

Viaje a la semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701?*

Ivo Gagliuffi Piercechi

INTRODUCCIÓN

El Decreto Legislativo 701, del 5 de noviembre de 1991, conocido coloquialmente como Ley de Libre Competencia,¹ es considerado como el punto de partida de la implementación y aplicación en el Perú de la normatividad que combate y sanciona las prácticas anticompetitivas realizadas por los agentes económicos en el mercado.

Sin embargo, no cabe duda de que resulta extraño que nuestro país haya comprendido la relevancia de la norma sobre libre competencia recién en 1991, en especial si se tiene en consideración que se contaba con legislación sobre represión de la competencia desleal² vigente desde 1937.³

* Dedico este trabajo a mi amigo y maestro Lucho Diez Canseco Núñez. Asimismo, deseo expresar mi agradecimiento a Andrés Francisco Calderón López, alumno de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por su eficiente y sacrificada labor de investigación, así como por sus precisos comentarios. Agradezco también a Baldo Kresalja, Roberto Mac Lean Martins, José Antonio Olaechea, Mariana de Olazaval y Juan Manuel de la Piedra, por su valioso apoyo para la realización de este trabajo.

- 1 La verdadera denominación de esta norma es “Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”. El origen de este singular nombre se encuentra en la Ley 25327, del 3 de junio de 1991, mediante la cual el Congreso delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que en el plazo de 150 días dicte decretos legislativos en materia de crecimiento de la inversión privada, entre otras. Así, en el literal c) del numeral 3 de su artículo 1 se identifica la siguiente pauta: “Eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia...”.
- 2 Las legislaciones sobre libre competencia y sobre represión de la competencia desleal son las dos vertientes principales que conforman el derecho de la competencia. Según Alonso: “El Sistema regulador de la libertad de competencia, que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores a tutelar y defender desde la doble vertiente de la libertad y de la lealtad”. ALONSO,

Partiendo de esta premisa, revisamos la normatividad peruana anterior al Decreto Legislativo 701 con la finalidad de determinar la existencia o no de un cuerpo normativo nacional en materia de libre competencia o de normas relacionadas, así como de iniciativas legislativas que hubiesen planteado tal regulación. Los resultados de esta investigación nos permiten arribar a diversas conclusiones, las cuales consideramos conveniente adelantar, con el fin de que puedan ser corroboradas al revisar el fondo del presente trabajo y facilitar su lectura.

La primera conclusión consiste en que, a nivel constitucional, específicamente en las Constituciones Políticas de 1920 y 1933, no se consagró una regulación sobre libre competencia, sino únicamente una posición antimonopólica en el sentido más literal y maniqueo del término, pues prohibía al monopolio por sí mismo,⁴ influida por las principales

Ricardo. "Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho comunitario", en URÍAMENÉNDEZ. *Curso de derecho mercantil*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1999, p. 245.

3 En efecto, la norma que introdujo la legislación sobre represión de la competencia desleal en el Perú fue la Convención Interamericana de Protección Marcaria y Comercial (Convención de Washington) de la Unión Panamericana (hoy OEA), celebrada en la ciudad de Washington el 20 de febrero de 1929 y que, si bien fue ratificada por Resolución Suprema 577 del 6 de diciembre de 1934, entró en plena vigencia para nuestro país el 25 de marzo de 1937, fecha en la cual se depositó el correspondiente Instrumento de Ratificación.

En relación con el origen y la evolución de la legislación sobre represión de la competencia desleal en el Perú, véase GAGLIUFFI, Ivo. "Competencia desleal e indicaciones geográficas: El acto prohibido respecto a la procedencia geográfica. Análisis sobre su regulación y aplicación en el Perú". *Advocatus. Nueva Época* 7. Lima, 2002.

4 Una legislación antimonopolios no es sinónimo de legislación sobre libre competencia. Como señala Bullard: "... el término 'antimonopolio' es una mala traducción del inglés. (...) a esta legislación se le conoce en el sistema anglosajón como el Derecho antitrust. Pero antitrust no quiere decir antimonopolios. La palabra trust alude a acuerdos entre empresas y denota que con la promulgación de la Sherman Act en los Estados Unidos, a finales del siglo XIX, lo que estaba en la mente de quienes bautizaron esta rama del Derecho eran principalmente los carteles de precios. Si bien la norma también hacía referencia a prácticas de monopolización y abuso de poder de mercado, quienes bautizaron a la nueva rama pensaron antes en los acuerdos anticompetitivos, principalmente aquellos en los que un grupo de competidores se ponen de acuerdo para fijar precios o distribuirse mercados y así restringir la competencia entre ellos. La palabra 'antimonopolios' con la cual llega a nuestra legislación, además de una mala traducción, denota que el problema es combatir el monopolio en sí mismo, y no la práctica que restringe o afecta la competencia. Esto contribuyó por años a pensar que el problema era el monopolio en sí mismo y no las prácticas que distorsionan la competencia". BULLARD, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2003. p. 680.

corrientes de pensamiento político,⁵ pero que se restringía al sector privado, es decir que tal posición no comprendía al Estado, al cual sí se le permitía contar con monopolios.⁶ La Constitución Política de 1979 también consagró una posición antimonopólica, pero incorporó dos particularidades, por un lado, asumió adicionalmente una posición antioligopólica y, por otro lado, prohibió los acuerdos restrictivos en la actividad económica, siendo la primera disposición constitucional que permite sostener la existencia de una declaración contraria a las prácticas anticompetitivas, es decir, que sienta las bases para el desarrollo de una legislación en materia de libre competencia.

5 Según el Instituto Libertad y Democracia (ILD): “La preocupación por la concentración del poder económico y los planteamientos para diseñar una legislación antimonopólica, provienen de las dos principales corrientes del pensamiento socialista en el Perú, el mariateguismo y el hayismo (...). Sin embargo, el énfasis en los controles estatales y en la intervención cada vez mayor del Estado en la producción, que caracteriza a ciertos sectores, principalmente de la izquierda denominada marxista, no sólo se corresponde con las ideas originales de sus fundadores, sino que conlleva el peligro de sustituir el monopolio del poder económico por un peligro todavía mayor, cual es la formación de un aparato estatal que detente a su vez el monopolio económico y político”. ILD. *La ley antimonopolio*. (Cuaderno de Trabajo 3. Investigación: Jorge Fernández-Baca). Lima: Ediciones El Virrey S.A., 1989, p. 23. En opinión de Rubio: “El keynesianismo reinó en el mundo casi cuarenta años y produjo un crecimiento sin precedentes. Para llevarlo a la realidad, el Estado tuvo que irrumpir en la actividad económica de muchas y diversas maneras. El proceso no fue igual en todo momento ni en todos los lugares, pero se extendió prácticamente a todos los países. También ello ocurrió en el Perú. En realidad, la Constitución de 1979 fue una expresión completa, y un poco tardía, de todo este proceso. Sus rasgos principales fueron los siguientes: • La estrategia de desarrollo económico consistió en desarrollar el agro y la industria propios, mediante la protección contra los productores externos y la incentivación de la inversión en el país. Guiados en América Latina por la política de sustitución de importaciones promovida por la CEPAL, los gobiernos se incorporaron durante varias décadas a esta tendencia. • Este tipo de desarrollo conllevaba la necesidad de tener una unidad nacional de planificación que determinara los rumbos que debía seguir la inversión pública y que orientara (con mayor o menor coacción), la inversión privada”. RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999, p. 178.

6 Según Kresalja: “... en los textos constitucionales de 1920 y 1933 no existió una prohibición absoluta contra todo tipo de monopolio, sino exclusivamente contra aquellos monopolios de carácter privado (...). Así, pues, dichos textos constitucionales otorgaban al Estado la posibilidad de imponer lo que conocemos como reservas de actividades económicas, previendo los llamados monopolios legales y disponiendo que dichas restricciones únicamente podrían establecerse en ‘exclusivo interés nacional’, siempre por ley expresa, esto es, por razones políticas extrajudiciales determinadas por el Parlamento, decisión que como hemos visto, no podía entonces ser cuestionada ante el Poder Judicial”. KRESALJA, Baldo. “Las reservas de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”. *Ius et Veritas* 22. Lima, 2001, p. 288.

La segunda conclusión consiste en que, en el nivel legal y reglamentario, se pretendió regular el mercado no a través de un cuerpo legislativo de libre competencia, sino mediante una importante intervención del Estado en el desarrollo de actividades económicas, así como sistemas puros de control de precios, complementados con prohibiciones –por lo general penales, es decir, tipificadas como delitos– contra el acaparamiento, la especulación y la adulteración de productos, todos ellos destinados a evitar el incremento de los precios en el mercado o incluso para reducirlos, en especial aquellos productos y servicios considerados como de primera necesidad o esenciales, sustentándose tales políticas en una errónea concepción de la protección del consumidor como fin último. Sin embargo, curiosamente, detrás de las normas que implementaron dichas políticas de control artificial de precios, llegaron a subyacer algunos criterios relacionados con la libre competencia, específicamente con la figura de la posición de dominio, por un lado, porque se asoció la necesidad de controlar precios respecto de empresas que gozaran de ella y, por otro lado, debido a que la figura del acaparamiento, en la práctica, era principalmente viable en el caso de agentes dominantes, pues podían prescindir de sus clientes por un período de tiempo para conseguir el aumento de los precios de los productos acaparados. Ello no significa que el desarrollo conceptual de la posición de dominio hubiese sido correcto, sino todo lo contrario, únicamente se empleó como base para controlar precios.⁷

