

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Ernesto Blume Fortini*
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Lima

1. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

1.1 Marco doctrinario

Siguiendo el *excursus* terminológico realizado por Domingo García Belaunde como introducción a su ponencia "La Constitución Económica peruana", presentada al simposio internacional sobre "Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina", organizado por la Universidad Externado de Colombia con ocasión del primer centenario de su fundación y llevado a cabo en la ciudad de Bogotá del 2 al 6 de noviembre de 1986¹, puede afirmarse que los conceptos de Constitución Económica, Derecho Constitucional Económico y Derecho Constitucional de la Economía son, dentro del desarrollo del Derecho Constitucional, patrimonio exclusivo del presente siglo, constituyendo el primero seguramente la matriz de la cual derivan los segundos.

Sus primeros atisbos datan de la década de los veinte y aparecen en la república alemana de Weimar, luego se detectan en la literatura alemana, italiana y española, así como, aunque en menor grado, en la latinoamericana, experimentando una suerte de resurgimiento a partir de la década de los setenta.

En un inicio la expresión Constitución Económica y, por cierto, las reflexiones conceptuales sobre la

Dentro de las más importantes instituciones del Derecho Constitucional Contemporáneo se encuentra la denominada Constitución Económica. Sin embargo, su definición, ensayada por muchos, tanto a nivel nacional como internacional, es hasta hoy objeto de controversia.

En el presente artículo, el doctor Blume Fortini intenta dar una solución definitiva al problema de la Constitución Económica y su significado, para luego centrarse en el tratamiento que nuestro ordenamiento le ha dado en relación a un tema que cada vez cobra más importancia tanto en nuestro país como a nivel mundial: El derecho de la Competencia.

* Estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Teoría y Práctica de la Constitución Peruana. Tomo II, Ediciones Justo Valenzuela V. E.I.R.L., Lima 1993, pp. 53-97.

misma, aparecen utilizadas por los economistas y también por los juristas, pero con el discurrir del tiempo se va produciendo un curioso fenómeno, en cuya virtud los economistas van dejando de lado su interés por el tema y éste va convirtiéndose en punto de especial reflexión y desarrollo para los constitucionalistas, al extremo que hoy en día resulta innegable que la Constitución Económica ocupa un lugar preferente en el elenco de instituciones importantes y de grandes proyecciones del Derecho Constitucional contemporáneo.

Parece ser que quien lo introduce de lleno en la literatura constitucional es el célebre, aunque siempre polémico, Carl Schmitt, en 1931, en su libro "*Hüter der Verfassung*", que fuera traducido al español con el título "La Defensa de la Constitución". Schmitt no define lo que entiende por Constitución Económica ni da mayores alcances conceptuales al respecto, limitándose a advertir que con la Constitución Económica se pretende dejar de lado la Constitución Política, lo que llega a considerar aberrante y cuestiona duramente, pues estima que en tal empeño existe el peligro de "crear dentro del Estado una dirección plenamente económica, de tipo sindical o soviética, que podría conducir al stalinismo o al fascismo corporativo"².

Al decir de Francisco Fernández Segado³, siguiendo a Ignacio María Lojendio, es Beckerath quien en 1932, en Alemania, en su trabajo "*Politische und Wirtschaftsverfassung*", realiza un rescatable esfuerzo por definir la Constitución Económica, entendiéndola como una manera de ordenar lo que hoy podríamos denominar el fenómeno económico, en cuanto se expresa en los elementos propiedad, contrato y trabajo, así como en la intervención del Estado en la economía y en la regulación de lo que hace a la organización y a la técnica de la producción y de la distribución.

