

CONSTITUCION ECONOMICA FORMAL, CONSTITUCION ECONOMICA MATERIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Víctor Malpartida Castillo

Profesor de Derecho Económico

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

INTRODUCCION

Conceptos muy utilizados, son actualmente, los de Constitución Económica y Derecho de la Competencia, teniendo diverso origen en cuanto a circunstancia histórica.

La constitución económica es definida generalmente como el conjunto normativo que trata, reconoce o establece un sistema económico. Se distingue a su vez, entre constitución económica formal (conjunto normativo) y, constitución económica material (orden real de la economía de un país).

Por otro lado, el derecho de la competencia, es también un conjunto normativo, que tiene que ver con preservar la competencia económica y, que esta se lleve con lealtad.

Es así, que con los cambios ocurridos en nuestro ordenamiento jurídico, se ha vuelto de primer interés, el establecer las relaciones que ocurren entre la constitución económica formal y el derecho de la competencia, ya que forman una unidad en cuanto al tratamiento de los aspectos económicos.

El presente trabajo, tiene como objetivo, tratar sobre las relaciones entre la constitución económica formal y el derecho de la competencia. Pero a su vez, no tendríamos una visión completa si no agregamos como elemento de análisis, a la constitución económica real.

1.- LA CONSTITUCION ECONOMICA

1.1. Aspectos Históricos y Doctrinarios

Si bien el término constitución económica circula a partir de la década del 20, con la República alemana de Weimar, y, su uso se generaliza en 1925,

sería Carl Schmidt quien lo incorpora a la literatura jurídica, con la aparición de su obra "Defensa de la Constitución" en 1931¹.

En este libro, Schmidt utiliza éste término, aunque sin definirlo, pero si para polemizar con él. Nos dice que es peligroso "economizar" al Estado, ya que esto no es posible sin atentar contra la constitución, entendida en su sentido clásico. Interpretando lo dicho por este autor alemán, García Belaunde señala: "La concepción que Schmidt combate entiende por "constitución económica" aquella en la que el Estado debe dar prevalencia a la regulación económica de una sociedad determinada, y que en un extremo puede conducir a crear dentro del Estado una dirección plenamente económica, de tipo sindical o soviética, que podría conducir al stalinismo o al fascismo corporativo"².

No obstante lo dicho anteriormente, Miguel Herrera de Miñón advierte que la denominación es acuñada por Beckerath (autor también alemán), en 1932, con motivo del homenaje al economista y sociólogo Werner Sombart. Con esta denominación Beckerath alude a una serie de preceptos aparecidos en constituciones posteriores a 1917, que tratan aspectos económicos. Estos preceptos no sólo tienen que ver con el derecho de propiedad, punto ya tratado en ordenamientos constitucionales del siglo pasado, sino con la intervención del Estado en la economía, tanto para posibilitarla, como para orientarla y limitarla³. Completando esta información, Ignacio de María Lojendio nos dice que Beckerath concebía la constitución económica como ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y la técnica de la producción y distribución⁴.

Como vemos hasta aquí, el origen del término tiene que ver con el surgimiento del Estado Social del Derecho o Constitucionalismo Social, que en buena cuenta, se caracterizó por adicionar a los derechos fundamentales, los llamados derechos sociales que limitaban los derechos individuales (la propiedad por ejemplo) en función de las necesidades nacidas de la convivencia so-

¹ García Belaunde, Domingo. *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana* Tomo 2. Ediciones Justo Valenzuela. Lima 1993 p.51.

² Ibid. p. 52.

³ Herrera de Miñón, Miguel. "La Constitución Económica" en: *Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico* Tomo II. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. p.1 .

⁴ Lojendio, Ignacio de María. "Derecho Constitucional Económico" en: *Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico* Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas p. 10.

cial. Dentro de esta concepción, el Estado tenía que cumplir una función social en beneficio de los sectores más débiles y marginales de la sociedad. Con esta perspectiva se promulgaron importantes ordenamientos como la Constitución de Querétaro en 1917, la Constitución de Weimar en 1919 y, la Constitución española de 1931.

Según Ekkhart Stein, el concepto de "Estado de Derecho Social", parte de Heller, quien había censurado al Estado de Derecho Liberal, el olvido de las relaciones sociales del poder, lo que había tenido como consecuencia, que la libertad igual y formal de todos se convirtiese en el derecho de los más fuertes a desarrollar su posición preeminente de forma desmesurada. A ello opuso-sigue Stein comentando la posición de Heller- la necesidad de tener en cuenta las relaciones sociales de poder, con el fin de nivelar la posición subordinada de los débiles, ayudándoles a lograr una libertad tan real como la de los fuertes.⁵

Los desequilibrios del Estado Liberal y la preocupación creciente por estos, hace que se busque fórmulas que conjuguen los principios de libertad y socialización, tratando de imponerle al capitalismo un sentido humano y, con esto, purificarlo de aquellos efectos perniciosos contenidos en su devenir. El derecho entonces, va a tomar la senda de la socialización cuyo instrumento principal va a ser la intervención económica del Estado. Aparecerán así, el Derecho Económico, Derecho Constitucional Económico y otras disciplinas, cuyo origen va a estar signado por las circunstancias descritas y la proyección trazada.