La tercera conclusión consiste en que, sin perjuicio de las conclusiones anteriores, definitivamente, existieron disposiciones legales o reglamentarias relacionadas con materia de libre competencia, aunque en un primer momento bastante fragmentarias y planteadas de manera no consciente y defectuosa, lo cual conspiró para que no se contara con un cuerpo normativo coherente; empero, posteriormente aparecieron las primeras normas orgánicas con una evidente vocación por proteger la libre competencia en el Perú, pero con ciertas deficiencias técnicas, siendo el Decreto Supremo 296-90-EF, del 4 de noviembre de 1990, la principal norma previa al Decreto Legislativo 701, aunque, como puede apreciarse, casi coetánea con esta. Asimismo, debe resaltarse que dichas primeras normas orgánicas y coherentes sobre libre competencia tuvie-

7 Sobre el control de precios en la legislación peruana, véase DIEZ CANSECO, José Luis y Enrique PASQUEL. “Precios excesivos: Una mirada a la luz del derecho comparado”. *Advocatus. Nueva Época* 10. Lima, 2004, p. 347 y ss.

ron una innegable influencia del Anteproyecto Mac Lean, elaborado a principios de la década de 1980, influido, a su vez, por el derecho comparado en la materia.⁸

En síntesis, la legislación peruana anterior al Decreto Legislativo 701 ha conjugado, en un primer momento, disposiciones constitucionales que se limitaban a prohibir los monopolios y disposiciones legales que, por un lado, consagraban sistemas de control de precios y prohibiciones contra acaparamientos y, por otro lado, algunas normas fragmentarias y defectuosas sobre libre competencia. Posteriormente, con la Constitución Política de 1979 y desde la década de 1980, si bien se mantuvo la política antimonopólica e incluso antioligopólica, así como los sistemas de control de precios y prohibiciones de acaparamiento, comenzaron a surgir las primeras iniciativas legislativas y luego las normas reglamentarias que consagraron un sistema de libre competencia, que terminó supliendo los controles de precios como mecanismo efectivo para regular el mercado o, mejor dicho, para desregularlo.

REVISIÓN DE LA NORMATIVIDAD PERUANA ANTERIOR AL DECRETO LEGISLATIVO 701: POLÍTICAS ANTIMONOPÓLICAS, PROHIBICIÓN DE ACAPARAMIENTOS, CONTROL DE PRECIOS Y LIBRE COMPETENCIA

A continuación se revisa la normatividad peruana relacionada con el tema, anterior al Decreto Legislativo 701. Hemos considerado conveniente efectuar tal revisión de manera cronológica y no temática, debido a que la mayoría de las normas se interrelacionan entre sí y tratan sobre diversos tópicos, como: políticas antimonopólicas, control de precios, prohibición de acaparamientos y libre competencia. Reiteramos que la selección de estos temas responde al hecho de que recogen la posición sobre los mecanismos tendientes a regular las actividades económicas en el mercado peruano y ello explica su necesario estudio conjunto. Es por ello que recomendamos que el lector tenga en consideración las conclusiones expuestas en la parte introductoria del presente trabajo.

La primera norma ubicada está relacionada con un sistema de control de precios y prohibición de acaparamientos, destinados a proteger

8 Véase DE LA PIEDRA, Juan Manuel. "Iniciativa de base para una legislación sobre monopolios". Tesis para optar el grado de bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1981.

a los consumidores,⁹ y es la Ley 1967, del 10 de agosto de 1914, mediante la cual el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo –el presidente era Óscar Benavides– para dictar medidas extraordinarias con la finalidad de impedir el alza indebida de los precios de los artículos de primera necesidad o su acaparamiento injustificado. Nótese que esta norma no condena cualquier incremento de precios o cualquier acaparamiento, sino aquellos que sean considerados indebidos o injustificados; sin embargo, no precisó los casos en los cuales se justificarían tales supuestos. Este dispositivo no fue reglamentado y tampoco se elaboró una lista taxativa de los artículos de consumo indispensables.

El 18 de enero de 1920 se aprueba la Constitución Política del mismo año, la cual consagró una política antimonopólica y la prohibición de acaparamientos en su artículo 50, al establecer que “Se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas para los contraventores. Sólo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional”.¹⁰

Como puede apreciarse, la norma constitucional condenaba la existencia misma del monopolio y lo prohibía, otorgando una connotación

9 Como bien señaló el ILD: “Desde la primera vez que el tema de los monopolios ha sido materia de la legislación peruana (...) siempre se le ha identificado con la protección al consumidor, o sea, con los problemas de acaparamiento y las alzas injustificadas de precios; mas nunca se le ha vinculado con los mecanismos que explican la concentración de la producción en pocas empresas y la necesidad de eliminar o inhibir su uso”. ILD. Op. cit., p. 17.

10 En la sesión de la Asamblea Nacional del 31 de octubre de 1919, encargada de elaborar la Constitución Política de 1920, se aprobó el artículo 50, originalmente numerado como artículo 65. La única referencia existente al respecto es la siguiente: “El señor Presidente manifestó que estaba en debate el artículo 65º. Previo debate, en el que intervinieron los señores Secada, Prado Ugarteche (don Javier), Rada Gamio, Rodríguez y Rodríguez Larraín, y de las indicaciones del señor Presidente, el señor Prado Ugarteche (don Javier), aceptó que se cambiara la frase: ‘establecerán las penas’, por la palabra: ‘penarán’; la palabra ‘podrá’, por la de ‘puede’, y los términos: ‘en interés público’, por los siguientes: ‘en exclusivo interés nacional’. Se dio el punto por discutido. En votación nominal, fue aprobado el artículo, por 74 votos contra 1. (...) Los artículos aprobados son como sigue: (...) “Artículo 65º.- Se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales, y las leyes penarán a los contraventores. Sólo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos, en exclusivo interés nacional”. Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919. Lima, 1920. Sin embargo, nótese como dato anecdótico que la versión final del original artículo 65, aprobado por la Asamblea Nacional, no coincide con el final artículo 50 de la Constitución Política de 1920, el que en vez de señalar “y las leyes penarán a los contraventores”, establece “Las leyes fijarán las penas para los contraventores”.

negativa al término en manos privadas, sin importar si el monopolio era natural o producto de la eficiencia, pero absolutamente válida y legítima si el monopolio era creado artificialmente mediante ley por el Estado, lo cual entendemos que podía implicar entregar un “monopolio legal” a favor de un particular, así como también constituir un “estanco” o monopolio a favor del Estado.¹¹

No se dictaron normas sobre las materias bajo estudio hasta la dación de la Constitución Política de 1933, del 29 de marzo de 1933, la cual mantuvo exactamente la misma posición antimonopólica del derogado artículo 50 de la Constitución de 1920 e incluso casi el mismo texto en su artículo 16, al establecer que: “Están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará las penas que se impongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional”.¹²

11 Por ejemplo, el Estado contaba con el estanco o monopolio de productos que podrían considerarse estratégicos o vinculados a la seguridad social, tales como los explosivos, el petróleo y sus derivados y la coca, pero también poseía el estanco de los naipes, el tabaco y los fósforos.

12 En la sesión del 16 de septiembre de 1932 del Congreso Constituyente de 1931, encargado de elaborar la Constitución Política de 1933, se aprobó el artículo 16, originalmente numerado como artículo 12. Resulta rescatable este fragmento del debate del dispositivo, en el cual se cuestiona que al Estado se le asocie con el término “monopolio”, como si se tratara de un término peyorativo, debiendo denominarse por tanto “nacionalización”: “*El señor Castillo.*- Señor Presidente, la palabra monopolio en sí es contraria al sentimiento nacional, de manera que yo propondría que se cambiase la redacción estableciendo que ciertas riquezas o industrias pueden ser nacionalizadas por el Estado. Pido que se rectifique la votación o que se pronuncie primeramente la Comisión. / *El señor Gamarra.*- Cuando se da al Estado la facultad de declarar el monopolio implícitamente se le autoriza para nacionalizar industrias particulares, de tal manera que no hay necesidad de dar una disposición expresa. / *El señor Arca Parró.*- Hasta hay una cuestión de terminología, señor. El monopolio cuando es ejercido por el Estado de hecho pasa a ser un estanco, de modo que no sería conveniente incurrir en un texto constitucional en esta misma implicancia de los términos. En cambio si se declara llanamente que puede el Estado nacionalizar determinadas industrias y riquezas, como se ha propuesto, esto es mucho más amplio y aleja ese criterio restrictivo. El monopolio, por definición, significa ganancia exagerada. Muchas veces no es precisamente con este criterio que el Estado puede nacionalizar una industria, puede ser con otros fines. Es con este criterio que se ha propuesto la enmienda. / *El señor Castillo.*- Que se tenga en cuenta los intereses nacionales. / *El señor Presidente.*- Se va a votar el artículo. Los señores que lo aprueben se servirán manifestarlo (Votación). Los señores que estén en contra (Votación). Aprobado”. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931*. Lima: Publicación oficial, 1933, pp. 3618-3619.

La primera norma que recoge criterios relacionados con la libre competencia fue la Ley 8951, del 3 de septiembre de 1939, a pesar de que se sustentó en la disposición de acaparamientos del artículo 16 de la Constitución de 1933. Esta norma se dictó como consecuencia del inicio de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de que ello no generase trastornos en la economía peruana, estableciendo limitaciones o reservas a la libertad de comercio e industria y dictando medidas para abaratar las subsistencias mientras existiese el estado de guerra. En tal sentido, se consagró un sistema de control de precios de los productos de primera necesidad y las subsistencias en general, prohibiendo cualquier aumento. Empero, la disposición que más llama la atención está en el literal g) del artículo 2, la cual prohíbe “La concertación de trusts, carteles, consorcios, convenios, alianzas y pactos, para producir el alza de los precios de los artículos de primera necesidad, de materias primas, subsistencias o similares y toda especulación sobre valores o mercaderías que afecte el interés nacional”. Como puede apreciarse, este dispositivo contiene la prohibición de las prácticas restrictivas en la modalidad de colusión de precios e incluso emplea los términos “trust” y “cartel”, todo ello propio de una legislación de libre competencia, pero con una intención diferente: el mero control de precios, pues solo condena la colusión que implique el aumento de estos.