En 1942 el economista Wilhelm Röpke, de la Escuela de Friburgo, publica un trabajo sobre la crisis social de su tiempo, en el cual se refiere a la Constitución Económica, con el fin de fundamentar su posición neoliberal frente a los peligros que acarrea el comunismo. En tal sentido, desarrolla un símil o paralelismo con implicancias e interrelaciones mutuas entre la Constitución Política y la Constitución Económica, en cuya virtud, si se quiere garantizar

un mundo de libertad, tolerancia, respeto y contrapesos, la economía debe darse en un marco que reúna tales características también, porque, de lo contrario, un modelo económico que no responda a estos principios a la larga acabará con ellos en el propio ámbito político. Vale decir, que para Röpke la estructura económica y la estructura política son como dos caras de una misma moneda y, es más, la una condiciona a la otra. Por ello sostiene con énfasis que "Constituye una ingenuidad casi indiscutible creer que un Estado puede ser totalitario en el dominio económico, sin serlo simultáneamente en el político y espiritual y al revés"⁴.

En los años posteriores, la Constitución Económica como categoría conceptual en incipiente desarrollo fue prácticamente abandonada por los economistas y por los juristas, hasta la década de los setenta, en la que se produce una suerte de renacer en los académicos e intelectuales alemanes, italianos y españoles. En este renacer destaca Ekkehart Stein, que en un trabajo publicado en 1971 define la "Constitución Económica" como el sistema económico en aplicación imperante en la República Federal Alemana.

En lo que atañe a España, el esfuerzo de los doctrinarios de la década de los setenta, que a través de diversos trabajos venían conceptualizando sobre la "Constitución Económica", fue recogido por el legislador constituyente de la Carta de 1978, que consagró su Título VII al tema bajo el título de Economía y Hacienda. Al respecto, son de mencionar, entre otros, dos aportes de especial significación; el uno doctrinal y el otro jurisprudencial. El primero lo constituye el colectivo publicado bajo el título "El modelo económico en la Constitución española", cuya dirección estuvo a cargo de Fernando Garrido Falla; y el segundo la célebre Sentencia No. 1/1982, dictada el 28 de enero de 1982, por el Tribunal Constitucional español, en cuya parte pertinente a la letra reza:

"En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructuración y el funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas

² *Ibid.*, p.54.

³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Editorial Dykinson, S.L., Madrid 1992, p. 514.

⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.* p.56.

compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de 'un orden económico y social justo'..."⁵.

El Tribunal Constitucional español entendió por "Constitución Económica" el marco jurídico fundamental para la estructuración y el funcionamiento de la actividad económica, en el contexto de los principios básicos del orden económico, conformantes de lo que la doctrina ha dado en llamar el núcleo o reducto indisponible por el legislador ordinario.

En el renacer al que se ha hecho referencia líneas arriba, destacó en Italia Francesco Galgano, quien definió la "Constitución Económica" como "el análisis de las estructuras constitucionales del actual sistema económico y, naturalmente, de las múltiples conexiones entre la constitución económica y la constitución política"⁶.

La producción latinoamericana relacionada al tema de la "Constitución Económica"—sin desmerecer algunos valiosos aportes aislados de contados juristas iberoamericanos, como es el caso de Ricardo Haro, Jorge R. Vanossi, José Francisco Ruiz Massieu, Allan R. Brewer-Carías, Domingo García Belaunde y César Ochoa Cardich, entre otros—no ha marcado una presencia significativa en cuanto a matrices doctrinarias se refiere. No obstante ello, las constituciones de los países de la América hispana han ido incorporando en sus textos normas atinentes al régimen económico.

1.2 Un intento de definición

Del *excursus* terminológico realizado, se aprecia que el concepto de "Constitución Económica" nace en el presente siglo durante la década de los veinte en Alemania, y fue usado inicialmente por economistas y por juristas, para convertirse luego en patrimonio casi exclusivo de los juristas a raíz de su renacer a partir de la década de los setenta. Éste se halla aún en proceso de desarrollo y ha evolucionado de la idea de sistema económico subyacente al ordena-

miento jurídico a la de orientación general del texto constitucional sobre el tema económico (especialmente, sobre el rol del Estado y de los agentes económicos), para pasar a la del sistema económico recogido en el texto constitucional.

