

OTOÑO 2005

REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO

TERRY L. ANDERSON Mercados y medio ambiente: amigos o rivales?

DANIEL CORDOVA Ética, economía y sociedad: una perspectiva liberal

JOSÉ LUIS SARDÓN Democracia de masas y democracia constitucional en el Perú contemporáneo

FERNANDO CANTUARIAS S. Problemática del arbitraje internacional en Latinoamérica

FRITZ DU BOIS, ANTONIO CUSATO Y JORGE F. CHÁVEZ Un balance de las políticas sociales

HUÁSCAR EZCURRA Créditos laborales contingentes y liquidación

HUGO GÓMEZ Y MARIO ZUÑIGA Propiedad, libertad de contratación y libre competencia



Sociedad de
Economía y Derecho

UPC

REVISTA DE
ECONOMÍA Y DERECHO



Sociedad de
Economía y Derecho

UPC

La Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) reúne a un grupo de académicos y profesionales que forma parte de la plana docente de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Economía.

La Sociedad está dedicada a promover ideas favorables al fortalecimiento de las instituciones en las que se sustentan la economía de mercado y el estado de derecho.

CONSEJO DIRECTIVO

Comité Ejecutivo

Fernando Cantuarias S. *Facultad de Derecho*

Daniel Córdova *Facultad de Economía*

José Luis Sardón *Director Ejecutivo*

Consejeros

Roberto Abusada

Alfredo Bullard

Gianfranco Castagnola

Luis Diez Canseco

Fritz Du Bois

Hugo Eyzaguirre

José Juan Haro

Carlos Oliva

Gonzalo Tamayo

Luis Vinatea

CONSEJO CONSULTIVO

Presidente

Luis Bustamante Belaunde

Consejeros

Augusto Baertl

Alfonso de los Heros

Pedro Pablo Kuckzynski

Roberto G. MacLean U.

Felipe Ortiz de Zevallos M.

Luis Carlos Rodrigo M.

Raúl Salazar

REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO

Editor

José Luis Sardón

Editores Asociados

Milagros Flecha

Enrique Pasquel

Corrector de Estilo

Jorge Coaguila

Diseño y Diagramación

Taller Cuatro

Revista de Economía y Derecho se edita periódicamente con artículos pertinentes a la comprensión de la economía de mercado y el estado de derecho. Recoge trabajos de investigadores nacionales y extranjeros. El Comité Ejecutivo de la Sociedad de Economía y Derecho recibe y selecciona los trabajos para su publicación.

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión de los editores ni de la Sociedad de Economía y Derecho.

Número 6, otoño de 2005

ISSN: 1729-7958



ÍNDICE

Terry L. Anderson Mercados y medio ambiente: ¿amigos o rivales?	7
Daniel Córdova Ética, economía y sociedad: una perspectiva liberal	15
José Luis Sardón Democracia de masas y democracia constitucional en el Perú contemporáneo	31
Fernando Cantuarias S. Problemática del arbitraje internacional en Latinoamérica	43
Fritz Du Bois, Antonio Cusato y Jorge F. Chávez Programas sociales, salud y educación en el Perú: un balance de las políticas sociales	63
Huáscar Ezcurra Rivero Créditos laborales contingentes y liquidación: ¿prima el privilegio laboral o el derecho de los demás acreedores?	81
Hugo Gómez Apac y Mario Zúñiga Palomino Propiedad, libertad de contratación y libre competencia	93
ESCRITOS CLÁSICOS	
Frédéric Bastiat Lo que se ve y lo que no se ve	101
RESEÑA DE LIBRO	
Enrique Ghersi Alvaro Vargas Llosa, <i>Rumbo a la libertad</i>	121

Hugo Gómez



PROPIEDAD, LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA*

HUGO GÓMEZ APAC
Y MARIO ZÚÑIGA PALOMINO**

El presente artículo explica por qué la protección de la libre competencia, fundamental para lograr el adecuado funcionamiento de los mercados, conlleva necesariamente una limitación del derecho de propiedad y de la libertad de contratación. Lo importante es que dicha limitación sea razonable y proporcional en relación con la finalidad perseguida: la asignación eficiente de los recursos y, por ende, el máximo bienestar de la sociedad.

La imposibilidad de menoscabar el derecho de propiedad y la libertad de contratación es un argumento frecuentemente utilizado por las empresas ante la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) como defensa frente a la imputación de prácticas anti-competitivas. Así, una negativa (injustificada) de suministro es defendida comúnmente como un ejercicio lícito del derecho de propiedad y de la libertad de contratación.