La Ley 9047, del 13 de enero de 1940, prosiguió con la tendencia de regular el mercado mediante sistemas de control de precios, toda vez que consistió en una autorización del Congreso a favor del Poder Ejecutivo para adoptar todas las medidas necesarias con el fin de conseguir la reducción de los precios de los productos, ya sea mediante la modificación de tarifas arancelarias u operaciones de crédito bancario, cuando lo exigieran las circunstancias extraordinarias de necesidad social.

La Ley 10551, del 14 de abril de 1946, recogió la mayoría de los actos prohibidos en la Ley 8951 y los tipificó como delitos, pero no el supuesto de la concertación de trusts o carteles. Esta norma definió al delito de acaparamiento como la ocultación de artículos de primera necesidad para especular y venderlos a mayor precio que el fijado oficialmente. Asimismo, definió al delito de especulación como la adulteración de la calidad y la alteración en el peso de los artículos de primera necesidad. Como veremos más adelante, la legislación peruana se concentró en condenar como delitos económicos al acaparamiento, la especulación y la adulteración, pero otorgándoles significados distintos.

El Decreto Ley 10906, del 3 de diciembre de 1948, consideró que las leyes 8951, 9047 y 10551 fueron ineficaces, pues no consiguieron reducir los precios de las subsistencias ni reprimir el acaparamiento y la especulación. Así, tipifica y distingue como delitos el acaparamiento (ocultamiento de bienes para obtener ganancia ilícita), la especulación (venta de productos de primera necesidad a precios mayores que los oficiales) y la adulteración (en general, de los productos de primera necesidad y, en especial, respecto a su peso). Sin embargo, lo más importante es que también tipificó como delito “Todo acto, convenio o pacto que tienda a elevar el precio de las subsistencias y los alquileres de las casas o departamentos que sirven de habitación”; es decir, rescató la premisa sobre libre competencia prevista en la Ley 8951 en relación con las prácticas colusorias, aunque una vez más dentro de un mero sistema de control de precios, al condenar tales acuerdos solo cuando implicasen un aumento de los precios. Otra novedad de esta norma fue la creación de los Consejos Ejecutivos contra la Especulación y Acaparamiento en los ámbitos departamentales, provinciales y distritales, y el funcionamiento en Lima del Consejo Nacional contra la Especulación y Acaparamiento.

Con la asunción de Velasco al poder, a través de un golpe de Estado con el apoyo de las Fuerzas Armadas, se producen drásticos cambios sociales, económicos y legales en el Perú. Así, se dicta el Decreto Ley 17063 (numerado originalmente como el Decreto Ley 1), del 3 de octubre de 1968, mediante el cual se aprobó el Estatuto del Gobierno Revolucionario, que fue invocado por las Fuerzas Armadas como la norma de mayor jerarquía, pues la Constitución Política de 1933 y las leyes serían aplicadas en la medida en que fuesen compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario.

Se dicta el Decreto Ley 17681, del 3 de junio de 1969, mediante el cual se condenan los actos que atenten contra el normal abastecimiento de los productos alimenticios, específicamente el acaparamiento, la especulación y la adulteración, conceptos que fueron redefinidos y tratados detalladamente. El acaparamiento fue definido como la acumulación, retención u ocultamiento de artículos alimenticios para alterar sus precios. La adulteración era la elaboración de artículos alimenticios con propiedades que no correspondiesen a la calidad declarada o descompuestos. El mayor cambio se produjo respecto a la especulación, ya que dejó de ser tratada como una consecuencia del acaparamiento y pasó a ser un concepto genérico que abarcaba, entre otros supuestos, uno en el literal c) del artículo 4, que resulta importante para este trabajo:

“Los convenios o pactos no autorizados que tiendan a elevar el precio de los artículos alimenticios”. Es decir, las prácticas colusorias en la modalidad de fijación de precios, propias de la legislación de libre competencia, fueron asimiladas al concepto de especulación y, una vez más, defectuosamente planteadas, debido a que solo comprendían los acuerdos que elevaran precios, lo cual es propio de un sistema de control de precios. Ahora bien, otra novedad de esta norma consistió en que estos actos eran considerados infracciones administrativas y solo en caso de reincidencia eran considerados delitos.

Podría sostenerse que la Decisión 45 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 18 de diciembre de 1971, denominada “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia de la Subregión”, fue la primera norma asimilada al ordenamiento nacional, en nuestra calidad de miembros de la Comunidad Andina, que incorporó normas de libre competencia en el Perú. Sin embargo, consideramos que ello no fue así, debido a que los actos que tipificó como anticompetitivos fueron: (i) el *dumping*, asimilable a actos de competencia desleal; (ii) las manipulaciones indebidas de precios, que si bien eran compatibles con las prácticas colusorias de libre competencia también podían asimilarse a la figura de la especulación, que hacía referencia a vender a precios mayores que los oficiales; y, (iii) las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas, que si bien eran compatibles con las prácticas atentatorias de la libre competencia, como las negativas injustificadas de contratar, la creación de barreras de acceso al mercado, la discriminación o las cláusulas de atadura, también podían asimilarse a la figura del acaparamiento que hacía referencia a la acumulación, retención u ocultamiento de bienes. En este escenario, a pesar de su correcta intención y que advertía expresamente que los países miembros carecían de legislación sistemática y general sobre competencia, la Decisión 45 no generó un cambio sustancial para introducir una conciencia o cultura de libre competencia en el Perú, ya que sus figuras fueron asimiladas a la legislación existente de control de precios y prohibiciones de acaparamiento y especulación.

El Decreto Ley 19885, del 9 de enero de 1973, advirtió que se había comprobado un aumento injustificado en los precios de diversos productos y servicios y que ello constituía actos especulativos que debían ser sancionados. Así, dispuso que los precios de venta al consumidor y tarifas que regían al 31 de diciembre de 1972 se mantuviesen sin variación, salvo casos debidamente justificados que serían solicitados por el

interesado y autorizados por el sector correspondiente, previa realización de los estudios pertinentes. Nótese la falta de precisión de estas disposiciones de control de precios, ya que no se precisan los productos sometidos a control, con lo cual cualquier producto podía estarlo y tampoco se precisa en qué consistirán los “estudios pertinentes”, situación que promovía la arbitrariedad y, seguramente, la corrupción en el aparato estatal.

El sistema de control de precios fue “perfeccionado” mediante el Decreto Ley 19978, del 3 de abril de 1973, debido a que se modificó el procedimiento de regulación de precios y lo estructuró en dos sistemas: (i) Control de precios, que implicaba que los bienes y servicios sujetos a este sistema no podían variar, salvo autorización previa mediante resolución suprema, lograda a través de la presentación de los respectivos estudios justificatorios, es decir, era un control *ex-ante* de precios; y, (ii) Fiscalización de precios, que implicaba que los bienes y servicios sujetos a este sistema podían variar sus precios, aunque dando cuenta de ello al correspondiente ministerio, adjuntando también los estudios justificatorios, es decir, era un control *ex-post* de precios, a tal punto que si el ministerio posteriormente consideraba injustificada el alza, sancionaba al administrado. Finalmente, los bienes y servicios que no estaban sujetos a ninguno de los citados sistemas, regían sus precios por las condiciones del mercado, pero si variaban, el ministerio respectivo podía efectuar los reajustes necesarios, así que también se trataba de un control de precios *ex-post* no sancionador.

El Decreto Ley 21203, del 26 de junio de 1975, ordenó a los ministerios la actualización de las listas de los bienes y servicios comprendidos en los sistemas de control y de fiscalización de precios, limitándolas a aquellos esenciales para el consumidor y a insumos y bienes de capital requeridos para su producción. Asimismo, suspendió todos los procedimientos de modificación de precios hasta el 31 de diciembre de 1975,¹³ con la evidente finalidad de congelarlos.

El Decreto Ley 21411, del 3 de febrero de 1976, unificó las normas que condenaban el acaparamiento y la especulación, ampliando sus alcances e imponiendo sanciones más drásticas. Asimismo, incorpora dos

13 Mediante los decretos leyes 21373 y 21409 se prorrogó, sucesivamente, el plazo de suspensión hasta el 29 de febrero de 1976.

novedades, por un lado, en cuanto al acaparamiento prevé como justificación el almacenamiento de productos destinados a mantener las necesidades del consumo conforme a dispositivos que obliguen el registro y control del movimiento en los almacenes; y, por otro lado, mantiene como acto de especulación “Los convenios o pactos no autorizados que tengan por objeto elevar el precio o tarifa de los productos y servicios fijados por el Sector correspondiente”, es decir, práctica colusoria; pero se amplía a otros interesantes supuestos que pueden considerarse previstos en las legislaciones de libre competencia, a saber: “Condicionar la venta de un producto a la compra de otros”, es decir, la figura de la cláusula de atadura; y, cuando los servidores públicos o privados “a) Se favorezcan y/o favorezcan a determinadas personas en la venta de productos subsidiarios, o sujetos a control o fiscalización, cuando los mismos deben ser vendidos a todos por igual”, es decir, la figura de la discriminación; y, “b) Se nieguen indebidamente a ofertar o vender al público productos sujetos a control o fiscalización”, es decir, la figura de la negativa injustificada a contratar.

La incorporación de estas nuevas figuras en un texto legal peruano respondería a la influencia de la Decisión 45 de la Comunidad Andina, que si bien no las recogía expresamente, sí las delineaba mediante los actos que denominaba como “manipulaciones indebidas de precios” o “maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas”. Sin embargo, debe advertirse una vez más que, si bien estas figuras son claramente tomadas de la rama de la libre competencia, estaban concebidas para incorporarse a la estructura de un sistema de control de precios.