Economistas como Wilhem Röpke y Walter Eucken de la Escuela de Friburgo, también utilizaron el término constitución económica. El primero de los nombrados en su obra "La crisis social de nuestro tiempo" aparecida en 1942, parte de que no existe un divorcio entre la estructura política y la estructura económica; por el contrario, hay una mutua influencia: "... así como en el mundo de la constitución política existen libertades, tolerancias, respetos y contrapesos, así debe existir lo mismo en el mundo de la economía, pues si ésta última se convierte en dirigida, estatista, controlada y sujeta, el mismo modelo tarde o temprano se impondrá a la estructura política..."⁶

⁵ Stein, Ekkhart. "La Constitución Económica" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico. Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 40.

⁶ García Belaunde, Domingo. "La Constitución Económica Peruana" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico. Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas p. 25.

Para Röpke, las democracias liberales se encuentran amenazadas por el comunismo y otras formas de socialización, signadas por un tinte estatista y el fin de la iniciativa privada. Si se quiere preservar la libertad clásica, nervio fundamental de la democracia, hay que -según Röpke- mantener la misma libertad en lo económico.⁷

Por su parte, Walter Eucken⁸, en principio se pregunta, cómo nacieron los órdenes económicos del pasado y del presente. Como respuesta dice, que la mayoría de ellos se formaron en el curso de la evolución histórica, en el curso del acontecer económico y político, interior y exterior, llamándolos órdenes económicos orgánicos. Sólo en contadas ocasiones históricas, la creación de órdenes económicos se hizo en base a planes de ordenación, a ciertos principios de carácter general ideados racionalmente. A estos últimos los llama órdenes impuestos. Seguidamente manifiesta que es a través de la creación de constituciones económicas que nacieron órdenes económicos en el siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, en donde primaron los principios de propiedad privada, libertad de contrato y libre competencia. Es así como Eucken logra definir a la constitución económica: "Por constitución económica entendemos la decisión total sobre el orden de la vida económica de una comunidad"⁹. Más adelante advierte que aun cuando las constituciones económicas quieren efectuar la ordenación de la economía, a menudo de facto, sobre la base de tales constituciones, se desarrollan órdenes económicos que no corresponden en todo o en parte a la idea fundamental de la constitución económica. Pone como, ejemplo la presencia de cárteles en la Alemania de fines del siglo pasado, que en base a la libertad de contrato, como principio racionalmente establecido, sirvió para que se constituyan dichos cárteles y con ello distorsionar y en mucho eliminar la competencia. A su vez Eucken plantea la no identificación de los órdenes económicos con los respectivos órdenes jurídicos. Las normas de derecho vigentes en cada caso -según su criterio- incluyendo a la jurisprudencia, ofrecen una inmensa variedad de posibilidades o probabilidades para el desarrollo de órdenes económicos distintos. Agrega que esta afirmación no significa negar o disminuir la influencia que la formación de los órdenes jurídicos ejerce muchas veces sobre los órdenes económicos, como tampoco puede negarse que, al contrario, el desarrollo de los órdenes económicos repercute también a menudo sobre la formación de los órdenes jurídicos. Muchas veces,

⁷ Ibid. p. 25.

⁸ Eucken, Walter. Cuestiones fundamentales de la economía política. Revista de Occidente Madrid 1947 p. 78.

⁹ Ibid. p. 79.

el orden jurídico, en cuanto tiene importancia económica, suele nacer para dar forma a ciertos hechos económicos existentes. Así mismo, los sujetos del proceso económico, crean directamente normas jurídicas dentro de un orden económico.

Luego, en los años siguientes, como que se perdió el interés en el tratamiento de este tema. Sólo en 1971, con Ekkhart Stein volverá al primer plano el concepto de constitución económica, definiéndola como el sistema económico en su aplicación a la República Federal de Alemana.

En España, la utilización del concepto empieza en la década del 70, siendo la promulgación de su Constitución en 1978, el hecho que desencadenará una serie de estudios que tratarán de unificar criterios sobre su definición.

El legislador constituyente español, dedicará todo el Título VII de la Constitución de 1978 al tema, asignándole el nombre de Economía y Hacienda. Posteriormente el Tribunal Constitucional español, mediante sentencia N°1/1982 se encargará de expresar lo que entiende por constitución económica en los siguientes términos: "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 estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas 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"..."¹⁰.

Dentro de la doctrina italiana, Francesco Galgano ha ensayado también, una definición de constitución económica, manifestando que es "...el análisis de las estructuras constitucionales del actual sistema económico y naturalmente de las múltiples conexiones entre la constitución económica y la constitución política..."¹¹.

¹⁰ Fernández Segado, Francisco. El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español. Ediciones Jurídicas Lima 1995, p. 24.

¹¹ García Belaunde, Domingo. "La Constitución Económica Peruana" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico. Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 28.

En síntesis, se puede establecer que el término constitución económica, en su desarrollo ha tenido varios significados. Constitución Económica puede ser entendida como sistema económico subyacente a un ordenamiento jurídico. También como orientación general de un texto constitucional en el cual se da un lugar prevalente al accionar económico del Estado y de los agentes económicos. Y, por último, como el sistema económico que es regulado expresamente en un determinado texto constitucional o como también señala Lojendio, de ser la constitución económica, el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada. En opinión de Domingo García Belaunde sería este último significado el prevaleciente en la actualidad.

