a la que, más adelante, nos referiremos.

Ahora bien, la defensa de la competencia económica —concepto borroso y cambiante— no solo responde a un objetivo económico y de satisfacción a los consumidores, sino también a un objetivo político. Así, por ejemplo, en algunas Constituciones modernas, explícita o implícitamente, se persigue impedir la concentración del poder económico, pues puede poner en peligro el sistema democrático. Y la explicación de ello se encuentra en el hecho de que, con relativa frecuencia, las concentraciones suelen abusar de la libertad que el sistema jurídico les brinda, lo que destruye los intentos de igualdad.¹

¹ A este respecto, es útil recordar el voto del juez Douglas en el caso *United States contra Columbia Steel Co.* del año 1948: «Nos encontramos aquí con el problema del tamaño. La lección debió ya haber sido grabada a fuego en nuestra memoria por (el juez) Brandeis. La maldición de ser grande nos muestra que el tamaño puede convertirse en una amenaza, tanto

1.6. La normativa protectora de la libre competencia tiene como finalidad esencial garantizar el correcto funcionamiento de la economía de mercado como sistema constitucionalmente escogido, reprimiendo las actuaciones empresariales lesivas a ese objeto. Hay que recordar que se trata de un conjunto normativo relativamente reciente (la primera ley en la materia se promulgó en Canadá en 1889), propio del estado de desarrollo económico y jurídico alcanzado por los países desarrollados, pero que hoy se extiende por casi todo el mundo. Actúa como medio de autocorrección del sistema capitalista a través de un conjunto de técnicas que, más adelante, trataremos. Pero es fruto también de la lucha de los demócratas para combatir los grandes conglomerados económicos, las prácticas monopolísticas y la deslealtad en la vida económica, con el propósito de hacer posible el acceso al mercado a los nuevos operadores, lo que daría igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos.

Porque «[...] 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 propia sociedad civil. Y ahí, precisamente, aparecen las reglas de la competencia» (Soriano 1993: 55). Su naturaleza, como veremos, será de orden público económico y su carácter de freno y

industrial como social. Puede ser una amenaza industrial porque crea grandes desigualdades contra competidores existentes o putativos. Puede ser una amenaza social, por su control sobre los precios. Este control en la industria del acero, implica una poderosa influencia sobre nuestra economía. Pues el precio del acero establece los precios de cientos de otros artículos. Nuestro nivel de precios determina, en una gran medida, si tendremos prosperidad o depresión, una economía de abundancia o escasez. El tamaño en la industria de acero debe, por lo tanto, ser celosamente custodiado. En un análisis final, ese tamaño es la medida del poder de un puñado de hombres sobre la economía. Ese poder puede ser utilizado con la velocidad del rayo. Puede ser benigno o peligroso. La filosofía de la Ley Sherman es que no debe existir. Pues todo poder tiende a desarrollarse en un gobierno en sí mismo. El poder de controlar la economía debería estar en las manos de los representantes elegidos por el pueblo, no en las manos de una oligarquía industrial. El poder industrial debe ser descentralizado. Debería ser distribuido en muchas manos, de manera que la suerte del pueblo no dependa del antojo o capricho, los prejuicios políticos y la estabilidad emocional de un puñado de hombres autoelegidos. El hecho de que no sean hombres malvados sino respetables y con sentido social es irrelevante. Esa es la filosofía y la orden de la Ley Sherman. Está fundada en la teoría de la hostilidad a la concentración en manos privadas de un poder tan grande que sólo el gobierno del pueblo debería tenerlo» (Cabanellas 1983: 36).

limitativo de desconroles, a la vez que orientativo de las conductas de los agentes económicos. Si bien el fondo de los asuntos sobre los que recae tiene un importante —pero no único— carácter mercantil, el derecho de la competencia constituye una parte importante del derecho administrativo económico. Ello explica la permanente presencia de autoridades y organismos reguladores encargados de salvaguardar el correcto funcionamiento del mercado.

Porque es falso que el mercado pueda cuidarse a sí mismo. Un sistema económico abandonado a sí mismo destruiría la competencia. De ahí surge la afirmación: «el mercado exige Estado». Debe este cuidar de que exista y de que se perpetúe. Si el mercado se cuidara a sí mismo, acabaría en un caos en el cual las conductas anárquicas o las que solo buscan el privilegio personal acabarían imponiéndose, lo que derogaría, implícitamente, el principio y mandato constitucional de igualdad. Y es así que la regulación en esta materia no solo debe ser promercado, sino encauzarse bajo el imperio del Estado de derecho, lejos del arbitrio y el subjetivismo, con aplicación de los principios de legalidad, responsabilidad administrativa y protección jurisdiccional de los derechos. De lo contrario, el Estado terminaría recortando o suprimiendo libertades y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

1.7. En síntesis, para comprender a cabalidad la motivación y extensión de la protección constitucional y legal de la competencia económica, es preciso reconocer las profundas, recíprocas y vigentes conexiones e influencias entre el derecho y la economía en las sociedades modernas. Es necesario recordar, a su vez, que la libertad de competencia y el aprovechamiento de los bienes económicos se encuentran normados por el Derecho. Tal como veremos, el derecho de los ciudadanos a satisfacer un interés legítimo, como el de acceder al mercado y competir, deberá ajustarse no solo a satisfacer ese interés, sino también a cumplir con el deber de no abusar de esa libertad que la Constitución y las leyes le otorgan.

Ese deber está dirigido a sostener el sistema económico constitucionalizado y hacer viable la competencia económica libre y leal. Si el agente económico no lo cumple, el individuo o las empresas serán sancionados. La libertad de competir tiene, entonces, límites. Y el conjunto de normas destinado a ese fin no solo persigue el objetivo económico de promover la eficiencia y la competitividad, sino, además, el fin democrático de

impedir la concentración de riqueza y lograr, hasta donde ello sea posible y conveniente, la igualdad de los ciudadanos en un ambiente en el que reine la máxima libertad posible.

Se persigue, pues, la vigencia de derechos fundamentales no solamente contra el poder, como lo fue antes, sino contra las conductas abusivas en las que pudieran incurrir otros ciudadanos. En ello se encuentra la razón de la existencia de un conjunto numeroso y variado de autoridades y organismos reguladores encargados de salvaguardar el funcionamiento del mercado. Otra vez, como siempre antes, aparecen frente a frente Estado y mercado, una antigua y permanente relación no carente de conflictos y tensiones, generadora de una frondosa legislación de carácter técnico y específico. En este artículo, solo trataremos de las características y los límites de la premisa que a todas las otras obliga por mandato constitucional: la competencia económica, derecho y deber de los agentes económicos.

El propósito de este artículo es, a la vez, ambicioso y modesto. Busca llenar un vacío en la literatura jurídica nacional en un área de gran atención política y profesional, y también de interés para los alumnos de diversas especialidades, en especial de Derecho. No hay entre nosotros un texto que pueda servir de introducción a los jóvenes estudiantes interesados en el mundo de la competencia económica, cuyo reconocimiento es apreciado —o, más bien, intuitivo— desde la niñez, aunque sea vagamente.

A ello se suma la reiterada inclusión en textos constitucionales y en algunos de menor jerarquía, desde el inicio de la República pero con mayor frecuencia en los últimos años, del reconocimiento a la libre iniciativa económica de los ciudadanos, a la libertad de contratar y a la libertad de empresa. Diaria es también la discusión, en distintos ambientes, sobre cuáles deben ser las intervenciones del Estado en la vida económica. Finalmente, hay pocos estudios jurídicos sobre esa realidad, aunque han aumentado en los últimos años.

Este texto busca poner de manifiesto y contrastar algunas disposiciones constitucionales y legales con algunos problemas propios de nuestro país, en un mundo cada vez más globalizado e interconectado, pero también en el cual las diferencias económicas son cada vez mayores y el acceso al goce de ciertos derechos constitucionalmente reconocidos es menos igualitario. Así, se realza la importancia de algunos derechos fundamentales vinculados a la vida económica, pero se reconoce su difícil y, a veces, imposible ejercicio.

Pero es modesto porque no busca brindar una solución novedosa a antiguos problemas, sino que se limita a informar sobre las propuestas que existen, fundamentalmente dibujadas y concebidas en sociedades más avanzadas que la nuestra. Por tanto, es solo una lectura introductoria. Aquellos a quienes los temas que aquí se tratan les sean de interés tienen por delante un largo camino multidisciplinario que reconocer y, si desean ser exitosos, deberán dar especial énfasis a la adopción de soluciones eficaces y justas a nuestra difícil realidad, con el objeto de que nuestros compatriotas puedan llevar adelante libremente sus proyectos de vida.

Esos proyectos tienen como condición su temporalidad. El ser del hombre tiene que realizarse —una tarea por llevarse a cabo con los otros— en un mundo no fijo ni terminado. Aquel recibe estímulos y posibilidades. El hombre tiene libertad para escoger y decidir entre las que se le ofrecen; para ello, debe valorar. El hombre es libertad que se proyecta, dice el jurista Carlos Fernández Sessarego (2006: 111). Adquiere, así, el rango de persona humana, cuya defensa y respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado, tal como manda el artículo 1 de nuestra Constitución.

Este es el marco irrenunciable desde el que deben apreciarse y valorarse las normas económicas constitucionales, así como las opciones de los ciudadanos, especialmente en su condición de consumidores y usuarios.

2. Constitución económica y orden público económico

2.1. Se entiende por Constitución económica el conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios² que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las empresas y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan los derechos, deberes y responsabilidades de cada cual. En nuestros días se encuentra arraigada la convicción de que, de igual manera que lo es la organización política, social y jurídica del Estado, el orden económico establecido en la Constitución forma parte de su contenido esencial (Kresalja 2004: 518). No se trata, por cierto, de

² Para un examen de este punto, véase HAKANSSON, Carlos. «La posición constitucional de los principios en la Carta de 1993». *Revista de Derecho*, vol. I, 2000, pp. 75 y s(s)., Universidad de Piura. Este autor considera que las disposiciones económicas constitucionales son principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos, pero que el pluralismo económico y la libre competencia no lo son propiamente.

la constitucionalización del programa económico de un gobierno o de un partido, sino de lo siguiente:

[...] la parte de la Constitución que contiene los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica, así como las instituciones competentes para establecer la normativa y las instancias jurisdiccionales ante las cuales se pueden hacer valer aquellos derechos, reclamar contra su vulneración y hacer efectiva la responsabilidad derivada del uso obsesivo de aquellos (Duque 1977: 52).

El establecimiento constitucional de los principios fundamentales de orden económico es un fenómeno reciente (Font 1987: 131), (Rivero 1999: 50), (García 1993: 53), al menos si lo comparamos con la arraigada tradición constitucional que siempre han gozado las cuestiones vinculadas a la organización administrativa del Estado o a los derechos políticos. Y ello se realiza con la convicción de que, en la base de todo orden social, se encuentra una determinada organización económica, en la que el Estado siempre juega un rol fundamental, sea como agente económico, como regulador o como poseedor de ambos roles. Por cierto, se trata de una ordenación destinada a la satisfacción de necesidades individuales y sociales a través del mercado. Sin duda, entonces, el sistema económico elegido tiene importantes implicancias sociopolíticas e incidencia incuestionable en la disciplina jurídica que estudia y regula la competencia económica.

No es este el lugar ni la oportunidad para referirnos a la polémica sobre la conveniencia o no de que las opciones constitucionales sean ambiguas o claramente definidas, o sobre el carácter liberador o entorpecedor que pueden tener las disposiciones referidas al logro de una mejor distribución de la riqueza entre los ciudadanos. Pero sí cabe recordar que la fórmula escogida por nuestra Constitución de *economía social de mercado* no permite una interpretación cerrada y rígida de las normas económicas constitucionales, pues sabemos que ella implica el rechazo tanto de un monolítico sistema de corte liberal como, también, de cualquier otro sistema edificado sobre una planificación obligatoria y una actuación determinante del Estado como agente económico. Lo que da unicidad a nuestro sistema económico constitucional es la búsqueda y concreción de un Estado social y democrático de derecho que haga uso de la citada fórmula.

2.2. La búsqueda de un punto de equilibrio entre intervención estatal y libertad de empresa es el objetivo principal del denominado *derecho público de la economía*, materia de la que forman parte, principalmente, el derecho constitucional y el derecho administrativo; su énfasis mayor está en las intervenciones del poder público, las que, en cada momento histórico, suelen asociarse con una técnica característica: dirigismo, planificación, empresa pública, supervisión o regulación, técnicas dispares caracterizadas por su distinta intensidad y por los diferentes efectos que producen en el sistema económico, lo que deja un mayor o menor margen de libertad al sector privado (Rivero 1999: 24). Y, como señala Ricardo Rivero: «En estos momentos la regulación económica es probablemente la manifestación más significativa del intervencionismo, cada vez más preocupado por no entorpecer la libre iniciativa privada, sin descuidar los intereses públicos: armonizando servicio público y mercado» (Rivero 1999: 24). Así, pues, la regulación económica moderna no deber ser excesiva, de modo que ahogue la iniciativa privada, ni tampoco débil, de modo que permita el abuso del poder económico, pues debe preservar los intereses de los consumidores y usuarios y el logro de los objetivos del Estado social y democrático de derecho.

2.3. Como bien se ha señalado:

[...] el concepto tradicional de orden público, como idea que constituye jurídicamente una cláusula de salvaguardia con eficacia en el campo civil, en el penal y en el administrativo, es por su propia naturaleza un concepto en blanco que la legislación va en cada momento concretando. Es la tarea diaria del Estado, la asunción o el rechazo por el mismo de una serie de finalidades cambiantes, la que hace que este concepto, por su esencia inmutable, tenga un contenido más o menos amplio. La idea del orden público comporta una limitación a la libertad genérica de los particulares, una frontera a las relaciones interprivadas (AAVV 1961: 21).

Las leyes de defensa de la competencia, que tienen en nuestro caso un claro sustento constitucional, delimitan uno de los aspectos más importantes del orden público, de modo que configuran nuestro orden público económico.

El orden público económico es un concepto que opera, en la práctica, como un título habilitante que legitima las intervenciones limitadoras de la administración, y que sirve de fundamento de prohibiciones, nulidades y sanciones. Frecuentemente, se lo ha utilizado para restringir

el ejercicio de la libertad de empresa, esto es, afectando a las voluntades de los operadores económicos mediante la restricción de sus decisiones y acuerdos, y constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad, pero no respondiendo a una idea preconcebida de lo que, en cada momento, pueda entender la administración por un buen funcionamiento del sistema económico, sino, más bien, a una limitación que se deriva de lo establecido en la Constitución y en las leyes. En otras palabras, «[...] es un concepto indeterminado, pero necesariamente determinable por las normas que regulan la intervención pública controladora de la economía» (Rivero 1999: 131).

Cabe advertir que la existencia de una intervención de carácter normativo sobre el mercado y los operadores económicos es un elemento siempre presente en la historia económica, y recientemente destinado a defender el mercado como institución, al disponer el Estado de un mecanismo administrativo de salvaguarda, lo que desecha la intervención puramente judicial. La defensa de la competencia económica no es, pues, una disciplina civil o mercantil, sino una tarea propia del derecho administrativo económico. Si fuera solo el Poder Judicial el que interviniera a través de sus sentencias sobre la genérica libertad de contratar, la libertad de empresa sería, simplemente, la pura capacidad de obrar de los individuos sin proyección sobre el conjunto de la sociedad.

Como bien dice Soriano, en un supuesto semejante primaría en el Estado «[...] la dimensión puramente subjetiva e individual, con actuación ex post facto sobre la dinámica patrimonial, eclipsando totalmente la dimensión preventiva propia de la vertiente institucional (que naturalmente conoce también actuaciones ex post facto pero, unidas a las mismas, utiliza acciones preventivas)» (1998: 18). Entre nosotros es también así, de lo que resulta difícil y ambiciosa la tarea de garantizar que los concurrentes en el mercado actúen libremente y, al mismo tiempo, que respeten las reglas del juego de este, para «[...] preservar así, de manera simultánea, tanto el mercado, sin el cual no habría libertad de empresa, y la libre iniciativa, sin la cual no habría mercado» (Soriano 1998: 18). Esta es la paradoja a la que debe enfrentarse el derecho de la competencia.

2.4. De otro lado, la propia naturaleza del orden público económico hace imposible la utilización de la técnica penalista de la tipicidad frente a los eventuales ilícitos que puedan presentarse, no solo por las dificultades de

lograr tal tipificación en un mundo tan cambiante y dinámico como el económico—lo que debilitaría, en esa eventualidad, a la seguridad jurídica—, sino también porque haría imposible la adecuación y proporcionalidad de la sanción. Así, la idea del orden público económico no es otra cosa que una cláusula de reserva que permite recoger todos aquellos actos contrarios al sistema económico constitucionalizado.

La prohibición y sanción de las prácticas colusorias, del abuso de la posición de dominio, de la deslealtad y de la publicidad engañosa, todas ellas actividades contrarias a la libre competencia, se asientan en la idea de un orden público económico que brinda la posibilidad, dentro de la técnica jurídica, de escapar a la imposible precisión de una tipicidad penal (AAVV 1961: 23). En todas las leyes que regulan esos aspectos, y que más adelante citaremos (véase 5.), se encuentra presente la idea común a todos los aspectos de la técnica jurídica del orden público: la definición en razón de la finalidad prohibida, esto es, la prohibición de un resultado económicamente dañoso para la comunidad y la protección del interés de los consumidores y usuarios. Esta técnica del orden público económico viene a salvar el riesgo que ha planteado la desregulación normativa, por influencia, principalmente, de las corrientes neoliberales, y que ha hecho en áreas económicas concretas prácticamente desaparecer un conjunto de potestades que, por cierto, habían, en algunos casos, perdido sentido. En nuestros días, las normas sobre la defensa de la competencia económica ya no responden a cada sector concreto de la actividad económica, sino a todas en general.

2.5. Aceptada entonces entre nosotros la separación entre Estado y sociedad, se postula del primero la necesidad de que tome a su cargo la conformación activa de lo social, ya que esa es una de sus razones de existir, conformación que alcanza, por mandato constitucional, a la economía. Ello puede emprenderse mediante un sistema intervencionista que, a través de actos administrativos, sustituya parcialmente las relaciones interprivadas, pero también puede escoger otro camino, que es el de conseguir ese mismo resultado mediante la competencia económica. Esta última es la opción recogida por nuestro legislador.

3. Presupuesto constitucional: la libertad de empresa como derecho fundamental en el marco de una economía social de mercado

3.1. Las relaciones entre Estado y mercado han sido siempre complejas en todos los países y épocas; también lo han sido en el Perú (Contreras y Glave 2002). Ellas constituyen el telón de fondo sobre el que se realizan, con más o menos libertad, las transacciones comerciales y las propuestas jurídicas para modelarlas. Frente a esas relaciones se levantan las disposiciones constitucionales republicanas defensoras de la libertad económica, las que han tenido una vigencia precaria y limitada, lo que ha dado lugar a una permanente contradicción entre el mandato constitucional y la vida diaria. Asimismo, el desconocimiento generalizado del contenido esencial de la libertad económica ha corrido parejo con las reiteradas llamadas a su plena vigencia por parte de minorías ilustradas.

La libertad económica es uno de los principios rectores de la civilización occidental contemporánea e inspira todo el derecho patrimonial. Es también denominada *libertad de empresa*, fórmula actualizada de la libertad de comercio e industria cuyo reconocimiento se inicia con la Revolución Francesa de 1789, la que tiene indirecto origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la misma fecha.

3.2. La mención explícita a la libertad de empresa aparece por primera vez en nuestra Constitución de 1993, aunque las Constituciones republicanas reconocieron siempre —pero con limitaciones— la libertad de comercio e industria. En otras palabras, nuestros textos constitucionales, históricamente, han reconocido el derecho de los ciudadanos a escoger el trabajo y a realizar las actividades económicas que crean convenientes, asumiendo que ello posibilitará hacer realidad los proyectos de vida de cada cual en materia económica, esto es, la obtención de bienestar, y dando por cierto que ello será compatible con el interés público y representará un beneficio para la sociedad (Kresalja 2004: 504).

Hay que hacer notar que la Constitución vigente de 1993 significó un cambio importante en el régimen económico constitucional. A diferencia de lo que ocurría con la Constitución anterior de 1979, el rol del Estado queda disminuido, pues ya no formula la política económica ni planifica, y su actuación empresarial queda muy limitada, de modo que desaparece la

posibilidad de reservarse actividades económicas (Kresalja 2001: 204). El Estado ya no asume el rol de promotor del desarrollo que tenía en la Carta de 1979, lo que convierte a la empresa privada en la principal responsable de la actividad económica.

3.3. Como ocurre en otras Constituciones modernas, son materias relacionadas a la economía e incorporadas en nuestra Constitución el tratamiento jurídico de la propiedad, la libertad contractual, la libertad de iniciativa privada y la de empresa, los servicios públicos, la protección del trabajador, el rol del Estado, la competencia económica y los abusos a que pueda dar lugar, así como la protección a consumidores y usuarios, entre otros. Estos son los pilares sobre los que se asienta nuestro constitucionalismo económico.

Dice el artículo 58 de la Constitución Política de 1993 que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado. En su artículo 59 siguiente, la Carta Fundamental garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa. Con el objeto de tener una visión más completa y equilibrada de estos enunciados, podemos agregar que el artículo 1 de la misma Carta prescribe que «[...] la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», y que el artículo 2 dispone que toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar (inciso 1); a la igualdad ante la ley (inciso 2); a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (inciso 8); a contratar con fines lícitos (inciso 14); a trabajar libremente (inciso 15); a la propiedad (inciso 16); y a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación (inciso 17). Finalmente, en el artículo 65, el Estado se obliga a defender los intereses de los consumidores.

3.4. Al ser la Constitución la cúspide del ordenamiento jurídico, la materia económica que aparezca en ella tendrá también ese carácter, de modo que se constituya en un verdadero plan de acción para la administración pública y para los operadores económicos. En este sentido, es preciso recordar la afirmación del jurista español Pablo Lucas Verdú: «Los principios rectores de la política social, económica y cultural son postulados inderogables y vinculantes, inspirados en los valores constitucionales que tienden mediante su capacidad transformadora, articulada en la normativa correspondiente, a optimizar el bienestar general» (Verdú 1984: 164).

El sistema económico constitucional es el de la economía de mercado del Estado social, es decir, el de la economía social de mercado, que suele dejar un amplio margen de acción al poder público, resultado de la combinación de elementos heterogéneos procedentes de las distintas formas de concebir la economía de mercado e inspirados tanto en postulados del neocapitalismo contemporáneo como del socialismo democrático (Font 1987: 131). El sistema económico se suele formalizar a través de cláusulas generales indeterminadas y, por tanto, necesitadas de concreción por normas de inferior jerarquía a la constitucional. En la Constitución vigente tienen varias esa calidad, como la correspondiente a su artículo 59, en virtud de la cual el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; la de su artículo 58, por el que el Estado orienta el desarrollo del país; y la del artículo 61, que obliga a facilitar y vigilar la libre competencia. Por cierto, todas estas cláusulas de contenido económico necesitan de precisión jurídica y forman parte de un sistema que se asienta en la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Carta vigente).

La antes referida indeterminación de las cláusulas económicas responde, entre otros aspectos, a la exigencia de actualización normativa inherente a la vida económica. Sin embargo, la valorización sistemática de esas cláusulas nos permite afirmar, en sentido amplio, que ellas sancionan de modo inequívoco un sistema de libre iniciativa, variando los límites y las facultades de intervención por parte del Estado en los diferentes conjuntos normativos vinculados a distintas actividades económicas. Las críticas a esa ambigüedad son fruto de posiciones extremas, fuertemente ideologizadas, de escasa o nula viabilidad práctica.

3.5. Tanto por su ubicación en el artículo 2 de la Constitución sobre los derechos de la persona como por el contenido general de la Constitución vigente, la libre iniciativa en el ámbito económico, que se confunde y cohabita con la libertad de empresa, es un derecho fundamental. Como sabemos, estos deben ser reflejo de los derechos de la persona al interior de la Constitución y funcionar como elementos subjetivos incorporados al sistema democrático.