No obstante tal evolución, no existe un concepto único ni universalmente aceptado de "Constitución Económica" aún en el desarrollo del Derecho Constitucional contemporáneo. Sin embargo, ya se observa que dicho concepto tiene una dimensión dual: la Constitución Económica vista como contenido y la Constitución Económica vista como norma jurídica suprema.

La Constitución Económica vista como contenido será la que el propio Domingo García Belaunde denomina la Constitución Económica Material, entendida como el ordenamiento real de la economía en una comunidad determinada⁷. La Constitución Económica vista como norma jurídica suprema será la que el mismo García Belaunde llama la Constitución Económica Formal, entendida por "la manera cómo la constitución escrita recoge, reconoce o regula esta realidad"⁸.

Un intento de arribar a una definición de la Constitución Económica lleva a considerarla como el sistema económico consagrado en la Constitución de un determinado Estado, que comprende la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas del mercado, de la empresa y, en general, del fenómeno económico, cuya incorporación en la normativa constitucional, sumada a la parte dogmática y a la parte orgánica, conforma las tres partes fundamentales de una Constitución moderna que debe responder a un mundo que finaliza el siglo XX en el marco de la globalización, la cibernética y los notables avances de la comunicación. Por ello, hoy se habla, aludiendo a estas tres partes, del Derecho Constitucional Económico, del Derecho Constitucional de la Libertad y del Derecho Constitucional del Poder.

Para terminar este intento de definición, es paradigmática la frase de Kurt Ballerstedt, quien caracteriza al Derecho Constitucional Económico y, por tanto, a la Constitución Económica, como "la

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit. p. 315.

⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Op. cit. p. 58.

⁷ *Ibid.* p. 65.

⁸ *Loc. cit.*

realización de la idea de que toda economía colectiva debe cumplir los dictados de la justicia”⁹.

1.3 Su plasmación en la Carta de 1979

Si bien las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933 consagraron algunas normas sobre economía -principalmente referidas a la libertad de industria y comercio, así como a las facultades del Congreso en lo que hace al presupuesto general de la república, al pago de la deuda pública y al sistema monetario- ninguna de ellas trató en forma amplia y orgánica el tema del sistema económico o, como también se le denomina, el régimen económico. Ello no resulta extraño si se tiene en cuenta que, como se ha explicado en el *excursus* terminológico contenido en la primera parte del presente trabajo, la Constitución Económica es patrimonio del presente siglo y sus primeros atisbos, a nivel de reflexiones como categoría conceptual, se dan recién en la década de los veinte.

La Constitución de 1979 es la que inauguró un tratamiento sistemático, coherente, ordenado, orgánico y armónico del sistema económico peruano, dedicando, en forma inédita en el Perú, un título especial de su texto (el Título III) al “Régimen Económico”, el cual comprendió ocho capítulos y cincuenticuatro artículos: Capítulo I “Principios Generales” (del artículo 110 al 117), Capítulo II “De los Recursos Naturales” (del artículo 118 al 123), Capítulo III “De la Propiedad” (del artículo 124 al 129), Capítulo IV “De la Empresa” (del artículo 130 al 137), Capítulo V “De la Hacienda Pública” (del artículo 138 al 147), Capítulo VI “De la Moneda y la Banca” (del artículo 148 al 155), Capítulo VII “Del Régimen Agrario” (del artículo 156 al 160) y el Capítulo VIII “De las Comunidades Campesinas y Nativas” (del artículo 161 al 163). En tal sentido, la Constitución de 1979 es la que inaugura la “Constitución Económica Peruana”. Empero, los legisladores constituyentes de la Carta de 1979 que trabajaron el tema, primero en la Comisión Especial No. 8 (Del Régimen Económico y Financiero) y después en los debates del pleno, no hicieron referencia alguna a la expresión “Constitución Económica”.