Cabe advertir que no siempre se aceptó y, que aun es tema de discusión, la inclusión y tratamiento de aspectos económicos en una Constitución del Estado. El mismo García Belaunde nos recuerda que la materia económica estuvo ausente en constituciones tan importantes como la de Estados Unidos de 1787 o la Carta Francesa de 1791, en las cuales sólo se trataban los derechos de la persona y la delimitación del ejercicio del poder, criterio que prevaleció- salvo algunas excepciones- a través del siglo XIX: "Ello ocurrió no por descuido, sino porque se consideró innecesario hacerlo. En efecto, de acuerdo a las tendencias fisiocráticas y liberales de la época, se tenía la absoluta certeza de que el mundo de la economía se movía con sus propias leyes naturales... de cumplimiento ineluctable... se consideraba que existiendo leyes naturales de la economía, establecer leyes artificiales para gobernar ese mundo era tarea no sólo inútil sino innecesaria y superflua".

Sólo al finalizar la primera guerra mundial, y, al comprobar que la economía es solo parte de la propia actividad humana y, por tanto, no debía ser observada con los mismos ojos que las ciencias de la naturaleza es que se permite que sea tratada constitucionalmente, apareciendo así- como hemos manifestado anteriormente- el constitucionalismo social. Es interesante, lo que manifiesta Eucken al respecto. "La economía de los pueblos modernos, en la que, desde el punto de vista de la división del trabajo, están intimamente unidos muchos millones de economías individuales, y que representa un gigantesco taller, necesita para poder funcionar, la ordenación según determinados principios. Dejar crecer de un modo ilimitado los órdenes económicos y las intervenciones asistemáticas de la política económica, conducen a la larga, como lo ha enseñado de un modo convincente la experiencia de los últimos cincuenta años, a órdenes económicos, en los que el proceso económico moderno tiene lugar bajo fuertes perturbaciones y que, finalmente, como sucedió en la baja

Antigüedad, han de conducir a la primitivización. Por lo tanto, la economía moderna necesita la "constitución económica"¹².

A contracorriente de lo manifestado, aún hoy, es discutible el tratamiento de la materia económica en la constitución. Se dice que un régimen económico en una constitución, lo que haría es crear conflictos más que proporcionar soluciones¹³. Creemos que sí es necesario un régimen económico pues, ya sea desde el constitucionalismo social (el cual enuncia la subordinación del principio de máxima ganancia al principio de cobertura de necesidades), o, desde el liberalismo (que expresa su conformidad con una regulación para el mercado y no del mercado¹⁴), tendremos que aceptar la conveniencia de una constitución económica.

Otro punto relacionado con este tema, es sobre la ubicación del tratamiento de la materia económica en una constitución. Se ha llegado a establecer tres partes integrantes de una constitución. Una primera llamada parte dogmática, comprendería los derechos políticos, así como los económicos y sociales; una segunda, denominada parte orgánica, destinada al tratamiento de los poderes del Estado y sus facultades; y, finalmente, la constitución económica, que encierra y proporciona el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, en sus vertientes privada y pública.

Así mismo, la sentencia -reseñada líneas arriba- emitida por el Tribunal Constitucional Español, señalaba que el conjunto de normas constitucionales que tratan aspectos económicos componían la constitución económica, en sentido formal, dando lugar a preguntarnos si había una constitución económica en sentido material. Al respecto podemos concluir, que en este último sentido, la constitución económica sería el ordenamiento real de la economía. En síntesis, podemos hablar entonces de una constitución económica en dos sentidos: formal y material.

Finalmente, nos atrevemos a ensayar una definición de constitución económica. Esta sería aquella regulación jurídica de un sistema u orden econó-

¹² Eucken, Walter. Ob. Cit., p. 338-339.

¹³ Rebaza Torres, Alberto. "El régimen económico en una Constitución: ¿Solución o fuente de conflictos? En: *Ius et Veritas* N° 7. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú pp. 55 y ss.

¹⁴ Bullard González, Alfredo. "¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor" en: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera edición Lima 1993, p. 16.

mico, entendido este último, como el conjunto de principios que rigen la disposición sobre bienes en una comunidad, tanto respecto de su producción y consumo como así mismo con relación a los sujetos titulares del poder de disposición¹⁵, o, también, sistema económico entendido como el conjunto de estructuras, relaciones e instituciones complejas que resuelven la contradicción presente en las sociedades humanas ante las ilimitadas necesidades individuales y colectivas, y los limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas¹⁶. Hay que anotar que las normas constitucionales sobre cuestiones económicas sólo serán el núcleo o base de la constitución económica, a pesar que con éste término se nombre así a una parte de la Constitución del Estado, ya que, con el término constitución económica se designará en definitiva, al conjunto de normas de derecho referentes a un sistema económico que están incorporadas en la constitución del Estado y en normas complementarias.