La libertad de empresa tiene el carácter de derecho fundamental, y así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional.³ Se trata de un auténtico derecho subjetivo sobre el que se construye el sistema económico constitucional, un derecho subjetivo que el Estado y los poderes públicos tienen la obligación de respetar y garantizar, y, en tal sentido, se trata de una pretensión que se puede exigir a quien tiene el deber de hacer posible que se actúe de acuerdo a ella; en otras palabras, el titular del derecho podrá acudir a los tribunales de justicia cuando otro sujeto, privado o público, lesione ese derecho.

Como derecho fundamental, consustancial a la dignidad del ser humano, la libertad de empresa solo adquiere pleno sentido si puede ser ejercida por todos. No se trata ya de un derecho subjetivo implícito como lo era en las Constituciones liberales del siglo XIX, que defendían, básicamente, los intereses de la burguesía, sino de un derecho que se alza contra los abusos que la propia libertad de empresa puede generar; se convierte en un derecho que requiere de la intervención del Estado para su propia defensa. No se trata, pues, de un derecho subjetivo absoluto, dado que necesita de la intervención del Estado, con el propósito de que restablezca condiciones de igualdad entre sujetos que son básicamente desiguales, tal como se comprueba en la vida cotidiana. Esa intervención garantiza:

[...] el libre acceso al mercado de todos aquellos que cumplan con las exigencias o requisitos que exige la legislación positiva y que, en ocasiones, necesita de la aplicación de un conjunto normativo ad-hoc —el referido a la protección de la competencia— para sancionar los abusos que puedan hacerse en el ejercicio desorbitado de esa libertad. Podemos entonces afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico, nadie puede suprimir el derecho a la libre iniciativa de un agente económico, actual o potencial (Font 1987: 534).

La libertad de empresa tiene también una dimensión institucional, pues la normativa debe estar destinada a garantizar su funcionamiento, a eliminar externalidades y a servir al consumidor, todo ello con el objeto de lograr los fines sociales constitucionalmente consignados. Por ello, a su vez, se justifican las intervenciones normativas que limitan esa libertad, por cierto sin transgredir su contenido esencial.

³ Véase sentencia del 11 de noviembre de 2003. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta B. y otros. Expediente 0008-2003-AI/TC (en especial, fundamento 4).

Vemos, así, que la libertad de empresa, en su visión «estática» o individual, es una libertad fundamental protegida por el Estado, pero también lo está desde una perspectiva «dinámica» en su visión institucional o del mercado en su conjunto, en el cual cada libertad de los concurrentes se ha de unir a la libertad de los demás si pretendemos que el mercado funcione. De este modo, la libertad de empresa como derecho fundamental «[...] actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y en su salida» (Soriano 1998: 97).

En síntesis, todos los derechos fundamentales, constitucionalmente protegidos, cuentan con un doble ámbito: uno subjetivo, que contiene las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que, por tanto, exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional, que obliga a ese poder público a realizar acciones positivas a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales.

3.6. Así, pues, la libertad de empresa como derecho fundamental goza de un doble carácter: es, por un lado, un derecho subjetivo que le garantiza al individuo un estatus jurídico de libertad y, por otro, un elemento esencial del ordenamiento jurídico de la sociedad, en cuanto se configura como un marco de convivencia humana. Es necesario encontrar un equilibrio entre ambos aspectos y evitar que la normativa que regula su ejercicio devengue en intervencionismo, lo que no significa rechazar la normativa que resulta indispensable para la intervención de la administración. En este sentido, debe apreciarse que la supresión constitucional de la libertad de empresa traería por los suelos todo el sistema democrático previsto en la Constitución.

Ahora bien, la libertad de empresa exige un marco regulador, pues sin él sería muy difícil que pueda desarrollarse con estabilidad y equilibrio, marco que está compuesto no solo de leyes sino de dispositivos de menor jerarquía, así como de licencias y autorizaciones de diverso tipo. Esta regulación expresa ámbitos de acción en los que el Estado moderno asume tareas para la realización de los ideales constitucionales, tales como la sanidad, el urbanismo, el transporte, el medio ambiente, etcétera, vinculados todos ellos a lo que se considera el orden público económico.

3.7. El respeto por el contenido esencial de la libertad de empresa resulta necesario para permitir al ciudadano la satisfacción de aquellos intereses que, justamente, ese derecho le otorga. Se trata de una garantía constitucional, de una frontera infranqueable que, a la vez, actúa sobre el legislador, la

administración y, en ocasiones, sobre los particulares para que el derecho fundamental no tenga solo vigencia formal sino, también, material. En otras palabras, es un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, cuyas únicas excepciones tolerables son aquellas consignadas en la propia Constitución, las que deben interpretarse restrictivamente.

A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del 17 de enero de 2005 (expediente 3315-2004. Agua Pura Rovic S.A.C.), ha señalado que el concepto de libre empresa al que apunta nuestra Constitución Política se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica, lo cual supone libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes y libertad de iniciativa o de actuación dentro del mercado. Dice también que ni el Estado ni los agentes económicos pueden impedir o restringir ese acceso, y sí, más bien, deben competir conforme a las propias condiciones y variables impuestas por la ley de la oferta y la demanda. Agrega que el derecho no puede intervenir para alterar las reglas propias del mercado, sino garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva, y que, a su vez, garantice que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone estén siendo cumplidas.

Ese núcleo esencial está constituido por cuatro libertades en el caso que nos ocupa: la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado, la libertad de organización, la libertad de competencia y la libertad para cesar las actividades. No es este el lugar para extendernos sobre el contenido de estas cuatro libertades ni tampoco sobre su reconocimiento expreso en una variada normativa infraconstitucional que no en pocas ocasiones significa, también, límites y trabas en su ejercicio (Kresalja 2004: 544). Aquí solo haremos una breve referencia a la tercera de esas libertades, que es la libertad de competencia.

3.8. La libertad de competencia es una facultad inderogable del empresario y motor de un sistema económico de mercado. No es solo un derecho, sino también una obligación, que entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: es *implícita* cuando, en su artículo 58, señala que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía social de mercado, y cuando, en el artículo 59, garantiza la libertad de empresa; y *explícita* cuando, en su artículo 61, afirma que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio.

Se trata de una libertad integrada, tanto por las denominadas libertades económicas (establecimiento y circulación de bienes, capitales y personas) como por las jurídicas (la contractual, por ejemplo); esto es, hay libertad de iniciativa y de organización y, a su vez, manifestación de la autonomía de la voluntad contractual.

La libertad de competencia tiene como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio el cumplimiento de una función social, que actúa como límite de las actividades económicas competitivas y que se manifiesta en la legislación específica correspondiente, la que no desvirtúa el contenido esencial de la libertad de empresa, sino que persigue mantener en un plano de igualdad a los agentes económicos que participan en el mercado y proteger a los consumidores y usuarios.

3.9. Ahora bien, la libertad de empresa opera al interior de un sistema de economía social de mercado. Como hemos dicho ya, ese sistema carece de una formulación única, ausencia esta que le da flexibilidad. La libertad de empresa, como la formación de los precios por el mercado, siempre está reconocida, pero también se justifican intervenciones del Estado para dar vigencia al valor de la solidaridad. Se trata, pues, de un sistema en el que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen preeminencia, pero en el que el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades mínimas a los consumidores y usuarios. La práctica de la deslealtad, de la publicidad engañosa o de las prácticas colusorias se combate y sanciona, así como también la marginación, las desigualdades injustas y la pobreza extrema.

El concepto de *economía social de mercado* reconoce la competencia como motor del sistema, la que debe dirigirse a la satisfacción tanto de los legítimos intereses económicos particulares como de los intereses sociales. Es este concepto el que enmarca el ejercicio de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida. He señalado, en ocasión anterior, lo siguiente:

[...] cuando nuestros textos constitucionales disponen que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa se ejercen en el marco de una economía social de mercado, esta implícitamente haciendo posible, a los partidos políticos democráticos representantes de distintas ideologías, plantear y presentar a sus electores distintos programas gubernamentales de política económica y social, los que no podrán —claro está— transgredir los valores incorporados en los principios constitucionales, así como tampoco el contenido esencial de la libertad de empresa (Kresalja 2004: 528).

4. Concurrencia, competencia y mercado

4.1. La competencia económica como contenido esencial de la libertad de empresa

4.1.1. Nociones de concurrencia y competencia

4.1.1.1. Empleamos con frecuencia, y en variados sentidos, la palabra *competencia*. Pero siempre, en todos los casos, conlleva la idea de lucha y de esfuerzo frente a otros; e, implícitamente, la de **ganancia o pérdida**, de victoria o de derrota. Y también supone la idea de riesgo, de obstáculos por superar en un mundo cambiante que exige y que plantea retos y demandas que es necesario enfrentar. En el mundo de las personas, si bien la lucha por la vida es, en cierto sentido, siempre competencia, todas no la practican, al menos en el sentido que empleamos el término en este trabajo. Diferente es en el caso de las empresas, en el que su mención es casi siempre inevitable. Aquellas o estas, si no lo hacen —o lo hacen mal—, son, en el lenguaje diario, no competitivas. Y, por duro que sea, en las sociedades regidas con diversa intensidad por el capitalismo y la democracia representativa, quien no compite —o lo hace mal— pierde, socialmente, estima. No estamos en esta materia en el mundo de Dios, sino en el de César.

4.1.1.2. Es preciso tener presente que *competencia* y *concurrencia* no son conceptos iguales ni expresan lo mismo. Concurrencia, en términos económicos y jurídicos, es la junta de varias personas o empresas en el mercado, el poder o facultad de acudir a este. Tiene una connotación cercana a la de acceso al mercado. Competencia es oposición, rivalidad, lucha en el mercado entre dos o más que a él acuden, o que ahí ya están. Mientras que la concurrencia hace, pues, referencia a la pluralidad de empresarios oferentes de bienes o servicios en el mercado, competencia significa rivalidad entre ellos.

Como bien señala Font Galán:

[...] la concurrencia es el sustrato económico material de la competencia entre empresarios y también el presupuesto fáctico natural de la competencia, entendida como elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado. Sin una previa situación de concurrencia no es posible hablar de competencia entre empresarios, ni tampoco del funcionamiento efectivo del sistema de economía de mercado. En cambio, la competencia es una modalidad de concurrir en el mercado, esto es, una particular forma

de ejercitar las actividades empresariales, en situación de concurrencia (competencia entre empresarios); y sustanciada la competencia en una cualidad dinámica del ejercicio de la actividad empresarial, se comprende fácilmente el distinto plano en el que se sitúan ambos conceptos (1987: 24).

4.1.1.3. Desde el punto de vista de la concurrencia y el acceso al mercado, es pertinente recordar los actos de limitación —o de policía— para poder concurrir o acceder, los cuales constituyen un instrumento poderoso del accionar administrativo. Pueden ser muy diversos⁴ y, en unión con las políticas de fomento (incentivos fiscales, préstamos preferenciales, etcétera), forman parte de los instrumentos de intervención del Estado en la economía. Pueden, en ocasiones, tener un carácter de excepción, cuando la actividad está prohibida, y otorgar un poder excepcional, quizá monopolístico, a la empresa autorizada.

Las autorizaciones, que en algunas legislaciones forman parte de las tareas de los organismos reguladores en sus respectivos ámbitos, pueden ser simples —limitándose a verificar uno o varios supuestos de hecho— u operativas, en virtud de las cuales se ejerce un control sobre la actividad económica concreta a la que supervisan. Ello puede apreciarse con facilidad, por ejemplo, en el caso de instituciones financieras o de administradoras de fondos de pensiones. Así, pues, son muchos los casos en los que a partir de la autorización, que también puede darse en el ámbito de las autoridades

⁴ Mediante las actividades administrativas, se restringe la libertad o derechos de los particulares, pero sin que se sustituya la actuación de estos por el Estado. Esa actividad supone el ejercicio concreto de una potestad administrativa con un acto de por medio y no efecto directo de una norma (Parada 2002: 390). Ahora bien, la actividad administrativa de limitación responde, dice Ramón Parada, a una escala. El grado menor esta constituido, por ejemplo, por los deberes o cargas que la administración puede exigir a las empresas mediante la remisión de información. Un grado mayor es el sometimiento del ejercicio de un derecho a una autorización, «la técnica reina del control preventivo», que no es otra cosa «que una constatación reglada por la Administración de que se dan las condiciones requeridas para ello, constatación que tiene ese exclusivo objeto de comprobar que el supuesto de hecho previsto en la norma definidora se cumple efectivamente» (Parada 2002: 390). La autorización, también denominada licencia, importa el reconocimiento de un derecho preexistente, pero que no puede ejercerse sin previa conformidad; esto es, no amplía el campo de los derechos del autorizado. El permiso, que algunos incluyen entre las autorizaciones, comporta una exención que beneficia con la ventaja que produce un bien común (por ejemplo, portar armas), de modo que se convierte en una tolerancia precaria concedida discrecionalmente que no crea ningún derecho subjetivo a favor del sujeto (Dromi 1995: 579). Finalmente, un grado de limitación mayor lo constituye una prohibición formal de hacer o la imposición de una determinada conducta positiva, como el cierre de establecimientos por razón de calamidad pública.

regionales o locales, se inicia una relación permanente y actualizada de continuo entre la administración pública y la empresa. No cabe duda de que cuanto más discrecional sea el accionar de la administración mayor será su poder, así como el riesgo de influir en el mercado y alterar las reglas de la competencia. Por ello, en algunos casos se exige que el procedimiento de autorización sea de carácter público, con el objeto de que terceros interesados puedan interaccionar.

4.1.1.4. La dificultad para determinar el contenido jurídico del término competencia proviene de su carácter económico y de la ausencia de un contenido unívoco, pues en la ciencia económica se habla de diferentes clases o tipos de competencia: perfecta, imperfecta, efectiva, monopolista, etcétera.⁵ A ello se suma la ausencia de definiciones en las leyes que tratan de la competencia económica. Aquí no nos interesa reconstruir una pura discusión teórica al respecto, sino saber cómo se presenta realmente en el mercado, especialmente en las economías capitalistas desarrolladas: como competencia imperfecta o monopolística.

Es pertinente señalar, entonces, que no nos referiremos a un modelo *ad hoc* para economías subdesarrolladas como la nuestra —en la que conviven dinámicamente una parte moderna conectada al mercado con otra tradicional dirigida parcialmente al autoabastecimiento—, porque no hay un modelo indiscutido que la asuma. Así, pues, con esta advertencia que debe tenerse presente para matizar las afirmaciones siguientes, más adelante señalamos las características del modelo de competencia imperfecta y sus implicancias jurídicas, que es el que prima en el mundo desarrollado y en los sectores modernos de países en vías de desarrollo, aunque, por cierto, con distinta intensidad (véase 4.2.).

4.1.2. Daño concurrencial

Como bien señala Baylos, el régimen de competencia está basado en la licitud del daño concurrencial, pues «[...] es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes» (1978: 228). Dice ese autor que, en el desarrollo de la pretensión de cada empresario de captar

⁵ Puede verse un resumen en SAMUELSON, P. *Curso de economía moderna*. Madrid: Aguilar, 1965, pp. 540 y s(s).

para sí un comprador, no solo aspira a realizar una transacción comercial, sino que persigue conservar a ese comprador concreto como cliente de su empresa pensando en futuras compras:

La actividad concurrencial se manifiesta, pues, como un esfuerzo dirigido a conseguir ventas actuales y a asegurarse adhesiones para el futuro, de modo que en torno a cada empresa se forme ese núcleo de compradores eventuales que se denomina la clientela. Por eso realizar actos de publicidad y propaganda de los productos y servicios ofrecidos o de la empresa que los ofrece es estrictamente hacer competencia a los otros empresarios concurrentes, aunque en la realidad no se expendan aún los productos promovidos por esa publicidad (Baylos 1978: 229).

Este concepto de daño concurrencial ha sido interiorizado y aceptado por los agentes económicos, los funcionarios públicos y los abogados, y ha tenido repetido reconocimiento en las resoluciones administrativas de INDECOPI.

4.1.3. Competencia prohibida

La competencia ilícita tiene dos manifestaciones: la competencia prohibida y la competencia desleal. Esta última la trataremos más adelante (véase 5.5.). Es pertinente decir acá algunas palabras sobre la competencia prohibida. En esta, existe la obligación legal de abstenerse; esto es, los agentes económicos no pueden desarrollar una actividad concreta, sea por mandato de la ley o por un contrato. Lo ilícito, entonces, resulta ser la concurrencia al mercado. Ocurre ello cuando, por ley, se crean monopolios estatales (lo que no es posible de acuerdo a la actual Constitución nacional, según su artículo 61, pero que ocurrió con frecuencia anteriormente). También ocurre cuando la administración otorga concesiones en exclusividad, usualmente referidas a servicios públicos; cuando se imponen determinados requisitos para el ejercicio de una profesión; entre otros casos.

Uno de los supuestos más importantes era aquel que consignaba el artículo 114 de la Constitución de 1979, en virtud del cual el Estado, mediante ley, podía reservarse actividades productivas y de servicios (Kresalja 2001: 272). Esta reserva, que ya no existe en nuestra Constitución vigente, sustrae de la actividad privada el ejercicio de algunas actividades económicas por razones de interés público o general (véase 4.2.2.).

La obligación de abstenerse de participar en una actividad económica puede también tener origen en un convenio, como en el caso de algunos contratos de distribución de licencia, en virtud de los cuales una de las partes debe abstenerse de competir para garantizar el cumplimiento de la obligación principal. Por ejemplo, en el contrato de cesión de empresa, normalmente se establece la obligación del cedente de abstenerse de ejercer la misma actividad económica que constituye el objeto de la empresa cedida, al menos en el habitual territorio bajo su influencia, con el objeto de que el transmitente no distraiga a la clientela y no obstaculice la obtención de nueva por parte del adquirente.

En la competencia desleal, en cambio, la actividad es en sí misma lícita y permisible, y está prohibido ejercerla, únicamente, por determinados medios reprobables que la ley castiga.

4.1.4. Noción de mercado. Mercado relevante. Fallos del mercado

4.1.4.1. *Mercado*, al igual que *competencia*, es un término extraído de la ciencia económica. Se utiliza, generalmente, como lugar de encuentro entre la oferta y la demanda respecto a una determinada mercancía o servicio, lugar en el cual los consumidores se hacen clientes, esporádicos o permanentes, de algún vendedor de mercancías o de servicios. Fikentscher, refiriéndose a los criterios determinantes de la existencia de un mercado, señala, citado por Font Galan, que:

[...] un mercado se delimita a través de tres determinantes: un bien, un espacio y un tiempo. Estas tres dimensiones están entre sí unidas por una relación recíproca, de modo que el bien se determina a través del tiempo, y el tiempo a través del bien y del espacio [...] y la relación entre las tres dimensiones se califica como interdependencia o interrelación de las determinantes del mercado (citado en Font 1987: 45).

Por cierto, hay otras definiciones de lo que debe entenderse por mercado. Tomemos, por ejemplo, lo señalado por Duque: «[...] el espacio social en que se encuentran demandantes y productores de los bienes y servicios, donde éstos son valorados equitativamente en concurrencia con los otros productores» (Duque 1977: 67). Por su parte, Franceschelli señala que, en sentido amplio, el mercado es «[...] el conjunto de relaciones que tienen por objeto la adquisición o venta, esto es, el cambio de bienes, servicios o valores respecto de los cuales el Ordenamiento jurídico se preocupa de

garantizar su circulación y la libre fijación de precios y cantidades». El mercado es, en este sentido, el encuentro de la demanda y de la oferta. Dice este autor:

[...] el mercado no puede definirse, pues, más que como una situación jurídica general, jurídicamente garantizada y protegida, dotada de una propia lógica económica y jurídica, que no puede ser alterada sin hacer quebrantar su mecanismo y por consiguiente la situación general o concreta, según el caso. Situación que tiene un valor instrumental y no final; que condiciona y permite una serie de relaciones jurídicas de cambio, que califican un cierto tipo de economía, resultante de una concreta previsión constitucional; (situación) que es protegida en sí y en los efectos que produce a la economía, a los operadores económicos y por tanto a la sociedad (citado en Font 1987: 46).

4.1.4.2. Como lo indica su propio nombre, una economía de mercado presupone una economía basada en el mercado, al que se confía el desenvolvimiento del proceso productivo, mercado cuyo funcionamiento es apolítico y sin referencia a valores morales. Porque el mercado es un mecanismo de información y, en esa dimensión técnica, resulta neutral—ni solidario ni insolidario—. Los incentivos que provee son estrictamente económicos y es ajeno a valoraciones éticas. Pero el funcionamiento del mercado exige una determinada estructura política y jurídica, esto es, una serie de presupuestos institucionales ofrecidos por el derecho privado, civil y mercantil: libre determinación de los factores productivos, libertad de acceso, libertad de contratación, libre competencia, libertad de apropiación del beneficio empresarial, libertad de los consumidores, etcétera. Estos presupuestos, como la realidad nos muestra cotidianamente, no se suelen dar con plenitud sino a través de un modelo de competencia imperfecta (véase 4.2.) que, en ocasiones, obliga a una acción correctora por parte del Estado, lo que da lugar a un intervencionismo administrativo y a la aplicación de sanciones previstas en el derecho de la competencia y, a veces, en el derecho penal. A ello se agrega la existencia en los mercados de numerosas autoridades de vigilancia y fiscalización, con poderes reguladores y sancionadores.

4.1.4.3. Por su parte, la noción de *mercado relevante* suele ser definida por las autoridades administrativas y judiciales al momento de analizar los casos que se les someten, para determinar la existencia de restricciones a la competencia, esto es, la incidencia que pudieran tener los abusos de posición dominante o las concentraciones. «El mercado relevante —dice Bercovitz— está delimitado por unos bienes y servicios determinados,

caracterizados por su sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, dentro de un ámbito geográfico y temporal determinados» (2001: 119). Se trata de un tema complejo no tratado en nuestra legislación, aunque sí desarrollado en algunas resoluciones administrativas.⁶

La lógica de las normas protectoras de la competencia es evitar el uso indebido del poder de mercado por parte de las empresas. La forma de identificar si se está haciendo uso indebido del poder de mercado es delimitar el ámbito en que dicho poder puede ejercerse, es decir, qué tanta posibilidad existe de que una empresa fije las condiciones de venta sin el riesgo de verse enfrentada por sus rivales y de perder a su clientela dentro de un ámbito determinado.⁷ Es para tales efectos que se delimita el mercado relevante, considerando el *mercado de producto* conformado por los bienes que pueden ser adquiridos en sustitución del que vende dicha empresa, y el *mercado geográfico* delimitado en función de la ubicación de los proveedores alternativos a dicha empresa. Así, el mercado relevante estará conformado por el bien que ofrece la empresa en cuestión y los bienes sustitutos, producidos y comercializados en el área en la que opera la empresa y los proveedores alternativos.

Como parte de su labor de evaluación de infracciones a las normas, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI ha definido en diversas ocasiones el mercado relevante para cada caso concreto. Por ejemplo, la Comisión ha señalado lo siguiente: «La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado en el cual se realizan ofertas y demandas de un producto específico y de sus sustitutos cercanos. En tal sentido, para determinar el mercado relevante, debe identificarse previamente el producto y sus sustitutos cercanos, para, luego, delimitarlo geográficamente».⁸ En cuanto a los elementos por considerar para determinar el mercado relevante, la Comisión ha señalado:

⁶ Véase BULLARD, G. «¿Debe preocuparnos el tamaño? El abuso de posición de dominio». En *Derecho y Economía*. Lima: Palestra, 2003, pp. 697 y s(s). También, BELLAMY, C., G. CHILD y E. PICAÑOL. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 528 y s(s).; y CABANELLAS, G. *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta, 1983, pp. 306 y s(s).

⁷ Véase CONRATH, C. *Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición*. Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio, 1998, pp. 91 y s(s).