Sin embargo, el derecho de propiedad y la libertad de contratación no son irrestrictos ni absolutos sino que, todo lo contrario, se desenvuelven dentro de un conjunto de “reglas de juego” que los limitan y encauzan, siendo una de ellas el principio rector de la libre competencia. Partiendo de la premisa de que ambos –al igual que todas las instituciones jurídicas– tienen como fin último la consecución

del mayor bienestar posible para la sociedad en su conjunto, el ordenamiento jurídico no puede consagrar una protección absoluta de los derechos de propiedad o de la libertad de contratación sino que deben estar subordinados a la consecución del bien común.

En ese contexto, el presente artículo tiene por finalidad indagar acerca del grado de interdependencia que existe entre el derecho de propiedad y la libertad de contratación, por un lado, y el principio rector de la libre competencia, por el otro, a efectos de demostrar que la aplicación de las políticas de libre competencia constituye una limitación natural al derecho y libertad constitucionales antes mencionados, siempre que dicha aplicación, claro está, guarde coherencia, razonabilidad y proporcionalidad con el propósito de maximizar el bienestar social a través de la asignación eficiente de los recursos escasos de la sociedad.

Revista de Economía y Derecho, Vol. 2, Nº 6 (Otoño 2005). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* El presente artículo ha sido elaborado sobre la base de textos preparados por los autores en su condición de funcionarios de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sin embargo, las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores.

** Hugo Gómez Apac es Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Mario Zúñiga Palomino es Asistente Legal de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. Adjunto de Docencia de Derecho Civil (Contratos, Parte General) en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

EL RÉGIMEN ECONÓMICO

Conforme lo establece el Capítulo I del Título III de la Constitución Política, el régimen económico de nuestro país es el de una economía social de mercado¹. Bajo este régimen, toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica de su preferencia (libre iniciativa privada), a elegir la forma empresarial que más le convenga así como la manera de conducir y explotar su negocio (libertad de empresa), y a contratar personal y ser contratado bajo relación de dependencia (libertad de trabajo). Asimismo, el régimen económico adoptado garantiza a nivel constitucional al principio de libre competencia, según el cual el precio y la cantidad producida de los bienes y servicios deben ser producto de la libre interacción de la oferta y la demanda².

En una economía social de mercado, el ejercicio de la libre iniciativa privada y de las libertades de empresa, comercio e industria y de trabajo no debe transgredir el ordenamiento jurídico vigente ni debe ser lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública³. Asimismo, en este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. En una economía social de mercado el Estado desarrolla actividad empresarial solo autorizado por ley expresa, de manera subsidiaria y únicamente por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional⁴.

Otros derechos reconocidos por el régimen económico previsto en el texto constitucional, y que guardan armonía con las libertades antes mencionadas, son el de no discriminación entre la inversión nacional y extranjera⁵, el de libre tenencia y disposición de moneda extranjera⁶ y el que tienen los consumidores a efectos de que los proveedores les brinden información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado⁷.

Las libertades y derechos económicos reconocidos en la Constitución Política así como los principios rectores del régimen económico asumidos por esta norma suprema tienen como finalidad incentivar la eficiente asignación de los recursos de la sociedad, fomentando y garantizando a que los agentes económicos produzcan e intercambien los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades de la población en general. Sin embargo, cuando no exista oferta privada capaz de satisfacer la demanda de determinados bienes o servicios, o pese a existir oferta privada haya segmentos de la población que por sus características y condiciones

no son atendidos por dicha oferta, corresponderá al Estado en su rol subsidiario proveer a la población de dichos bienes y servicios.

Ahora bien, los pilares de una economía social de mercado y, por ende, que sustentan a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, son la propiedad y la libre contratación⁸. En efecto, sin derecho de propiedad y sin libre contratación, las personas no podrían dedicarse a la actividad económica de su preferencia ni gozarían de la autonomía para conducir libremente sus negocios. Sin derecho de propiedad y sin libre contratación no habría desarrollo económico, pues solo a través de una adecuada asignación de titularidades (garantizada mediante una adecuada protección de la propiedad) y la libre transferibilidad de estas (garantizada mediante la libre contratación) puede lograrse una mayor generación de riqueza y, por consiguiente, un aumento del bienestar social.