1.2.- La Constitución Económica en 1979

La Constitución de 1979 fue la primera en el Perú, en tratar sistemáticamente los aspectos económicos. Antes, si bien se habían tocado elementos correspondientes a la materia económica, se hizo de manera inorgánica. La Carta de 1979 lo haría de modo sistemático, en el Título III al que se denomina Régimen Económico. Esto provoca en lo doctrinario el inicio de la utilización del término constitución económica. Así se puede mencionar a César Ochoa Cardich ("Economía y Constitución" en: *La nueva constitución y su aplicación legal*. CIC y Francisco Campodónico editores. Lima 1980; "Constitución y Economía de Mercado" en: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica*. Diciembre 1985); Carlos Torres y Torres Lara ("Los derechos fundamentales de las personas jurídicas y la Constitución Económica" en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* N° 17 Marzo-Abril 1986); Domingo García Belaunde ("La Constitución Económica Peruana" en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* N° 5 Lima 1986) de quien tenemos la más completa sinopsis histórica sobre este término y que nos ha servido en mucho para guiarnos en este trabajo.

Esta Constitución de 1979 tuvo críticas de todo calibre, desde las más duras, hasta las que resaltaban su ponderación y flexibilidad, sobre todo, al referirse a la fórmula principal "economía social de mercado".

¹⁵ Alemann, Roberto. *Sistemas Económicos*. Ediciones Arayu. Buenos Aires 1953 p. 15.

¹⁶ Witker, Jorge. *Derecho Económico*. Harla editores. México 1985 p. 24.

Así, Rubio y Bernalles, señalan que: "...la llamada "economía social de mercado" que recoge nuestra constitución en el art. 115, es un sistema que beneficia centralmente al capital extranjero, que secundariamente beneficia a los sectores intermediarios (y minoritarios dentro del país), que impide el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo en base a nuestros propios recursos y posibilidades, que empobrece cada vez más al país como conjunto frente a los países desarrollados y que, en nuestro medio por las limitaciones financieras que el mismo modelo impone, es más una "economía de mercado" que una "economía social de mercado". Esa es la lógica del sistema y la realidad misma del país hace inviable la armonización con el "interés social".¹⁷

A su vez José Pareja Paz- Soldan manifiesta que la nueva Constitución propicia una Economía Social de Mercado, pues no se inclina en el tradicional liberalismo capitalista manchesteriano ni en el socialismo, sino que se basa en un neocapitalismo progresista y social, como lo es el de la República Federal de Alemania, la que gracias a dicho tipo económico ha logrado alcanzar un notable desarrollo económico y bienestar general. La Economía Social de Mercado -en opinión del autor- facilita la participación de todos los sectores, como el público, el privado, empresarial, social o corporativo, un auténtico pluralismo económico, sin que el Estado imponga un monopolio o política económica y financiera, sino que al contrario, respete la libre iniciativa empresarial y la propiedad privada de los medios de producción. Favorece la inversión extranjera y la actividad pública se planifica de manera concertada y conversada con los demás sectores. Porque, "es importante alentar la iniciativa, la seguridad y la prosperidad de las empresas privadas que han cumplido una benéfica tarea en la historia económica nacional y que son un indispensable recurso para solucionar el desempleo, y dignificar el trabajo como fuente de la riqueza y como medio de la realización de la persona humana"¹⁸.

No obstante todo lo reseñado, es preciso centrarse en los rasgos principales de la constitución económica a fin de tener una visión más clara del modelo de organización económica asumido.

Rubio y Bernalles señalan que el modelo consta de tres elementos fundamentales, que dominan sobre los demás: 1.-La libertad de industria y comer-

¹⁷ Rubio, Marcial y Bernalles, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Mesa Redonda Editores. Segunda Edición. Lima 1983 p. 432.

¹⁸ Pareja Paz-Soldan, José. "La nueva realidad constitucional del Perú en: *Acción para el Desarrollo*. Año III N° 13, 1980.

cio; 2.- La economía social de mercado; 3.-El pluralismo empresarial, advirtiendo los autores que, la participación creciente del Estado en la economía, al cruzar transversalmente a los tres elementos mencionados, atenúa la ortodoxia liberal del modelo¹⁹.

Por su parte, Domingo García Belaunde manifiesta a su parecer que, los rasgos principales de la constitución económica formal sancionada en 1979 son los siguientes: a) Pluralismo económico (art.112); b) Economía social de mercado (art. 115); c) Propiedad privada con limitaciones (art. 125 y 124); d) Moderada intervención estatal (art. 113, 114 y 211 inciso 20); e) Planificación (art. 111); f) Rechazo moderado al monopolio y al oligopolio (art. 133, 134, 153 y 127); g) Papel rector del Banco Central de Reserva (art. 151); h) Adhesión a la integración latinoamericana (art.100); i) Otros aspectos como la libertad de comercio e industrias (art. 131), intervención del Estado mediante medidas transitorias, etc.²⁰

En nuestra opinión, podemos señalar como rasgos principales de la constitución económica formal de 1979, en primer lugar, un pluralismo económico (art. 112), garantizado por el Estado, en cuanto se señala la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa sustentando la economía nacional. También se plasma constitucionalmente la intervención del Estado como empresario (art. 113) con el fin de promover la economía del país, de prestar servicios públicos y alcanzar el desarrollo, indicándose que el Estado podía reservarse actividades productivas o de servicios por causas de interés social o de seguridad nacional (art. 114). Si se lee conjuntamente estos artículos mencionados se puede interpretar que el Estado -como concluyó en su momento César Ochoa-, no estaba sujeto al principio de subsidiariedad.