El Decreto Ley 21433, del 24 de febrero de 1976, consideró conveniente flexibilizar los procedimientos para la fijación de los precios dentro de los sistemas de control de precios y de fiscalización de precios, clasificando los bienes y servicios comprendidos dentro de dichos sistemas en controlados y regulados. Sin embargo, no se explica la necesidad de tal clasificación ni se desprenden de esta sus consecuencias prácticas, debido a que se mantiene la obligación de presentar siempre estudios justificatorios. Se reiteró que los precios de los bienes y servicios no considerados dentro de los sistemas, se regirían por las condiciones de mercado.

El Decreto Ley 21782, del 25 de enero de 1977, precisó que para que los bienes y servicios se encontrasen comprendidos dentro de algunos de los sistemas de control de precios o de fiscalización de precios se

tendrían en cuenta: (i) su incidencia significativa en el gasto familiar, (ii) su carácter básico para la economía nacional, y (iii) la concesión de subsidios para el producto o para sus insumos.

Esta fue la última norma en la materia que se dictó durante los gobiernos militares antes de que se restituyera la democracia en el Perú, creándose la Asamblea Constituyente que estuvo encargada de elaborar la Constitución Política de 1979, del 12 de julio de 1979.

La Constitución Política de 1979 se generó a partir de las discusiones que se dieron entre corrientes de pensamiento político en ocasiones diametralmente opuestas y, por tanto, fue el producto de un intenso debate.¹⁴

14 En efecto, según Apoyo: "La Asamblea Constituyente de 1979 estuvo constituida por grupos políticos con visiones muy distintas del modelo de desarrollo que debía seguir el país. El modelo social demócrata con esquemas corporativistas del PAP; el planteamiento social cristiano del PPC; y los postulados marxistas de diversos partidos de izquierda agrupados en Izquierda Unida. La Constitución reflejó esta diversidad de visiones, especialmente las de los primeros partidos, dado que la izquierda desistió finalmente de firmar la Constitución. Debido a ello, el tratamiento general de los temas económicos en la Constitución de 1979 no tiene una coherencia suficiente. El modelo final que se consagró en la Constitución resultó un híbrido entre economía de mercado y de planificación concertada, que permitió que se inscribieran dentro de él, tanto el experimento liberalizado de los primeros años del gobierno de Acción Popular, como el intervencionismo generalizado del gobierno del PAP. (...) todas las agrupaciones políticas que participaron en la redacción de la Constitución compartían, en mayor o menor medida, la visión que se tenía en 1979 sobre las supuestas bondades de la intervención del Estado en la economía, lo que constituyó una influencia muy importante. Si bien el modelo económico que establece la Constitución es amplio e impreciso, por lo que se pueden inscribir dentro de él una amplísima gama de políticas económicas, existen muchos más puntos de sustento a favor de políticas de corte intervencionista". Apoyo. *La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979*. Lima: Apoyo S.A., 1992, p. 7.

Por su parte, García Belaúnde señala: "... para entender el debate constituyente hay que tener presente que el Perú que se vivía en aquel entonces (1979) era totalmente distinto al de los inicios de la década del sesenta. El aspecto social, económico y político, había cambiado radicalmente gracias al experimento militar. A esta situación tuvo que hacer frente el constituyente: el desplazamiento del viejo aparato del poder, basado en la simple promoción, tutela y bienestar, con el nuevo Estado vigoroso, impulsor de la inversión y del ahorro, que algunos califican como capitalismo de Estado. De ser un país con economía privada, con visos de intervencionismo estatal, se pasó en 1968 a una economía mixta con visos de estatismo. Esta situación explicará y hará comprender no sólo los debates, sino posteriormente los artículos constitucionales aceptados". GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 1993, p. 71.

Una de las principales novedades fue la consagración de un régimen económico a nivel constitucional,¹⁵ dentro del cual se postuló el acogimiento a una economía social de mercado.¹⁶

La Constitución de 1979 mantuvo la política antimonopólica prevista en las Constituciones de 1920 y 1933, e incluso la amplió a una política antioligopólica, pero siempre convalidando los monopolios del Estado, salvo en cuanto a los medios de expresión y comunicación social,

15 La inclusión de este régimen económico en la Constitución Política de 1979 generó un intenso e interesante debate sobre su necesidad. Según Ochoa: "Acerca de la necesidad de incorporar un conjunto sistematizado de normas de Derecho Constitucional Económico se ha desarrollado en nuestro medio académico un debate en los últimos años. A este respecto, nos detendremos en mencionar tres tesis de este debate: 1) La del constitucionalismo social flexible recogida en la Carta de 1979. (...) Corresponde al constitucionalismo social flexible la inclusión de cláusulas abiertas como 'interés social' o 'economía social de mercado' que permiten que el legislador pueda desarrollarlas con criterio dinámico... 2) La del constitucionalismo económico coherente o de modelo cerrado (...). Esta tesis considera que debe constitucionalizarse un modelo económico coherente, cerrado o rígido de contenido neoliberal, sin matices, a fin de promover la inversión privada nacional y extranjera... 3) La tesis negatoria del constitucionalismo económico. De inspiración neoconservadora radical (...). Propone (...) que no se establezca ningún régimen económico en la Constitución". OCHOA, César. "Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993". *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios II. Lecturas sobre temas constitucionales 11*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 85-86.

Dentro de la tesis negatoria, véase REBAZA, Alberto. "El régimen económico en una Constitución: ¿Solución o fuente de conflictos?". *Ius et Veritas* 7. Lima, 1994.

16 En opinión de Sánchez Albaladejo el régimen económico en la Constitución de 1979: "... da forma a lo que podría definirse una Economía Mixta de Planificación Concertada, en el marco de la ideología y praxis de una Economía Social de Mercado, concepto que, si bien no está expresamente definido, se diferencia tanto de una economía liberal o privatista, colectivista o de planificación centralizada. (...) De estos conceptos se desprende, con toda claridad, que nuestro Régimen Económico no opta por la 'mano invisible del mercado' en los términos en que la entiende el liberalismo clásico. Por el contrario, de lo que se trata es de instaurar un tipo de intervención del Estado que haga compatible su funcionamiento con interés de carácter superior. Por tanto, el reconocimiento de la libertad de comercio e industria está condicionado a que su ejercicio no sea contrario al interés social, ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad nacional, estableciéndose por ley, sus requisitos, garantías, obligaciones y sobre todo sus límites". SÁNCHEZ ALBALADEJO, Fernando. "Aplicación y resultados del régimen económico de la Constitución". *La Constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 76-77.

Según Rubio: "Para que exista economía social de mercado no basta con el mercado aunque éste es un elemento indispensable. Tiene que haber un componente social que busca el equilibrio y que contiene medidas institucionales para propiciar la cooperación social. El mercado es en su sentido amplio una política social pero requiere ser equilibrado con instituciones sociopolíticas específicas para este fin. En otras palabras, el mercado debe ser corregido en sus extremos". RUBIO, Marcial. Op. cit., pp. 204-205.

donde prohibió el monopolio tanto privado como estatal. Sin embargo, al mismo tiempo, la Constitución Política de 1979 prohibió los acuerdos restrictivos en el mercado, lo cual sentó las condiciones propicias para la implementación de una legislación de la libre competencia. Así, en su artículo 133 estableció: “Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes”.¹⁷

Por otro lado, la doctrina no coincide en cuanto al grado de rigidez o de flexibilidad para la implementación de políticas económicas que permitía este régimen. Criticando su rigidez, Ochoa decía: “Si bien es cierto que toda constitución demoliberal impone reglas de juego que afirman la protección de la iniciativa privada, el gran error del texto peruano es haber remarcado en exceso los principios del neoliberalismo, con el peligro que estos postulados se congelen en nuestro ordenamiento fundamental, resultando un freno a cualquier proyecto político que pretende impulsar profundas transformaciones de las estructuras socioeconómicas utilizando como instrumento esencial la institucionalidad constitucional. Esta situación plantea la necesidad de modificaciones en su articulado, que le confieran una mayor flexibilidad que posibilite viabilizar en la práctica los principios y declaraciones programáticas del Estado social y democrático de derecho orientado a alcanzar una auténtica democracia política, económica y social”. OCHOA, César. “Constitución y economía de mercado”. *Derecho* 39. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 620.

Criticando su flexibilidad, Guzmán señala: “... en múltiples oportunidades los actores políticos han considerado que el concepto de economía social de mercado podía identificarse con el de economía intervenida, e incluso, con el de economía planificada. La Carta de 1979 establecía un régimen de economía social de mercado, sin embargo los diversos gobiernos que han existido desde su entrada en vigencia han asignado significados a dicha institución, llegándose a considerar erróneamente el citado precepto como la facultad otorgada al Estado para hacer efectivas amplias intervenciones en la economía del país. El control de precios, las prórrogas contractuales, los subsidios indiscriminados, las expropiaciones sin base cierta y la intervención en la actividad económica en general se consideraron al amparo del concepto que venimos comentando”. GUZMÁN, Christian. “Algunos comentarios respecto de los principios generales del régimen económico consagrado por la Constitución peruana de 1993”. *Foro Jurídico* 3. Lima, 2004, p. 117.

- 17 Blume opina que: “Si bien el legislador constituyente de la Carta del 79 inauguró la ‘Constitución Económica Peruana’, brindando un tratamiento sistemático, coherente, 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 el 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 duda, a su esencia concurrencial-conflictual”.

Este artículo constitucional fue materia de un amplio debate en la Asamblea Constituyente¹⁸ e, incluso, una vez aprobado, quizás haya sido uno de los más criticados, debido principalmente a los siguientes motivos: (i) el mantenimiento de la prerrogativa del Estado para contar

BLUME, Ernesto. "La Constitución económica peruana y el Derecho de la Competencia". *Thémis* 36. Lima, 1997, pp. 35-36. En el mismo sentido: MALPARTIDA, Víctor. "Constitución económica del Perú y el Derecho de la Competencia". Cuadernos ESPG-UPT. Año 3, núm. 5. Tacna: Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, 2000, p. 22.