Es César Ochoa Cardich quien introduce el término en la literatura constitucional peruana en su artículo “Constitución y economía de mercado”, publicado en diciembre de 1985 en “Derecho”, anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. El

segundo en emplearlo es Carlos Torres y Torres Lara en un corto trabajo publicado en marzo de 1986 bajo el título de “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas y la Constitución económica”, en “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”. El tercero es Domingo García Belaunde en la antes referida ponencia “La Constitución Económica Peruana”, presentada al simposio internacional sobre “Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina”, en noviembre de 1986. En los años posteriores ya ha sido empleado por otros estudiosos del Derecho Constitucional, entre peruanos y extranjeros, sin alcanzar todavía un uso generalizado para aludir al sistema económico consagrado por la Constitución o, en palabras de Font Galán, al “sistema económico constitucionalizado”¹⁰.

Las características principales de la “Constitución Económica” contenidas en la Carta del 79 nacen de la ponencia de mayoría presentada por el asambleísta Ernesto Alayza Grundy, Presidente de la Comisión No. 8 de la Asamblea Constituyente, que tuvo a su cargo el tema del régimen económico y financiero, y que fuera debatida en el pleno el 2 de mayo de 1979. En dicha ponencia, Alayza, partiendo de un diagnóstico del país y de la premisa de que resultaba imprescindible armonizar el régimen económico con el régimen político, así como la libertad económica con la libertad política, sostuvo:

“el proyecto ha establecido cuatro instituciones...que son las bases generales sobre las que creemos que se debe asentar el régimen económico y financiero del país. La primera y fundamental, el pluralismo económico; la segunda, la planificación democrática; la tercera, la iniciativa libre dentro de una económica social de mercado; y la cuarta, un enérgico papel promotor del Estado”

Al respecto, García Belaunde afirma que los rasgos principales de la “Constitución Económica de 1979” eran el pluralismo económico, la economía social de mercado, la propiedad privada con limitaciones, la intervención estatal, la planificación, el rechazo moderado al monopolio y al oligopolio, el papel rector del Banco Central de Reserva, la adhesión a la integración latinoamericana y otros aspectos tales como el tratamiento de los recursos naturales, de la libertad de comercio y de industria, de la hacienda pública, del sistema de la Contraloría General, del

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit. p. 514.

¹⁰ FONT GALÁN, Ignacio. Constitución Económica y Derecho de la Competencia. Editorial Tecnos, S.A. Madrid 1987. p. 166.

Régimen Agrario y a las Comunidades Campesinas y Nativas.

En definitiva, la Constitución de 1979 consagró un modelo económico neoliberal, pero con un componente constitucional de hondo significado social enmarcado dentro de la tesis del constitucionalismo social flexible. Incluyó además cláusulas abiertas, dejando al legislador ordinario su desarrollo y, en definitiva, al ente de control concentrado de la constitucionalidad (hoy denominado Tribunal Constitucional) la precisión de sus alcances, en orden a revitalizarse y nutrirse de la realidad que ofrece cada coyuntura.

1.4 La Constitución Económica en la Constitución de 1993

La Constitución Económica Peruana inaugurada por la Constitución de 1979 ha subsistido en la Carta Fundamental de 1993, aunque con notables variantes, al haber optado el legislador constituyente por un modelo ortodoxamente liberal, en la tesis del constitucionalismo económico coherente o modelo cerrado, tratado en menos artículos y sin el rigor con que se abordó el tema en la Constitución de 1979. Dedicó su Título III al "Régimen Económico", comprendiendo seis capítulos y treintidós artículos: Capítulo I "Principios Generales" (del artículo 58 al 65), Capítulo II "Del Ambiente y los Recursos Naturales" (del artículo 66 al 69), Capítulo III "De la Propiedad" (del artículo 70 al 73), Capítulo IV "Del Régimen Tributario y Presupuestal" (del artículo 74 al 82), Capítulo V "De la Moneda y la Banca" (del artículo 83 al 87) y Capítulo VI "Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas" (del artículo 88 al 89).