Otro aspecto principal en materia económica, es la consagración de la economía social de mercado. Al respecto, cabe decir con García Pelayo²¹, que no tiene una definición unívoca. Lucas Verdú, completando esta apreciación señala que puede tener dos acepciones. Una primera, como economía de mercado neocapitalista, que podría identificarse con la versión democristiana alemana que encubre la posibilidad, mediante un gobierno neoliberal, de reforzar nuestro sistema capitalista periférico y subdesarrollado, que con el juego de las

¹⁹ Rubio, Marcial y Bernal, Enrique. Ob. Cit. p. 428.

²⁰ García Belaunde, Domingo. "La Constitución Económica Peruana" en: Revista de Derecho de la Empresa N° 5, Constitución, Economía, Empresa. Lima 1986.

²¹ García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del estado contemporáneo. Alianza Editorial Madrid 1977, p. 72.

leyes del mercado lleve a la concentración privada de los medios de producción y a una distribución regresiva del ingreso. Una segunda, como economía de mercado socializada, que si bien no constituye una ruptura del sistema, refleja una suerte de capitalismo socializante que, mediante instrumentos como la planificación concertada, reconocida en el art. 111 y conceptos como el de "interés social" permiten una acción reguladora del Estado que oriente al mercado a cumplir objetivos que no puede lograr por si mismo, pero que le dotarán de eficiencia económica, social y ecológica²². César Ochoa se inclina por entender, en esta segunda versión de economía social de mercado, lo plasmado por la Constitución de 1979, en su art. 115.

Además se plasma en materia económica el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad privada (art. 125), la libertad de comercio e industria (art. 131), la consideración de la planificación (art. 111), posición antimonopólica (art. 133), y, un concepto de empresa definida como unidad de producción, cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo a ley (art. 130).

En síntesis, la Constitución de 1979, en lo tocante a lo económico, contenía un modelo neoliberal, dejando determinado margen de flexibilidad, vista aquella enunciación de las orientaciones programáticas, para alcanzar el objetivo de desarrollo nacional.

1.3.- La Constitución Económica en 1993

Coincidentemente con la constitución pasada, se asigna en la carta vigente, el Título III al Régimen Económico. Sin embargo, se presentarán ciertas variantes al adoptarse un modelo neoliberal rígido, ortodoxo, en donde se nota en mucho, la ausencia de la flexibilidad tan apropiada en la anterior constitución. El Estado cumple sólo un rol vigilante de las reglas de juego establecidas para el desenvolvimiento del mercado, pudiendo actuar sólo restrictivamente en las áreas de promoción del empleo, salud, seguridad de la población, servicios públicos e infraestructura. Este aspecto de intervención económica del Estado que cumplía el rol de morigerar el modelo neoliberal aceptado en la Constitución pasada, hoy ya no existe en la magnitud requerida. El Estado -nos dice el art. 58- orienta el desarrollo y deja a la iniciativa privada libre la prioridad

²² Lucas Verdú, Pablo, citado por Ochoa Cardich, Cesar. "Economía y Constitución" en: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Cultural Cuzco Editores. Lima 1987, p. 641.

de dinamizar la economía. Desde esta perspectiva sólo por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (art. 60). Completando el mismo artículo, se reconoce el pluralismo económico, señalándose como en la constitución derogada, la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Queda claro entonces, la aceptación del principio -no admitido en la constitución anterior- de subsidiariedad del Estado.

Se hace mención a su vez, al régimen de economía social de mercado (art. 58), pero que, mirado en concordancia con otros principios admitidos en el Título III, nos obliga a considerarla en aquella acepción señalada por Lucas Verdú, en cuanto a economía de mercado neocapitalista, de reforzamiento de nuestro sistema capitalista periférico y subdesarrollado que alienta la concentración privada de los medios de producción y una distribución regresiva del ingreso.

Otra variante se distingue, en cuanto al tratamiento de la propiedad no sólo al señalar que se ejerce en armonía al bien común y dentro de los límites de la ley (art. 70), substituyendo aquella referencia al interés social. Pero la sobreprotección de la propiedad privada se desprende del celo excesivo mostrado en cuanto a la expropiación, concibiéndola restrictivamente en referencia a las causales de la misma, pudiéndose sólo expropiar por causa de seguridad y necesidad públicas, declarada por ley (art. 70), suprimiendo la causa de interés social, establecida en la Carta derogada.

Se suprime igualmente toda alusión a la planificación, aún en el caso de la de tipo indicativo, a contracorriente de un moderno constitucionalismo.

Se otorga al Estado el rol de vigilante de la libre competencia (art. 61) traducido en funciones de combate a toda práctica que la limite y de abuso de posiciones dominantes y monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. Se expresa que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios (art. 65), y, para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a disposición en el mercado.

Se suprime todo lo correspondiente a la eficiencia y contribución al bien común exigible a las empresas por parte del Estado, explicando dicha desaparición en razón de que el centro del Derecho Empresarial deja de ser la

empresa misma para trasladarse a la relación empresa-consumidor²³, en donde este último sujeto económico, tendrá la función de su propia tutela, verificando únicamente la ley, que le sea transmitida una información apropiada sobre los bienes y servicios.

La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones (art. 63), indicando que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres.