⁸ Resolución 066-96-INDECOPI/CLC, del 17 de julio de 1996. Metales Bera del Perú S.A. contra MINSUR S. A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

Para determinar el mercado del producto relevante, primero debe definirse el producto o servicio materia de análisis, identificando las características de los agentes económicos que constituyen la demanda y oferta de dicho producto. Seguidamente, es necesario identificar los posibles sustitutos cercanos, que ante variaciones en el precio del producto analizado podrían reemplazarlo sin mayores inconvenientes. Se requiere también identificar a las empresas que producen estos sustitutos.

Adicionalmente, la Comisión ha precisado que:

Dentro del análisis del mercado geográfico debe considerarse la capacidad de los consumidores locales para acudir a proveedores fuera del lugar donde se encuentran, si ello resulta una operación fácil o de un costo competitivo, dichos proveedores deben ser incluidos en el mercado, porque los productores locales no tendrían la capacidad de ejercer poder sobre el mercado sin la cooperación de aquéllos [sic].⁹

4.1.4.4. La ciencia económica ha puesto de relieve que, en determinadas ocasiones, el mercado no funciona correctamente; es decir, no optimiza el bienestar social sino que, incluso, puede empeorarlo.¹⁰ Para corregir esos fallos, a veces han tenido éxito político los proyectos para restringir la competencia, lo cual es un error, pues no son lo mismo fallos de mercado que competencia limitada. Un ejemplo clásico de esos fallos es el de los denominados *bienes públicos*, esto es, aquellos que una vez producidos son disfrutados por un importante número de personas y no solo por aquellos que los producen, sin que se les pueda cobrar por ello; tal es el caso de la seguridad, la defensa o la administración de justicia. A pesar de ser un tema polémico, se considera que, si se dejara al mercado la provisión de estos bienes, se tendría menos seguridad, defensa o justicia. Otros casos conocidos de fallos del mercado son los de las externalidades, esto es, actuaciones en el mercado que son soportadas por personas distintas a quien las generó (costos medio ambientales, por ejemplo), y los de la información asimétrica (en el contenido y efectos de las medicinas, por ejemplo).

⁹ Resolución 022-97-INDECOPI/CLC, del 26 de setiembre de 1997. Formas Continuas y Derivados S.A. contra Servicios Postales S.A. - SERPOST, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación

¹⁰ Véase FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. *La competencia*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 63 y s(s). (a quien seguimos en este punto).

Esos fallos del mercado son los que justifican que, en ciertas ocasiones, el Estado intervenga, o que se convierta en el proveedor de los bienes públicos, o que regule de forma tal que los costos medio ambientales, por ejemplo, sean soportados por quien los provoca. Pero la ciencia económica ha señalado también que esos fallos del mercado no son fallos de la competencia y que, por tanto, resulta un error el restringirla para resolverlos. En efecto, para que una fábrica asuma los costos de la contaminación que provoca, no es necesario nacionalizarla. La necesidad de regulación para enfrentar los fallos del mercado no significa, entonces, suprimir la competencia, porque el problema está en el mercado y no en la competencia.

4.1.4.5. Ahora bien, no debe entenderse lo antes dicho en el sentido de que sea aconsejable, en todas las actividades humanas, introducir competencia. Tomemos el caso, por ejemplo, de los monopolios naturales, actividades en las que, debido a las economías de escala o a las ventajas de integrar varias actividades en una sola empresa, se puede producir a costos más bajos que si hubiera varias. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado en el caso de esos monopolios, porque a veces no son tan «naturales», sino que responden a preferencias del Estado o a razones históricas superables, fundamentalmente por desarrollos tecnológicos recientes. Otra razón por la cual a veces no se recomienda introducir competencia es porque la organización de esta tiene costos; es decir, la gente emplea dinero y tiempo en buscar con quién es mejor contratar. Hay que tener en cuenta que muchas actividades no se organizan en mercados, y es necesario en estos casos comparar los beneficios que proporciona el mercado, en términos de mayor eficiencia, con lo que cuesta. Se trata de los llamados *costos de transacción*. Por ejemplo, los atolladeros de tránsito deben ser resueltos sobre la base del razonamiento y no del mercado.

4.1.4.6. En síntesis, como hemos puesto antes de relieve, hay actividades económicas en las que el mercado falla, pero no así la competencia; no hay, por tanto, razón para restringir a esta última, que simplemente no aparecerá en determinados mercados. De otro lado, no se debe olvidar que por razones ideológicas y políticas —respetables, pero cambiantes— hay actividades que, según la mayoría de la gente, no deben someterse a la competencia económica.

4.1.5. Reconocimiento constitucional y legal

Como señalamos en ocasión anterior, el reconocimiento constitucional a la competencia económica es reciente, pues aparece en la Carta de 1979 y se ratifica en la vigente:

Las diversas referencias a monopolios, acaparamientos, estancos y reservas en los textos constitucionales anteriores al de 1979, algunos pocos felices, no son propiamente antecedentes, por lo que podemos afirmar que el reconocimiento constitucional específico a la competencia económica se inicia con el artículo 133 de la de 1979 y se perfecciona en el artículo 61 de la de 1993. La competencia (que hunde sus raíces en la libertad individual) en su dimensión política social es inspiradora del sistema de economía de mercado y debe premiar el esfuerzo de una conducta que ha utilizado iniciativa e inventiva. Y para que esa competencia sea efectiva, beneficie a los consumidores y a la economía del país, debe realizarse sin acuerdos que la restrinjan, sin abusos y con lealtad (Kresalja 2004: 525).

El reconocimiento que hace el artículo 58 de la Carta de 1993, en el sentido de que la libre iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, así como el del artículo 59 de la misma Carta, en virtud del cual el Estado se compromete a estimular la creación de riqueza y a garantizar la libre empresa, son reconocimientos indirectos pero indiscutibles a la competencia económica. Como se sabe, una economía de mercado es irreconocible si en ella no hay competencia económica, la que forma parte, además, del núcleo esencial de la libertad de empresa. No sería entendible tampoco el reconocimiento del artículo 60 a las diversas formas de actividad empresarial si no existiera competencia económica. A todo ello se agrega el reconocimiento a la libertad de contratar del artículo 62, así como la declaración de que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres, tal como lo afirma el artículo 63; nada de ello sería posible sin la libertad para competir.

Pero es evidente que el artículo más importante en esta materia es el 61, que a la letra señala lo siguiente: «El 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». Si hubiera podido existir alguna duda con los artículos citados más arriba, en este artículo 61 toda duda se disipa, pues queda no solo reconocida la existencia de la libre competencia económica,

sino también la obligación del Estado de facilitarla y de vigilarla, así como también de sancionar los abusos que se consideren a ella contrarios. Como veremos más adelante, es a través de leyes específicas que se ha señalado cuáles son los actos o conductas ilícitos que merecen sanción (véase 5.).

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que el concepto de libre competencia se encuentra incorporado en nuestra Carta Fundamental, al afirmar que supone dos aspectos esenciales, como ya hemos puesto de manifiesto antes: la libertad de acceso al mercado y la libertad de iniciativa o actuación dentro de este; es la misión del derecho el garantizar que se den las condiciones para que ellas se manifiesten.¹¹

4.2. El mercado imperfecto

4.2.1. El modelo de competencia imperfecta

El modelo de competencia imperfecta se entiende en tanto se lo compara con el de la competencia perfecta, inexistente en la realidad pero válido para el análisis y muy utilizado en los ejercicios académicos. El de la competencia perfecta se caracteriza por el acceso libre y sin trabas al mercado; por un número considerable de operadores o unidades económicas; por la homogeneidad de productos y servicios; por la ausencia de control o determinación de los precios; por la transparencia del mercado, y la abundancia y pertinencia de toda la información relevante sobre bienes y servicios, así como las condiciones de su comercialización; por la movilidad de los factores de producción (capital, trabajo y tecnología) y su libre transferibilidad.¹²

Pero es el modelo de competencia imperfecta, el que, con mayor o menor intensidad de sus elementos integradores, existe en la realidad. En él hay libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios, pero también posiciones dominantes que crean o tratan de crear situaciones de monopolio u oligopolio. Tampoco hay siempre homogeneidad de productos o servicios y, por tanto, en muchos casos no son sustituibles. La diferenciación se debe, en proporción importante, a los sistemas de mercadeo, a la

¹¹ Sentencia del 17 de enero de 2005, expediente 3315-2004, Agua Pura Rovic S.A.C.

¹² Véase FONT GALAN, Juan I. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 34 y s(s).; GALAN CORONA, E. *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Madrid: Montecorvo, 1977, pp. 34 y s(s).; y SAMUELSON, P. *Curso de economía moderna*. Madrid: Aguilar, 1965, pp. 540 y s(s).

publicidad y a los derechos intelectuales que, justamente, persiguen esa diferenciación con el propósito de atraer clientela. Es preciso recordar que esa diferenciación es en muchos casos artificial y que, aún cuando ella ocurre, los productos y servicios satisfacen las mismas necesidades. El modelo de competencia imperfecta se caracteriza también por la presencia de grupos económicos que controlan directa o indirectamente la oferta, la demanda y los precios, lo que se manifiesta especialmente en el plano negocial, esto es, en los contratos de adhesión y cláusulas predeterminadas. En este modelo se produce una tendencia a la concentración empresarial, cuya máxima expresión son las llamadas multinacionales, las que gozan de gran poder, el que con facilidad puede devenir en abusivo; esto hace difícil el acceso al mercado y el funcionamiento libre de las fuerzas de la oferta y la demanda. Finalmente, hay siempre una presencia del Estado, al regular la vida económica en forma más o menos intensa, aunque con el fenómeno de la globalización dicha presencia se ha debilitado en algunos sectores específicos, como el financiero.

Este modelo de competencia imperfecta es el que ha llevado al Estado a promover la competencia donde ella sea posible; para ello se ha utilizado el concepto de *competencia practicable o efectiva* (*workable competition*), en la medida que se la concibe como un proceso dinámico que debe adaptarse a las circunstancias cambiantes de mercado, asumiendo y realizando el progreso tecnológico, lo que no ocurre en forma uniforme sino en determinadas empresas y en mercados individuales. No existe, por cierto, unanimidad sobre las medidas por adoptarse para promoverla, pues hay variadas respuestas económicas e ideológicas al respecto, pero es prácticamente unánime la aceptación de una legislación protectora de la libre competencia, como tendremos ocasión de ver más adelante (véase 5.).

Es preciso considerar, además, que en el sistema de capitalismo maduro existente en los países desarrollados —y también en el sector moderno de nuestra economía, aunque con intensidad distinta— el volumen de la producción y la oferta no viene siempre determinado por una demanda libremente formada, sino en virtud de estrategias que los grandes grupos económicos empresariales buscan y controlan, esto es, por factores ajenos a la calidad y precio de los productos y servicios, y sí, más bien, por la influencia psicológica en consumidores y usuarios a través de la publicidad y el marketing. Esto no debe hacer olvidar que, a pesar de ello, la regulación jurídica se aplica

a un escenario, si bien matizado por lo ya señalado, en el que existe iniciativa privada y actividad económica libre; pluralidad de empresarios; libertad de contratación; y libertad en los consumidores para optar por los bienes y servicios que consideran más convenientes a sus necesidades.

Cuando las leyes hacen referencia a la competencia económica, como hemos dicho antes, no la definen, pero es evidente que se refieren a la que se desarrolla en la vida real. Y descriptivamente puede decirse, siguiendo el modelo de competencia imperfecta antes descrito, que en la realidad del mercado existen diversas empresas que actúan autónomamente y que con frecuencia se influyen entre sí, utilizando —para conquistar clientela y obtener beneficios— los parámetros de precio, calidad, publicidad, tecnología, servicios posventa, etcétera.

4.2.2. Reservas, monopolios y empresas públicas

En ocasiones, el propio texto constitucional —y también, por cierto, las leyes y disposiciones de jerarquía inferior— impone límites al ejercicio de la libertad de empresa, por razones ideológicas pero, también, en beneficio de otros intereses institucionales que pueden contraponerse a los derechos subjetivos de los ciudadanos en general y de los empresarios en particular. Estos límites pueden ser intrínsecos, esto es, derivarse de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social, como en el caso del derecho de la competencia, en sus versiones de legislación *antitrust* y de competencia desleal, que están destinadas a garantizar la igualdad de todos los ciudadanos de ejercicio de libre empresa; lo mismo ocurre con las normas destinadas a regular las concentraciones empresariales.

De otro lado, los límites externos que limitan la actuación individual de los ciudadanos y de las empresas en el ámbito económico están conformados, en su mayor parte, por cláusulas constitucionales que habilitan la intervención del Estado en la economía como excepción a la libertad de empresa y a la libre competencia. Son expresión de ello, aunque con matices diversos, la planificación; la protección de la salud, moral y seguridad públicas; y las llamadas *reservas*.

4.2.2.1. Mediante la reserva, el Estado asume con carácter exclusivo una determinada actividad económica; esto es, sustrae del ámbito privado el ejercicio de determinadas actividades económicas, por razones ideológicas,

de seguridad nacional, de interés público u otro título similar. Puede utilizarlas como paso previo en procesos de nacionalización, pero también puede hacerlas compatibles con una gestión dada en concesión temporal al sector privado. Así, pues, la gestión directa del Estado no es siempre una consecuencia inevitable, pues puede establecerse donde todavía no existe actividad empresarial. Las reservas son, entonces, una técnica de intervención pública en la economía que afecta a la actividad o el sector económico y no a empresas aisladas, y, si se proyecta sobre actividades llevadas a cabo por la actividad privada, es altamente probable que terminen siendo nacionalizadas.¹³

Es preciso, sin embargo, diferenciar las *reservas* de las nacionalizaciones, operación esta última en virtud de la cual la propiedad de unos bienes o de empresas privadas se transfiere al Estado. La nacionalización requiere de dos etapas: la primera, que es un acto de reserva de un sector o actividad a favor del sector público; y una segunda, que usualmente desemboca en una expropiación. Se trata de conceptos próximos pero no iguales. Así, por ejemplo, puede reservarse una futura actividad, por ahora inexistente, para posteriormente darla en concesión al sector privado; en este caso, no hay nacionalización.

Las Constituciones de 1920 y 1933 facultaron al Estado a constituir reservas mediante ley por razones de seguridad y necesidad pública, así como a efectuar nacionalizaciones. Ello alcanzó su máxima expresión durante el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980), pues se reservaron muchas actividades económicas a favor del Estado y se realizaron numerosas nacionalizaciones, de modo que se constituyó un alto número de empresas públicas que, generalmente, actuaron como monopolios. La Constitución de 1979 autorizó al Estado a reservar actividades productivas y de servicios por razones de interés social o seguridad nacional. Solo se prohibieron monopolios estatales para los medios de comunicación. Es conveniente recordar el fracaso económico de la gran mayoría de las empresas estatales, las que anularon la competencia económica en amplios sectores, lo que contribuyó significativamente a la desaparición de las reservas en la Constitución de 1993.

¹³ Véase KRESALJA, Baldo. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». *Ius et veritas*, año XI, N° 22, 2001, pp. 282 y s(s)., Lima.

4.2.2.2. La existencia de monopolios hace imposible la competencia económica. Las Constituciones de 1920, 1933 y 1979 permitieron la existencia de monopolios estatales, pero no ocurre así en la vigente de 1993. Como se sabe, el monopolio es el caso extremo de competencia imperfecta, pues solo existe un único vendedor que gozará de un gran poder; es el único productor y ningún competidor puede producir un bien que pueda ser sustituto aproximado del que produce. Los eventuales adquirientes se constituyen en compradores necesarios, en una especie de clientes sin opción. De ahí que el monopolista goce de una posición de dominio. En la vida real, sin embargo, la situación del monopolista admite matices y grados en comparación con otros oferentes de productos similares, análogos o sustitutos. Al ser difícil de identificar en la realidad la existencia de monopolios absolutos o puros, suele hablarse de posiciones *dominantes* en el mercado más que de monopolios, como tendremos ocasión de ver más adelante (véase 5.7.).

El decreto legislativo 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, no sanciona a los monopolios privados; trata, más bien, de los abusos de posición de dominio. Hay que recordar que una empresa puede llegar a gozar de una posición de monopolio en forma legítima si ello es fruto de su crecimiento económico y de su mayor eficiencia.¹⁴ Hay múltiples ejemplos de que así sucede en la vida real y ninguna norma de jerarquía inferior a la constitucional podría sancionar ese crecimiento interno de las empresas, al cual, en ocasiones, se llega a través de fusiones y concentraciones. Mientras esa realidad no impida el ingreso de terceros con el objeto de competir en el mercado, no podrá ser sancionada; lo que se sanciona es, como ya hemos dicho, el abuso de la posición de dominio. Esto no impide afirmar, por cierto, que la competencia económica siempre trae consigo mayores beneficios a los consumidores y usuarios, pero ello no siempre es posible.

4.2.2.3. El tema de la empresa pública se encuentra estrechamente vinculado a las reservas y a los monopolios, y adquirió gran relevancia durante el siglo XX. En su momento, constituyó una innovación importante que rompió con las formas clásicas de la intervención pública de la economía —como sucedía

¹⁴ Véase KRESALJA, Baldo. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». *Ius et veritas*, año XI, N° 22, 2001, p. 297, Lima; y BULLARD, A. «La regulación constitucional de los monopolios y las políticas de competencia». En *Derecho y Economía*, Lima: Palestra, 2003, pp. 666 y s(s).

en el caso de los servicios públicos—, y significó una controvertida respuesta ideológica frente al liberalismo. La empresa pública opera usualmente con carácter monopolístico, de modo que tiene graves dificultades para poder someterse a la competencia económica. Más bien, goza generalmente del poder para imponer precios que cubren sus ineficiencias y no está sujeta a las sanciones típicas del mercado, lo que le permite recurrentes déficits, la obtención de subsidios y una gran politización en sus entes directivos. De esta manera, los que fueron argumentos importantes para su promoción, tales como el afianzamiento de la soberanía estatal, la lucha por la igualdad y la necesidad de lograr un desarrollo acelerado en sectores económicos clave, han perdido peso frente a la realidad, y se ha cuestionado en amplios sectores su actual conveniencia.

En muchos países, y así ocurre también entre nosotros, existen empresas públicas en funcionamiento, pero no todas en régimen de monopolio; justifican su existencia por la aplicación del principio de subsidiaridad, es decir, para satisfacer necesidades colectivas de importancia que no son de interés del sector privado. Y no puede dejarse de reconocer que así ocurre en ciertas ocasiones, por lo que la existencia de empresas públicas o de empresas mixtas con participación estatal no puede descartarse sin más para el logro de los objetivos económicos y sociales en una democracia moderna.

La Constitución Política de 1993, en su artículo 60, hace difícil la existencia de empresas estatales, al señalar que solo autorizado por ley expresa puede el Estado realizar subsidiariamente actividad empresarial, sea por razones de interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Dice, además, que la actividad empresarial pública debe recibir el mismo trato que la privada. Se discute si esta limitación es también aplicable para el ámbito de los servicios públicos. De lo que no cabe duda es que la existencia de un numeroso conjunto de empresas públicas limitaría grandemente la competencia económica, así como la consecución de los fines perseguidos por nuestra Constitución económica.

4.2.3. Ayudas, subsidios e incentivos fiscales

4.2.3.1. Para que tenga real vigencia, la competencia económica no debe estar falseada, real o potencialmente, por determinadas acciones estatales. Así, por ejemplo, las «ayudas» otorgadas a las empresas con fondos estatales,

amenazan o falsean la competencia, pues se favorece a unas empresas sobre otras, de modo que se alteran las reglas comerciales. Ahora bien, para recibir tal nombre, las ayudas deben ser públicas (fondos estatales), otorgarse selectivamente y afectar la competencia.

El término *ayuda* tiene un alcance polivalente y, con frecuencia, se le confunde con el de *subvención*. Como dicen los profesores españoles Calvo y Carrascosa:

Si se interpreta el término subvención en un sentido taxativo, se entiende por tal únicamente el supuesto de prestaciones dinerarias o en una especie acordada, cuyo único objetivo no es otro que consolidar la permanencia de una empresa en el mercado, siendo indiferente, a estos efectos, que los consumidores o usuarios finales cubran los costes de los bienes o servicios producidos por la empresa beneficiaria de la subvención. Suele hablarse, en este concreto contexto, de subvención, aportación o cantidad a fondo perdido o de subvención para el saneamiento. Por el contrario, el término ayuda tiene un significado más amplio: comprende no sólo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (Calvo y Carrascosa 2001: 197).¹⁵

Las denominadas ayudas se presentan en una amplia gama de supuestos tales como subvenciones; exoneraciones de impuestos y otros tributos; bonificaciones de intereses; garantías de préstamos en condiciones más favorables; cesión gratuita de inmuebles; cobertura de pérdidas; precios predatorios o subvenciones cruzadas en caso de empresas estatales; etcétera. Pero lo que nos interesa subrayar aquí no es tanto la forma que adquiere la ayuda, sino sus efectos sobre la competencia económica.

4.2.3.2. La ayuda es una ventaja gratuita de real importancia obtenida por un operador o empresa que no habría normalmente recibido. En otras palabras, es la adquisición de una determinada ventaja frente a los competidores, mediante el sacrificio que hace la comunidad de contribuyentes, pues recordemos que es el Estado el que ayuda sin una contrapartida tangible.

¹⁵ Véase también GIMENO, J. M. «Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)». *Revista de administración pública*, N° 137, 1995, pp. 147 y s(s)., Madrid.

Se trata de una operación financiera o de otro tipo que no hubiera podido ocurrir en condiciones normales, esto es, basada en las expectativas de rentabilidad de una inversión, con independencia de consideraciones de carácter social, o de desarrollo regional o local. Por tanto, no se trata de los capitales que podría invertir o colocar el Estado en una empresa en condiciones normales del mercado.

Desde la perspectiva del derecho de la competencia, es necesario examinar las «ayudas» desde la óptica de las empresas competidoras de la que ha recibido la ayuda, pues son los impuestos que pagan —aunque sea en mínima proporción— los que sirven para beneficiar a un competidor generalmente más ineficiente, beneficio que recae en sus propietarios y trabajadores. De otro lado, las ayudas públicas también distorsionan los mercados al alterar los mecanismos de formación de precios.

4.2.3.3. Hay que tener presente, sin embargo, que las «ayudas» están, en ciertos países, aceptadas. En la Unión Europea,¹⁶ por ejemplo, si bien la regla básica es la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común (artículo 87 punto 1 del Tratado de la Comunidad Europea), hay casos en los que se permiten: las de carácter social concedidas a consumidores individuales; las destinadas a reparar perjuicios causados por desastres naturales; las dirigidas a favorecer la economía de determinadas regiones; las destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio histórico; entre otras. La pertinencia, viabilidad y admisión o no de estas excepciones se encuentran frecuentemente presentes en los debates públicos y significan un recorte generalmente aceptado de la competencia económica.

Sin embargo, es pertinente tener presente que, en el caso de la Unión Europea, el falseamiento de la competencia resultante de las ayudas no tiene que ser efectivo, pues basta acreditar su carácter potencial, esto es, que se configure la «simple posibilidad» de que tal falseamiento se produzca,

¹⁶ En la Unión Europea, se consideran tres categorías de ayudas, en torno a las cuales se juntan el mayor número de ellas, a saber: i) las asignaciones financieras o varias fórmulas de participaciones pública en el capital de las empresas; ii) cuotas de ahorro, tales como la «exención de impuestos», desgravaciones fiscales o de cargas sociales, moratorias, fraccionamientos y aplazamientos de pago que se otorgan en condiciones de mercado inusuales. Se incluyen también la cesión de activos en condiciones excepcionales y las tarifas preferenciales; y iii) operaciones de garantía, que son las realizadas por organismos públicos en empresas privadas, tales como garantías de amortización de créditos o garantías cambiarias a empresas exportadoras.

por ejemplo, cuando la ayuda dificulte el acceso de otras empresas al mercado o restrinja sensiblemente la llamada *competencia de sustitución*. En la Unión Europea se encuentran, también, prohibidas las ayudas destinadas a empresas que exporten fuera del territorio de la Unión, si es que parte de su producción va dirigida al mercado comunitario (Calvo y Carrascosa 2001: 223 y 227).