Siguiendo a César Ochoa Cardich¹¹ y partiendo de la premisa de que la Constitución Económica Peruana de 1993 contiene tanto principios informadores del conjunto del ordenamiento jurídico como normas jurídicas constitucionales vinculantes, cabe señalar que sus bases fundamentales son el principio de subsidiariedad del Estado, el principio del pluralismo económico, la economía social de mercado, el principio de la libre competencia y la defensa de los consumidores y las garantías de la inversión nacional y extranjera. Todo ello en un marco donde, como lo señala con lucidez Francisco Fernández Segado¹²,

ha desaparecido todo principio valorativo inspirador del régimen económico, se ha producido una privatización generalizada de la vida económica, el Estado se ha convertido en un mero vigilante de la libre competencia, la libertad de contratación se ha tornado en inmune ante la ley, la propiedad privada resulta sobreasegurada y se ha omitido cualquier referencia a los mecanismos de planificación.

La Constitución Económica Peruana ha consagrado en la primera parte de su artículo 61 la norma que a continuación se transcribe, la cual constituye una novedad constitucional y cuyo estudio se abordará más adelante:

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

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

2.1 Aproximación conceptual

Cualquier intento de arribar a una definición del "Derecho de la Competencia", obliga a referirse, en primer término, a la competencia como fenómeno natural y, en segundo lugar, a la competencia como fenómeno económico.

La competencia como fenómeno natural corresponde al mundo de la naturaleza y se traduce, en su sentido más esencial, en la lucha por sobrevivir que se da en todos los órdenes del mundo biológico; mundo en el cual se va produciendo una suerte de selección de los mejores.

Concretamente, en cuanto al ser humano, vista como fenómeno natural, la competencia traduce un concepto de amplísima cobertura, ya que se da en casi la totalidad de los campos de la vida humana. En efecto, se compete en prácticamente todas las actividades y los quehaceres. Así, se compete en el trabajo, en la profesión, en el deporte, en el juego e, inclusive, en lo que atañe a la esfera íntima, como ocurre en el típico caso de la conquista del ser amado. Diríase, por tanto, que el ser humano en su dimensión social es competidor por naturaleza. Claro está, en menor o mayor grado, de acuerdo a las caracte-

¹¹ OCHOA CARDICH, César. "Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993". En "Lecturas sobre Temas Constitucionales". No. 11. Comisión Andina de Juristas. Lima 1995. pp. 87-95.

¹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993". En "Lecturas sobre Temas Constitucionales". No. 10. Comisión Andina de Juristas. Lima 1994. pp. 24-28.

rísticas de cada persona. Font Galán sostiene que la competencia:

“nace cuando varias personas persiguen un mismo objetivo codiciable y luchan por conseguirlo, subrayándose que la pluralidad de aspirantes a una misma meta es requisito característico de la competencia. Partiendo del significado usual del término competencia se suele definir ésta como la actuación de varias personas que se caracteriza por el hecho de que cada una aspira a ganar lo que las demás, al mismo tiempo, intentan conseguir.”¹³

La competencia en su sentido lato y natural es sinónimo de concurrencia, de rivalidad, de duelo, de reto, de pugna, de oposición, de brega, de porfía, de competición, de riña, de discusión, de contención, de disensión, de debate, de refriega, de pleito, de concurso, de certamen y de una dinámica para perseguir un objetivo común (el objetivo competencial), que otros (los competidores) desean alcanzar al mismo tiempo; dinámica en la cual subyacen su carácter concurrencial y su carácter conflictual, así como la necesidad de establecer reglas reguladoras de las relaciones y situaciones que se produzcan entre quienes compiten. Sobre esto último, debe enfatizarse que la naturaleza de tales reglas corresponderá al contenido competencial en juego, por lo que no siempre se estará ante una situación con relevancia jurídica.