César Ochoa²⁴ manifiesta que las bases fundamentales de la constitución vigente son: el principio de subsidiariedad del Estado, el principio de pluralismo económico, la economía social de mercado, la libre competencia, la defensa de los consumidores y las garantías de la inversión nacional y extranjera.

Francisco Fernández Segado²⁵ opina que la Constitución de 1993, ha optado por un modelo ortodoxamente liberal. Ha desaparecido -nos dice- todo principio valorativo inspirador del régimen económico, como la justicia social enunciada en la Carta de 1979: "Estamos ante un modelo clásicamente liberal que aunque se autodefine como de "economía social de mercado", adjetivo este, el de "social" que fue incorporado no sin notable debate en el seno del Congreso Constituyente Democrático, ya que en un primer momento la mayoría del Congreso se oponía a su inclusión en la Constitución, la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas".

Por otra parte, Enrique Bernalles, haciendo una comparación entre la Carta de 1979 y la vigente manifiesta: "... si esta (Carta de 1979) se mantenía al margen de las connotaciones ideológicas y se concentraba en dejar enunciadas las orientaciones pertinentes a la consecución del desarrollo nacional y el estado de bienestar, la actual opta resueltamente por disposiciones en las que el perfil ideológico del neoliberalismo resulta visible..." y concluye diciendo: "...esta orientación privatista de la Constitución que ha sido radicalmente asumida por

²³ Torres y Torres Lara, Carlos. *La Constitución Económica en el Perú*. Desarrollo y Paz Editores, Lima Noviembre 1994, p. 38.

²⁴ Ochoa Cardich, César. "Bases fundamentales de la constitución económica de 1993" en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 11. Comisión Andina de Juristas. Lima 1995 pp. 87 al 95.

²⁵ Fernández Segado, Francisco. "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993" en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 10 Comisión Andina de Juristas. Lima 1994 p. 26.

el gobierno que la promovió, rebasando -inclusive- las propias previsiones constitucionales”²⁶.

2.- EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

2.1. Aspectos Conceptuales

El concepto de competencia normalmente se liga a lo económico, pero decimos de primera intención, que la competencia es un término que excede a este campo.

Competencia es disputa, contienda, oposición, rivalidad entre sujetos que pugnan por obtener algo. Se da en el ámbito profesional, en el juego, en el deporte e inclusive en el amor, donde -al decir de Joaquín Garrigues- es quizás la más dramática de todas, pues se trata de la lucha por una sola mujer, que no es fungible o sustituible por otra, como en el caso de los clientes en la competencia económica.

Font Galán señala que la competencia “nace cuando varias personas persiguen un mismo objeto 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”²⁷.

Si toda forma de convivencia humana ha sido de interés para el Derecho, la competencia no podría ser ajena al mismo. La competencia no puede ser un hecho dejado a la absoluta libertad, como si fuera una competencia ilimitada y anárquica. Se establecen determinadas reglas de juego o reglas de competencia con el objetivo de que no sea eliminada.

Joaquín Garrigues²⁸ expresa que históricamente, la posición del Dere-

²⁶ Bernal, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Ediciones Constitución y Sociedad Lima Noviembre 1997. Tercera edición, p. 347.

²⁷ Font Galán citado por Blume Fortini, Ernesto. “La constitución económica peruana y el derecho de la competencia” en: Themis Revista de Derecho editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca / 1997 / N° 36, p. 34.

cho ante la competencia ha pasado por fases diversas. Una primera fase, consiste en que la reglamentación era tan minuciosa que llegó a anular la competencia, destruyendo el principio de igualdad. Estamos en la Edad Media, que se adentra por los comienzos de la Edad Moderna. En una segunda fase, se entroniza el principio de igualdad al proclamarse la libertad de industria y de comercio a fines del siglo XVIII. En una tercera fase, el abuso de aquella libertad reclama de nuevo la intervención del Estado. Nacen entonces leyes especiales sobre represión no de la competencia, sino de aquellas prácticas que la restringen. En esta fase se presenta algo paradójico representado por Garrigues en una frase feliz: se defiende la libertad limitando la libertad.

En un intento por definir el Derecho de la Competencia, Hermenegildo Baylos señala que "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"²⁹.

En cuanto al contenido del Derecho de la Competencia, nos dice Garrigues³⁰, que el ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones a la competencia, que presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando los obstáculos que la anulan o la perturban. Por otra parte, las normas sobre competencia ilícita, que presuponen, por el contrario, que la libre competencia existe y tratan de encauzarla por el camino de la ética y del Derecho. En el primer caso se quiere asegurar el respeto a la competencia misma, mientras que en el otro se quiere asegurar la corrección en el ejercicio de la competencia.

Sin embargo, las transformaciones en la economía y el derecho, han hecho que las áreas dentro de lo jurídico no sean tan fáciles de demarcar, ocurriendo en muchos casos que determinados fenómenos sean vistos desde el derecho por una o más disciplinas simultáneamente. La competencia era apreciada sólo como algo concerniente a los intereses de comerciantes y empresarios, no siendo tomados en cuenta directamente los consumidores. En la actual-

²⁸ Garrigues, Joaquín. *La Defensa de la Competencia Mercantil*. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid 1961 pp. 13 y ss.

²⁹ Baylos, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978, p. 251.