4.2.3.4. En el Perú, no hay norma autorizadora de ayudas o subvenciones, y, ateniéndonos al mandato constitucional, el tema está prácticamente dejado de lado, a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1979. El Estado solo puede, entonces, dar «ayudas», y en forma más bien camuflada, cuando se trata de concesiones al sector privado o en los casos de privatizaciones, y no porque esté autorizado para hacerlo, sino porque, de facto, lo realiza, ante —por ahora— una cierta complacencia de una opinión pública no informada de las consecuencias de que así se haga. En efecto, con frecuencia las empresas a privatizarse están en mala situación económica y suelen, por ello, recibir ayudas directas o indirectas del Estado, fundamentalmente en el proceso de saneamiento anterior a su venta («ayudas de salvamento»), que pueden terminar beneficiando al adquiriente en forma excesiva. De ahí que se exija, en esos procesos, transparencia e imparcialidad. En nuestro país, por desgracia, en algunos casos no ha sido así, pero su análisis es un tema que excede al propósito de este artículo.

4.2.4. Concentraciones

4.2.4.1. El término *concentración*, que procede de la literatura económica, «[...] engloba todo el conjunto de operaciones jurídicas cualesquiera que sea su naturaleza, por las que se producen fusiones, adquisiciones, absorciones o uniones de empresas cuyo resultado final es la adquisición por parte de una empresa del control sobre otra u otras empresas o, eventualmente, la creación de una empresa global que definitivamente absorba a las demás intervinientes» (Soriano 1998: 577).

Este fenómeno tiene una gran importancia actual e influye —a veces en forma decisiva— en los resultados de la competencia económica nacional e internacional. Ello significa un desafío para las sociedades democráticas, en la medida que unos grupos económicos intentan prevalecer sobre otros para lograr el control de determinadas empresas y actividades económicas. Son muchas las razones para que ella se

produzca: tecnológicas, financieras, racionalización en los procesos de producción y distribución, entre otras.

Al aumentar el grado de concentración, se suele reforzar la posición de la empresa en el mercado relevante y su eventual dominio, al eliminar competidores y establecer barreras que impiden construir alternativas empresariales que dificultan el acceso de terceros. La defensa de la libre competencia no solamente consiste en combatir las prácticas colusorias o el abuso de las posiciones dominantes, sino «[...] asimismo, cuidar de las estructuras del mercado, para evitar daños irreversibles como sería la creación de monopolios inmerecidos y dañinos por la eliminación de opciones creíbles de que otros operadores puedan contestar esa posición» (Soriano 1998: 578).

Diez Canseco y Távara señalan que «el problema central de las concentraciones empresariales consiste en que, bajo determinadas condiciones, pueden reducir o aun eliminar la competencia» (2003: 169), fundamentalmente en las de carácter horizontal, las que usualmente concluyen en un incremento de los precios y en la minimización de los excedentes de los consumidores. «En síntesis —dicen Diez Canseco y Távara— un aumento en la concentración eleva los precios y reduce tanto el excedente del consumidor como el bienestar en general, siempre que dicho aumento en la concentración no este acompañado de sinergias y economías de escala que provoquen un aumento de ganancias de una magnitud suficiente, como para contrarrestar y compensar la contracción del excedente del consumidor» (2003: 172). No puede a este respecto olvidarse que tanto en los Estados Unidos como en Europa el objetivo del control de las fusiones y concentraciones es el bienestar del consumidor.

Dicho lo anterior, no puede olvidarse que en muchos casos las fusiones entre empresas tienen un impacto poco significativo en el grado de concentración y no afectan las condiciones de competencia, y que en otros casos generan efectos positivos en la eficiencia y en la rentabilidad de las empresas. Así, alentar una política de concentraciones puede constituir una etapa necesaria para que las empresas adquieran poder competitivo, sobre todo en el ámbito internacional, lo que se pone de manifiesto con mayor claridad en los procesos de integración económica entre diversos países o la creación de un mercado común. Si bien, entonces, apostar por unidades económicas pequeñas puede ser conveniente desde el punto de vista de

la creación de empleos, ellas no suelen tener la dimensión necesaria para enfrentar la competencia internacional.

4.2.4.2. Las políticas de control de las concentraciones pueden tener dos caras: una que pone obstáculos o barreras a la concentración y otra que la promueve. Esto depende de cada país y de una situación determinada. Lo que la experiencia en otros países ha demostrado es que la técnica de control de comportamientos (carteles, abuso de posición dominante) se reveló ineficaz para lograr un control efectivo sobre las concentraciones (Soriano 1998: 580). Por esta razón, esas operaciones suelen abordarse por las autoridades correspondientes en forma preventiva, antes de que se produzcan, a diferencia de las infracciones anticompetitivas, que son examinadas y sancionadas después de que se han cometido. Ahora bien, hay que precisar que las concentraciones solo se prohíben en casos excepcionales¹⁷ y que por el mero hecho de ocurrir no constituyen una infracción. Así, pues, la concentración no es necesariamente una conspiración contra el mercado; por el contrario, en muchas ocasiones es una manera de crecer que puede ser vigilada pero no prohibida.

Lo que se controla y vigila es la «compra» de la competencia, esto es, un medio o forma de controlar determinadas estructuras del mercado, cuando este —en su evolución previsible— por sí mismo no llegaría a dicha situación. Como bien dice Soriano:

[...] es la compra de la competencia lo que se pretende supervisar, no evitar, dado que hoy resulta claro que la adquisición de un competidor es un medio brusco, pero efectivo y cierto, de crecer en el mercado. La generación de monopolios mediante medios que no son los del mercado en competencia exige un estudio detenido de la situación. La alteración de la composición del mercado, dejándolo en posición menos competitiva, impone su análisis detenido (1998: 602).

Es una situación que no ocurre cuando una empresa, por sus propios medios, esto es, por razones de eficiencia, se hace con una situación de dominio, y llega, inclusive, a situaciones monopolísticas, lo que no está prohibido. Es el abuso de esta la que se condena y sanciona. Por todo ello, la legislación de control de las concentraciones, cuya influencia en el mercado y la

¹⁷ Sobre los sistemas de examen de las concentraciones en Europa y en los EEUU, véase SORIANO, J. E. *Derecho público de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 603 y s(s).; y BRIONES, J. *El control de concentraciones en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

competencia económica no admite discusión, debe ser siempre una defensa de la, usualmente beneficiosa, pluralidad de agentes y de la dinámica natural de la evolución del mercado.

4.2.4.3. En el Perú, la ley 26876 y su reglamento (decreto supremo 017-98-ITINCI) señalan que las operaciones de concentración económica, en cualquiera de sus modalidades, únicamente se someten a control administrativo previo cuando están involucradas empresas que participan en el sector eléctrico. Esto quiere decir que no existe, por ahora, ninguna disposición legal que obligue, previa o posteriormente, a las empresas que pretendan fusionarse o a las operaciones de concentración, a pedir autorización administrativa.

Las normas precitadas establecen que la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI se encuentra encargada de autorizar las concentraciones en el sector eléctrico. Al adoptar sus decisiones, la Comisión ha tomado en cuenta no solo los potenciales efectos restrictivos de la competencia que podrían generar las concentraciones, sino también los ahorros de costos y eficiencias que pueden producir. Hasta la fecha, la Comisión no ha denegado la autorización de las operaciones que se han sometido a su evaluación. En el caso de la operación de mayores alcances que se ha sometido a su evaluación, la Comisión decidió autorizar la concentración, pero sujetándola a algunas condiciones que garantizaran el mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado, como, por ejemplo, exigir que la empresa distribuidora eléctrica del grupo económico que se estaba formando adquiriera electricidad a través de concursos públicos abiertos y transparentes, para evitar que obtenga el suministro únicamente de sus empresas generadoras vinculadas.¹⁸

Diez Canseco y Távora han puesto de relieve (2003: 159) la tendencia hacia la internacionalización y armonización de la normativa vinculada al control de fusiones y concentraciones debido, entre otras razones, a que las efectuadas en un país pueden afectar el grado de concentración en otro. Si bien tanto los Estados Unidos como la Unión Europea no incorporaron en el nacimiento de sus legislaciones *antitrust* asuntos vinculados a fusiones y concentraciones, posteriormente han hecho un uso intensivo de ella,

¹⁸ Resolución 012-99-INDECOPI/CLC del 3 de diciembre de 1999. Operación de concentración derivada de la adquisición de acciones de Enersis S.A. por parte de Endesa de España y la adquisición de acciones de Endesa de Chile por parte de Enersis S.A.

aunque con distintos enfoques. El Perú no ha seguido este camino después de poner en vigencia el decreto legislativo 701 y, más bien, diversos autores han puesto su atención en la justificación de su ausencia.

La ausencia de legislación específica se ha justificado bajo diversos argumentos, tales como el tamaño de nuestra economía; el costo de los procesos de evaluación anteriores y posteriores a las fusiones; la ausencia de profesionales capacitados; y la posible corrupción en el manejo informativo. Estos argumentos fueron defendidos apasionadamente por los directivos de INDECOPI, de clara tendencia neoliberal, durante la década de 1990. Pero lo cierto es que el Perú es uno de los pocos países que ha renunciado unilateralmente a la adopción de una política de control de concentraciones (Diez Canseco y Távara 2003: 167-8), lo cual resulta en provecho de los grandes grupos económicos, y da lugar, además, «[...] a un vacío que afecta la coherencia del marco normativo de la libre competencia, comprometiendo las posibilidades de desarrollo y bienestar, con equidad y gobernabilidad» (Diez Canseco y Távara 2003: 173).

4.2.5. El caso de los derechos intelectuales

4.2.5.1. Las relaciones que existen entre los derechos intelectuales —esto es, entre el derecho de autor y la propiedad industrial, y el derecho de la competencia— son estrechas y visibles. La consideración de los derechos intelectuales como derechos subjetivos privados y, a su vez, posiciones económicas privilegiadas tiene incidencia directa en la competencia económica. Como sabemos, el uso por parte de los agentes económicos de conocimientos técnicos, signos distintivos y creaciones del intelecto es fundamental para poderse diferenciar de sus competidores y lograr la preferencia de los consumidores. Los derechos intelectuales suponen una limitación a la libertad general de competir.

En efecto, hay que tener presente que los derechos intelectuales entrañan la eliminación de toda competencia en determinados ámbitos, aunque sea temporalmente:

Las exclusivas de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial suponen una excepción a la libertad general de competir, que esta encargado de salvaguardar y regular el Derecho de la competencia económica; y por ello, en mayor o menor medida confieren al titular del derecho un verdadero monopolio, en el ámbito concreto de la materialización y reproducción de

la creación protegida, que es un tipo de actividad económica para la que sólo el que posee esa exclusiva está utilizado (Baylos 1978: 209).

Puede afirmarse que, en su proyección patrimonialista, los derechos intelectuales se constituyen como una exclusiva de explotación en los ordenamientos jurídicos modernos para la protección del autor y del inventor, así como también en el ámbito de los signos distintivos de carácter mercantil. La exclusiva de explotación supone que únicamente su titular está facultado para llevarla adelante o para autorizarla a terceros. De esta forma, los derechos intelectuales son derechos de exclusión, de modo que adquiere su *ius prohibendi* una relevancia especial. Probablemente por esta razón, en el caso de los autores e inventores tiene una duración temporal, pues, como dice Baylos, «[...] sería intolerable socialmente conceder a perpetuidad a uno solo la facultad de convertir en reales las cosas posibles» (1978: 213).

El valor económico del objeto protegido por los derechos intelectuales deriva, justamente, de la suspensión de la concurrencia. Así, por ejemplo, un libro no poseería valor patrimonial para su autor si cualquiera pudiera reproducirlo sin su consentimiento; en efecto, para el autor el valor económico se vincula con la posibilidad legal de impedir que nadie se constituya en competidor suyo, lo que también sucede con el inventor. En síntesis, en los derechos intelectuales el efecto suspensivo de la concurrencia es esencial, aunque no se da en todos ellos con el mismo grado o intensidad. Son distintas las condiciones y los plazos que se refieren a las creaciones intelectuales y artísticas, y al *software*, dentro del derecho de autor; y a las creaciones técnicas y a los signos mercantiles, en el ámbito de la propiedad industrial.

4.2.5.2. En el Perú, el derecho de autor y la propiedad industrial están contenidos en dos normas comunitarias: las decisiones 351 y 486, y en los decretos legislativos 822 y 823, respectivamente. A ello se suman importantes tratados internacionales de vigencia prácticamente mundial. En el ámbito de la propiedad industrial, el más importante es el Convenio de París; y, en el de derechos de autor, los Convenios de Berna y Roma. Recientemente, para ambas áreas ha entrado en vigencia el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

El derecho de autor da protección a las obras literarias, artísticas y científicas, lo que incluye modernamente los programas de ordenador o *software*. Lo que se protege es la forma mediante la cual las ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras. No son objeto de protección las ideas o el contenido ideológico o técnico, ni su aprovechamiento industrial o comercial. La normativa otorga derechos morales a los autores, que son inalienables e imprescriptibles, y derechos patrimoniales, tanto a los autores como a las personas jurídicas, cuya duración no es inferior a la vida del autor y setenta años posteriores a su muerte, en el primer caso; y no inferior a cincuenta años a partir de su realización o divulgación, para el caso de las personas jurídicas. Los derechos de autor no requieren, para su reconocimiento, de inscripción en un registro, al tener este último carácter facultativo.

En el ámbito de la propiedad industrial, los institutos más importantes son las invenciones y las marcas. El plazo de protección al titular de una invención (persona natural o jurídica) es de veinte años, siempre que el invento sea nuevo, tenga altura inventiva y sea de aplicación industrial. Para las marcas, es de diez años renovables; en este caso, deben tener siempre carácter distintivo, y es necesario que reciban protección más intensa las marcas notorias. En la propiedad industrial, el registro es constitutivo del derecho.

4.2.6. Planificación

4.2.6.1. El tratamiento del tema de la planificación es muy distinto en la Constitución de 1979 en comparación con el que se le da en la vigente. En la primera se la mencionaba expresamente y se establecía en su artículo 111 que «[...] el Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del Sector Público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores», debiendo ser de cumplimiento obligatorio una vez concertada; en contraste, en la actual no hay mención a esta, aunque —claro está— no se la prohíbe, razón por la cual al momento de escribir estas líneas se discutía la creación del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico. El antiguo Instituto Nacional de Planificación (INP) fue enterrado en forma temeraria y poco racional por los representantes locales de la corriente neoliberal de la década de 1990 en el siglo pasado. El tema en la planificación nos interesa aquí porque, no cabe duda, su existencia puede constituir un límite a la actividad privada y al desarrollo normal de la competencia económica.

4.2.6.2. 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 una serie de objetivos, temporalmente diferenciados, que afectan a la economía como un todo, para lo que se prevé una serie de acciones racionalmente concatenadas (Martín 1999: 93). El plan tiene como características el comprender un horizonte plurianual, objetivos socioeconómicos, determinaciones o preferencias territoriales, y estrategias intersectoriales.

A diferencia del plan, los programas son menos ambiciosos, pues no plantean objetivos ni acciones que tengan como destinatario al conjunto de la actividad económica y están, más bien, dirigidos a operadores ubicados en el sector público. Múltiples estrategias de política económica pública se adoptan a niveles sectoriales y con alcance temporal determinado; así, hay programas de carácter indicativo vinculados al sector energético, de transportes, desarrollo de cuencas, etcétera. Finalmente, los presupuestos de ingresos y gastos son algo más que un conjunto de previsiones económicas del sector público para un periodo usualmente anual, y pueden convertirse en instrumentos de aplicación de las estrategias incluidas en planes y programas. Con los mandatos presupuestales se aceleran o modifican indicadores importantes del ritmo de la vida económica nacional; se determina la magnitud de las inversiones públicas y otros aspectos de una gran incidencia económica.

4.2.6.3. En los orígenes, la idea de la planificación se encuentra en la creencia de que el mercado ha fracasado para lograr el crecimiento económico con pleno empleo. Desde el punto de vista del sector privado, y siempre que tenga carácter indicativo, se presenta como un medio de orientación y coordinación de la iniciativa económica, pues alimenta con información a los empresarios sobre la situación de la economía y la evolución previsible, lo que contribuye a aumentar la certidumbre. Pero puede también convertirse en una herramienta de control para los operadores económicos, lo cual presenta dificultades y peligros que no pueden dejarse de reconocer.

Entonces, la discusión de mayor relieve político es sobre si puede o no tener la planificación, en una sociedad con economía de mercado, carácter imperativo, lo que generalmente se rechaza, para solo obligar al sector público económico. Pero la planificación concertada con el sector privado podría tener carácter obligatorio, tal como lo señalaba la Constitución de

1979. Esta última propuesta, sin embargo, ha sido combatida y rechazada con gran energía, pues se considera poco eficiente económicamente y contraria a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, tales como el derecho a la iniciativa en el ámbito económico y a la libertad de empresa. Sin embargo, debe tenerse presente que en algunos países capitalistas desarrollados, como en el caso de Alemania, el planeamiento económico es aceptado como punto de apoyo para poder dictar posteriores decisiones económicas, aunque no se la considera, técnicamente, como planificación.¹⁹

4.2.6.4. Desde el punto de vista constitucional, en el Perú no es posible que la política del Estado en materia económica se articule a través de una planificación total y vinculante. Debe reconocerse que es difícil compatibilizar la libertad de empresa y la planificación económica, pues esta última puede influir negativamente en el contenido esencial de aquella (véase 3.). En ningún caso se puede entender a la planificación como un vehículo de ingreso del poder del Estado en la organización interna y externa de las empresas, esto es, en las decisiones destinadas a asumir o no los riesgos que comporta la actividad empresarial, o en la forma y contenido de las ofertas al público, la modalidad de las campañas publicitarias, la presentación más o menos atractiva de los productos, la elección de los signos distintivos, etcétera, ingresar, en fin, a «[...] la idea creadora del empresario que se va materializando en actividades y elementos tangibles que configuran la empresa, todo ello, naturalmente sin perjuicio de que empresario, empresa y actividad económica se sometan al ordenamiento jurídico establecido» (Font 1987: 159).

Dicho esto, debe reconocerse que un plan de carácter indicativo y programas sectoriales bien estructurados no deberían considerarse, *per se*, como contrarios a la libertad de empresa y la competencia económica. En nuestro medio, el presupuesto anual ya es, sin duda, y en más de un sentido, determinante en algunos aspectos de la actividad económica.

4.2.7. Las exenciones por categorías

Como ya hemos dicho, la defensa de la competencia no es un valor absoluto y, por tal motivo, en el derecho comparado aparecen excepciones «[...] a la

¹⁹ Véase a este respecto STOBBER, R. *Derecho administrativo económico*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, pp. 180 y s(s).

aplicación generalizada de la prohibición de realizar prácticas que puedan alterar el supuesto de concurrencia perfecta entre los distintos competidores en un mercado» (Soriano 1998: 560). La protección a los consumidores y usuarios y la elevación del nivel socioeconómico en regiones o sectores económicos deprimidos son valores de usual reconocimiento constitucional que tienen que conjugarse con el derecho de la competencia que, por cierto, es el supuesto normal de la actuación de los agentes económicos, tal como lo hemos señalado en repetidas ocasiones.

Así, excepciones temporales y específicas pueden superponerse a la propia defensa de la competencia, con el objeto de corregir fallos del mercado o de buscar mejoras en la producción o comercialización de bienes y servicios, y también como fomento de la investigación técnica. En el proceso de la Unión Europea se ha utilizado, con alguna frecuencia, las exenciones por categorías para el logro de dichos fines.²⁰ El procedimiento de autorización está debidamente reglamentado y tiene usualmente carácter público; esto es, la excepción legal se funda en razones perfectamente identificables.

El fundamento político de esas exenciones temporales se encuentra en el convencimiento de que es la única manera de que determinadas empresas ubicadas en un país o en un mercado ampliado puedan competir satisfactoriamente frente a agentes económicos extranjeros. De ahí surge la consideración de que, exceptuados temporalmente, si bien los acuerdos y decisiones a las que lleguen los agentes económicos pueden ser temporalmente anticompetitivos, solo así podrán obtener las economías de escala o los logros tecnológicos necesarios para sobrevivir en el futuro.

El decreto legislativo 1, inspirado en la legislación europea de la materia, contenía en su ya derogado artículo 7 la autorización para que, en determinados casos, los acuerdos, las decisiones o las prácticas concertadas prohibidas en su artículo 6 puedan autorizarse temporalmente, excepciones que debían contribuir a mejorar la producción, promover el progreso o a dar a los consumidores beneficios con los que no contaban, siempre que dichas autorizaciones no eliminaran sustancialmente la competencia económica.

Hemos señalado en otra ocasión (Kresalja 2002: 301) que la aceptación de exenciones implica un cierto proteccionismo y una desconfianza en los

²⁰ Véase BELLAMY, C., G. CHILD y E. PICAÑOL. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 173 y s(s).

resultados que el mercado puede brindar en todos los casos. En nuestra opinión, constituye una herramienta que, usada con moderación, puede ser de importante beneficio. Esa no fue la opinión de la corriente neoliberal que puso en práctica el régimen fujimorista, promotora de la producción y exportación de productos primarios y desafecta a la protección de la industria nacional y a los acuerdos multilaterales de integración. Sin expresión de causa valedera que se conozca y sin debate parlamentario que nos pudiera ilustrar sobre las verdaderas causas que dieron lugar a su derogatoria, en virtud del artículo 5 del decreto legislativo 788 fue derogado, como hemos dicho, el ya citado artículo 7 del decreto legislativo 701. Puede, por tanto, afirmarse que este límite temporal a la competencia no está permitido entre nosotros y que la libre competencia rige sin más cauce normativo que los artículos 3, 4, 5 y 6 del decreto legislativo 701.

4.3. Regulación y servicios públicos

4.3.1. Notas sobre el concepto de regulación

4.3.1.1. Si dejamos de lado la intervención del Estado en el mercado como empresario, en régimen de empresa pública o como agente privado, la otra forma de intervención ocurre mediante el uso del principio de autoridad, poniéndose al margen del mercado y condicionando, usualmente en forma decisiva, la actuación de los sujetos privados, esto es, delimitando su margen de maniobra. Ese principio de autoridad puede hacerse de variadas formas; una de las más importantes es la llamada *regulación*.

Por *regulación* podemos entender la actividad normativa del Estado en virtud de la cual «[...] condiciona, corrige, altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos» (Ariño 1993: 50). En este amplio concepto, se pueden incluir varias ramas legislativas, como la laboral, la arancelaria, la de salubridad, la de localización física, la ambiental o la propiamente llamada *regulación económica*. Esta última se centra en la entrada y salida de la actividad, y afecta las condiciones económicas en que ella se desarrolla, por ejemplo, determinando la cantidad por producirse de un bien. La regulación así entendida se vincula estrecha y principalmente a los servicios públicos o a las concesiones que se hacen de estos, pero también a la defensa de la competencia económica.

La regulación se realiza a través de actos administrativos tradicionales, unilaterales, reglamentarios o individuales, pero también por medios no formales, como las ayudas financieras negociadas y la persuasión. Tiene siempre un carácter administrativo, pues ninguno de los actos tiene una naturaleza jurisdiccional, aunque, por cierto, deben supeditarse a la ley y al control judicial.

4.3.1.2. Debe entenderse que la regulación es un *plus* a las normas vinculadas a la defensa de la competencia libre y leal, una modalidad de control del poder público sobre las actividades del sector privado destinada a controlar o afectar decisiones de las empresas respecto del precio, la cantidad ofertada, la calidad del producto o los procesos de producción, usualmente en el ámbito de los servicios públicos esenciales pero extendida, recientemente, a las áreas de la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente (Ariño 1993: 60 y 266).

La justificación más importante para la regulación en el ámbito económico es que constituye un medio para superar los fallos del mercado, sea para controlar monopolios; controlar incrementos excesivos de precios; corregir efectos colaterales, como la contaminación; corregir la ausencia de información adecuada; controlar la *competencia excesiva*, que obliga a salir del mercado a empresas que se considera que deben permanecer en él frente a los precios «predatorios» de los competidores; controlar la necesidad de mantener precios bajos en ciertos productos o servicios, con el propósito de que lleguen a las mayorías, lo que ocurre con los medicamentos; controlar la racionalización del número de empresas en un determinado sector, buscando adelantarse a lo que será su futuro desarrollo; corregir el desigual poder de negociación entre empresas, por un lado, y consumidores y usuarios, por otro; controlar las asignaciones para lograr objetivos de interés público, tales como el otorgamiento de licencias a empresas de radio y televisión; etcétera.