Incluso, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 581/90-S, el cual se analiza más adelante y que proponía una Ley sobre Libre Competencia, se señala lo siguiente: "... queda claro que en el Perú, la Constitución ha consagrado el sistema de mercado con función social, mejor conocido como economía social de mercado, de allí que no exista ninguna contradicción con la posibilidad de que se adopte una legislación protectora de la libre competencia, la cual, es más, aparece como una de las normas fundamentales para preservar dicho sistema. El mandato constitucional es claro e inequívoco, además de que está explícitamente consagrado en los artículos 115º y 131º referidos a la libertad para establecer un régimen económico de economía social de mercado y al reconocimiento de la libertad de comercio e industria, respectivamente" (p. 3).

- 18 En la sesión del 8 de mayo de 1979 de la Asamblea Constituyente se aprobó el artículo 133, originalmente numerado como artículo 121. En ella el legislador Alayza Grundy, en nuestra opinión, y al margen de que compartamos o no su posición, la única intervención interesante y no guiada por simples frases políticas, señaló: "La economía de mercado tiene en el monopolio, privado o público, de hecho o de derecho, al más grave y peligroso obstáculo para su funcionamiento normal. La existencia del mercado requiere por ello vigilancia del Estado, de las autoridades que velen e impidan su conversión en un mercado de monopolio, sea de empresas concertadas entre sí, sea de empresas que sin haberse concertado, por las circunstancias en que actúan, tienen de hecho la situación de monopolio (...) al contrario de lo que se piensa, la economía social de mercado no es una economía entregada ciegamente al mercado, ella necesita un mercado vigilado por el Estado, ¿pero en qué forma? No en la forma de negarlo como se ha entendido siempre ante una situación de anomalía, imponiendo un control rígido y administrativo de precios que suprime el mercado, con lo cual se piensa haber solucionado el problema. En verdad ocurre lo contrario: el control rígido crea la realidad legal, y ésta se aparta espontáneamente de la realidad efectiva (...). Por todo esto ha sido indispensable no sólo prohibir sino dar normas muy concretas sobre los monopolios, el acaparamiento y las prácticas mercantiles de carácter restrictivo, y disponer que la ley organiza la vigilancia y la intervención para mantener el funcionamiento normal del mercado, para defender su libertad y competencia en vez de negarla; desaparece la fuerza creadora de la iniciativa y de la empresa, que son reemplazadas por la cómoda tranquilidad del monopolista que tiene el mercado asegurado y no se esfuerza por conquistarlo y ampliarlo. (...) ¿Cuál es el papel del Estado frente al mercado? Vigilarlo para que no sea monopolizado, para que no hayan conciertos de división de áreas entre las empresas productoras, para aplicar sanciones, para abrir instancias administrativas en las que se pueda discutir las situaciones de trust, de cartel o de concierto entre empresas. No es una tarea fácil porque no es simplemente abrir las compuertas y dejar que las fuerzas libres del mercado jueguen con absoluta libertad; no, ellas juegan con libertad pero con las reglas de juego de un mercado organizado, que es una cosa totalmente diferente". *Diario de Debates de la Asamblea Constituyente de 1979*, pp. 501-502, 536.

con monopolios a su favor,¹⁹ (ii) el hecho de que mantuvo la prohibición a los monopolios y la amplió a los oligopolios, sin tener en consideración que en economías concentradas como la peruana ello era una situación de hecho común y no atribuible a ninguna conducta indebida y, asimismo, la existencia de “monopolios naturales” que era inherente a ciertos mercados e incluso conveniente²⁰ y, en estrecha relación con este punto, (iii) la falta de visión y conocimientos técnicos para comprender que en el derecho comparado el monopolio o el oligopolio no eran condenados por sí mismos, sino únicamente el abuso que podían cometer las personas que gozaban de la posición de dominio que tal situación les confería.²¹

19 Sánchez Alvaera opina: “Si bien la Constitución no prohíbe la existencia de monopolios u oligopolios del Estado, no hay razón para no proteger a los consumidores o a las pequeñas y medianas empresas de los efectos de sus políticas empresariales y particularmente de sus ineficiencias y costos burocráticos que redundarían en la elevación de los precios de sus productos y servicios. En suma, la regulación de las prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad industrial, mercantil o de servicios no debería excluir a las empresas del Estado ni referirse exclusivamente a las empresas no públicas”. SÁNCHEZ ALBAVERA, Fernando. Op. cit., p. 102.

20 Según García Belaúnde, el artículo 133 de la Constitución Política de 1979: “... tiene si se quiere, una explicación natural, toda vez que habiendo sido aprobado un modelo de economía de mercado (aun cuando social), no tenía sentido, al menos en teoría, propiciar o permitir los monopolios y los oligopolios. Lo que descuidó sin embargo el constituyente fue el hecho de que muchas veces en los países subdesarrollados como el nuestro, los monopolios u oligopolios son producto natural de un medio limitado que no ha podido desarrollar mayores empresas en el mercado, y en consecuencia podría dar pábulo a sancionar incompetencias o carencias reales no queridas ni buscadas por nadie. Por ese motivo es que las modernas legislaciones, más que sancionar el monopolio u oligopolio en sí mismo, buscan sancionar o controlar las prácticas monopólicas u oligopólicas, con lo cual se persiguen los mismos objetivos”. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. Op. cit., p. 86.

21 En opinión de Ochoa: “Sentada como premisa la inviabilidad de la competencia pura –que simplemente es un modelo técnico– y la presencia en la economía de la competencia imperfecta, el texto constitucional debe adaptarse a la realidad de la economía y no al revés como pretendía erróneamente el artículo 133 de la Carta de 1979 que prohibía los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La doctrina y la legislación moderna ha acuñado el concepto de ‘abuso de posición dominante en el mercado’ bajo el principio que no se condena a los monopolios u oligopolios en sí mismos sino las prácticas abusivas al amparo de una posición de dominio...”. OCHOA, César. “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”. *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios II. Lecturas sobre temas constitucionales 11*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 91-92.

Por su parte, Apoyo proponía: “... modificar el contenido de los artículos 133, 134 y 153 de la Constitución de 1979, por una disposición que prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado y las prácticas que restringen la libre competencia. La propuesta se basa en la corriente moderna de penalización del abuso de posición de dominio en el

Al poco tiempo de vigencia de la Constitución Política de 1979, en el año 1980, el entonces ministro de Economía y Finanzas Javier Silva Ruede solicitó al reconocido jurista Roberto Mac Lean Ugarteche la elaboración del denominado “Anteproyecto de Ley para regular la libre competencia en el mercado” (en adelante, el “Anteproyecto Mac Lean”). No cabe duda de que el Anteproyecto Mac Lean se constituyó como el primer documento elaborado en el Perú que debe considerarse como una propuesta orgánica y coherente sobre legislación de libre competencia. Según su Exposición de Motivos, el Anteproyecto Mac Lean tomó como fuentes diversas normas de defensa de la competencia existentes en el derecho comparado, a saber: la ley mexicana de 1934, la ley argentina de 1946, la ley colombiana de 1959, la ley brasileña de 1962, la ley española de 1963, así como el Tratado de Roma de 1957 y el “Modelo de Ley para Controlar las Prácticas Restrictivas del Comercio para los Países en Vías de Desarrollo” de la UNCTAD de 1979.

El Anteproyecto Mac Lean calificaba dos tipos de prácticas anticompetitivas: las prácticas restrictivas y el abuso de posición de dominio. En cuanto a las prácticas restrictivas, estas comprendían el boicot, la negativa de venta, los precios predatorios, la compra de acciones o activos de competidores (planteando de este modo una especie de control de fusiones indirecto), aunque también hacía mención a los actos de competencia desleal (confusión, engaño, denigración, entre otros) que en realidad pertenecen a la vertiente de la represión de la competencia desleal, y la venta al crédito sin informar tasas de interés, monto total, entre otros aspectos, que en realidad pertenece a la rama del derecho de protección al consumidor.

Por otro lado, en cuanto al abuso de posición de dominio, el Anteproyecto Mac Lean planteaba una definición de posición de dominio, señalando que se presentaba cuando: (i) una empresa es la única oferente o demandante (monopolio o monopsonio), o (ii) cuando no es la única empresa pero carece de competencia sustancial, o (iii) cuando existan dos o más empresas y no se produzca competencia sustancial con terceros. Asimismo, consideraba como abuso de posición de dominio a los siguientes supuestos: reparto territorial, reparto de cuotas, fijación de precios de reventa, cláusulas de atadura, licitaciones colusorias,

mercado y no del monopolio u oligopolio en sí mismos, que en el caso de economías pequeñas como la peruana se presentan comúnmente. Además, existe el caso de los llamados ‘monopolios naturales’, que pueden incluso ser beneficiosos por implicar ahorros en la utilización de recursos”. Apoyo. Op. cit., p. 47.

alza injustificada de precios, discriminación, pactos de calidad, destrucción de insumos o materias primas o paros de fábricas o abandonos de cosechas para elevar precios por escasez.