³⁰ Garrigues, Joaquín *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Imprenta Aguirre Madrid, 1976, p. 223-224.

lidad es el interés de los consumidores el denotado como el interés social tendiente a prevalecer sobre cualquier otro particular. Así mismo, el interés del Estado, en cuanto busca que se respete los lineamientos generales establecidos en la constitución económica. Así también, hoy se asigna a la competencia económica una doble dimensión. Por un lado está la competencia en la oferta de bienes y servicios, entre empresarios. Por otro, en la demanda, entre consumidores por adquirir dichos bienes y servicios.

De allí que el contenido del Derecho de la Competencia se haya ampliado, aunque todavía sea muy discutible a qué sectores jurídicos involucra. El maestro Ulises Montoya Manfredi, por ejemplo, señala que el Derecho de la Competencia está integrado por la legislación antimonopólica, la represión de la competencia desleal, la regulación de la publicidad, protección de los consumidores, derecho de la propiedad intelectual en su doble versión: como derechos subjetivos privados y posiciones económicas privilegiadas.^{31, 32}

Finalmente diremos, que en atención al contenido señalado del Derecho de la Competencia, este se erige en una parte importante en el desarrollo de la constitución económica. La institucionalización de la competencia económica entonces 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 económica³³.

2.2.-Derecho de la Competencia y la Constitución de 1979

Como se ha expresado líneas arriba, la Carta de 1979 fue la primera en el Perú, que trató sistemáticamente en lo constitucional, la materia económica. Si bien es cierto no existe una mención expresa al Derecho de la Competencia, se puede decir que no fue tema ajeno a esta Constitución. Así el art. 133 decía: "Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes".

³¹ Montoya Manfredi, Ulises. *Derecho Comercial*. Tomo II Editorial Grijley. Novena edición aumentada y actualizada. Lima, 1998, p. 459.

³² Cabe anotar que de la misma opinión es César Landa en : *Presentación de Revista Derecho* N° 47. Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dic. 1993, p. 7.

³³ Blume Fortini, Ernesto. *Ob. Cit.* p. 35.

De su lectura podemos concluir que se llegó a establecer los contenidos propios de un derecho de la competencia, aunque de manera defectuosa y muy general. La posición antimonopólica asumida en este artículo era criticada por prohibir los monopolios en si mismos, siendo lo más aconsejable reprimir las prácticas abusivas emanadas de una posición dominante en el mercado. Asimismo, se asume una posición contra las prácticas y acuerdos restrictivos tanto en la actividad industrial como en la mercantil. También, al rechazar los acaparamientos, no sólo se hace alusión a prácticas de competencia desleal, sino también a la protección de los consumidores, concordante en esto último con lo preceptuado en el art. 110 que señalaba la función del Estado de defender el interés de los consumidores

Cabe decir, que los preceptos constitucionales en materia económica (del cual lo último reseñado es parte), fueron criticados, debido quizás a una explícita opción por un Estado social y democrático del derecho, para algunos no compatible con una opción de mercado. Sin embargo, es con esta Constitución sirviendo de base, que se dictan una serie de leyes referentes a legislación antimonopólica (D. Leg. 701), publicidad (D. Leg. 691), protección al consumidor (D. Leg. 716), libre acceso al mercado (D. Leg. 757) e - interrumpido el régimen democrático- la creación de Indecopi (D. L. 25868), y, sobre represión de competencia desleal (D. L. 26122).

2.3.- Derecho de la Competencia y la Constitución de 1993

Con esta Constitución se logra consagrar constitucionalmente, de manera explícita, lo que en leyes especiales ya se había preceptuado sobre el Derecho de la Competencia.

Así, refrenda lo que venimos diciendo, lo señalado en los arts. 61 y 65. El primero de los nombrados preceptúa que el Estado facilita y vigila la libre competencia y, combate toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación podrá autorizar o establecer monopolios. Se reitera entonces lo establecido en la legislación antimonopólica (D. Leg. 701) y el acceso a los mercados (D. Leg. 757). El art. 65 señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Además el Estado velará por la salud y la seguridad de la población. Con esta norma se recoge lo ya establecido en cuanto a protección al consumidor (D. Leg 716), publicidad (D. Leg. 691), competencia desleal (D. L. 26122), normadas con anterioridad a la Carta vigente.

3.- DERECHO DE LA COMPETENCIA, CONSTITUCION ECONOMICA FORMAL Y CONSTITUCION ECONOMICA MATERIAL

Hasta aquí hemos asistido a un recuento rápido sobre el conjunto normativo que regula el orden económico, el cual se denomina constitución económica formal y su relación con el derecho de la competencia. Sin embargo, nos falta apreciar la constitución económica material, es decir, el ordenamiento real de la economía en relación, tanto con la constitución económica formal, como también con el derecho de la competencia.

Recordemos lo manifestado por Eucken, en el sentido de que aun cuando la constitución económica (es decir la decisión total sobre el orden de la vida económica) quiere efectuar la ordenación de la economía, de facto, sobre la base de tal constitución, se desarrolla un orden económico que no corresponde en todo o en parte a la idea fundamental de la constitución económica formal.

Es más, las normas jurídicas, ofrecen una enorme variedad de probabilidades para el desarrollo de órdenes económicos distintos al pensado como racionalmente aceptable.