4.3.1.3. En el modelo clásico de regulación vinculado a los grandes servicios públicos como el agua, electricidad, teléfonos, etcétera, la administración pública en su condición de regulador actuaba sustituyendo al mercado y asumiendo la mayoría de las decisiones de importancia empresarial, tales como la planificación, las inversiones por realizar, la determinación de los precios, entre otros. Pero las tendencias actuales coinciden, dice Ariño

(1993: 60 y 266), en el uso de la regulación como un instrumento al servicio del mercado y no como su sustituto. La regulación, en este sentido, debe ser «conforme al mercado», es decir, pensada para favorecer su funcionamiento y no para alcanzar objetivos políticos. Es calificada esta última usualmente como «intervencionista», que puede llegar a ser una «nacionalización encubierta».

A todo ello se suma que el proceso regulatorio no solamente es realizado por organismos y agencias estatales, sino también por grupos de interés organizados, tales como las asociaciones de consumidores o grupos defensores del medio ambiente, lo que da origen a unas relaciones entre la administración y los agentes económicos que no se limitan a la subordinación de estos últimos en todos los casos, sino que suponen, en muchos otros, negociación e interdependencia, lo cual puede considerarse como un fruto indirecto de la aceptación de las reglas democráticas en el ámbito económico (Quintana 2006: 97).

La regulación «conforme al mercado» ha adquirido una gran importancia al producirse la ola de privatizaciones a finales del siglo pasado, esto es, cuando un conjunto de actividades que era atendido por el Estado fue entregado a empresas privadas mediante concursos; también, cuando al efectuarse concesiones de servicios públicos se persigue que se realicen en régimen de competencia y no de monopolio, como era habitual antes.

Por tanto, cuando mediante la regulación se establecen restricciones —de modo que se generan, por ejemplo, contratos forzosos de interconexión en el ámbito de las comunicaciones—, o se imponen limitaciones a la propiedad y al uso de activos, o se facilita el acceso de terceros a determinados bienes esenciales, estamos ante excepciones (acciones todas que deben justificarse caso por caso al régimen general procompetitivo), o ante medidas destinadas a corregir los fallos del mercado.

4.3.1.4. Como hemos dicho, la principal justificación para la existencia de la regulación es que está destinada a corregir los fallos del mercado, lo que abarca problemas vinculados a la competencia económica.²¹ Esta

²¹ Para conocer de la lógica de la regulación y de las teorías del interés público y del interés privado que al respecto se plantean, véase SERRANO S., J. «La regulación como instrumento de política económica». En *Regulación y competencia en la economía española*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 23 y s(s).

intervención del Estado en defensa de la competencia reconoce, tanto desde una perspectiva teórica como práctica, que la competencia no genera siempre competencia, esto es, que el juego competitivo no siempre consigue tener la fuerza necesaria para mantenerla, pues las empresas tratan de alterar las reglas de juego en su beneficio.

Y ello es así porque las empresas:

[...] conocen que cuanto más intensa es la competencia, menores son los resultados que pueden obtener y mayor es el esfuerzo que deben realizar para satisfacer a sus clientes. De ahí que las empresas, mediante su estrategia, trata de reducir, de alterar, la intensidad de las fuerzas competitivas en su provecho. Por eso, la intervención pública en defensa de la competencia es fundamental, porque modula y reduce la presión de las empresas por disfrutar de poder de mercado y estimula la existencia de un entorno sectorial que impulsa la competitividad (Huerta 1995: 174).

La regulación en estos casos está destinada a eliminar las prácticas restrictivas y el abuso de la posición dominante; a sancionar la competencia desleal y la publicidad engañosa; a vigilar las concentraciones, controlar las ayudas públicas y, en ocasiones, permitir excepcionalmente ciertos acuerdos anticompetitivos; y a excluir temporalmente, en algunos sectores, la aplicación de esa regulación con la finalidad de fortalecerlos.

Lo anterior pone de manifiesto que los cometidos de la administración pública varían con el tiempo conforme se detecta problemas para cuya resolución se considera adecuada la tutela pública. En nuestros días, por ejemplo, la defensa de la competencia económica se ha convertido en un asunto de interés público, pues interviene la administración en un ámbito que tradicionalmente estuvo dominado por el derecho privado. Si bien, como se tendrá ocasión de ver más adelante, las conductas sobre las que actúa el derecho de la competencia son típicamente privadas (contratos, condiciones de comercialización, concentraciones y fusiones, etcétera), quedan en nuestros días sometidas al derecho administrativo económico basado en unas reglas imperativas, cuyo cumplimiento se encomienda a la autoridad administrativa, principalmente el INDECOPI.

4.3.1.5. En términos generales, puede afirmarse que toda buena regulación debe aportar claridad y previsibilidad, facilitar los negocios y promover la inversión, evitándose el abuso de la discrecionalidad y buscando estabilidad en las reglas. Como señala Ariño, «La política regulatoria tiene como objetivo

único y exclusivo la defensa y buena ordenación del sistema de prestaciones de que se trate, en las mejores condiciones posibles de seguridad, calidad y precios, con la mayor eficiencia que el estado del arte permita, tanto para hoy como para mañana, lo cual exige empresas solventes, estables, dinámicas y rentables» (2006: 49). De esta forma, sus objetivos son facilitar la entrada y salida de empresas en el sector correspondiente; posibilitar la inversión y controlar los abusos que puedan cometer los agentes económicos; controlar la libre formación de precios; alentar la innovación; y garantizar la libre elección de consumidores y usuarios.

4.3.2. El nuevo servicio público

4.3.2.1. En su desarrollo histórico, el servicio público proporciona al Estado la posibilidad de intervenir en el ámbito económico limitando la tradicional libertad de industria y comercio, aunque puede darse en concesión al sector privado. El concepto ha sido siempre de difícil precisión, pero está dirigido a asegurar a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad de tipo económico —aunque también se ha empleado para otras actividades como la educación y la salud—, sin necesidad de que cada uno de ellos atienda personalmente al cuidado de esta. El Estado declara (*publicatio*) a una actividad o a un sector como público, lo que significa que queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares.²²

Los servicios públicos tradicionales eran prestados principalmente por el propio Estado a través de empresas públicas, en una actividad en que se aplicaba el régimen del derecho público en actividades muy importantes para la vida en sociedad, de forma regular y continua. Los servicios públicos, que en muchos países occidentales y en especial europeos adquirieron gran importancia, comienzan a cuestionarse con la crisis del Estado de bienestar que se inicia en la década de 1970 a finales del siglo XX. No puede negarse que logró éxitos importantes al hacer llegar a significativas mayorías prestaciones que, de otra forma, solo hubieran conseguido unos pocos, de

²² Véase, respecto de Perú, con amplia bibliografía, KRESALJA, B. «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». *Thémis*, N° 39, 1999, Lima. Para el ámbito latinoamericano, véase CASSAGNE, J. C. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 1994; y PÉREZ HUALDE et al. *Servicios públicos y organismos de control*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

modo que se atendió a necesidades vitales y se generó una infraestructura que facilitó a las poblaciones su entrada en la modernidad, al permitir el acceso a beneficios como el agua potable y la educación.

Ese servicio público clásico, brindado usualmente en monopolio, en buena medida anuló su racionalidad económica, politizándose en extremo y llevando a las empresas estatales a la descapitalización y la ineficiencia. La crisis se originó cuando su ámbito se amplió para cubrir actividades que iban más allá de las esenciales y que fueron la razón de su origen. Tuvo, así, importante rol en los crecientes déficits presupuestarios y en los procesos inflacionarios. En el caso peruano, ello llegó a su apogeo en la década de 1980 durante el gobierno de Alan García (1985-1990).

4.3.2.2. En nuestros días, el servicio público tradicional trata de disimular su origen y transmutarse en un servicio comercial. A raíz de la influencia de las ideas neoliberales, se inicia un proceso de privatización y desregulación normativa que coincide con el auge del derecho de los consumidores y usuarios y con el protagonismo de entidades vinculadas a la defensa de la competencia en la vida económica. De esta manera, por razones políticas y tecnológicas, se señala que muchos de los servicios públicos pueden ser prestados en régimen de competencia por el sector privado; esto es, pueden tener vigencia las leyes del mercado.

Si bien en el nuevo servicio público siguen siendo de aplicación los principios de continuidad, regularidad, igualdad o universalidad, y exigibilidad, se comienza principalmente a brindar en régimen de competencia. En el nuevo servicio público, la situación del usuario ya no es puramente reglamentaria sino predominantemente contractual, y se concreta a prestaciones básicas, limitadas y universales. Pero no podemos olvidar que, al desintegrarse los antiguos monopolios, la competencia que se introduce lleva consigo una natural tendencia a la concentración y, como consecuencia de ello, a debilitar el propio sistema competitivo.

Todo ello obliga a crear entes especializados encargados de regular el funcionamiento de los servicios públicos, dada su gran importancia económica y social, y a decidir las controversias que se presenten tanto entre los competidores como, también, en las relaciones empresa-usuarios. Así, esos entes suelen contar con «potestades administrativas» que los facultan a la aprobación de reglamentos, el otorgamiento de títulos habilitantes, la determinación de precios, así como a facultades de inspección, control y sanción.

4.3.3. Función de los organismos reguladores

El cometido principal de los organismos reguladores²³ es el control de la prestación de un servicio público, según la finalidad específica dispuesta en la ley, que responde al mandato genérico contemplado en el artículo 65 de la Constitución vigente, que ordena proteger los derechos de los consumidores y usuarios. Asimismo, deben velar por el cumplimiento de los principios de continuidad, universalidad y regularidad, así como también por el cumplimiento de las condiciones fijadas en los contratos de concesión; la determinación y el control de precios y tarifas; y la imposición de sanciones cuando haya lugar. Es misión de gran importancia la promoción de la competencia económica para un mejor funcionamiento del servicio, lo que acompañado de una tarifa razonable se espera que logre mejorar el nivel de vida de los ciudadanos. En ciertos casos, sin embargo, las reglas de la competencia económica no se aplican; así ocurre, por ejemplo, cuando ellos le impiden el cumplimiento de su misión básica al brindarse el servicio en condiciones de monopolio natural.

Los organismos reguladores requieren siempre de una ley expresa que los habilite y limite su actuación, de modo que se constituye, más que en un instrumento de promoción, en uno de limitación y de restricción, de lo que se colige la importancia de una administración técnicamente competente y de honradez probada. Hay que tener presente que la regulación destinada a la protección de los usuarios debe entenderse no solo como una dirigida a los actuales, sino también al conjunto futuro de todos ellos. La potestad sancionadora es discrecional, pero reglada y limitada por la propia ley, con el objeto de lograr estabilidad en el servicio. La graduación de las sanciones debe realizarse de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; esto es, teniendo en cuenta factores tales como la reincidencia, el cumplimiento de las condiciones fijadas, el ocultamiento deliberado de información, entre otros.

La crítica mayor a estos organismos reguladores está referida a su eventual debilidad frente a su captura por los sectores regulados; esta última es la

²³ Véase CASSAGNE, J. C. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: ABELEDO-Perrot, 1994, pp. 150 y s(s).; PÉREZ HUALDE, A. *Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006; y LARA, A. *Entes reguladores. AAVV Servicios públicos y organismos de control*.

limitación a la entrada del mercado de otros competidores privados de esos mismos servicios. Esta se produce cuando se obtiene, del organismo regulador, una reglamentación tan exigente y compleja que prácticamente impide el ingreso de otra empresa, lo que dificulta la competencia y perjudica a los usuarios. Otra crítica reside en el desconocimiento de los intereses de estos últimos, al no exigírsele al gestor del servicio que brinde la información básica, teniendo en cuenta la notable desigualdad que en esta realidad se produce, razón por la cual algunas legislaciones obligan a la participación de las defensorías del pueblo especializadas o de las organizaciones de consumidores y usuarios en los organismos directivos, respondiendo a la desconfianza que produce siempre toda burocracia estatal, más aún cuando en ciertas ocasiones el organismo regulador puede convertirse en un cómplice autorizado del gestor o los gestores, más que un árbitro imparcial.

Por su parte, el Tribunal Constitucional —en su sentencia del 11 de noviembre de 2003, expediente 0008-2003, Roberto Nesta Brero y otros— ha señalado que la ley (ley 27332) ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos una misión de especial importancia para el correcto desenvolvimiento del mercado, pues les compete la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la sanción cuando se quebranten las reglas del mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. El Tribunal enfatiza que «[...] la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado». Señala que ahí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores, y que de su eficiente labor depende que se genere verdadera competencia, lo que redundará en beneficio de los usuarios. Estos organismos reguladores, según el Tribunal Constitucional, deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que les son inherentes. El Tribunal constata que existe una percepción de que los organismos reguladores, por lo menos a la fecha de la sentencia, no venían defendiendo apropiadamente los derechos de los consumidores y usuarios. Finalmente, el Tribunal dice lo siguiente:

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

4.3.4. Síntesis

La importancia técnica y económica de los servicios públicos es un aspecto de la mayor importancia para la determinación de la calidad de vida de los usuarios. De ahí la necesidad de una legislación adecuada que evite abusos, irregularidades y corruptelas, y que promueva, en lo posible, la competencia económica. La función de los organismos reguladores se convierte, pues, en esencial para la vida cotidiana de millones de personas en las sociedades contemporáneas.

No es este el lugar para detenernos en las disposiciones constitucionales y legales sobre los servicios públicos en el Perú (Kresalja 1999: 79). Sin embargo, es preciso señalar que ellas habilitan expresamente la participación de la iniciativa privada para compartir la gestión del servicio —si es el caso, con el Estado—, que como sabemos tiene un papel subsidiario en materia económica por mandato de la Constitución (artículo 60). Disposiciones como las contenidas en los decretos legislativos 674 y 757, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado y Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, ambas de 1991, y otras más dictadas posteriormente, son las que facilitan el ingreso del sector privado en lo que antiguamente era brindado en exclusividad por el Estado en el ámbito de los servicios públicos.

Aunque no se trata propiamente de un estatuto jurídico único de los servicios públicos, es decir, un régimen básico de principios que disciplinen la actividad, existe la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que se superpone a un conjunto heterogéneo de dispositivos vinculados a las entidades encargadas de la promoción de la inversión privada. En el Perú, durante los últimos años, se han creado organismos reguladores en el ámbito de los servicios

públicos, tales como saneamiento (SUNASS),²⁴ energía (OSINERG),²⁵ telecomunicaciones (OSIPTTEL)²⁶ e infraestructura de transporte público (OSITRAN).²⁷ Cabe advertir que INDECOPI, más que un ente regulador, es un organismo encargado de fortalecer el proceso competitivo y sancionar los abusos que en él se cometen (véase 5.3.).

La ley marco 27332 del año 2000 es de aplicación a los organismos antes citados, a los cuales se les ratifica su autonomía administrativa; entre sus funciones, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, se encuentran el supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas; la facultad de fijar tarifas; la de dictar reglamentos, normas de carácter general y particular; la de fiscalizar y sancionar; el atender los reclamos de los usuarios; y la solución de controversias que se susciten entre las empresas.

Esta breve reseña busca poner de manifiesto que la competencia económica, protegida constitucional y legalmente, se encuentra en sectores económicos y sociales muy importantes ampliamente limitada por una regulación específica y frondosa, no siempre bien articulada y con presencia de novedosos organismos reguladores. Más allá, entonces, de las causas históricas que han dado lugar a esta situación, lo que es importante resaltar es que, en la realidad, ocupan un lugar en ocasiones decisivo desde el punto de vista de la competencia económica y el bienestar de consumidores y usuarios.

5. Defensa de la competencia y sanciones frente a abusos

5.1. Breve referencia al abuso de derecho

5.1.1. El concepto de abuso de derecho ha adquirido una gran importancia para encuadrar jurídicamente el abuso de posición dominante, la deslealtad

²⁴ Ley 25965, Ley de Creación de SUNASS, decreto supremo 017-2001-PCM, Reglamento General de SUNASS, decreto supremo 023-2002-PCM, modificación del Reglamento General de SUNASS.

²⁵ Ley 26734, Ley de Creación de OSINERG, ley 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERG, decreto supremo 054-2001-PCM, Reglamento General de OSINERG.

²⁶ Ley 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTTEL, decreto supremo 008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTTEL.

²⁷ Ley 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, decreto supremo 044-2006-PCM, Reglamento General de OSITRAN.

y otras manifestaciones ilícitas en el ámbito del derecho de la competencia, pues se considera que todas ellas son manifestaciones del abuso que hacen los individuos y las empresas del derecho constitucional a la iniciativa económica y a la libertad de empresa.

5.1.2. Dice Fernández Sessarego que «[...] el abuso de derecho es sólo un límite jurídico, impuesto originalmente por la moral social y luego consagrado por el ordenamiento positivo, tendiente a que el individuo actúe sus derechos subjetivos según las directivas de la solidaridad social, sin causar lesión o daño a intereses ajenos no protegidos por normas específicas» (1992: 12). Contra lo que podría pensarse, el desarrollo de la teoría del abuso del derecho no ha sido pacífico; más bien, ha generado diversas polémicas. Lo que se persigue con su condena es entronizar el valor solidaridad en la vivencia comunitaria, buscando que el individuo no atente o lesione intereses ajenos dignos de protección jurídica.

La generalidad de los juristas considera que el abuso del derecho opera como un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo. Y esa convicción nace de la necesidad de proteger a los «otros» con quienes entra en relación el titular de tales derechos. Se trata de evitar que el titular cometa excesos al actuar, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección. El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos está dado por la buena fe; la equidad; la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas; los valores éticos, en general; y por la solidaridad, en especial (Fernández 1992: 22).

Hay que precisar que el acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, pero a través del llamado abuso del derecho se convierte en un ejercicio susceptible de causar daño a un interés ajeno. El abuso del derecho no resultaría ser, entonces, un límite impuesto al derecho mismo, sino más bien significa la trasgresión de un genérico deber a cargo de su titular, lo que constituye fuente de ilicitud (Fernández 1992: 34).

Y ello es así porque, si el acto ilícito en que consiste el fenómeno del abuso del derecho se identificara, sin más, con el genérico acto ilícito, debería tratarse dentro de los principios que rigen la responsabilidad civil, por lo que podría pretenderse, según el caso, la exigencia de dolo, culpa o riesgo de parte del agente. Ello, sin embargo, no es así en el caso del abuso del derecho, en el que no es indispensable indagar por esas motivaciones. El daño no es un elemento esencial para la configuración del acto abusivo,

pues representa tan solo el presupuesto del efecto compensatorio; ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios.

A través del acto abusivo no se lesiona, pues, un preexistente derecho subjetivo. Lo que se agravia es un interés patrimonial que carece de una específica protección normativa, desprotección que es solo aparente en la medida que dicho interés puede ser tutelado a través de un genérico deber jurídico (Fernández 1992: 160).²⁸ El deber genérico, contenido en toda situación jurídica subjetiva, se formula a través de principios o cláusulas generales mediante las cuales se expresa el derecho de los demás, de la comunidad en general, frente al titular de un específico derecho subjetivo. Es el caso de la buena fe, las buenas costumbres, el orden público en general y del orden público económico en particular, y el propio abuso del derecho (Fernández 1992: 309).

Así, el abuso del derecho se fundamenta en la reprobación que de este hace la comunidad, en el preventivo reconocimiento de la tutela de un interés por parte de ella. Por esa razón, al momento de delinear los confines de la tipicidad de los derechos subjetivos nos tropezamos con el ejercicio abusivo de estos, siempre con el propósito de prevenir la consumación de un daño o reparar el ya producido.

5.1.3. Fernández Sessarego, a quien venimos siguiendo, ha señalado que la riqueza y complejidad de la vida no puede ser aprehendida en su totalidad por la normatividad jurídica. Es imposible, dice, prescribir la licitud o la ilicitud de cada conducta humana en diversas épocas y circunstancias. Por ello, el derecho, en su afán totalizador, ha de valerse de principios generales o cláusulas generales que informan todo el sistema, lo que le confiere la necesaria unidad.

No puede perderse de vista que el derecho, en cuanto es primariamente vida humana, es dinámico como la coexistencia. El derecho, como la vida, es temporal e histórico y, por ende, lábil y fluido, tal como lo son las conductas humanas; estas se hallan instaladas en la temporalidad y, en tanto son reflejos fenoménicos de la libertad, pueden ser o dejar de ser valiosas de un momento a otro, sin solución de continuidad. Pueden ser justas hasta cierto

²⁸ Como señala Juan Espinoza, en la actualidad estamos pasando de una cultura de derechos a una cultura de deberes (véase ESPINOZA E., J. *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, p. 78).

momento para, luego, devenir en injustas. Pueden ser solidarias durante un lapso para, en el siguiente tramo, convertirse en antisociales. No vemos, pues, inconveniente —dice Fernández Sessarego— para que una conducta potencialmente lícita, o lícita en su tramo inicial, se transforme, en cierto instante, en ilícita al transgredirse algún deber impuesto por el ordenamiento jurídico. Es indiferente que el deber incumplido sea específico, como en el caso de los delitos penales, o genérico, como sería el instalado en un principio o cláusula general del derecho. Así, la ilicitud puede ser típica o atípica, según el caso (Fernández 1992: 313).

Los principios generales, nos recuerda Fernández Sessarego, son instrumentos que el juez aplica para resolver los casos no previstos en una determinada y específica norma jurídica, lo que no supone la existencia de una laguna del derecho, sino un caso de atipicidad normativa que debe resolverse aplicando al caso concreto los principios generales: «Y en el caso de que dichos principios pudieran hipotéticamente resultar insuficientes, debe recurrirse al axioma jurídico que prescribe que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, siempre que no atente contra la moral y el orden público» (Fernández 1992: 314).

5.1.4. El principio del abuso del derecho nace por obra de la jurisprudencia francesa y es de esa manera acogido por la doctrina como reacción frente a los excesos que implicaba el respeto desmedido de los derechos subjetivos. Como sabemos, el concepto tradicional de derecho subjetivo responde a una visión individualista, producto de la ideología imperante en el contexto histórico en el cual fue elaborado, poco tiempo después de la Revolución Francesa, y cuando se encontraba en su apogeo la corriente del iluminismo y de la fe absoluta en las libertades del hombre. El derecho subjetivo, por su parte, «[...] es una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona como un cause de realización de sus legítimos intereses o fines [sic] dignos de tutela jurídica» (Espinoza 2006: 94-5).

El abuso del derecho es mencionado explícitamente en nuestro ordenamiento, tanto en el artículo 103 de la Constitución Política («La Constitución no ampara el abuso del derecho») como en el artículo II del título preliminar del Código Civil del año 1984, tal como fuera modificado por el Código Procesal Civil del 8 de enero de 1993, en el que se señala que «[...] la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho».

La doctrina nacional, por su parte, se ha preocupado de delimitar la noción del abuso de derecho e indicar que tiene, como punto de partida, una situación jurídica subjetiva; transgrede un deber jurídico (buena fe o buenas costumbres); es un acto ilícito sui géneris que agravia intereses patrimoniales ajenos y no tutelados por una norma jurídica específica; es un modo irregular del ejercicio del derecho subjetivo; y no es necesario que se verifique el daño.²⁹

El artículo II citado autoriza al interesado a accionar para evitar que se produzca un acto abusivo o para suprimir uno en curso y a solicitar que se adopten las medidas que fueren necesarias para impedir la realización de un acto que estaría destinado a lesionar sus intereses. Además, prescribe que es materia de indemnización el daño en que se haya incurrido con ocasión del abuso. No cabe ninguna duda que, para el codificador de 1984, el acto abusivo se sitúa en el ámbito de la ilicitud. Una interpretación sistemática que concuerde con el artículo II del título preliminar, que condena el abuso del derecho, es la contenida en el artículo 1971 inciso 1 del Código Civil, según el cual no hay responsabilidad «[...] en el ejercicio regular de un derecho». Esto es, la conducta abusiva, utilizando la interpretación *adversus sensu*, es ilícita. Del ejercicio irregular de un derecho surge la ilicitud objetiva de este (Fernández 1992: 305).