EL DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad consiste en un conjunto de facultades que permiten usar, disfrutar, disponer y reivindicar un determinado bien⁹. Desde el punto de vista funcional, el derecho de propiedad es un poder legalmente conferido para excluir a terceros de usar un recurso, sin tener que contratar con ellos¹⁰. De acuerdo con la definición descrita, este derecho tiene las siguientes características: universalidad, exclusividad y transferibilidad. La universalidad implica que todos los bienes deberían tener un titular que internalice los costos y beneficios derivados de ellos. La exclusividad importa la facultad que tienen los propietarios de excluir a los demás del uso del bien. La transferibilidad, finalmente, permite que los bienes se trasladen de sus usos menos valiosos a sus usos más valiosos.

Las características anotadas permiten que el derecho de propiedad confiera dos clases de beneficios: uno estático, que es el desincentivar la sobreexplotación, y uno dinámico, que es el incentivar la inversión¹¹. Ello resulta socialmente eficiente toda vez que permite una adecuada explotación de los bienes, obteniéndose de ellos el mayor provecho posible. Si el derecho de propiedad no permitiera excluir a terceros del uso de los bienes, dichos terceros podrían apropiarse de la utilidad que estos generan sin haber invertido en ellos. Esto conduciría a la sobreexplotación de los bienes, pues tales terceros internalizarían los beneficios del bien sin haber asumido sus costos. Por otro lado, la ausencia de derechos de propiedad desincentivaría la inversión en el mantenimiento y la



adquisición de los bienes, pues los propietarios no desearán incurrir en costos que no van a recuperar¹².

Así descrito, el derecho de propiedad es una forma de lograr una adecuada asignación de recursos y distribución de la riqueza. Pero la protección a la propiedad no es suficiente para que esta genere riqueza. Es necesario que la transferibilidad de los bienes se concrete a través de algún instrumento¹³. Y este no es otro que la libertad de contratación.

LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Se entiende por libertad de contratación la facultad que tienen los individuos para regular sus propios intereses con el fin de satisfacer sus necesidades¹⁴. El contrato, que no es sino el instrumento jurídico mediante el cual los particulares ejercen su libertad de contratación, es el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales¹⁵. Mediante la libertad de contratación, los particulares pueden cooperar entre sí a fin de intercambiar bienes y servicios, destinando así los recursos de sus usos menos valiosos a los más valiosos¹⁶. Como puede apreciarse, la libertad de contratación es también un mecanismo que persigue la adecuada asignación de recursos y un mayor bienestar social.

Sin embargo, tanto el derecho de propiedad como la libertad de contratación no solo son fundamentales para el funcionamiento de una economía social de mercado sino que se desenvuelven en un marco en el que coexisten principios rectores que resultan fundamentales en una economía social de mercado. Uno de estos principios rectores, y quizá el más importante, es el de la libre competencia, entendido como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre ellos con el fin de obtener las preferencias de los consumidores.

LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD, LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y LA LIBRE COMPETENCIA

El derecho de propiedad y la libertad de contratación deben ejercerse sin restringir o distorsionar la libre competencia. En efecto, la propia Constitución Política establece que los derechos de propiedad privada y libre contratación deben ejercerse de acuerdo con los límites previstos en la ley¹⁷, por lo que estos derechos deben ejercerse en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701, que precisamente viene a ser la legislación de desarrollo constitucional del principio rector de la libre competencia.

Queda claro, en consecuencia, que los derechos de propiedad privada y libre contratación no son absolutos ni irrestrictos, siendo un límite natural de ellos el interés público contenido en las normas de defensa de la libre competencia. La razón de este límite se explica a continuación.

En un mercado competitivo, basado en la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, las decisiones de cómo, qué y para quién producir se determinan de manera espontánea en función de decisiones atomizadas de miles o millones de personas. La libertad ejercida por productores¹⁸ y consumidores¹⁹ determina que las inversiones de los primeros estén dirigidas a obtener la preferencia de los segundos. De esta manera, los productores maximizan sus ganancias ofreciendo en el mercado productos y servicios a precios y calidades que satisfacen la demanda que de los mismos realizan los consumidores. Por su parte, los consumidores asignan eficientemente sus recursos al consumir productos a precios iguales o inferiores a la disposición a pagar que cada uno de ellos tiene respecto de dichos productos y en la calidad y variedad deseada.