Si analizamos la legislación antimonopólica (D.Leg. 701) -parte importante del derecho de la competencia- vemos una ausencia notable, como es la regulación aplicable a las fusiones y adquisiciones. Como se sabe, esta es una de las formas de concentrar poder económico, al lado del originado en el crecimiento interno de una empresa y la concertación entre competidores. Las modernas legislaciones sobre competencia no contemplan el crecimiento interno, por ser una forma de concentración válida. Pero las otras dos restantes, si son pasibles de tratamiento jurídico. En nuestro país, sólo la concertación entre competidores (prácticas colusorias) es actualmente regulada³⁴. Esto nos trae serias dudas sobre qué es lo que en definitiva se pretende como objetivo de la normatividad antimonopólica, mas cuando, el propio Alfredo Bullard -uno de los entusiastas con esta normatividad- expresa en cuanto a las fusiones y adquisiciones: "...deben ser sancionadas en casos muy excepcionales. Ello sólo debe suceder cuando como consecuencia de las mismas resultan mercados altamente concentrados y donde la unidad resultante de la fusión o concentración adquiere un porcentaje sustancial de participación que le permite desarrollar ciertas capacidades para fijar precios, siendo presumible la inexistencia de

³⁴ Quiroga Glave, María de Rosario y Rodríguez Zevallos, Miguel A.. La concentración de empresas y la libre competencia. Cultural Cuzco S.A. Lima 1997, p. 29.

beneficios palpables en términos de eficiencia..."³⁵. El tema es de actualidad debido a haberse presentado la compra por parte de la cervecería Backus y Johnston de un paquete en la Compañía Nacional de Cerveza, que le permite controlar a esta última.

De la misma manera, en cuanto a la protección de los consumidores, se ha diseñado un mecanismo basado en la asimetría informativa, no contemplando otras asimetrías surgidas en la relación empresa-consumidor, como son la asimetría en el poder económico y la asimetría en el derecho³⁶. La asimetría en la información supone la concentración y administración de la misma por parte de las empresas, provocando que el mercado no sea determinado por el consumidor ni que este último sea tutelado efectivamente por la competencia.

La asimetría en el poder económico, indica que la empresa tendrá mayores recursos para influenciar en su beneficio al mercado, manteniendo un comportamiento estratégico para aumentar su utilidad. Es más, en un mercado como el nuestro, incipiente, es claramente utópico que se le asigne al mismo la tutela del consumidor.

La última asimetría es la habida en el derecho, concibiéndose como la imposibilidad de solucionar la situación antes descrita a través del uso de las categorías tradicionales. El derecho no tutela efectivamente al consumidor, éste no halla los mecanismos apropiados, como por ejemplo, en el caso de las normas señaladas en el Código Civil, en lo que se refiere a la contratación en masa (contratos por adhesión, cláusulas generales de contratación, oferta al público, etc.)

La normatividad sobre protección de los consumidores (D.Leg. 716), como está planteada, en base a contrarrestar la asimetría informativa y, al desconocer las otras dos restantes, no parece lo más apropiado para cumplir sus objetivos.

Entonces, si el objetivo de todo este derecho de la competencia es un mercado eficiente y que esa eficiencia se muestre económicamente, expresa-

³⁵ Bullard Gozález, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. ARA Editores Primera edición Lima 1996, p. 315.

³⁶ Morote, Hugo. "La protección al consumidor en el Código Civil" en: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1993, p. 180.

da en mejores productos a menores costos, con el consecuente ahorro de recursos, procurando beneficio para los consumidores y la sociedad en pleno, como se ha establecido en la constitución económica formal. Además, si el protagonista de todo el derecho es el consumidor, y el fin es maximizar su bienestar como consecuencia de una mayor eficiencia productiva; la pregunta es ¿por qué no está dando resultado la reglamentación planteada?

Como primera constatación tenemos, que establecido lo anterior en la constitución económica formal y en el derecho de la competencia, entonces, no se está verificando en la constitución económica material. Lo que sucede es la concentración privada de la economía, viéndose solo el beneficio del sector empresa, por sobre el interés del consumidor. Frente a esta constatación caben dos respuestas. Una primera es que la normatividad del derecho de la competencia está mal planteada y por tanto no cumple con los objetivos propuestos en la constitución económica formal. O quizás podríamos llegar a una conclusión malévola o maliciosa, de que todo el ordenamiento jurídico (constitución económica formal y legislación infraconstitucional) está diseñado para que se verifique en la realidad económica concreta, esa concentración económica señalada, siendo sólo un recurso lírico la garantía del Estado de la protección al consumidor y mercado eficiente.

En una u otra respuesta estaría dándose lo que Barcellona llamó función marginal del derecho: "Basta mirar alrededor, incluso superficialmente, para convencerse de que existen, al menos, dos sociedades diversas: la sociedad o los grupos sociales, para entendernos, que tienen un gran interés en que el derecho desarrolle una función marginal, que haga simplemente del guardián del sistema, sin penetrar en la política del empresario, sin llevar a cabo ningún control sobre el modo en que se explotan los servicios públicos, etc., y, en el polo opuesto, la otra sociedad, aquella de la cual nace la demanda de una "*nueva justicia*" para los oprimidos, para los explotados, etc."³⁷.

³⁷ Barcellona, Pietro. La formación del jurista. Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 31.