Cabe destacar que el Anteproyecto Mac Lean exceptuaba de la aplicación de la legislación de libre competencia a una serie de supuestos, tales como restricciones de la competencia establecidas por ley, los actos en que el Estado participaba, los acuerdos sobre salarios y condiciones de trabajo, entre otros. Asimismo, el Anteproyecto Mac Lean fue visionario, ya que si bien encargaba la aplicación de la norma a la Conasev para el control de fusiones, y al Ministerio de Comercio para los demás actos (salvo para el caso específico de entidades financieras, que estaría a cargo de la SBS), señalaba en su Exposición de Motivos que lo ideal sería contar en el futuro con un órgano especializado para aplicar esta normatividad. Por ello podría decirse que previó la existencia del Indecopi como autoridad peruana de competencia. Lamentablemente, el Anteproyecto Mac Lean no se concretó en ninguna norma, pero tendría una importante influencia en diversas propuestas legislativas que se elaboraron con posterioridad.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, mediante Resolución 35/63, del 5 de diciembre de 1980, el “Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas”,²² el cual se constituye como un documento de recomendaciones destinadas a implementar legislaciones de libre competencia que combatan las prácticas comerciales restrictivas, tanto en el ámbito local o regional de los países miembros —entre ellos el Perú—, identificando dos géneros principales: (i) prácticas restrictivas (acuerdos de fijación de precios, reparto de mercados o de clientes, reparto de cuotas de venta y producción, negativas concer-

22 Este dispositivo también es conocido como “Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas”. Su origen proviene de la Resolución 33/153, del 20 de diciembre de 1978, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la cual se convocó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas mediante Resolución para que negociara este conjunto de principios y normas destinados a sentar base para el desarrollo de políticas de libre competencia, especialmente en los países en vías de desarrollo, sobre la base de los trabajos del Tercer Grupo Especial de Expertos en prácticas comerciales restrictivas. Así, la Conferencia aprobó el Conjunto mediante Resolución del 22 de abril de 1980 y lo transmitió a la Asamblea General, la cual finalmente también lo aprobó. Cabe señalar que, posteriormente, se han celebrado cinco Conferencias de las Naciones Unidas encargadas de examinar todos los aspectos del Conjunto: en 1985, 1990, 1995, 2000 y 2005.

tadas a contratar, licitaciones colusorias, boicots) y, (ii) abusos de posición de dominio (precios predatorios, discriminación injustificada de precios, precios máximos de reventa en mercados importadores, cláusulas de atadura e, inclusive, las fusiones, absorciones u otras adquisiciones de control, horizontales, verticales o de conglomerado).

Mediante el Decreto Legislativo 123, del 12 de junio de 1981, se derogó el Decreto Ley 21411 y se tipificó nuevamente como delitos el acaparamiento, la especulación y la alteración de productos de primera necesidad, planteándose esta norma como una reglamentación del artículo 133 de la Constitución Política de 1979, pero que obviamente se limitaba al tema de las prohibiciones de acaparamientos, mas no a la legislación en materia de libre competencia.²³

El 27 de julio de 1981 el diputado Dammert Egoaguirre presentó al Congreso el Proyecto de Ley 612/81-D, el cual resulta bastante curioso y, a su vez, refleja la connotación negativa que tenía el monopolio entre la mayoría de políticos, toda vez que planteó modificar el Código Penal para que se tipifique el “Delito de Monopolio” –junto con la tipificación de verdaderos y graves delitos tales como el terrorismo y el genocidio–, aduciendo que se habían dictado diversas leyes inconstitucionales que dejaron sin efecto monopolios del Estado. El proyecto fue archivado.²⁴

Luego se dictó el Decreto Supremo 036-83-JUS, del 28 de julio de 1983 (y con fuerza de ley por Ley 23863, del 31 de mayo de 1984), el cual resultó un híbrido que combinó disposiciones sobre protección al consumidor, control de precios, política antimonopólica y prohibición de prácticas restrictivas. Las principales novedades que introdujo fue-

23 Según Abanto: “Obviamente la concepción de competencia en que se basaba la Constitución de 1979 era una que desconfiaba profundamente del poder económico y tendía a la atomización del mercado. Estas disposiciones constitucionales debían ser especificadas por una futura ley, la cual cumpliría la tarea de garantizar el normal funcionamiento del mercado y de formular las sanciones correspondientes. Pero los gobiernos sucesivos se conformaron con dar leyes contra el acaparamiento y la especulación, pues se pensaba que con ello se daría cumplimiento al precepto constitucional. Podría creerse que esta era una idea razonable, que el sistema de control de precios en un país como el Perú debería permanecer el tiempo necesario hasta que se alcance un determinado nivel económico parecido al de las fuertes economías de los países industrializados. Sin embargo, no debe olvidarse que ambas situaciones no son comparables ni política ni económicamente”. ABANTO, Manuel. *El derecho de la libre competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, pp. 343-344.

24 Ante la indiferencia por su iniciativa legislativa, el mencionado diputado presentó el mismo documento más de cuatro años después, el 3 de septiembre de 1985, en que se tramitó como Proyecto de Ley 90/85-D, pero también fue archivado.

ron: (i) precisar que los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos –supuestos previstos en el artículo 133 de la Constitución Política de 1979– perjudicaban al consumidor y por ello estaban prohibidos; y, (ii) al igual que el derogado Decreto Ley 21411, prohibía las cláusulas de atadura, pero solo respecto de productos regulados o controlados y, asimismo, prohibía la discriminación, que consistiera en fijar precios diferentes para un mismo servicio, pero exceptuando los casos de otorgamiento de descuentos.

El 2 de mayo de 1985, el presidente del Consejo de Ministros y ministro de Economía y Finanzas del gobierno aprista, Luis Alva Castro, remitió al Congreso el Oficio 014-85-SCM-PR que contenía una iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo para que se declare de necesidad y utilidad pública la protección al consumidor frente al abuso de posición de dominio. Esta iniciativa definía la posición de dominio como aquella que ejercía una empresa o grupo de empresas que controlasen la producción y/o comercialización de productos o servicios, que individual o conjuntamente alcanzaran un volumen entre 75 por ciento y 100 por ciento del respectivo ramo. Así, planteaba que las empresas con tal posición de dominio se sujetarían a un régimen de precios regulados, debiendo presentar declaración jurada sobre sus costos de producción, gastos comerciales, márgenes de utilidad, entre otros datos, a fin de fijar sus precios y, en caso de incumplimiento, serían sancionadas y/o intervenidas por el Estado. El proyecto no prosperó, pero posteriormente se convertiría en el Decreto Supremo 467-85-EF.²⁵

25 La Comisión de Economía y Finanzas de la Cámara de Diputados emitió el Dictamen en Mayoría 004, del 21 de agosto de 1985, mediante el cual advirtió que en una economía como la peruana existían “monopolios naturales” que no pueden ser sancionados, sino sólo controlados, debiendo limitarse el Estado a impedir que prosperen. Asimismo, el dictamen señala que en el Tratado de Roma se ha sustituido el concepto de “monopolio” por el de “abuso de posición dominante en el mercado”, impidiendo prácticas abusivas y que, por tanto, ese debería ser el espíritu de la norma. Reconoce que el Estado ha promovido una economía cerrada que beneficia a la empresa nacional (demanda inelástica) y que por ello se debe corresponder a la actitud del Estado, no percibiendo ganancias exageradas, lo cual justifica las políticas de control de precios, es decir, el Estado generaba con la sustitución de importaciones un mercado cautivo para las empresas nacionales, pero al mismo tiempo controlaba sus ganancias vía los sistemas de control de precios. Es por ello que propuso una fórmula sustitutoria que era casi idéntica al Anteproyecto Mac Lean. Por su parte, el Dictamen en Minoría fue sustentado por el diputado Francisco Diez Canseco y tenía como verdadera particularidad la consagración de una cláusula general de abusos de posición de dominio. Finalmente, el 3 de septiembre de 1985, el senador Lastenio Morales y los diputados Javier Labarthe y Jorge Alegría propusieron un texto modificatorio, que también era casi idéntico al Anteproyecto Mac Lean.

El 10 de agosto de 1985 se dicta el Decreto Supremo 105-85-ICTICO, el cual no hizo sino insistir en lo señalado por el Decreto Legislativo 123, en el sentido de que se condenaba la especulación, el acaparamiento, la adulteración, entre otros supuestos.

La Célula Parlamentaria Aprista presentó al Senado, el 28 de agosto de 1985, una iniciativa legislativa denominada “Ley para regular la libre concurrencia y establecer las reglas para evitar el abuso de monopolios y oligopolios”, la cual era una copia idéntica del Anteproyecto Mac Lean, incluyendo la misma Exposición de Motivos, y por ello no merece mayor comentario. El proyecto fue archivado.

El Decreto Supremo 467-85-EF, del 5 de noviembre de 1985, recogió íntegramente la versión original de la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo contenida en el revisado Oficio 014-85-SCM-PR, y consideró que hasta que el Congreso legislara sobre el contenido del artículo 133 de la Constitución Política de 1979, se declaraba de necesidad pública la protección del consumidor frente al abuso de posición de dominio. La posición de dominio implicaba, como ya se mencionó, que una o más empresas controlaran entre el 75 por ciento y 100 por ciento del ramo y, en tal sentido, dichas empresas se sometían a un régimen de precios regulados, presentando información sobre la estructura de costos que determinaba sus precios y, en caso de incumplimiento serían sancionadas o intervenidas por el Estado.²⁶ El Ministerio de Economía y Finanzas organizaría el registro de las empresas con posición de dominio y, asimismo, el Poder Ejecutivo exceptuaría de la aplicación de esta norma, mediante Decreto Supremo, a las empresas estatales por “interés nacional” o “seguridad nacional”. Como puede apreciarse, lamentablemente se utilizó la figura de la Posición de Dominio no para desarrollar una legislación de libre competencia, sino únicamente para contar con un parámetro objetivo o una fórmula que sirviese para identificar a las empresas de mayor dimensión cuyos productos y servicios estarían sujetos a un sistema de control de precios.²⁷

26 La intervención en aplicación de esta norma se concretó mediante el Decreto Supremo 238-86-EF, del 29 de julio de 1986, a través de la cual se intervino a la empresa Gloria S.A., obligándola, entre otros aspectos, a vender las acciones de propiedad de extranjeros a favor de peruanos, preferentemente ganaderos.