La competencia como fenómeno económico no es otra cosa que aquella dinámica para perseguir un objetivo competencial de relevancia económica (bienes económicos), desarrollada para ofrecer u obtener bienes económicos en el marco de un determinado sistema económico, que comprende, en puridad, una dimensión dual, desde que se da tanto entre quienes los ofrecen (los empresarios, en términos genéricos) como entre los que los adquieren (consumidores), en un contexto concurrencial y conflictual de especial interés para el Derecho.

En este punto, conviene hacer hincapié en que si bien la competencia es multidimensional como lo es la vida misma y, por consiguiente, de interés para las diversas ramas del Derecho, ha merecido

mayor atención como fenómeno económico, al punto de haberse construido con rigor una racionalidad jurídica propia en su entorno, que permite hablar hoy de un Derecho de la Competencia. Éste abarca el derecho en sí de quienes compiten, ofreciendo o adquiriendo bienes, y en un sentido subjetivo, de titularidad individual de la facultad de competir, se puede considerar como el conjunto de reglas reguladoras del accionar concursal - conflictual de los sujetos que interactúan en la dinámica competencial.

En esta línea, Hermenegildo Baylós Corroza sostiene que el Derecho de la Competencia:

“es el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección.”¹⁴

Tratando de precisar el “Derecho de la Competencia”, el mismo Baylós, utiliza un método de descarte residual y parte de la premisa de que éste “se ocupa de la actividad concurrencial en cuanto tal”¹⁵. Asimismo, refiere que son ajenas al Derecho de la Competencia las normas de acceso al mercado, así como las de regulación de los actos de cambio, y concluye aclarando que por su propia finalidad el Derecho de la Competencia se diversifica en dos ramas: el Derecho de las Limitaciones de la Competencia y el Derecho de la Competencia Desleal. La primera comprende “la posición del ordenamiento jurídico frente a las limitaciones impuestas a la competencia por los propios competidores”¹⁶, tratando de determinar la licitud o ilicitud de las limitaciones impuestas por los propios competidores, sea por acción individual o por acciones concertadas. La segunda comprende un sistema de limitaciones de orden legal a la libertad de competir, prohibiendo utilizar en el desarrollo de la competencia medios ilegales y vedados.

Empero, el concepto de Derecho de la Competencia está en constante evolución, en correspondencia a lo que ocurre con el fenómeno de la competencia en el tráfico mercantil, cuya sensibilidad a la evolución de los factores políticos, ideológicos, económicos y

¹³ FONT GALÁN, Ignacio. Op. cit. p. 27.

¹⁴ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica. Disciplina de la Competencia Desleal. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1978. p. 251.

¹⁵ Loc. cit.

¹⁶ Ibíd. p. 252.

tecnológicos es de primer orden dentro del Derecho Mercantil y marcha al acelerado ritmo de la modernidad. Como bien afirma Manuel Olivencia, al referirse a la velocidad con que cambia el Derecho de la Competencia, se observa que:

“De la actitud pacífica con que el comerciante ‘anunciaba’ sus productos y aguardaba la demanda, se pasa a la actitud ‘agresiva’ con que la ‘provoca’. La ‘agresividad’, la capacidad de agresión, se ha convertido en mérito de la vida mercantil. (...)”