Por su parte, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, en su resolución 104-96-TDC del 23 de diciembre de 1996 (caso Eurobanco contra Grupo Pantel), estableció como notas características del abuso del derecho que esté formalmente reconocido en el ordenamiento; que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; que el interés que está siendo afectado no esté protegido en forma específica; y que se desvirtúen manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.

5.1.5. En la doctrina extranjera, Aurelio Menéndez ha señalado que la categoría del «abuso del derecho» se presenta como la más adecuada para encuadrar dogmáticamente el acto de competencia desleal, puntualizando que no se trata de un abuso individual fundado en requisitos subjetivos, lo

²⁹ Véase también RUBIO CORREA, Marcial. «Abuso del derecho». En *Para leer el Código Civil II*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1986, p. 25.

que sería difícil de explicar si se acepta que el objeto de protección de la disciplina de la competencia desleal es el orden público económico, sino más bien de un abuso institucional, pues el ilícito se funda en la perturbación y falseamiento de ese orden, es decir, la infracción de las reglas objetivas que lo delimitan. «En otros términos —dice Menéndez— que el ejercicio de un derecho (el derecho a la libre iniciativa económica) no puede lesionar la finalidad de un instituto jurídico (la competencia) en el que funcionalmente se integra» (1998: 109-10).

Por su parte, Font y Miranda expresan lo siguiente:

La sanción jurídica de la deslealtad deja ya de residir en la lesión de derechos subjetivos de los competidores o en la incompatibilidad con unas costumbres de la clase empresarial deslegitimadora de los daños causados a terceros. A partir de ahora será desleal todo comportamiento que pueda considerarse abusivo del derecho a competir en el mercado por suponer una infracción de las reglas objetivas que configuran los contornos de la institución de la competencia (2005: 28-9).

Las reglas objetivas son aquellas contenidas en la Constitución económica y en la legislación protectora de la libre competencia, tanto la *antitrust* como la reguladora de la competencia desleal.

5.1.6. Así, pues, podemos concluir que dada la integración de las dos facetas principales del derecho de la competencia, tal como veremos más adelante, la categoría del abuso del derecho se convierte en la más adecuada para explicar y fundamentar la sanción a todos los actos anticompetitivos contrarios a lo estipulado en la Constitución económica y en las leyes especiales.

5.2. El derecho de la competencia

5.2.1. El derecho de la competencia nace del sistema económico liberal y evoluciona al compás de las transformaciones socioeconómicas ocurridas durante las últimas décadas. Inicialmente concebido como un sistema inhibicionista, este es paulatinamente 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 edificación de un

Estado social y democrático de derecho.³⁰ El derecho de la competencia se integra dentro de la llamada economía social de mercado, abandonando sus preocupaciones únicas por la propiedad y el estatus profesional de los empresarios, para convertirse en una rama comprometida con la defensa de la institución de la competencia en interés de todos los sujetos que participan en el mercado (Font y Miranda 2005: 9).

Pese a que el derecho de la competencia está dividido en dos grandes disciplinas, la de la competencia desleal (decreto ley 26122) y la defensa de la competencia o *antitrust* (decreto legislativo 701), parte importante de la doctrina lo entiende como un ordenamiento unido en el que ambas disciplinas se encuentran acopladas y vertebradas. Por su parte, las disciplinas de la publicidad comercial y del comercio interior se encuentran integradas a la disciplina de la competencia desleal. Esa unidad se fundamenta tanto en la Constitución económica como en las leyes citadas; la primera reconoce y protege la libertad de empresa garantizando su ejercicio, y las segundas hacen posible la competencia económica.

Ambas disciplinas, la correspondiente a la competencia desleal y la *antitrust*, tienen una recíproca función complementaria, en el sentido de que cada una de ellas suple las carencias de la otra con el fin de proteger la libre y leal competencia, mediante la formulación de principios normativos, reglas de conducta y sanciones jurídicas. La complejidad del derecho de la competencia se debe, en buena medida, a la inaprehensible realidad que regula la competencia económica, y por la existencia de un complejo y múltiple marco normativo, así como también por las distintas instancias administrativas aplicadoras de las normas, sin perjuicio del sometimiento de los conflictos en última instancia a la justicia ordinaria.

³⁰ Nuestro Tribunal Constitucional entiende que el Estado peruano, tal como está definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental, y de los principios de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales, principios —dice el Tribunal— de los que se deriva la igualdad ante la ley y el reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado. Véase expediente 0008-2003-AI/TC. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero en representación de 5,728 ciudadanos. Sentencia del 11 de noviembre de 2003. Según Carlos Hakansson, el Estado social de derecho es uno de los principios fundamentales del Estado (2000: 83).

En síntesis, siguiendo a José Massaguer, podemos definir el derecho de la competencia como lo siguiente:

[...] un conjunto normativo específico que institucionaliza la conducta competitiva de los particulares y, a la vez, el funcionamiento de mercado, cuya finalidad esencial radica en garantizar la operatividad o funcionalidad de la competencia económica como ordenador o regulador constitucional del mercado, de las relaciones económicas que han de tener lugar en el mercado, y, al tiempo, salvaguardar la libertad individual al ejercicio de la actividad económica —en la oferta y en la demanda— en el mercado (Massaguer 1990: 245-263).

5.2.2. Wolfgang Fikentscher (1984: 459) ha puesto de manifiesto que esta rama del derecho cumple tres funciones vinculadas a la economía, a saber, una función político-jurídica, otra político-económica y una político-social. Para la primera, el bien jurídico protegido es la actividad honrada y los méritos conseguidos con riesgo y esfuerzo por parte de los agentes económicos. En otras palabras, no deben existir ganancias inmerecidas, y el simple poder no es un mérito. El bien jurídico protegido por la función político-económica no es tanto ya la lealtad del esfuerzo económico sino, más bien, el desarrollo económico interno y externo, la protección de determinadas clases sociales, la conservación del medio ambiente; en otras palabras, la protección de determinados valores sociales. Finalmente, la función político-social persigue una distribución razonable de bienes y posibilidades en la que participen todas las fuerzas presentes en la sociedad —la distribución del influjo político—, premisa necesaria para el correcto funcionamiento de una democracia.

El bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia, dice Manuel Abanto (1997: 26), es el de medio que sirve para que la economía de mercado obtenga los objetivos políticos económicos y sociales, constitucionalmente reconocidos, y para el desarrollo de libertad de los participantes en el mercado, es decir, la libertad de decisión y realización de la voluntad en la pretensión de ventajas económicas que el sistema competitivo garantiza. El bien jurídico merecedor de protección es, entonces, la libertad de competencia.

5.3. INDECOPI

En el marco de un conjunto de reformas legislativas de gran importancia vinculadas a la reforma del Estado y a la legislación aplicable en el ámbito económico, a la luz de las tendencias liberales del momento y del fracaso de un Estado intervencionista, tanto en materia de regulación como por el alto número de las empresas públicas, en la década de 1990 se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) por decreto ley 25868 del 18 de noviembre de 1992, sobre la base, solo parcialmente utilizada, del Instituto Tecnológico Industrial y de Normas Técnicas (ITINTEC), creado en la década de 1970.

Hay que tener presente que, hasta el inicio de la década de 1990, los productores y consumidores estaban en el Perú poco habituados a las reglas de la libre competencia, principalmente porque no existían. Fue pues necesario dictarlas y crear una institución que, sin intervenir ni distorsionar el mercado, haga posible que se respeten las reglas básicas de la competencia. INDECOPI no opera como un protagonista del mercado, sino como un observador que lo vigila para que funcione adecuadamente. Al considerar a los productores y a los consumidores como los verdaderos protagonistas, la labor del Estado resulta subsidiaria y dirigida, básicamente, a evitar situaciones que atenten contra la propia dinámica del mercado.

INDECOPI fue concebido como un ente con autonomía técnica, económica y administrativa, encargado de proteger al mercado de las prácticas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia, de la sanción de aquellas que generen competencia desleal, así como de proteger los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, sea como propiedad industrial o como derecho de autor. Es también el organismo encargado de sancionar la publicidad engañosa y dirigir el sistema destinado a la protección de los consumidores.³¹ Para resolver los conflictos que se presenten o para registrar y proteger los derechos intelectuales, cuenta con comisiones y oficinas, respectivamente, las que gozan de amplias

³¹ Las principales normas que utiliza el INDECOPI para resolver los conflictos en el ámbito de la competencia económica son el decreto ley 25868 de 1992 y el decreto legislativo 807 de 1996, que le otorga facultades y funciones; el decreto legislativo 668 de 1991, sobre libertad de comercio; el decreto legislativo 757 de 1991, Ley Marco para el Crecimiento a la Inversión Privada; el decreto legislativo 701 de 1991, sobre prácticas restrictivas; el decreto ley 26122 de 1992, sobre competencia desleal; el decreto legislativo 691 de 1991, sobre publicidad; y el decreto legislativo 716 de 1991, de protección al consumidor.

facultades para requerir y solicitar información, pedir el auxilio de la fuerza pública, y ordenar medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne irreparable. Cuenta, asimismo, con un tribunal compuesto por dos salas, una de defensa de la competencia y otra de propiedad intelectual. Las resoluciones de este tribunal pueden ser impugnadas en la vía judicial.

Como bien ha puesto de manifiesto Alfredo Bullard, INDECOPI no es propiamente un ente regulador, sino una «agencia de competencia» (2003d: 625), pues si bien ambos persiguen conceptualmente el bienestar de los consumidores, la «agencia» actúa cuando la competencia es posible y hay que preservarla, mientras que la regulación es una opción cuando ella no es posible o es difícil esperar que surja competencia. Por eso, esta última suele existir en los monopolios naturales o en la concesión de servicios públicos (Véase 4.3.1.). En este sentido, como ya hemos dicho, INDECOPI no busca sustituir al mercado ni ser su protagonista, sino, más bien, fortalecer el proceso competitivo. Pero hay territorios —como el de la protección al consumidor, que está bajo su cuidado— donde no basta ser un árbitro, sino que, en una sociedad con tan poca igualdad como la nuestra, es preciso tener un rol proactivo y en ocasiones protector para poder edificar un Estado social y democrático de derecho.³²

En su corta vida, INDECOPI ha tenido una gran influencia en el ámbito del derecho de la competencia y en el tema específico que tratamos en este trabajo. Ello ha sido fruto de una concepción original y adecuada a nuestras necesidades, a las facultades que la ley le otorgó y a la calidad de sus funcionarios. Las resoluciones emitidas por INDECOPI han sido y son de un nivel promedio muy superior al que estábamos habituados, lo que, por cierto, no garantiza su acierto en todos los casos. Pero no cabe duda de que ellas y sus precedentes de observancia obligatoria (que tienen tal calidad para los miembros del Instituto y no para el Poder Judicial) han tenido una significativa y benéfica influencia en las conductas de los agentes económicos y en el propio Estado. Sin embargo, su aplicación ha sido y es parcial y restrictiva, debido a nuestro particular modelo concurrencial y a la existencia de una actividad informal de gran magnitud, como tendremos ocasión de ver (véase 6.). En la actualidad, cualquier tema jurídico y

³² Véase, en este sentido KRESALJA, B. «El incumplimiento del mandato constitucional dirigido a la protección jurídica del bienestar de la persona en su condición de consumidor». En *Libro Homenaje al Dr. Carlos Fernández Sessarego* (en prensa).

económico vinculado a la competencia económica no puede dejar de lado los pronunciamientos de INDECOPI: sus resoluciones se han convertido en una referencia obligada en el tema que nos ocupa.

5.4. Las reglas de juzgamiento y el análisis económico del derecho

El análisis económico del Derecho³³ ha jugado un importante papel en la interpretación que ha realizado INDECOPI al aplicar las normas de libre y leal competencia. Esta corriente de pensamiento propone que las normas legales sean interpretadas considerando que el objetivo de estas es lograr la mayor eficiencia económica, por sobre otros posibles fines como, por ejemplo, la redistribución de riqueza. Bajo esta concepción, las normas protectoras de la competencia y las normas contra las prácticas de competencia desleal se encuentran destinadas a lograr, como finalidad última, el mayor bienestar del consumidor, asimilando este concepto a la eficiencia económica.³⁴

Entre las distintas manifestaciones de las reglas de juzgamiento basadas en el análisis económico del derecho en el ámbito de las normas protectoras de la libre competencia, se puede mencionar la concepción de que lo que se encuentra prohibido es el abuso de la posición de dominio y no la posición de dominio en sí misma; de igual forma, la aplicación de la denominada *regla de la razón* para evaluar las prácticas comerciales presuntamente anticompetitivas, considerando, para ello, si las prácticas tienen alguna justificación de negocios y cuáles han sido sus efectos en el mercado.³⁵ En

³³ Véase, entre otros, ABANTO V., M. *El derecho de la libre competencia*. Lima: Universidad de San Marcos, 1997, pp. 45 y s(s).; POSNER, R. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998; COOTER, R. y T. ULEN. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998; TORRES L., J. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos, 1987; PASTOR, S. *Sistema jurídico y economía*. Madrid: Tecnos, 1989; DURÁN, P. *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Granada: Comares, 1992; BULLARD, A. *Derecho y economía*. Lima: Palestra, 2003; y CASTILLO E., M. y R. VÁSQUEZ K. *Analizando el análisis*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004.

³⁴ Entendida en términos del óptimo de Pareto, quien se refiere a la distribución de los recursos entre diversos agentes, de modo que una situación óptima se da cuando ninguno de ellos pueda beneficiarse sin perjudicar a otro. Como lo ha sintetizado Fernández Baca: «[...] un óptimo de distribución es una manera de distribuir los bienes entre los consumidores tal que, si se intenta modificar esta distribución para aumentar el bienestar de uno o más consumidores, el bienestar de por lo menos uno de los demás consumidores se va a ver necesariamente disminuido. Existen por lo tanto, muchos estados sociales que pueden ser considerados como óptimos de distribución» (J. Fernández 2000: 376).

³⁵ Para una revisión de los fundamentos y criterios de evaluación del análisis económico del derecho aplicados en el ámbito de las normas de defensa de la competencia, pueden verse

materia de las normas de competencia desleal puede mencionarse, por ejemplo, el discutido criterio de consumidor razonable que se ha utilizado repetidamente en buena parte de la jurisprudencia emitida por INDECOPI (Bullard y Patrón 1999).³⁶

Finalmente, cabe mencionar que, más recientemente, INDECOPI ha mostrado una tendencia a distanciarse de los postulados del análisis económico del derecho, en particular en materia de interpretación de las normas de libre competencia.³⁷

5.5. La deslealtad

5.5.1. Existen diversas opciones para definir la deslealtad, lo que pone de relieve su relatividad. Así, para el Diccionario de la Real Academia Española, *desleal* es 'el que obra sin lealtad', y *leal* es ser 'fidedigno, verídico, legal y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo'. En el ámbito económico se trata de obrar con honorabilidad y honradez frente a los competidores y los consumidores. Y, como es fácil de apreciar, en el ámbito de la consideración social, el concepto de deslealtad no ha podido ser nunca absoluto ni ha tenido en todas las sociedades y en todo tiempo el mismo contenido o igual importancia. Sí cabe señalar que se ha entendido usualmente como un modo contrario a lo que la costumbre admite, de lo que se deduce que para determinadas actuaciones el juicio condenatorio varíe según el lugar y el tiempo, pues se trata de una noción relativa a la época, al país y al estamento social, sin por ello dejar de tener un fondo moral común. En otras palabras, siempre ha formado parte del contenido sancionable de la disciplina la maniobra fraudulenta o la conducta que implique engaño, pero sus manifestaciones asumen, en el tiempo, modalidades distintas (Baylos 1978: 314).

los trabajos de BULLARD, A. «La legislación antimonopólica y el mito del muro de Berlín». *Thēmis*, N° 30, 1994, Lima; y BULLARD, A. *¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio*. *Thēmis*, N° 36, 1997, Lima.

³⁶ Para una visión crítica del estándar del consumidor razonable, véase KRESALJA, B. «El incumplimiento del mandato constitucional dirigido a la protección jurídica del bienestar de la persona en su condición de consumidor». En *Libro Homenaje al Dr. Carlos Fernández Sessarego* (en prensa).

³⁷ La lógica y postulados de esta tendencia pueden verse en ROJAS, J. «La defensa de la competencia en una nueva dimensión». *Coyuntura, Análisis Económico y Social de Actualidad*, año 1, N° 4, diciembre 2005, pp.16-22, Lima.

Cuando hablamos, entonces, de deslealtad nos referimos a un tipo de actividad que persigue la atracción y captación de compradores y contratantes —la formación, consolidación o incremento de la clientela— utilizando medios tortuosos que la conciencia social reprueba, que permiten potenciar a la empresa propia para debilitar a las rivales, pero que, además, y ello es de gran importancia, es contraria a los principios rectores de la actividad económica incorporados en la Constitución o en las leyes defensoras de la competencia.

Como ya hemos puesto de relieve, el derecho de la competencia, tal como hoy lo entendemos, persigue los objetivos que tienen su inspiración y anclaje en la Constitución económica y en el compromiso de defensa y promoción de un conjunto de intereses nucleados en el concepto de Estado social y democrático del derecho. Ello implica no solo la protección de los empresarios y de las empresas más poderosas sino, además, la garantía de no exclusión de aquellos intereses más vulnerables y necesitados de tutela, lo que compromete a los poderes públicos a organizar una economía social de mercado. Desde esta perspectiva, la libertad de empresa está constitucionalmente funcionalizada a la satisfacción de exigencias socioeconómicas. Ello significa nuevos sujetos y un nuevo objeto de protección si lo confrontamos con el origen histórico de la disciplina de la competencia desleal, pues se ha sustituido un modelo normativo cerrado en el que solo tenían presencia jurídica los competidores por otro más abierto, tal como lo exige la propia Constitución, que reclama la protección eficaz de los consumidores y usuarios. Prueba adicional de todo ello son las preocupaciones doctrinarias y legislativas para la protección no solo de aquellos en los momentos contractual y poscontractual —esto es, en las fases de perfección y ejecución de los contratos—, sino también en los momentos de promoción de la contratación o precontractuales.

Dicho lo anterior, es fácil entender que tanto la disciplina de la competencia desleal como la *antitrust* participan en una misma misión constitucional y comparten un fundamento común: «[...] el establecimiento de un orden concurrencial de mercado acorde con el sistema económico constitucionalizado» (Font y Miranda 2005: 23).

5.5.2. Ahora bien, el principio de *libertad de empresa* y el principio de *protección del consumidor* incorporados en las Constituciones económicas modernas, así como también en la nuestra, han refundado y reconstruido el

derecho de la competencia desleal, y han hecho que el ilícito de deslealtad se haya convertido en el «ilícito general» del derecho de la competencia, en la norma central de enjuiciamiento de las conductas en el mercado. El viejo ilícito de deslealtad se configura ahora como un ilícito preocupado no ya solo por los competidores, sino por el correcto funcionamiento del mercado y la protección de los intereses de todos los sujetos que en él participan.

Dicen Font Galan y Miranda Serrano para el ordenamiento español lo que también es de aplicación para nosotros:

[...] de ahí que, en el fondo, pueda verse en la Ley de Competencia Desleal una Ley de defensa de la competencia; y de ahí, también, que lo antitrust, en cuanto falseador de la libertad de competencia en el mercado, deba considerarse irremediabilmente desleal desde la perspectiva valorativa de los comportamientos de mercado que ofrece la Ley de 1991 reguladora de la deslealtad concurrencial (2005: 26).

Igual puede decirse de nuestro decreto ley 26122. Lo *antitrust* es también desleal por cuanto incurre en abuso de la libertad de competir y quiebra así el paradigma de un uso leal y, por ende, no abusivo de la libertad. Los fundamentos normativos de esta afirmación la encuentran esos autores en lo siguiente:

- La nueva función asignada a la deslealtad, consistente en la protección institucional de la competencia en interés de todos los sujetos que participan en el mercado, función que hace converger a las dos disciplinas al compartir ambas el mismo bien jurídico tutelado: la competencia económica, valor institucional sobre el que se sustenta todo el sistema de ordenación de la economía;
- Segundo, la nueva formulación dada a la «cláusula general» de la competencia desleal, en virtud de la cual la sanción jurídica de la deslealtad deja ya de residir en la lesión de derechos subjetivos de los competidores o en la incompatibilidad con unas costumbres de la clase empresarial deslegitimadora de los daños causados a terceros. Ahora, dicen Font y Miranda, será desleal «[...] todo comportamiento que pueda considerarse abusivo del derecho a competir en el mercado por suponer una infracción de las leyes objetivas que configuran los contornos de la institución de la competencia» (2005: 26);

- Tercero, por la tipificación como supuestos concretos de competencia desleal de comportamientos perturbadores del correcto funcionamiento del orden concurrencial por su tendencia a la monopolización mediante el abuso del poder económico, como los casos de boicoteo, los precios predatorios o la infracción de normas;
- Finalmente, en cuarto lugar, porque se considera que el apartado sobre violación de normas de la Ley de Competencia Desleal abarca también las infracciones de las normas *antitrust* al ser estas normas reguladoras de la actividad concurrencial.

En síntesis, el ilícito desleal es hoy el ilícito general del sistema jurídico del derecho de la competencia, como general es también la ley que lo regula; por su parte, el ilícito *antitrust* es uno especial, al igual que su ley reguladora (Font y Miranda 2005: 36).

5.5.3. Aurelio Menéndez, en un libro clásico en la materia, *La competencia desleal*, afirma que «[...] la disciplina de la competencia desleal, atraída por los valores constitucionales que se consagran en la legislación antitrust, pasa a formar parte de un Derecho general de la competencia unitariamente estructurado, abandonando con ello las fronteras del Derecho privado clásico para ingresar en el ámbito del Derecho económico de intervención», lo que le ha hecho experimentar profundas alteraciones, pues :

[...] su objeto de protección se centrará en la institución misma de la competencia como principio básico del sistema económico. Su función consistirá esencialmente en controlar el poder económico en el mercado, a fin de que la competencia se desarrolle bajo el principio de eficiencia y no de interferencia; en otras palabras, la disciplina de la competencia desleal se funcionaliza en atención al logro de los objetivos de política económica (Menéndez 1998: 98).

Para comprender este cambio de función de la disciplina de la competencia desleal, dice Menéndez, deben tenerse presentes el desarrollo por parte del Estado de una política de tutela reforzada del consumidor, así como los objetivos del Estado social y democrático de derecho, lo que puede apreciarse en la legitimación activa para el ejercicio de la acción contra la competencia desleal, ya no exclusivamente a los empresarios concurrentes como era antes, sino también a los consumidores y a sus asociaciones.

En resumen, el derecho de la competencia desleal no persigue ya más la protección de posiciones jurídicas subjetivas, sino que supone, más bien, establecer deberes de abstención, reglas objetivas de conducta, cuya infracción hace reaccionar al ordenamiento jurídico. De esta manera, se vincula directamente con la conservación del orden económico de mercado, integrándose funcionalmente en un derecho general de la competencia. No se trata de un abuso individual sino, más bien, de un abuso institucional, consistente en la perturbación y falseamiento del orden o sistema económico constitucionalizado; en otros términos, el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica no puede lesionar la finalidad de un instituto jurídico —la competencia—, en el que funcionalmente se integra (Menéndez 1998: 110).

5.5.4. Decreto ley 26122

El decreto ley 26122 de 1992 tiene por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia, esto es, proteger el funcionamiento del sistema constitucionalizado, evitando distorsiones por actuaciones incorrectas y con el objeto de proteger a todas las partes que intervienen en el mercado, sean empresarios o consumidores.³⁸ Cabe señalar que, para calificar un acto como de competencia desleal, no se requiere acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso; basta el perjuicio potencial al competidor, a los consumidores o al orden público económico. Tal como ocurre en el derecho comparado, la ley peruana incluye una cláusula general prohibitiva seguida de una enumeración de supuestos concretos de comportamientos sancionables. La cláusula general³⁹ establece la prohibición en forma tal que permite incluir supuestos no específicamente previstos, sea por su carácter marginal o por la evolución de las prácticas comerciales; tiene, pues, un carácter omnicomprensivo, y su conformación evita que quede obsoleta debido a nuevas prácticas.