27 Esta norma fue muy criticada. Así, Ochoa señaló: “En primer lugar, en sus considerandos señala que la Constitución Política del Perú prohíbe los monopolios, oligopolios, acaparamientos y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil, pero el artículo 1º del mencionado decreto supremo no prohíbe en sí mismas esas situaciones de competencia imperfecta del mercado sino que simplemente declara la protección del consumidor frente al ‘abuso derivado de la posición dominante en el mercado’. En otras palabras, el

El gobierno aprista intensificó sus medidas destinadas al control de precios creando, mediante Decreto Supremo 399-86-EF, del 14 de diciembre de 1986, el Sistema Nacional de Control, Regulación y Supervisión de Precios y Abastecimiento, con la finalidad de controlar, fijar y reajustar los precios de bienes y servicios con mayor incidencia en el Índice de Precios al Consumidor, así como para regular, fijar y reajustar los precios de los bienes y servicios industriales, y supervisar el comportamiento de aquellos precios fijados libremente.²⁸ En la misma fecha dictó el Decreto Supremo 400-86-EF, que definió los diferentes conceptos de precios, como sigue: (i) precios controlados, como aquellos fija-

legislador ha superado la expresa condena a los monopolios y oligopolios, para sustituirla por la condena a las prácticas abusivas al amparo de una posición de dominio, relativizando así los alcances del artículo 133. Asimismo, debemos destacar el inadecuado uso del concepto de 'necesidad y utilidad pública' por el artículo 1º del D.S. 467-85, como fundamento jurídico de la defensa del consumidor frente al abuso derivado de la posición dominante en el mercado. Como se ha dicho, este concepto corresponde a las causales de la expropiación reconocidas en el artículo 125º de la Constitución, cuyo ejemplo clásico es el de expropiación de terrenos para la construcción de infraestructura vial, resultando anómala su inclusión como fundamento de la protección al consumidor". OCHOA, César. "Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979", en EGUIGUREN, Francisco (dir.). *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco, 1987, pp. 662-663.

Por su parte, Sánchez Alva vera sostiene: "El Decreto Supremo vigente, en cambio, está pensado sólo para justificar la regulación de los precios de las empresas de mayor dimensión económica. Si bien hace referencia, en sus considerandos, al artículo 133 de la Constitución no pretende legislar sobre las prácticas derivadas de una posición de dominio en el mercado, por lo que sigue pendiente la necesidad de legislar sobre este artículo constitucional". SÁNCHEZ ALBAVERA, Fernando. Op. cit., p. 111.

Finalmente, Ávila señala: "En nuestro país no hay conciencia de la importancia de la libre competencia, razón por la que no se ha tenido normas efectivas de protección a la misma. En la Constitución de 1933 se disponía de una norma, el Art. 16, que sólo fue aplicada para reprimir el alza injustificada o imponer el control de precios, el acaparamiento de bienes y similares. La Constitución vigente trata el tema en forma más precisa en su Art. 133, sin embargo, su reglamentación, el D.S. 467-85-EF (...), declaró de necesidad y utilidad públicas la protección al consumidor frente al abuso derivado de la posición dominante en el mercado. Tal dispositivo brinda definiciones sobre el abuso de posición dominante en el mercado y establece el régimen de precios regulados confundiendo conceptos con la protección al consumidor, tal vez debido a la estrecha relación entre bienestar económico y bienestar del consumidor, pero, como se sostiene, obviando el resto de la economía". ÁVILA, Víctor. "La protección a la libre competencia". *El Peruano*. Lima, 27 de octubre de 1993.

28 Mediante el Decreto Supremo 012-88, del 28 de enero de 1988, se establecieron estímulos para que los ciudadanos denunciaran la especulación y el acaparamiento, optimizando lo dispuesto por el Decreto Supremo 399-86-EF.

dos por el Estado por su importancia en el funcionamiento de la economía o de la canasta familiar, (ii) precios regulados, como aquellos que pueden ser reajustados automáticamente dentro del porcentaje máximo autorizado; y, (iii) precios supervisados, como aquellos fijados por la oferta y la demanda, pero supervisados para evitar incrementos desmedidos. La última norma de relevancia sobre control de precios fue el Decreto Supremo 153-88-EF, del 3 de septiembre de 1988, que reajustó los precios de los bienes y servicios en general, estableció mecanismos que deberían seguir personas que ofertasen bienes y servicios sujetos a régimen de precios regulados y supervisados, y ordenó a los ministerios la publicación de nuevas listas de precios.

En el ámbito subregional, la Comisión del Acuerdo de Cartagena emitió la Decisión 221, del 11 de mayo de 1987, mediante la cual se decide armonizar las normas para prevenir o corregir prácticas que pueden distorsionar la competencia contenidas en la Decisión 45, antes de que entrara en vigencia el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena. Así, mediante la Decisión 230, del 11 de diciembre de 1987, se sustituye la Decisión 45, pero se mantienen los mismos supuestos que, como lo hemos señalado anteriormente, no tuvieron mayor impacto en la cultura sobre libre competencia en el Perú. Solo se perfeccionaron los procedimientos de aplicación y se estableció la relación de causalidad entre las prácticas que distorsionan la competencia y el perjuicio grave o amenaza para que proceda la aplicación de medidas correctivas.

El 19 de enero de 1988, el ministro de Justicia aprista Carlos Blancas Bustamante remitió al Senado el Oficio 0018-88-JUS/DM, ingresado como Proyecto 1626/87-S, el cual contenía una iniciativa legislativa para derogar el Decreto Legislativo 123 y que se considere no como delitos económicos sino como “delitos contra el consumidor” el acaparamiento, la especulación y la alteración (incluyendo la información falsa u omisión sobre ventas a plazos), pero también los actos de engaño como novedad. El proyecto no prosperó.²⁹

29 En la Exposición de Motivos del proyecto se explica lo siguiente: “Una solución efectiva para contrarrestar la proliferación de esta clase de hechos, es el cambio de la denominación de Delitos Económicos por la de Delitos Contra el Consumidor. Esta necesidad se debe a que cuando se habla de delitos contra el orden económico, se piensa que son actos que atentan en contra de la estabilidad del orden económico en general (criminalidad económica), dentro del cual se encontrarían inmersos una gran variedad de hechos en sus

Una vez en el poder el gobierno fujimorista, se dictó el Decreto Supremo 226-90-EF, del 8 de agosto de 1990, mediante el cual se dispuso que a partir de las 00:00 horas del día 9 de agosto de 1990 los precios de los bienes y servicios se fijarían de acuerdo con el comportamiento de la oferta y la demanda, pero quedando comprendidos bajo el régimen de precios supervisados. Las tarifas de los servicios serían fijadas por las comisiones reguladoras de tarifas, los precios de los combustibles por el Ministerio de Economía y Finanzas, se fijan los precios máximos de diversos productos alimenticios, los cuales serían dejados sin efecto mediante el Decreto Supremo 234-90-EF, del 14 de agosto de 1990. Como puede apreciarse, esta norma fue el inicio del proceso de desmantelamiento paulatino del sistema de control de precios, aunque preservó temporalmente el sistema de supervisión de precios (control *ex-post*), debido a la crisis económica caracterizada por la hiperinflación generada por el gobierno aprista.³⁰

distintas dimensiones. Mientras que al hablarse de delitos contra los consumidores, la comunidad, las autoridades y los consumidores en general, conciben de una manera más clara y directa la existencia de un cuerpo normativo, establecido justamente para brindarle protección jurídica contra los actos que atentan contra sus propios intereses”.

- 30 Diez Canseco y Pasquel opinan que: “El Decreto Supremo 226-90-EF debe considerarse como un hito en la historia del libre mercado en nuestro país puesto que con él se revierte una tradición legislativa y práctica económica de control de precios de productos y servicios, la misma que existía desde décadas atrás. Este Decreto Supremo es una norma llena de imperfecciones en lo que respecta a los postulados teóricos e ideológicos que propugnan que la determinación de los precios es una consecuencia del mercado: hace referencia a ‘precios supervisados’. Empero, si bien parcialmente, es la primera norma que acoge dichos postulados. En todo caso y tomando en cuenta el momento en que se promulga la referida norma, es posible afirmar que existía una explicación para el establecimiento de precios supervisados: la economía peruana estaba inmersa en un grotesco proceso hiperinflacionario. Esta circunstancia, de acuerdo a las ideas económicas imperativas en nuestro país en dicha época, resultaba ser una justificación para establecer mecanismos de control de precios”. DIEZ CANSECO, José Luis y Enrique PASQUEL. Op. cit., p. 353.

En el mismo sentido, para Farfán este Decreto Supremo: “... es, sin lugar a dudas, la primera gran expresión de desregulación económica en el Perú tras un largo período en el que había primado de alguna u otra forma el control estatal sobre los precios. (...) abría un camino de liberalización, pero no en todos los sectores de la economía, pues establecía ciertas restricciones, como en el caso del régimen especial para los combustibles (...) La norma, al ser dictada, no prescribía nada sobre la actuación de los agentes económicos, que por primera vez iban a enfrentar una verdadera competencia de precios y calidades”. FARFÁN, Marcela. “Marco regulatorio de la libre competencia en el Perú y sus antecedentes”. *Gestión*. Lima, 14 de enero de 1998.

El mismo día 8 de agosto de 1990 el senador Javier Alva Orlandini presentó al Senado el Proyecto de Ley 10/90-S, el cual señalaba que el artículo 133 de la Constitución Política de 1979 prohibía los pactos, uniones, coordinaciones, pero también las fusiones o hechos similares que impiden, restringen o perturban la libre concurrencia para obtener una ventaja indebida o lucro ilícito. De este modo, planteaba penas privativas de libertad para quienes fijasen precios, acaparasen bienes, entre otros supuestos, resultando la novedad una pena no menor de seis años a los casos de precios predatorios y también a las fusiones para monopolizar la producción y eliminar la competencia. El Proyecto fue archivado.