“La evolución en el Derecho de la Competencia se acusa también en los ámbitos subjetivos de sus protagonistas. De un Derecho que regía exclusivamente relaciones entre comerciantes o empresarios y que tutelaba los intereses empresariales amenazados o lesionados por la actuación ilícita de otro empresario en la lucha competitiva, se ha pasado a un ordenamiento en el que han irrumpido como protagonistas y titulares de derechos los consumidores. El consumidor, de sujeto pasivo, de elemento de la “clientela”, como valor de hecho de la empresa, cuya conservación frente a desviaciones ilícitas se garantizaba a su titular, se ha convertido en un sujeto activo, protegido en sus intereses por el nuevo Derecho. No exagera Schricker cuando afirma que es éste el cambio más profundo experimentado por el Derecho de la Competencia, un cambio que afecta, además, a sectores mucho más amplios del Derecho Mercantil.”¹⁷

Se concluye esta aproximación conceptual enfatizando que, acorde con el avance de la economía liberal, la globalización de las reglas del mercado y la necesidad de cada país de insertarse a la comunidad económica mundial, así como con la reformulación de las tesis políticas hoy puestas en jaque, la “Constitución Económica” se está convirtiendo en condición esencial de operatividad y eficacia de la Constitución en sí. Dentro de este marco, el Derecho de la Competencia se yergue como el núcleo del sistema económico constitucionalizado, al punto que la institucionalización de la competencia económica configura la “estructura de organización y ordenación del sistema económico”¹⁸. Es

más, tal institucionalización se proyecta en una triple dimensión: la competencia económica como instrumento realizador del sistema de economía de mercado, la competencia económica como un valor esencial del sistema económico constitucionalizado y la competencia económica como programa de objetivos socioeconómicos de la Constitución Económica¹⁹.

2.2 El Derecho de la Competencia en la Constitución de 1979

Si bien el legislador constituyente de la Carta del 79 inauguró la “Constitución Económica Peruana”, brindando un tratamiento sistemático, coherente, ordenado, orgánico y armónico al sistema económico peruano, no hizo referencia expresa en ninguno de sus artículos al Derecho de la Competencia. No obstante ello, no debe afirmarse, sin correr el riesgo de caer en un grueso error, que fue ajeno a una marcada preocupación por el fenómeno de la competencia económica. En efecto, resulta evidente que en el artículo 133, al prohibir los monopolios, los oligopolios, los acaparamientos, y las prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil, así como al delegar al legislador ordinario la tarea de dictar las normas infraconstitucionales para asegurar la normal actividad del mercado y establecer las sanciones correspondientes, ingresó de lleno a los predios del Derecho de la Competencia y, sin lugar a dudas, a su esencia concurrencial-conflictual.

Se trató, según Marcial Rubio y Enrique Bernaldes²⁰ de una de las tres normas “heterodoxas” del sistema económico constitucionalizado en la Carta del 79 que, con las contenidas en los artículos 111 (relativo a la planificación concertada) y 137 (relativo a la supervisión de la inversión privada y a la transferencia de tecnologías), se alzaron como posibles objeciones a las reglas generales del mismo, cuyos elementos fundamentales, al decir de los mismos autores, fueron la libertad de industria y comercio, la economía social de mercado y el pluralismo económico.

En resumen, el acotado artículo 133 consagró los dos contenidos esenciales del Derecho de la Competencia: el Derecho de las Limitaciones de la Compe-

¹⁷ OLIVENCIA, Manuel. Prólogo. En “Constitución Económica y Derecho de la Competencia.”. Juan Ignacio Font Galán. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1987. pp. 16-17.

¹⁸ FONT GALÁN, Ignacio. Op. cit. p. 166.

¹⁹ Ibid. pp. 166-169.

²⁰ RUBIO CORREA, Marcial y BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. Perú: Constitución y Sociedad Política. Desco. Lima 1981. pp. 458-459.

tencia y el Derecho de la Competencia Desleal, al prohibir las fórmulas de acaparamiento de la actividad industrial y comercial (a través de los monopolios, los oligopolios y otras prácticas) y al delegar al legislador ordinario la tarea de establecer una regulación infraconstitucional de primer rango que asegure el desarrollo normal de la actividad del mercado y consagre las sanciones respectivas.