Como parte del proceso competitivo, las empresas pugnarán por reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores productos con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Resultado de este proceso, las empresas eficientes (en costos, calidad y variedad) obtendrán la preferencia de los consumidores permaneciendo en el mercado o incluso aumentando su participación.

En particular, dicho proceso competitivo determinará que los precios de los productos estén cercanos a sus costos²⁰, dado que, de existir una industria cuyas empresas posean ganancias extraordinarias²¹, dicho hecho atraerá a nuevas empresas a ingresar en el mercado con el objeto de obtener ganancias similares, presionando los precios de la industria a la baja, a través de la competencia. Como parte del desarrollo de este proceso se llegará a un equilibrio competitivo cuando los costos de producción se minimicen y los precios se encuentren cercanos a dichos costos.

Sin embargo, la conducta de los agentes, la información disponible, los costos de transacción, los incentivos existentes o la propia estructura y/o características del mercado, por lo general, ocasionan que el mercado no sea capaz de conducirnos a resultados eficientes (en producción, innovación y asignación), situaciones estas en las que el derecho privado (a través del derecho de propiedad, los



contratos y la responsabilidad civil) resulta insuficiente para alcanzar óptimos sociales, por lo que es necesario que el Estado intervenga con el fin de buscar replicar, mediante mecanismos diferentes a los del mercado, un resultado cercano a las eficiencias que este proveería en ausencia de tales distorsiones.

Y es que los mercados no son perfectos. Existen situaciones que impiden que la libre interacción entre ofertantes y demandantes logre asignaciones eficientes en términos económicos. Estas situaciones, conocidas como "fallas de mercado", son las externalidades²², los bienes públicos²³, las asimetrías de información, los monopolios naturales²⁴, entre otros. En general, la intervención del Estado en el mercado se justifica a raíz de las "fallas de mercado"²⁵ porque originan que los recursos no se asignen eficientemente, ocasionando que los precios no reflejen adecuadamente los costos sociales de producción de ciertos bienes y servicios.

Al igual que las fallas de mercado, existen otras situaciones que distorsionan el correcto funcionamiento de los mercados, como es el caso de las restricciones monopólicas, las cuales pueden presentarse en la forma de conductas anticompetitivas (abusos de posición dominante y prácticas colusorias) o de estructuras monopólicas (actos de concentración empresarial anticompetitivos). La intervención del Estado frente a las restricciones monopólicas se da a través de las llamadas políticas de libre competencia.

Entendidas en un sentido amplio, las políticas de competencia consisten en el conjunto de políticas de Estado orientadas a garantizar que los beneficios de una economía social de mercado se traduzcan en un bienestar efectivo para los consumidores. En tal sentido, la liberalización y apertura de mercados y, en general, las reformas orientadas a remover barreras de acceso al mercado, en tanto contribuyan a fomentar la rivalidad entre empresas y el bienestar del consumidor, pueden ser consideradas parte integrante de las políticas de competencia.

Por otro lado, en un sentido más estricto, se encuentran las regulaciones específicas orientadas a proteger la competencia entre productores y al consumidor. Mientras las primeras (políticas *antitrust* o antimonopolio) se orientan a la maximización del bienestar de los consumidores mediante la sanción o prevención de las prácticas colusorias o los abusos de posición de dominio en el mercado; las segundas (políticas de protección al consumidor) buscan defender los derechos del consumidor a recibir información respecto de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado. Dentro de esta regulación específica, figura también la legislación que protege a

los agentes económicos contra las prácticas desleales (competencia desleal) y la publicidad engañosa.

Con la finalidad de prevenir y eliminar las restricciones monopólicas, la legislación suele dotar a las autoridades de competencia de un conjunto de instrumentos de política de competencia. Una primera clasificación de dichos instrumentos puede establecerse en función del objeto de la regulación. Así, existe el control de conductas empresariales y el control de estructuras. Mientras las primeras se centran en la sanción o disuasión directa de conductas empresariales anticompetitivas, las segundas se centran en la regulación de los niveles de participación y concentración del mercado, como un medio para prevenir conductas anticompetitivas.