Dentro de los actos consistentes en aprovecharse ilícitamente del esfuerzo de otros participantes en el mercado, se encuentran los actos de

³⁸ Véase KRESALJA, B. «Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre represión de la competencia desleal». *Derecho*, N° 47, 1993, pp. 13-86, Lima.

³⁹ Decreto ley 26122, artículo 6, cláusula general: «Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas».

confusión con respecto a la actividad, las prestaciones o los productos; los actos de imitación dirigidos a impedir la afirmación en el mercado de un competidor; y la explotación de la reputación ajena, que se concreta en el aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación adquirida por otro en el mercado, como, por ejemplo, la imitación de signos distintivos, etiquetas, envases, etcétera; también se encuentran, dentro de ellos, la violación de secretos sin autorización de su titular o su adquisición por medio de espionaje.

Constituyen actos o conductas que significan un ataque directo a otras empresas la infracción contractual o los actos de denigración; estos últimos incluyen manifestaciones que se refieren a la nacionalidad, ideología, intimidación o vida privada de los competidores. Finalmente, hay actos o conductas desleales que inciden en las posibilidades de actuación de los participantes en el mercado, lo que impide su correcto funcionamiento, como los actos de engaño respecto —por ejemplo— al modo de fabricación o a las características de productos y prestaciones, o aquellos que puedan inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o servicio. También dentro de este último género, se encuentran los actos de discriminación frente al consumidor en materia de precios y otras condiciones de venta, así como la violación de normas que implican la obtención de una ventaja ilícita adquirida mediante la infracción de leyes, ventaja que deberá ser significativa.⁴⁰

Las acciones se inician siempre en la vía administrativa, especialmente en INDECOPI. En el ámbito de la competencia desleal y de la publicidad, la acción más importante es aquella que dicta la autoridad ordenando el cese o paralización del acto desleal o del ilícito publicitario, la que puede ser provisional o definitiva. Se le da curso frente al peligro que significa la repetición de este en el mercado y frente a los consumidores. En este punto, son irrelevantes los elementos subjetivos del actor, como el dolo, la culpa o la negligencia. También existen, por cierto, las acciones de remoción y de rectificación, así como la procedencia de medidas cautelares. Las sanciones son de diverso tipo, tales como el comiso y destrucción de los productos infractores, el cierre temporal del establecimiento, la imposición de multas

⁴⁰ Véase, sobre este último extremo, KRESALJA, B. «Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti». *Thēmis*, N° 50, 2005, pp. 7-31, Lima.

y la publicación de la sentencia condenatoria. Las acciones civiles de resarcimiento solo pueden interponerse frente al Poder Judicial.

5.6. Publicidad engañosa

5.6.1. La finalidad de la publicidad en el ámbito económico radica en promover la contratación de bienes y servicios. Se trata de un fenómeno de gran importancia en las sociedades modernas, que demanda respuestas jurídicas.⁴¹ La publicidad establece una comunicación colectiva entre el anunciante y el público. El emisor o anunciante tiene interés en que se conozcan las características y el precio de sus productos y servicios, y los destinatarios en obtener información para realizar una correcta opción de compra. Por ello, el mensaje publicitario se refiere a hechos que son de interés para los destinatarios, suministrando información acerca de las diversas oportunidades comerciales que se presentan. Cabe advertir que todo mensaje publicitario tiene, en distinta proporción, un contenido informativo y uno persuasivo, siempre mayor este último. Como es obvio, la comunicación publicitaria influye en el campo de la competencia económica y en el de la contratación.

Ahora bien, los anunciantes y los consumidores están en condiciones de desigualdad, pues los primeros cuentan con una información muy superior a los segundos. Por tal motivo, las normas que regulan la publicidad buscan que esa desigualdad no sea tan acentuada, con el objeto de proteger a los consumidores. La calidad de la información por transmitirse y la forma en que se plantea la persuasión son el fondo común sobre el que se construye la regulación jurídica en esta materia. Cabe advertir, sin embargo, que la autorregulación publicitaria puede ser de gran importancia y más exigente que el estándar legal, pero para su aplicación requiere de un sometimiento o aceptación libre por parte de todos los participantes en esta actividad.

5.6.2. Los principios rectores de la actividad publicitaria son, en primer lugar, el de identificación de los emisores para poder determinar posteriores responsabilidades. El principio de veracidad es fundamental, pues la publicidad engañosa es, justamente, aquella que impide el correcto funcionamiento de

⁴¹ Para este punto, véase DE LA CUESTA RUTE, J. *Curso de derecho de la publicidad*. Pamplona: EUNSA, 2002; FERNÁNDEZ NOVOA, C. «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias». *Revista de Derecho Mercantil*, 1978, N° 107, marzo, Madrid; y KLEIN, N. *No logo*. Barcelona: Paidós, 2001.

la competencia económica. El respeto a la dignidad de las personas prohíbe la denigración o el insulto. Para juzgar los ilícitos publicitarios es pertinente analizar un conjunto de factores en forma coordinada, los que comprenden el estudio del mensaje publicitario, el medio a través del que se realiza, su frecuencia o intensidad, la identificación de la idea principal que los motiva, así como la calidad de los consumidores. Hay también ámbitos en los cuales la publicidad está prohibida o restringida, como en el caso del tabaco, algunos medicamentos y las bebidas alcohólicas.

La idea central de la noción legal que sanciona la publicidad engañosa es que puede inducir a error a sus destinatarios, para lo cual es suficiente con la posibilidad de que ello ocurra. Así, pues, los destinatarios no deben ser conducidos con engaño a contratar, pues ello atenta contra el correcto funcionamiento del mercado. En el momento en que el juzgador interpreta el mensaje publicitario, debe ponerse en el lugar del consumidor promedio al cual está dirigido, lo cual implica un análisis caso por caso, debiéndose recordar que los consumidores no suelen ser ni excesivamente preparados e informados, ni tampoco excesivamente crédulos o ingenuos. La publicidad engañosa tiene diferentes manifestaciones y clasificaciones que no son del caso aquí analizar y que se relacionan con su carácter encubierto, excluyente o desleal. Es preciso advertir que la mayoría de los actos desleales se cometen haciendo uso de la publicidad comercial. Finalmente, cabe recordar que los anuncios publicitarios suelen hacer un uso intenso de los signos distintivos (marcas y *slogans*) de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado.

5.6.3. En el Perú las normas de publicidad en defensa del consumidor están contenidas en el decreto legislativo 691 de 1991.⁴² En los considerandos de este se señala, con toda claridad, que es objeto de esta norma la defensa de los consumidores y la protección de una leal competencia, indicando que la iniciativa privada en el ámbito económico no exime de la obligación de velar por la veracidad de los anuncios. Señala, asimismo, que los anuncios deben respetar la Constitución y el orden legal y no favorecer o estimular las ofensas o discriminaciones por motivos de raza, sexo, condición política o religiosa. Exige que los anuncios se distingan claramente como tales y que no contengan informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, por

⁴² Véase ESPINOZA, E. y P. STUCCHI (coordinadores). *Normas de la publicidad*. Lima: Rodhas, 2006.

omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta. Exige la norma legal que todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.

Los ilícitos en el ámbito de la competencia desleal en la publicidad son materia de pronunciamiento administrativo por parte de una comisión *ad hoc* de INDECOPI, cuyas resoluciones pueden ser apeladas a la sala encargada de los asuntos en materia de competencia. Por otra parte, la ley exige al anunciante probar la veracidad de las informaciones realizadas en el mensaje publicitario. Las sanciones pueden consistir en multas, en la cesación de la emisión de los anuncios e, incluso, pueden llegar a la rectificación publicitaria, que es la obligación del infractor de hacer público su ilícito para informar de ello a los consumidores y tratar de restablecer, aunque sea parcialmente, las condiciones del mercado anteriores a su comisión.

5.7. Prácticas colusorias y abuso de posición de dominio

5.7.1. Las normas protectoras de la libre competencia existen para evitar que los participantes en el mercado abusen de su libertad de acción buscando beneficios por medios distintos a la competencia basada en los méritos empresariales. Se trata del derecho *antitrust*. El decreto legislativo 701 señala, en su artículo 1, que tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, lo que permite que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. Es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas —sean de derecho público o privado— que realicen actividades económicas.

De conformidad con este dispositivo, están prohibidos y serán sancionados los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo tal que se generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional. Como puede apreciarse, los objetivos, el ámbito de aplicación y las prohibiciones se enmarcan dentro de los mandatos de la Constitución económica.

5.7.2. Son prácticas prohibidas y restrictivas a la libre competencia los acuerdos, las decisiones, las actuaciones paralelas o las prácticas concertadas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, tal como lo señala el artículo 6 del decreto legislativo 701. Este dispositivo enumera, como ejemplos de ello, la concertación injustificada de precios; el reparto del mercado o las cuotas de producción; la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; entre otros.

En esta área, desde la promulgación del decreto legislativo 701 en 1991 hasta la fecha, INDECOPI ha resuelto un amplio abanico de controversias relacionadas, principalmente, con acuerdos y concertaciones de precios, cuotas de producción, reparto de mercado y las denominadas licitaciones colusorias; ha establecido los siguientes precedentes de observancia obligatoria:

a) Asociaciones gremiales y ámbito de aplicación del decreto legislativo 701:

Las entidades gremiales se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701 en tanto su actuación incide —directa o indirectamente— en el desarrollo de las actividades económicas de sus agremiados. En tal sentido, se encuentran obligadas a respetar las normas que regulan el ejercicio de la libre competencia.

Si bien dichas entidades pueden tener dentro de sus fines el recolectar y difundir entre sus miembros diversa información sobre el sector al que pertenecen así como realizar estudios de mercado, pueden incurrir en una restricción de la competencia, prohibida por los Artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo N° 701, si limitan la libertad de acción de sus miembros o realizan recomendaciones o establecen conclusiones anticipadas, de forma que provoquen un comportamiento uniforme de sus agremiados en el mercado.

Igualmente, pueden incurrir en prácticas prohibidas por los Artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo N° 701 cuando, de cualquier modo, instrumentan, divulgan, notifican, controlan, realizan o financian cualquier actividad tendente a la materialización de un acuerdo o decisión anticompetitivos adoptados en su interior por las empresas miembros del gremio.⁴³

⁴³ Resolución 206-97-TDC del 13 de agosto de 1997. Miguel Segundo Ciccía Vásquez E. I. R. L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S. A. por presunta concertación de precios y reparto de mercado.

b) Prácticas restrictivas de la competencia ilegales *per se*:

De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla '*per se*'. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados.⁴⁴

c) Acuerdos puros y acuerdos accesorios:

Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

i. Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la

⁴⁴ Resolución 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997. Investigación iniciada de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Avicultura y un conjunto de empresas avícolas, por presunta concertación de precios y otros.

eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;

ii. Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;

iii. Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal.⁴⁵

d) Colegios profesionales y ámbito de aplicación del decreto legislativo 701:

Siendo que los Colegios Profesionales realizan actividades económicas, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 701, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. En tal sentido, serán pasibles de sanción en la medida que sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en la ley mencionada.⁴⁶

e) Calificación de la ilegalidad de las prácticas restrictivas de la competencia:

1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.

2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia —producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas— o el abuso de una posición de dominio

⁴⁵ Resolución 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997.

⁴⁶ Resolución 229-97-TDC del 28 de octubre de 1997. Carlos León Madalengoitia contra Estela Vargas Lacarnaqué, Colegio Químico Farmacéutico Regional Norte y Colegio Químico Farmacéutico del Perú, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.

en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

3. En aplicación de lo dispuesto en el Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.

5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior.⁴⁷

5.7.3. El abuso de posición dominante es sancionado en los artículos 4 y 5 del decreto legislativo 701. Se entiende por posición de dominio la

⁴⁷ Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003. Investigación iniciada de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros y diversas empresas aseguradoras, por presunta concertación de precios. Debe precisarse que este precedente de observancia obligatoria dejó sin efecto los precedentes establecidos por la resolución 206-97-TDC y la resolución 276-97-TDC que se han citado previamente.

situación en la cual una empresa puede actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como su participación en el mercado respectivo, las características de la oferta y la demanda correspondiente, el acceso a redes de distribución, entre otros factores. Para analizar el mercado relevante (véase 4.1.4.) deben tenerse en cuenta las características del producto o servicio comprometido y determinarse el ámbito potencialmente afectado. Las empresas abusan cuando actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros competidores o a los consumidores y usuarios, que no hubieran sido posibles de no existir posición de dominio.

Son abusos anticompetitivos para nuestra ley la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra; la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; la subordinación a la aceptación de prestaciones suplementarias en la celebración de contratos que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; entre otros.

En esta materia, también INDECOPI ha definido un conjunto de aspectos de gran importancia en sus resoluciones, aunque hasta la fecha no ha emitido precedentes de observancia obligatoria. Entre los aspectos más relevantes sobre los que se ha pronunciado INDECOPI, pueden enunciarse brevemente los siguientes:

- La ley no prohíbe que existan empresas con posición de dominio, sino únicamente las prácticas de abuso de tal posición en el mercado. El abuso de posición de dominio puede ser llevado a cabo por una empresa de forma unilateral o por varias empresas de forma conjunta.⁴⁸
- El abuso de posición de dominio ocurre cuando las empresas en tal posición no pueden explicar su comportamiento en el mercado en función de alguna razón de negocios válida y generalmente aplicada; es decir, se evalúa según la regla de la razón, considerando sus justificaciones y efectos en el mercado. Por ejemplo, la negativa

⁴⁸ Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI. Central Unitaria de Trabajadores del Perú y Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP, por presuntos actos de abuso de posición de dominio y concertación de precios.

a contratar está prohibida cuando no se encuentra justificada en alguna razón de negocios, especialmente cuando el producto o servicio en cuestión constituye una facilidad esencial para la entrada o permanencia de los competidores en el mercado.⁴⁹ Asimismo, la discriminación de precios entre compradores no resulta ilegal si es que puede explicarse en función de distintos costos de atender a cada comprador.⁵⁰

- Aquellas conductas que no se encuentran tipificadas expresamente en la ley, como sucede por ejemplo con los precios predatorios, pueden ser procesadas si tienen un efecto restrictivo de la competencia equivalente al de aquellas prohibidas expresamente.⁵¹

5.8. La decisión 608 de la CAN

A pesar de que el proceso de integración al interior de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se inicia con la firma del Acuerdo de Cartagena en 1969, del que el Perú fue fundador y aún miembro —proceso que implica la presencia de una competencia económica más o menos intensa—, es recién en marzo de 1991 cuando se aprueba la decisión 285, la que contenía normas para prevenir y corregir las distorsiones de la competencia generadas por prácticas restrictivas.⁵² Esa decisión quedó sin efecto por la entrada en vigencia, en marzo de 2005, de la decisión 608, Normas para la Protección de la Libre Competencia en la Comunidad Andina, que es a la que nos referiremos a continuación.⁵³

⁴⁹ Resolución 0869-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002. Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. Resolución 00870-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002. Aero Continente S.A. contra Banco de Crédito del Perú, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

⁵⁰ Resolución 0076-1999/TDC-INDECOPI, del 6 de marzo de 1999. Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios discriminatorios.

⁵¹ Resolución 003-98-INDECOPI-CLC del 26 de agosto de 1998. Inter. American Trade Development Company- INTRADEVCO S. A. contra Reckitt & Colman del Perú S. A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios.

⁵² Véase FALLA, A. y E. QUINTANA. «Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina». En *AAVV derecho comunitario andino*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, pp. 143 y s(s).

⁵³ Véase STUCCHI, P y L. GONZALES DELGADO. «Una introducción al sistema comentario de defensa de la libre competencia: la Decisión 608 en el mercado ampliado andino». *Thēmis*, N° 51, 2005, pp. 205 y s(s).

Sin embargo, hay que reconocer diversos esfuerzos anteriores en esta materia por parte de la Junta del Acuerdo de Cartagena, que tuvieron expresión en un conjunto de documentos de fechas anteriores a 1991. Así, en el año 1987, actuando como consultor especial para la materia el doctor Luis José Díez Canseco, se organizó un seminario sobre la legislación en tráfico económico de los países miembros que abarcaba la legislación sobre derecho de la competencia, derechos intelectuales y protección a los consumidores, del que resultó un conjunto de documentos precursores de la legislación que en la década de 1990 se extendería por todos los países.⁵⁴ Tiempo después, en 1989, y bajo la conducción del referido consultor, se celebró un segundo seminario sobre derecho del mercado, entre cuyas conclusiones y recomendaciones estuvieron las de examinar y adoptar normas comunes en los ámbitos de la represión de la competencia desleal; las prácticas restrictivas y el abuso de posición de dominio; la protección al consumidor; y la publicidad, con el agregado de iniciar el estudio de las Constituciones económicas de los países miembros para saber si era posible adoptar las antes referidas normas comunes.⁵⁵

La decisión 608, tal como señala su artículo 2, tiene por objeto «[...] la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores». Este objetivo exige y requiere un cierto nivel de igualdad en los sistemas económicos de mercado en los países que integran la CAN, pues solo de esta manera podrá generar los beneficios que la competencia económica persigue. Esta situación no se presenta en la realidad, al existir acentuados desniveles en el desarrollo de los países y en el ingreso *per cápita* de sus habitantes, así como también por la escasa presencia de empresas originarias de la región con un nivel protagónico en el ámbito regional. Se encuentra en estas características, así como en la falta de impulso político, las razones por las cuales el proceso de integración andino se encuentra muy limitado, sin por ello dejar de reconocer que en el ámbito del intercambio comercial se han logrado importantes incrementos en la última década.

⁵⁴ Véase Junta del Acuerdo de Cartagena. *Seminario Subregional. Legislación de los países miembros del Acuerdo de Cartagena sobre tráfico económico*. Lima: Mimeo, 1987. Allí, el autor de este artículo presentó un documento denominado «Derecho de la Competencia y la realidad social».

⁵⁵ Principales conclusiones y recomendaciones. JUN/SEM.LTE/II. Lima, mayo, 1989.

Son objeto de la decisión 608, tal como señala su artículo 5, la sanción de las conductas ilícitas practicadas en el territorio de uno o más países miembros y cuyos efectos se produzcan en uno o más de ellos, o cuando se produzcan en un territorio no comunitario pero sus efectos se sientan en dos o más países miembros. En todos los demás casos, regirán las legislaciones nacionales de los respectivos países.

La decisión 608 contempla, tal como lo hacen la mayoría de las legislaciones en la materia, una relación de conductas restrictivas ilícitas y diversos ejemplos de conductas de abuso de posición de dominio (artículos 7 y 8), así como un procedimiento para la investigación y eventuales posteriores sanciones. Este procedimiento es, sin duda, una manifestación del poder supranacional que se ha constituido por la transferencia de competencias que han efectuado los Estados miembros. Ahora bien, las características territoriales y de otro tipo de este proceso de integración hacen necesaria la participación de las agencias nacionales en materia de competencia —en nuestro caso, principalmente INDECOPI— para la realización de investigaciones y la adopción de medidas cautelares y de sanciones. Estos organismos nacionales tienen, además, representantes ante el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, el que cumple una función deliberante y técnica en el procedimiento comunitario vinculado a las labores de la Secretaría General de la CAN.

Resulta de interés tomar nota del artículo 6 de la decisión que venimos comentando, el que permite que un país miembro pueda someter a consideración de la Comisión —que es la máxima autoridad de la CAN— el establecimiento de exclusiones o excepciones en determinadas actividades económicas, siempre que estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y, entre otros, puedan reportar beneficios significativos al desarrollo de la producción, comercialización, o fomenten el progreso tecnológico; que signifiquen condiciones preferenciales a regiones deprimidas o en situaciones de emergencia; y que no eliminen la competencia en forma sustancial en el área correspondiente. Este procedimiento, que puede ser de gran impacto económico y político y que ha sido utilizado en el proceso de integración de la Unión Europea bajo el título de «exenciones», no podrá ser utilizado en el caso peruano, pues la Constitución de 1993 no lo permite y, además, el artículo 7 del decreto legislativo 701 que lo permitía fue derogado por el decreto legislativo 788 (Véase 4.2.8.).

6. Premisas cuestionadas y factores extra jurídicos que desdibujan el modelo concurrencial

6.1. El sistema económico imperante

Los diversos conceptos y planteamientos sobre la competencia económica que se han expuesto en los acápites anteriores de este trabajo asumen que ella se realiza en un sistema de mercado —más o menos eficiente, más o menos imperfecto— dentro del sistema capitalista. No es este el lugar para señalar cuál fue el origen y la evolución de este último, ni tampoco las características económicas que hoy lo distinguen, pues ello rebasa en mucho el propósito de este trabajo. Pero sí creemos pertinente repetir lo que otros más ilustrados dicen sobre su forma de actuar, especialmente en países poco desarrollados como el Perú.

La moderna teoría del desarrollo no solo tiene por objeto el estudio del mercado, sino también los aspectos políticos, técnicos, históricos, demográficos, geográficos, institucionales, etcétera, no consideradas como variables exógenas, en contraposición con las corrientes neoclásicas, cuyas proposiciones fundamentales son formuladas axiomáticamente (esto es, no están sujetas a observación). Aunque algunos importantes pensadores contemporáneos no lo reconozcan, lo cierto es que el objeto de la economía del bienestar, aquella que da sustento a la edificación del Estado social y democrático de derecho, requiere de juicios éticos o de valor, aunque ello no tenga mucha importancia en el quehacer académico (Graña 1997: 139). Como ha señalado Javier Iguíñez al referirse al caso peruano, uno de los obstáculos para promover el desarrollo tiene que ver con la escasa vigencia de los derechos, lo cual no permite el acceso de las mayorías a los bienes fundamentales y a su reconocimiento social para el pleno ejercicio de las capacidades humanas (Graña 1997: 142).

Importantes estudios sostienen que el estancamiento económico de América Latina tiene como una de sus causas la combinación de nuevas y viejas formas de dependencia frente a los países capitalistas centrales: las nuevas, vinculadas a la revolución tecnológica como fuerza motriz del nuevo sistema productivo; las viejas, expresadas en la dependencia financiera y en la imposición de políticas de ajuste por parte del capital extranjero (Graña 1997: 239).

De lo que no cabe duda es del profundo impacto negativo que ha tenido en Latinoamérica la transformación del comercio internacional, que ha reducido la importancia de las materias primas y convertido sus economías en poco relevantes, lo que, a su vez, ha dado origen a la formación de economías subterráneas e informales, fuera de la legalidad. Frente a esa situación, lo que se requiere es una redefinición del papel del Estado, una participación más activa de la sociedad civil, una mejor educación, un reparto más equitativo de lo producido. Hay poco margen para tomar caminos alternativos a los que impone el sistema económico mundial, gobernado, principalmente, por las compañías multinacionales. Los beneficios de esta realidad solo podrán recibirse si se adoptan medidas extraordinarias y selectivas en un conjunto amplio de sectores, pues no cabe duda de que no bastará con la sola acción del mercado.

El proceso de privatización y desregulación iniciado en la década de 1990 en el Perú, que ayudó a paliar el déficit comercial en cuanto a su impacto doméstico, significó que un numeroso grupo de empresas estatales pasó a manos de empresas extranjeras, lo que dio lugar a una creciente concentración de riqueza. En el actual entorno mundial, los empresarios y las empresas nacionales tendrán cada vez un futuro más difícil y requerirán de ayuda estatal para sobrevivir (Iguíñez 1999: 182). Surge entonces, como un reto para el Estado, el asumir con realismo su rol regulador, así como de inversionista en recursos humanos, buscando eficiencia y equidad. Porque, además, el proceso de reformas no trajo una reconversión productiva sino, más bien, una puesta al día en términos de información y finanzas. Las inversiones extranjeras «nuevas» se han dado en el ámbito minero—como ocurre desde el siglo XIX—, en el de las finanzas y en el de las comunicaciones. La tradicional dualidad entre zonas urbanas y rurales no se ha podido superar; así, pues, los logros de la apertura de mercados no han resultado en una mejora generalizada, sino, más bien, en deterioros geográficos (y étnicos) y productivos específicos, lo que pone en evidencia una falta de liderazgo político muy acentuada, y el abandono hacia un liderazgo económico denominado de *libre mercado*.