2.3 El Derecho de la Competencia en la Constitución de 1993

De la lectura del articulado del Título III de la Constitución de 1993, relativo al "Régimen Económico", se desprende una mayor preocupación del legislador constituyente por el fenómeno de la competencia económica y la necesidad de su regulación, al punto de elevar a rango constitucional el reconocimiento del Derecho a la Libre Competencia ya con nombre propio, así como ratificar la obligación del Estado de facilitarla y vigilarla, combatiendo toda práctica que la limite, y consagrar su rol de defensor del interés de los consumidores y usuarios.

Tales innovaciones constitucionales aparecen de los textos de sus artículos 61 y 65:

"Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

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

"Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

En la sesión matinal del ex-Congreso Constituyente Democrático llevada a cabo el 14 de julio de 1993²¹, los congresistas Carlos Torres y Torres Lara y Víctor Joy Way tuvieron a su cargo la fundamentación de los artículos sobre régimen económico, entre los que se encontraban los inicialmente numerados como 59 y 62, sobre la defensa por parte del Estado del interés de los consumidores, su obligación de facilitar y vigilar la libre competencia, en un marco de custodia de la salud y la seguridad de la población, así como de garantía del derecho a la información de consumidores y usuarios, y sobre la proscripción del monopolio legal, imponiendo la obligación al Estado de combatir el abuso de toda posición dominante en el mercado y toda práctica que limite la libre competencia.

De las exposiciones de ambos legisladores se desprende que la consagración de los finalmente aprobados artículos 61 y 65 antes transcritos, que en esencia consagraron la libre competencia y la defensa del consumidor, respondieron a una preocupación del constituyente de la Carta del 93 por "establecer una economía internacionalmente aceptable"²², que permitiera la inserción del Perú dentro de la economía internacional, el apoyo a los pequeños empresarios en el marco de la economía de mercado, el control a los más grandes en materia monopólica y la fiscalización que "se produzca con la creación de instrumentos necesarios para la defensa del consumidor."²³

En esta línea, el señor Víctor Joy Way señaló que el sistema económico propuesto parte de la premisa de que la Constitución debe garantizar el funcionamiento correcto de las fuerzas del mercado, lo cual implica, entre otros aspectos, "la instauración de la libre competencia"²⁴ y la creación de mecanismos de defensa de los consumidores.

No cabe duda, por consiguiente, de que la Constitución de 1993 recoge los postulados esenciales del Derecho de la Competencia, como núcleo del sistema económico constitucionalizado en el Perú, dejando al legislador ordinario la tarea de desarrollar tales postulados y el sistema en sí.

²¹ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRATICO. Transcripción magnetofónica fidedigna realizada por Silvia Alegre Lucar de la 29a. "K" Sesión, del 14 de julio de 1993. pp. 1-14.

²² *Ibid.* pp. 2-3.

²³ *Loc. cit.*

²⁴ *Ibid.* p. 7.

En lo que atañe al Derecho de la Competencia existe en el país una normativa infraconstitucional impulsada antes de la aprobación de la Constitución de 1993 y complementada después, que es necesario reseñar:

- El Decreto Legislativo 701, expedido el 11 de mayo de 1991, sobre eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, para que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores;

- El Decreto Legislativo 716, expedido el 10 de julio de 1991, sobre protección al consumidor;

- El Decreto Ley 25868, expedido el 18 de noviembre de 1992, por el que se aprobó la Ley de Organización

y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI; y

- El Decreto Ley 26122, expedido el 29 de diciembre de 1992, sobre represión a la competencia desleal.

Aquella ha sido complementada y reglamentada por otros dispositivos legales, que vienen a conformar un paquete normativo, cuyo análisis escapa a las pretensiones que motivaron el presente ensayo, pero que indica, sin lugar a dudas, que el Derecho de la Competencia como instituto jurídico fundamental de nuestra "Constitución Económica" ha adquirido personalidad propia en el Derecho Peruano y, por lo tanto, merece ser estudiado y desarrollado con el máximo rigor académico e intelectual, en orden a perfeccionar su regulación.