El 1 de octubre de 1990, los senadores Miguel Vega, Manuel Moreyra, Beatriz Merino, entre otros, presentaron el Proyecto de Ley 581/90-S, denominado “Ley de Libertad de Competencia”, mediante el cual se proponía una norma en materia de libre competencia orgánica y coherente; sus principales características y novedades fueron: (i) queda en suspenso la “ficción de la persona jurídica” y, por tanto, estaban comprendidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación no solo los directores, sino también los respectivos accionistas o participacionistas; (ii) se propone una cláusula general, que comprendía los actos anticompetitivos; (iii) se consideraban “nulos de pleno derecho” los acuerdos que importaran un acto anticompetitivo; (iv) clasificaba los actos anticompetitivos en acuerdos y abusos de posición de dominio; (v) preveía un régimen de exenciones; (vi) se crearía el Tribunal Nacional de Libertad de Competencia y la Oficina Nacional de Libertad de Competencia. El proyecto fue archivado.³¹

El Decreto Supremo 296-90-EF, del 4 de noviembre de 1990, fue, en nuestra opinión, la primera norma peruana que realmente planteó un texto integral en materia de libre competencia. Así, mientras el Congreso dictara la ley que garantizase la libre competencia, se consideró de urgente necesidad dictar medidas que asegurasen la normal actividad del mercado. La técnica de esta norma es acertada en la medida en

31 La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Senado emitió Dictamen, el 29 de mayo de 1991, proponiendo un texto sustitutorio, a fin de que se incorporen los casos de “manipulación indebida de precios”, como lo hacía la nueva Decisión 285 de la Comisión de la Comunidad Andina y sustituía el Tribunal por la Comisión Nacional de Libertad de Comercio e Industria, la cual velaría no solo por la libre competencia, sino también por el *dumping* y la protección al consumidor, a fin de ahorrar esfuerzos y recursos.

que identifica como actos anticompetitivos el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas (tanto monopólicas y oligopólicas, como monopsónicas y oligopsónicas, es decir, de ofertantes o demandantes).

Dentro del abuso de posición de dominio comprendió los actos destinados a incrementar o reducir los precios para evitar la competencia, la limitación de la producción de bienes y servicios mediante cuotas o similares para provocar escasez y obtener lucro, cláusulas de atadura, fijación de precios de reventa, y dentro de las prácticas restrictivas incluyó los pactos de precios, producción, comercialización y prestación de servicios, el boicot (exigencia de personas de no vender o comprar a otra para perjudicarla como competidora). Ambas listas de actos anticompetitivos eran solo enunciativas, pues se incluía en ellas una cláusula que abarcaba cualquiera acto para eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

Asimismo, el Decreto Supremo contenía una llamativa disposición consistente en que en aquellos mercados cuyas estructuras y condiciones económicas limitasen la libre competencia, el Estado debía adoptar las medidas para facilitar el libre acceso de bienes y servicios al correspondiente sector. Transitoriamente, y en tanto no se lograra la libre competencia en dichos segmentos, el Estado podía fijar y/o concertar precios en estos. Esta disposición convalidaba claramente un sistema de control de precios.³²

Finalmente, creó la Comisión Nacional de Defensa de la Libre Competencia como organismo autónomo y descentralizado del Ministerio de Economía y Finanzas, para prevenir, investigar, corregir y sancionar prácticas anticompetitivas. Esta comisión contaba con una secretaría

32 Según Diez Canseco y Pasquel: "Este texto, a pesar de sus imperfecciones, aparece como una norma más acorde con los cánones técnicos del Derecho comparado sobre la libertad de competencia. Empero, caía nuevamente en el error de constituir una norma de control de precios, puesto que dejaba abierta la posibilidad de que el Estado fijara o concertara precios". DIEZ CANSECO, José Luis y Enrique PASQUEL. Op. cit., p. 353.

Por su parte, Salazar opinó: "El Decreto Supremo N° 296-90-EF supuestamente 'garantiza la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y servicios'. Sin embargo, en el artículo 5 señala que ahí donde no haya situación de libre competencia todavía, 'el Estado podrá fijar y/o concertar precios en dichos mercados'. En otras palabras, se protege a la competencia fijando precios. Se fomenta la formación de mercados libres 'concertando' precios". SALAZAR, Federico. "Las supersticiones del anti-monopolio". *Revista Justicia, Política y Ley*. Año 2, núm. 9. Lima, marzo de 1991, p. 24.

técnica. Puede sostenerse que se trató de la primera agencia de competencia en el Perú. Las sanciones administrativas serían aprobadas mediante el correspondiente reglamento.

En el Ministerio de Economía y Finanzas se elaboró un Anteproyecto de Reglamento del Decreto Supremo 296-90-EF, el cual cubría el vacío relacionado con la definición de posición de dominio, señalando que esta se configuraba cuando una persona o conjunto de personas, ofertantes o demandantes: (i) no tiene competidor o no está expuesta a “competencia determinante”; (ii) tiene posición preponderante frente a competidores, considerando además su participación en el mercado y, en especial, su poder financiero, vinculaciones con otras empresas, obstáculos de hecho o de derecho para acceder al mercado; o, (iii) tiene 25 por ciento o más del mercado, medido por volumen de producción, incluyendo todos los bienes o servicios sustitutos. En cuanto a la identificación y clasificación siguió exactamente el modelo del Anteproyecto Mac Lean.

En el ámbito subregional, la Comisión del Acuerdo de Cartagena emitió la Decisión 285, del 21 de marzo de 1991, la cual sustituyó a la Decisión 230 y reguló los casos anticompetitivos en la medida en que afectasen a la subregión, y planteando de manera más sistemática prohibiciones a las prácticas restrictivas y a los abusos de posición de dominio. Esta norma superó en estructura y contenido las anteriores decisiones.

Mediante el Decreto Supremo 067-91-EF, del 26 de marzo de 1991 (con fuerza de ley por Decreto Legislativo 674, del 27 de septiembre de 1991), se dio un gran paso adicional para la desregulación del mercado, toda vez que se dejaron sin efecto los monopolios de los cuales gozaban las empresas estatales, a fin de asegurar la normal actividad del mercado.³³ Por lo tanto, las empresas estatales fueron obligadas a competir y se suspendieron los privilegios tributarios existentes a favor de aquellas. Las empresas privadas fueron autorizadas a ingresar en los sectores de mercado donde antes existía exclusividad o monopolio para el Estado.

33 Las empresas estatales que perdieron sus respectivos monopolios fueron: ENCI, Ecasa, Reaseguradora Peruana, RTP, Banco Agrario, Enata, Pescaperú (salvo el guano de las islas), Emsal, Andina, Enafer, Siderperú, Banco Minero y Corpac.

También surgieron novedades en la legislación penal. En efecto, el nuevo Código Penal, aprobado mediante Decreto Ley 635, del 3 de abril de 1991, tipificó por primera vez como “Delitos contra el Orden Económico” a aquellos que atentasen contra la libre competencia (prácticas restrictivas y abuso de posición de dominio).

Finalmente, mediante Ley 25327, del 3 de junio de 1991, el Congreso delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo, a fin de que emitiese diversos decretos legislativos que regularan, entre otras materias, el crecimiento de la inversión privada, comprendiéndose dentro de este concepto la necesidad de eliminar las prácticas anticompetitivas.

En tal sentido, debe rescatarse el Decreto Legislativo 668, del 11 de septiembre de 1991, mediante el cual se declaró que el Estado garantizaría, entre otras, la libertad de comercio exterior e interior, el libre acceso a la adquisición, transformación y comercialización de bienes y prestación de servicios, y la libre participación del sector privado para generar competencia en servicios de telecomunicaciones, puertos, aeropuertos, entre otros mercados. Empero, lo más importante consistió en que prohibió todo tipo de exclusividad, limitación, restricción o prácticas monopólicas en la producción y comercialización de bienes y servicios, incluyendo aquellas realizadas por dependencias del Gobierno Central o entidades públicas. Esta norma fue la última en la materia que antecedió la dación del Decreto Legislativo 701, nuestra actual Ley de Libre Competencia.

Como ha podido apreciarse de la revisión de los antecedentes del Decreto Legislativo 701, la legislación peruana ha sufrido una interesante evolución en materia de regulación del mercado, existiendo en una primera etapa una posición marcadamente intervencionista consistente en vetar los monopolios y oligopolios y pretender contrarrestarlos mediante rígidos sistemas de control de precios, pero, de manera contradictoria, al mismo tiempo, se promovía a los monopolios estatales y las políticas de sustitución de importaciones (economía hacia adentro), las cuales propiciaban precisamente aquello que se cuestionaba: la concentración de un poder económico privado no sustentado en la mayor eficiencia sino en la cautividad del mercado, y un poder económico estatal, en diferentes segmentos de mercado; luego, en una segunda etapa, se genera consciencia sobre la importancia y mayor conveniencia de regular el mercado vía la legislación de libre competencia, pues de esta manera las fuerzas de la oferta y la demanda permiten el desarrollo y crecimiento de los agentes más eficientes, debiendo el Estado vigilar que dicha competencia se desenvuelva en condi-

ciones de libre competencia, debido a que ello beneficia finalmente a los consumidores en cuanto a los precios y la calidad de los productos y servicios.

El Decreto Legislativo 701 se encuentra en debate en estos momentos, como consecuencia de la existencia de un Proyecto de Ley que propone su derogación y modificación por una nueva ley de libre competencia.³⁴ La intención de este trabajo no ha sido únicamente revisar la historia del Derecho de la Libre Competencia en el Perú anterior al Decreto Legislativo 701, como un rígido ejercicio académico, sino que esperamos que también sea útil para aprender de nuestros errores en el pasado y saber corregirlos de cara al futuro.

34 Proyecto de Ley 14199/2005-CR, "Ley de Defensa de la Competencia", presentado por el congresista Jesús Alvarado Hidalgo, del partido Perú Posible, el 5 de diciembre del 2005.