Es cierto que las reformas económicas de la década de 1990 liberaron en el Perú a las fuerzas del mercado. Y es precisamente desde ese momento que se puede apreciar dónde hay mercado y dónde no, así como la concentración en el ingreso, pues los consumidores no son tan numerosos en comparación

con la población total, que tiene un alto porcentaje de pobres absolutos (quizás 20%). Hemos, pues, dado un salto dirigido a la construcción de una economía de mercado; sin embargo, no se ha cumplido aún el requerimiento esencial para que ella funcione: que todas tengan igualdad de información e igualdad de oportunidades para actuar en él (Ugarteche 1998: 175). Más adelante, veremos algunas de las causas. Antes examinaremos el modelo concurrencial subyacente que hace posible la competencia económica y el derecho de la competencia.

6.2. Modelo concurrencial

Tanto los postulados de la Constitución económica como las normas del derecho de la competencia se aplican a una realidad cambiante y poco uniforme, vinculada al estado de desarrollo de los países, tanto en el plano jurídico como en el económico. Resulta por demás evidente que el nacimiento y evolución de los institutos que son hoy parte del derecho de la competencia han tenido su origen y posterior evolución en países de un grado de desarrollo muy superior al nuestro. Pero las hemos recepcionado no como fruto de un análisis de nuestra realidad y de un posterior debate interno, sino, más bien, como consecuencia del carácter internacional del comercio y de la creciente globalización; y, también, por la influencia y hasta imposición proveniente de esos países. Ha sido también un agente acelerador de esta incorporación normativa los objetivos y trabajos previos de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de la cual el Perú forma parte.

Resulta entonces de interés conocer, aunque solo a grandes rasgos, cuál es el modelo de competencia subyacente que ha dado lugar a la existencia del derecho de competencia, tal como hoy se presenta en el mundo desarrollado. Como bien señala Baylos:

[...] para que pueda decirse que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que se den en él, en mayor o en menor medida, tres circunstancias que bien podríamos llamar sus elementos competitivos, a saber: la formación autónoma de los precios; la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su «política industrial», comercial y de ventas (1978: 227).

Se trata de premisas incuestionables que no suelen darse con total pureza o vigencia en país o mercado alguno, pero que entre nosotros han estado por muy largo tiempo, si no cuestionadas, sí recortadas, entre estos factores, por una tradición política autoritaria y poco informada y por una actividad económica vinculada, principalmente, a productos primarios, ausencia de una burguesía nacional y extendida pobreza educativa y material. Los incuestionables esfuerzos nacionales en la segunda mitad del siglo XX, encaminados a superar esas deficiencias, solo han tenido recepción parcial. El Perú es todavía, cualquiera sea el estándar aplicable, un país subdesarrollado.

Alberto Bercovitz, respecto de la disciplina de la competencia desleal, ha señalado que hay un modelo competitivo que subyace a la enumeración de los supuestos concretos prohibidos, que sirve para entender a cabalidad las normas específicas aplicables (1992: 30). Son características de ese modelo, en primer término, la claridad y diferenciación de las ofertas a fin de lograr la transparencia del mercado; de ahí surge la prohibición de los actos de engaño y confusión, y, también, la permisibilidad frente a los actos de comparación. En segundo lugar, este modelo incluye la exigencia de que la actuación de los oferentes en el mercado esté basada en su propio esfuerzo, lo que explica la prohibición de los actos de imitación. Así, si bien se acepta la imitación de iniciativas empresariales ajenas que puedan considerarse útiles de integrar a las propias ofertas, salvo que lesione o infrinja un derecho exclusivo, lo que no se acepta es la reproducción sistemática de ofertas de terceros o la explotación de secretos empresariales obtenidos por violación del factor de confiabilidad. Una tercera característica es que los agentes económicos cumplan la legalidad vigente, pues solo de esa manera se puede competir en condiciones de igualdad. Una cuarta característica es que a los operadores económicos se les prohíbe la arbitrariedad en su actuación en el mercado, lo que implica que no puede discriminarse entre los clientes o imponerles condiciones abusivas. De ahí surge la prohibición al abuso de las posiciones dominantes, tema estrechamente vinculado a la legislación *antitrust*. Finalmente, existe la necesidad de que quede garantizada, en todo momento, la libertad de decisión de los consumidores, principio sobre el que, en verdad, se basa todo el sistema competitivo de economía de mercado. Por tanto, toda actuación que impida o limite la decisión libre de los consumidores es incompatible con el modelo de competencia constitucionalizado y legalmente reconocido, de ahí que serán sancionables los actos de engaño o confusión.

Este modelo de competencia en el ámbito de la competencia desleal subyace también, con distinto énfasis, en la aplicación de las normas *antitrust*. Estas, además, asumen otras características de la actividad económica que deben reconocerse. En primer término, está la existencia de unidades de producción y de servicios de dimensiones importantes que operan en mercados de mediana o gran dimensión, sobre un conjunto de consumidores y usuarios que han superado en altísima proporción el analfabetismo y la extrema pobreza, y que en nuestros días tienen acceso a los más modernos medios de comunicación social. La aplicación de las normas *antitrust* es incomprensible en sociedades en las que, prácticamente, solo existen actividades artesanales y pequeñas empresas. Todo ello exige, a su vez, la existencia de instituciones estatales, sean administrativas o judiciales, compuestas por un conjunto de integrantes expertos no solo en materia jurídica, sino también económica. Son estos factores los que, sumados a los del modelo de competencia desleal, conforman el modelo concurrencial sobre el que actúa el derecho de la competencia.

Al ser ello así, es preciso efectuar un breve comentario sobre nuestras realidades socioeconómicas, propias de un capitalismo dependiente y periférico, para poder hacer un juicio crítico sobre la viabilidad y vigencia de los mandatos constitucionales en el terreno económico, y de la efectividad que puede alcanzar en nuestro mercado la aplicación de las normas del derecho de la competencia.

6.3. Manifestaciones atípicas: informalidad y economía sumergida

En el Perú tienen gran importancia económica y social la informalidad, el comercio ambulatorio y la economía sumergida. Esta situación es consecuencia de un conjunto de factores vinculados a la ausencia de instituciones representativas de los intereses mayoritarios, a las características del sistema económico prevaleciente, a la difícil aplicación de la ley y a la pobreza. Como se sabe, la informalidad económica se encuentra al margen de la ley, pero forma parte del sistema económico. Se trata de actividades realizadas por cuenta propia o en pequeñas empresas que establecen reglas particulares en lo relativo a su desarrollo y la competencia con terceros.⁵⁶

⁵⁶ Véase, entre otros, DE SOTO, H. *El otro sendero*. Lima, 1986; y QUIJANO, A. *La economía popular*. Lima: Mosca Azul Editores, 1998.

Estos amplios sectores sociales, que llegan a conformar casi el 50% de la actividad económica y que dan trabajo a algo más del 60% de los trabajadores del país, tienen serios problemas para acceder al sistema formal. Sus integrantes, además, tienen la percepción de que las decisiones judiciales son arbitrarias, discriminadoras y contrarias a sus intereses y derechos. Por cierto, no se trata de un conjunto homogéneo, sino más bien diferenciado, con distintos niveles de desarrollo. En términos generales, la legalidad les supone el establecimiento de compromisos que no están en condiciones de cumplir y solo se someten a ella cuando ya no están en condición de resistir el asedio de la autoridad. No puede negarse que, en muchos casos, la evasión a la ley es una condición de su permanencia en el mercado.

Si bien durante los últimos años se han hecho esfuerzos considerables para incrementar las actividades formales, queda todavía por delante un largo camino. Para ello, es necesario vencer una extendida percepción de que las normas reguladoras de las conductas en el mercado y la condena de aquellos que las infrinjan son pretensiones que no se cumplen y que, además, los hace dependientes de las decisiones de aquellos en quienes no confían. No puede olvidarse, de otro lado, que el sistema liberal imperante en el mundo desarrollado no es siempre viable en los países en desarrollo, y que la concentración empresarial hace difícil el surgimiento de empresas pequeñas y medianas de capital nacional, más aún cuando no es posible repetir las condiciones que hicieron posible su surgimiento en el hoy mundo desarrollado; a ello se le adicionan la ausencia de crédito promocional y un sistema de comercio internacional que, sin duda, ha favorecido y favorece a los países ricos.

El problema de la informalidad y de las empresas que operan fuera del marco legal se vincula también a una cultura poco respetuosa del derecho ajeno, cuyo fundamento puede tener soporte por el histórico abuso de los más poderosos, por la desigualdad económica y laboral, y por una tendencia a considerar con simpatía el incumplimiento de la normativa, alegando inferioridad y debilidad. En ciertos casos, esas conductas son reflejos de una realidad dramática e injusta, pero, en otros, una mera táctica para obtener beneficios ilegales.

En el contexto descrito, el respeto por las normas que regulan la actividad económica se hace particularmente difícil, y el mercado adquiere imperfecciones que van más allá de los modelos económicos que la teoría

reconoce. Se trata de una realidad que debe apreciarse con cuidado y serenidad en nuestro país.

6.4. Factores extrajurídicos

Las dificultades históricas para afianzar la institucionalidad democrática han sido y son muy variadas y complejas, y ello no es motivo de este trabajo. Pero, para dar viabilidad a un modelo concurrencial que tenga en la competencia económica su motor central, deben superarse algunos obstáculos de gran dificultad, mediante acciones sostenidas en el tiempo y compartidas tanto por la clase política y el Estado como por la sociedad civil en su conjunto.

Hay que señalar, en primer término, la ausencia de fe en el progreso en amplios sectores, renuentes a creer que el tiempo avanza sin volver atrás, que es posible cambiar para mejor por el propio esfuerzo. Es una ausencia que sirve para poner de manifiesto falta de confianza en la institucionalidad, en la empresa y en el conciudadano, y que representa un lastre muy pesado para poder compartir un conjunto de valores y creencias esenciales para las políticas de largo plazo, como la promoción de la investigación científica y tecnológica, absolutamente clave para el progreso económico.

La aceptación pasiva de aquella extendida creencia de que «la ley se acata pero no se cumple» significa premiar cotidianamente la arbitrariedad, compañera de un arraigado autoritarismo político y familiar, y boicotear el cumplimiento de la legalidad vigente. En otras palabras, el mérito y los logros personales basadas en el propio esfuerzo, sobre los que se asienta la economía de mercado y el derecho de la competencia, no parecen ser socialmente reconocidos por un alto porcentaje de ciudadanos.

El diagnóstico y las evaluaciones sobre la calidad de la educación peruana y en especial de la estatal, que es la que atiende a las mayorías, son sencillamente catastróficos. Los esfuerzos para salir de esta situación, últimamente los del Consejo Nacional de Educación que ha presentado un realista plan de desarrollo educativo a largo plazo, no han sido atendidos por el Estado con la importancia que se requiere. De otro lado, la pobreza y la desigualdad son el mayor peligro para el desarrollo de cualquier política educativa, y se constituyen en límites de esta (Lynch 2006: 52). En la situación actual, es harto difícil que puedan formarse jóvenes capaces de

producir bienestar; más bien, seguirán surgiendo numerosos analfabetos funcionales, creyentes en una gaseosa «ideología de los derechos» que no asume las responsabilidades y obligaciones respectivas.

El concepto utilitario de la calidad, pregonado por las corrientes neoliberales, pone en peligro los logros de acceso al sistema educativo y anula la función igualadora de la educación, lugar de encuentro de los distintos sectores sociales. De otro lado, dificulta grandemente la instauración de una economía social de mercado, que necesita de ciudadanos y no de súbditos. Y, por cierto, hace ininteligibles las funciones sociopolíticas que tienen lugar en el interior del derecho de la competencia.

Los Estados latinoamericanos, así como el Perú, han transitado de las intervenciones indiscriminadas en la economía hasta la redefinición del rol del Estado, asignándole ahora un carácter subsidiario en un entorno político y económico distinguido por la globalización y una persistente desigualdad. No puede dejarse de mencionar, sin embargo, que la racionalización del Estado a través de los procesos privatizadores y de desregulación, acompañada de un crecimiento macroeconómico, así como de una mayor contención del gasto superfluo, ha traído beneficios de términos generales. De otro lado, el panorama sería incompleto si no se reconociera que el analfabetismo absoluto ha disminuido, que la población es hoy fundamentalmente urbana y tiene acceso extendido a modernos medios de comunicación, y que el eje matriz de la economía peruana es la construcción de ciudades.⁵⁷

Pero queda mucho por hacer, pues el progreso logrado en la erradicación de la pobreza y la tarea de cubrir la brecha de redistribución no han mantenido el mismo ritmo del crecimiento y la inversión. Las deficiencias de la política social no han podido articular una estrategia del desarrollo, ni fortalecer al empresariado nacional. Entonces, si el Perú aparece como un reformador agresivo a partir de la década de 1990, es un actor rezagado «[...] con respecto a la eficiencia en la inversión, al dinamismo del comercio en comparación con otros reformadores del mercado y al impacto de ambos sobre el empleo y la equidad» (Wise 2003: 312).

Las cifras de empleo no pueden llevar a error, dada su contundencia. En el Perú, el empleo formal brindado por el Estado y la mediana y gran empresa

⁵⁷ Para conocer y analizar estos temas, véase el magnífico libro de AMAT Y LEÓN, Carlos. *El Perú nuestro de cada día*. Lima: Universidad del Pacífico, 2006.

solo llega al 17% de la población económicamente activa (PEA), algo menos de 2.000.000 de personas. Del resto, que asciende a algo más de 8.000.000 de personas, 6.350.000 son parte de la microempresa (autogeneración de empleo), de las cuales la inmensa mayoría se encuentra en el área rural, 1.400.000 pertenecen a la pequeña empresa y 500.000 son trabajadoras del hogar. La ocupación se da, mayoritariamente, en actividades primarias y de servicios. El 75% de los propietarios agrícolas tiene menos de tres hectáreas. El 10% superior de la población obtiene el 42% de los ingresos de los hogares. La mala distribución no ha sido sustancialmente modificada desde 1960; el estrato bajo, conformado por el 50% de la población, recibe solo el 16% de esos ingresos.

Estos datos solo sirven para mostrar que el modelo concurrencial subyacente que el derecho de la competencia exige y que se asume en los países desarrollados no puede darse a plenitud en países como el Perú, lo que debe llevarnos a un análisis crítico de las disposiciones legales en la materia, más aún cuando esa realidad contribuye significativamente a la pérdida de legitimidad del sistema político. Se trata de un análisis que, finalmente, no debe ser solo jurídico, sino también político y económico, por no decir filosófico y ético, ya que se trata de reconstruir una realidad que hoy no es, en buena cuenta, indócil e injusta.

Considero conveniente terminar este trabajo teniendo presente la siguiente reflexión de Celso Furtado:

[...] cuando la capacidad creativa del hombre se aplica al descubrimiento de sus potencialidades y al empeño de enriquecer el universo, se produce lo que llamamos desarrollo. El desarrollo sólo aparece cuando la acumulación conduce a la creación de valores que se esparcen en la colectividad. La teoría del desarrollo alude a dos procesos de creatividad. El primero tiene que ver con la técnica, con el empeño del hombre por dotarse de instrumentos, por ampliar su capacidad de acción. El segundo se refiere al significado de la actividad humana, a los valores con los que el hombre enriquece su patrimonio existencial (1999: 57).

Esa es la tarea que tenemos por delante.

7. Bibliografía

AA.VV.

1961 *Comentario a la ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.

ABANTO V., Manuel

1997 *El derecho de la libre competencia*. Lima: Universidad de San Marcos.

AMAT Y LEÓN, Carlos

2006 *El Perú nuestro de cada día*. Lima: Universidad del Pacífico.

ARIÑO, G.

1993 *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons.

2006 «Logros y fracasos de la regulación». *Thēmis*, N° 52, Lima.

BAYLOS, H.

1978 *Tratado de Derecho Industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho a la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Madrid: Civitas.

BELLAMY, C., G. CHILD Y E. PICAÑOL

1992 *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Civitas.

BERCOVITZ, Alberto

1992 *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*. Madrid: Cámara de Comercio e Industria.

2001 *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*. Navarra: Aranzadi.

BREYER, S.

2006 «Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma». En *Thēmis*, N° 52, Lima.

BRIONES, J., A. FONT Y J. FOLGUERA

1999 *El control de concentraciones en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

1994 «La legislación antimonopólica y el mito del muro de Berlín». *Thēmis*, N° 30, Lima.

1997 «¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio». *Thēmis*, N° 36, Lima.

2003a *Derecho y economía*. Lima: Palestra.

2003b «¿Debe preocuparnos el tamaño? El abuso de posición de dominio». *Derecho y Economía*. Lima: Palestra.

- 2003c «La regulación constitucional de los monopolios y las políticas de competencia». En *Derecho y Economía*. Lima: Palestra.
- 2003d «Ente regulador y agencia de competencia: ¿son la misma cosa?». *Derecho y Economía*. Lima: Palestra.
- BULLARD, A. y C. PATRÓN
1999 «El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal». En *Thēmis*, N° 39, pp. 433-451, Lima.
- CABANELLAS, GUILLERMO
1983 *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
- CALVO C., A. y J. CARRASCOSA G.
2001 *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex.
- CASSAGNE, J. C.
1994 *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CASTILLO F, M. y R. VÁSQUEZ K.
2004 *Analizando el análisis*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- COASE, Ronald H.
1994 *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial.
- CONRATH, C.
1998 *Guía práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio.
- CONTRERAS, C. y M. GLAVE (coordinadores)
2002 *Estado y mercado en la historia del Perú*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Cooter R. y T. Ulen
1998 *Derecho y economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- DE LA CUESTA RUTE, J.
2002 *Curso de derecho de la publicidad*. Pamplona: EUNSA.
- DE SOTO, Hernando
1986 *El otro sendero: la revolución informal*. Lima: El Barranco.
- DIEZ CANSECO, L. y J. TÁVARA
2003 «Estabilizando el péndulo: control de funciones y concentraciones en el Perú». *Thēmis*, N° 47, pp. 50-77, Lima.
- DROMI, R.
1995 *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

- DUQUE, J.
1977 «Iniciativa privada y empresa». En *Constitución y economía*. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica.
- DURÁN, P.
1992 *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Granada: Comares.
- ESPINOZA ESPINOZA, J.
2006 *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- ESPINOZA, E. y P. STUCCHI (coordinadores)
2006 *Normas de la publicidad*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- FALLA, A. y E. QUINTANA
2003 «Derecho de la competencia en la Comunidad Andina». En Brener Carías, Allan. *Derecho comunitario andino*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- FERNÁNDEZ BACA, Jorge
2000 «El Funcionamiento de los Mercados y el Bienestar Económico». En *Microeconomía: teoría y aplicaciones*. Tomo II. Lima: CIUP.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C.
1978 «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias». *Revista de Derecho Mercantil*, N° 107, marzo, pp. 23 y s(s)., Madrid.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.
2000 *La competencia*. Madrid: Alianza Editorial.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos
1992 *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
2006 *El derecho como libertad*. Lima: Ara Editores.
- FIKENTSCHER, Wolfgang
1984 «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)». *Revista de Derecho Mercantil*, N° 172-173, Madrid.
- FONT GALAN, Juan I.
1987 *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos.
- FONT GALAN, J. I. y L. MIRANDA S.
2005 *Competencia desleal y antitrust*. Madrid: Marcial Pons.
- FRANCESCHELLI, R.
1979 «Il mercato in senso giuridico». En *Giurisprudenza Commerciale, Società e fallimento*. Milano: Giuffrè.
- FURTADO, Celso
1999 *El capitalismo global*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

GALAN CORONA, E.

1977 *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Madrid: Montecorvo.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo.

1993 «La Constitución económica peruana». En *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Tomo II. Lima: Ediciones Justo Valenzuela.

GIMENO, J. M.

1995 «Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)». *Revista de administración pública*, N° 137, Madrid.

GRAÑA, A.

1997 *Metamorfosis de la economía*. Lima: Fundación Friedrich Ebert.

HAKANSSON N., Carlos

2000 «La posición constitucional de los principios en la Carta de 1993». *Revista de Derecho*, vol. I, p. 75, Universidad de Piura.

HUERTA, E

1995 «Sobre el papel de la política de la competencia en España». En *Regulación y competencia en la economía española*. Madrid: Civitas.

IGUÍÑIZ E., Javier

1999 *Caminando por el borde. El Perú en la globalización*. Lima: Instituto Bartolomé de Las Casas-Centro de Estudios Peruanos.

Junta del Acuerdo de Cartagena

1987 *Seminario Subregional. Legislación de los países miembros del Acuerdo de Cartagena sobre tráfico económico*. Lima: Mimeo.

KLEIN, N.

2001 *No logo*. Barcelona: Paidós.

KRESALJA R., Baldo

1993 «Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre represión de la competencia desleal». *Derecho*, N° 47, Lima.

1999 «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». *Thēmis*, N° 39, Lima.

2001 «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». *Ius et veritas*, año XI, N° 22, Lima.

2004 «La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado». En García Belaunde, Domingo, Javier De Belaunde (editores) *Libro Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

2005 «Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti». *Thēmis*, N° 50, Lima.

En prensa «El incumplimiento del mandato constitucional dirigido a la protección jurídica del bienestar de la persona en su condición de consumidor». *Libro Homenaje al Dr. Carlos Fernández Sessarego*.

LYNCH, Nicolás

2006 *Los últimos de la clase*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

MARTÍN MATEO, R.

1999 *El marco público de la economía de mercado*. Madrid: Trivium.

MASSAGUER, José

1990 «Aproximación sistemática general al derecho de la competencia y de los bienes inmateriales». *Revista General de Derecho*. 1990, N° 544-545, enero-febrero, pp. 245-263, Madrid.

MENÉNDEZ, AURELIO

1998 *La competencia desleal*. Madrid: Civitas.

PARADA, Ramón.

2002 *Derecho administrativo*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons.

PASTOR, S.

1989 *Sistema jurídico y economía*. Madrid: Tecnos.

PÉREZ HUALDE *et al.*

2006 *Servicios públicos y organismos de control*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

POSNER, R.

1998 *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

QUIJANO, A.

1998 *La economía popular y sus caminos en América Latina*. Lima: Mosca Azul Editores-CEIS.

QUINTANA, E.

2006 «Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?». *Thēmis*, N° 52, Lima.

RIVERO O., Ricardo

1999 *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. Salamanca: Ratio Legis.

ROJAS, J.

2005 «La defensa de la competencia en una nueva dimensión». *Coyuntura, Análisis Económico y Social de Actualidad*, año 1, N° 4.

RUBIO CORREA, Marcial

1986 «Abuso del derecho». En De Trazegnies, F. (editor). *Para leer el Código Civil II*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SAMUELSON, P.

1965 *Curso de economía moderna*. Madrid: Aguilar.

SERRANO S., J.

1995 «La regulación como instrumento de política económica». *Regulación y competencia en la economía española*. Madrid: Civitas.

SORIANO GARCÍA, J. E.

1993 *Desregulación, privatización y derecho administrativo*. Barcelona: Real Colegio de España.

1998 *Derecho público de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.

STOBER, R.

1992 *Derecho administrativo económico*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.

STUCCHI, P y L. GONZALES DELGADO

2005 «Una introducción al sistema comentario de defensa de la libre competencia: la Decisión 608 en el mercado ampliado andino». *Thēmis*, N° 51, Lima.

SUÁREZ-LLANOS, L.

1989 *Derecho, economía, empresa*. Madrid: Civitas.

TORRES L., J.

1987 *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos.

UGARTECHE, Oscar

1998 *La arqueología de la modernidad*. Lima: Desco.

VERDÚ, Pablo Lucas

1984 *Estimativa y política constitucionales*. Madrid: Universidad Complutense.

WISE, C.

2003 *Reinventando el Estado: estrategia económica y cambio institucional en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.