Por otro lado, en una segunda clasificación, la intervención de la autoridad puede realizarse antes o después de detectada una determinada práctica anticompetitiva. En el primer caso, dicha intervención tiene un carácter preventivo (*ex ante*), mientras en el segundo caso tiene un carácter correctivo (*ex post*). En nuestro ordenamiento jurídico, de manera generalizada rige un régimen de control *ex post* de conductas (contemplado en el Decreto Legislativo 701). Asimismo, existe un régimen de control de estructuras *ex ante* para el sector eléctrico (previsto en la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico). Cabe señalar que existen otros mecanismos posibles de defensa de la competencia como es el caso de las actividades de promoción y difusión (*competition advocacy*) que, en muchos casos, permiten corregir o prevenir ciertas distorsiones a la competencia, sin que medie necesariamente una sanción o intervención específica de la autoridad.

El derecho de propiedad, la libertad de contratación y la libre competencia se encuentran garantizados constitucionalmente y debe existir un equilibrio entre ellos, de modo que el ejercicio de uno no perjudique el ejercicio de los otros. Es evidente que la persecución de posiciones dominantes y de prácticas colusorias lleva implícita la posibilidad de limitar el derecho de exclusiva sobre recursos de la empresa (o empresas) o, incluso, la imposibilidad de contratar libremente sobre ellos. Así, surge una paradoja en la legislación de libre competencia, que tiene que limitar la propiedad y la libertad de contratación, bases del funcionamiento de una economía de mercado, para defender la competencia y con ello la eficiente asignación de los recursos.

Pero la imposición de límites al derecho de propiedad y a la libertad de contratación no debe ser considerada negativa por sí misma ni mucho menos. Como ya hemos afirmado, el derecho a la



propiedad y la libertad de contratación no son valores absolutos y no pueden ser puestos por encima de lo que precisamente buscan tutelar: una asignación eficiente de recursos y con ello el mayor bienestar social posible.

La cuestión debe girar en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción que en cada caso se imponga sobre los derechos de propiedad y libre contratación. Las limitaciones impuestas en aras de proteger la competencia no pueden llegar al punto de reducir injustificadamente o irrazonablemente los incentivos para competir. Cualquier limitación a la propiedad y a la libre contratación debe partir de la convicción de que esta es la única forma de lograr una mayor eficiencia y, por ende, un mayor bienestar de los consumidores.

Piénsese, por ejemplo, en la prohibición de acuerdos restrictivos de la libre competencia. Si la autoridad comprueba la existencia de un acuerdo entre dos o más empresas para fijar sus precios, deberá no solo sancionarlas sino ordenar que dicho acuerdo sea dejado sin efectos. Esto, sin duda, significará una limitación a la libertad de contratación de las empresas que han concertado. Sin embargo, se trata de una limitación plenamente justificada, en la medida que la pérdida de eficiencia social causada por una concertación es mucho mayor que el beneficio privado obtenido por los concertadores²⁶.

Pensemos ahora, por ejemplo, en la prohibición de conductas consistentes en el abuso de posición de dominio. Si una empresa con posición de dominio discrimina injustificadamente entre dos empresas que a su vez compiten entre sí, de modo que una obtiene una ventaja ilegítima frente a la otra, tal discriminación deberá ser sancionada y la autoridad de libre competencia deberá ordenar que el dominante cese tal conducta. Esto puede incidir incluso sobre precios ya pactados, afectando la libertad de contratación de dicha empresa.

Del mismo modo si una empresa con posición de dominio se niega a proveer injustificadamente determinado bien o servicio a una empresa, la agencia de competencia podrá obligarla a proveerlo, con lo cual se afectará la libertad de contratación de la empresa infractora, además de su derecho de propiedad sobre ciertos bienes, pues se le estará impidiendo disponer libremente de ellos.

Adicionalmente, mediante el control de estructuras o control de fusiones, el Estado puede evitar que dos empresas se integren vertical u horizontalmente si resulta probable que, luego de la referida integración, la empresa resultante ostente un considerable grado de poder de mercado susceptible de afectar la

competencia. Dicho control, qué duda cabe, restringe la libertad de contratación de las partes involucradas. Restringe, además, su derecho de propiedad, pues se limita la forma en la que pueden disponer de sus activos.

La regulación económica, por su parte, que se justifica ante la presencia de fallas de mercado tales como los monopolios naturales, restringe la libertad de contratación imponiendo, por ejemplo, obligaciones de contratar (servicios públicos) así como fijando precios y/o calidades. También restringe la propiedad cuando, por mencionar un caso, impone la obligación de compartir infraestructura o ciertos recursos considerados "esenciales"²⁷.

Queda claro, de todo lo expuesto, que las políticas de libre competencia (así como la regulación económica) pueden (y deben) afectar o limitar el derecho de propiedad y la libertad de contratación. En su caso, la agencia de competencia deberá evaluar en cada caso concreto si el beneficio público de restringir en determinado supuesto el derecho de un privado excede el perjuicio privado producto de dicha restricción.

Una determinada conducta o decisión empresarial puede generar eficiencias o ineficiencias desde el punto de vista social. Si una empresa genera eficiencias productivas (ahorra costos), asignativas (destina recursos a sus usos más valiosos) o innovativas (desarrollo tecnológico), esto no solo le generará mayores ingresos sino que producirá una reducción de los precios en el mercado, lo que redundará en el beneficio del consumidor y de la sociedad en su conjunto. Debe tenerse en cuenta que este beneficio social puede causar perjuicios privados, como el hecho de que el competidor de la empresa que aumentó sus ventas salga del mercado. Sin embargo, tal perjuicio es aceptable en aras del beneficio de la sociedad.

En otras ocasiones, sin embargo, el beneficio privado de un empresario no tendrá como consecuencia el beneficio social. Cuando el perjuicio social ("pérdida de eficiencia social") producto de determinadas decisiones empresariales es mayor a las eficiencias obtenidas mediante tales decisiones, estaremos ante la presencia de una conducta anticompetitiva. En dichos casos, resultará razonable restringir la libertad de actuación (en particular, su derecho de propiedad y su libertad de contratación) de dichos privados.

En efecto, es a través de un análisis costo-beneficio que la agencia de competencia declarará que una conducta o práctica desarrollada por una o más empresas es anticompetitiva y, por ende, procederá a sancionar a los infractores y dictar medidas correctivas que por lo general afectan el derecho de



propiedad y la libertad de contratación de dichas empresas.

Si un acuerdo entre empresas competidoras o la conducta exclusoria de una empresa con posición de dominio genera eficiencias (asignativas, productivas o innovativas) económicas en el mercado que superan en beneficios los costos de restringir la competencia (perjuicio a competidores o al bienestar de los consumidores), dicha conducta o práctica deviene en lícita y no es sancionada por la autoridad de competencia. En cambio, si dicha conducta o práctica genera efectos anticompetitivos (en perjuicio a los competidores y disminución del excedente de los consumidores) superiores a las eficiencias que benefician a las empresas, tal conducta o práctica debe ser declarada ilegal por la agencia de competencia. En este último caso, a través de medidas correctivas, la autoridad limitará el derecho de propiedad y la libre contratación de los infractores.

Como puede verse, el resguardo del principio rector “libre competencia” o, dicho de otra forma, la tutela del bien jurídico “libre competencia”, necesariamente implica una limitación del derecho de propiedad y de la libertad de contratación de las empresas. Esta limitación se sustenta en el hecho de que el Estado privilegia el interés público sobre el interés privado. Sin embargo, como se ha afirmado, dicha limitación debe ser ejercida de manera racional, proporcional y en armonía con la finalidad pública que persiguen estos derechos, libertades y principios tutelados constitucionalmente, que es que los recursos escasos de una sociedad sean asignados de manera eficiente generando mayor riqueza y, por consiguiente, incentivando el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto.

NOTAS

- 1 Constitución Política del Perú, “Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una *economía social de mercado*. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente”.
- 2 Constitución Política del Perú, “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 expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

- 3 Constitución Política del Perú, “Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.
- 4 Constitución Política del Perú, “Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.
- 5 Constitución Política del Perú, “Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.
- 6 Constitución Política del Perú, “Artículo 64.- El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera”.
- 7 Constitución Política del Perú, “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 encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.
- 8 Cuando utilizamos el término “libre contratación” queremos abarcar tanto la denominada “libertad de contratar” (libertad de decidir cuándo y con quién contratar o no contratar) como la “libertad contractual” o “libertad de configuración interna” (libertad de diseñar las reglas contractuales), conceptos que la doctrina distingue pese a que nuestro ordenamiento no realiza tal diferenciación. Ver: De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Lima, Editorial Palestra, 2001, pág. 197.



- 9 Código Civil, "Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".
- 10 Landes, William M. y Richard A. Posner. *El contenido económico del Derecho de Marcas*. En: *Ius et Veritas*. Año VII, N° 13. Lima, noviembre de 1996, pág. 72.
- 11 *Ibidem*.
- 12 Posner, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998, págs. 37 y siguientes.
- 13 Como ha señalado también Posner, "(l)a creación de derechos exclusivos es una condición necesaria, pero no suficiente, para el uso eficiente de los recursos: los derechos deben ser transferibles". *Ibidem*.
- 14 Ver: Craswell, Richard. *Freedom of Contract*. Chicago Working Papers in Law and Economics. Second Series, N° 33, 1995. El concepto de "libertad de contratación", aunque restringido al ámbito del contrato, es similar al concepto más amplio de "autonomía privada" utilizado en la doctrina del Derecho Civil continental. Ver: Ferri, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, págs. 7 y siguientes.
- 15 Esta es la definición contenida en el artículo 1351 del Código Civil. Ver: Alpa, Guido. *El contrato en el derecho privado italiano actual*. En: Autores varios. *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima, ARA Editores, 2003, pág. 129; Forno Flórez, Hugo. *El contrato con efectos reales*. En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 7. Lima, noviembre de 1993, págs. 77 y 87.
- 16 Kronman, Anthony T. y Richard A. Posner. *The Economics of Contract Law*. Boston, Editorial Little, Brown & Company, 1979, págs. 1 y siguientes.
- 17 Constitución Política del Perú, "Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato...". Constitución Política del Perú, "Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley...".
- 18 Entiéndase por "productores" a aquellos agentes económicos proveedores de productos y/o servicios.
- 19 Entiéndase por "consumidores" a aquellos agentes económicos destinatarios finales de productos y/o servicios.
- 20 En lo que la teoría económica conoce como mercados perfectamente competitivos los precios igualarán los costos marginales (el costo marginal es el aumento en el costo total por la producción de una unidad adicional de un determinado bien).
- 21 Son ganancias extraordinarias aquellas obtenidas por encima del nivel de ganancias normales obtenidas en un entorno competitivo.
- 22 Una externalidad es definida por un acto realizado por un agente económico que afecta el conjunto de posibilidades

- de consumo (externalidad de consumo) o de producción (externalidad de producción) de otros. Quedan excluidos aquellos actos cuyos efectos sobre el conjunto de posibilidades de consumo y producción se transmiten a través del sistema de precios o del mercado. Ante la presencia de externalidades, los costos o beneficios privados de ciertas acciones difieren de los costos o beneficios sociales.
- 23 Los bienes públicos son bienes que no son suministrados por el mercado y, en caso de que así fuera, la oferta resultaría insuficiente, por lo que el sistema de precios no funciona. Un bien público cumple con las siguientes características:
No rivalidad en el consumo: cuando la utilización del bien por una persona cualquiera no impide su uso por otras personas y, por lo tanto, más de una persona puede disfrutar a la vez del bien o servicio.
No exclusión: cuando es imposible o demasiado costoso excluir del disfrute de un bien o servicio a quienes no paguen por él.
- 24 Un monopolio se define como natural cuando el costo de abastecer al mercado es mínimo al ser realizado por una única empresa como consecuencia de una característica tecnológica denominada "subaditividad de costos". Se entiende que hay subaditividad de costos cuando en un determinado nivel de producción de un bien o servicio, el costo de producir ese bien o servicio es menor cuando es producido por una sola empresa que por dos o más empresas.
- 25 Según la literatura legal y económica predominante, la regulación solo encontraría justificación ante la presencia de dichas fallas. En la realidad, sin embargo, es común apreciar la existencia de regulación atendiendo a criterios distributivos (la regulación laboral), al carácter de "estratégicos" de ciertos sectores (hidrocarburos), entre otros. En otros casos, aun ante la presencia de fallas de mercado, no se justifica la regulación, debido a que los beneficios obtenidos de esta pueden ser menores que los perjuicios causados por las referidas fallas.
- 26 Una concertación permitirá a sus participantes mantener sus precios por encima del nivel competitivo, consecuencia de lo cual algunos consumidores dejarán de consumir el bien ofrecido por los concertadores. Esto significará, a su vez, una "pérdida de eficiencia social".
- 27 La política de libre competencia y la regulación, ciertamente, no son las únicas formas de intervención del Estado en la economía que restringen derechos tan importantes como la propiedad y la libre contratación. Así, por ejemplo, las normas de zonificación limitan el derecho de libre disponibilidad sobre los predios, limitando su uso (giro del negocio) o los pisos que pueden construirse en ellos.

