

"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del fortalecimiento de la soberanía nacional"
"Año del Bicentenario del Congreso de la República del Perú"

San Borja, 07 de diciembre de 2022

INFORME N° -2022-OAJ/INDECOPI

A : **Julio Martin Ubillus Soriano**
Gerente General (e)

DE : **Jesús Eloy Espinoza Lozada**
Director
Dirección Nacional de la Investigación y Promoción de la Libre Competencia

Luis Alberto León Vásquez
Secretario Técnico
Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias

Ana Peña Cardoza
Directora
Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor

Yazmin Zárate Sheen
Jefa (e)
Gerencia de Estudios Económicos

Julio Martin Ubillus Soriano
Jefe
Oficina de Asesoría Jurídica

ASUNTO : Opinión técnica conjunta sobre el Proyecto de Ley N 2861/2022-CR, Proyecto de Reforma Constitucional que propone un Sistema Económico Peruano

REFERENCIA a) Oficio D008609-2022-PCM-SC
b) Hoja de Trámite 4708-2022-GEG/INDECOPI

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N° 204-2022-2023-RABR-CEBFIF-CR, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República solicitó a la Presidencia del Consejo de Ministros la emisión de una opinión técnica institucional sobre el Proyecto de Ley N° 2861/2022-CR, Proyecto de Reforma Constitucional que propone un Sistema Económico Peruano (en adelante, el Proyecto de Ley).
2. En ese sentido, mediante documento a) la Presidencia del Consejo de Ministros solicitó a la Gerencia General del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi la emisión de una opinión técnica sobre el Proyecto de Ley, en el marco de sus competencias.
3. Posteriormente, a través del documento b) la Gerencia General del Indecopi solicitó a la Dirección Nacional de la Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la DLC), a la Secretaría Técnica de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias (en adelante, la ST-CDB), a la

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Calle De la Prosa 104 - San Borja, Lima.Perú/ Central:(511) 224-7800

www.indecopi.gob.pe



Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (en adelante, la DPC), a la Oficina de Estudios Económicos (en adelante, la OEE) y a la Oficina Asesoría Jurídica (en adelante, la OAJ) emitir un informe conjunto al respecto. En el caso de esta Oficina, la Hoja de Trámite en cuestión encargó que consolidara el mencionado informe.

4. Mediante correo electrónico de fecha 17 de octubre de 2022, la DPC trasladó el Proyecto de Ley a las diversas áreas del Indecopi con el fin de recibir sus comentarios y/u observaciones. En este sentido, las áreas de la entidad han emitido su opinión sobre el Proyecto de Ley, la misma que se indica a continuación.

II. ANÁLISIS

a) Aspectos centrales del Proyecto de Ley

5. Para efectos del presente análisis, corresponde señalar los aspectos que aborda el Proyecto de Ley, de manera que las opiniones de las áreas que suscriben el presente informe y otras que emitieron comentarios sobre la propuesta normativa puedan encontrarse circunscritos a los ámbitos de sus competencias.
6. Así pues, el Proyecto de Ley cuenta con un Artículo Único que tiene por objeto modificar el Capítulo I del Título III de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos:

Constitución Política del Perú (Texto actual)	Propuesta de redacción del Proyecto de Ley
<p>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 en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.</p>	<p>Artículo 58. <u>El sistema económico responde a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad, calidad, y no vulnera los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo I de la presente Constitución.</u></p> <p><u>El Estado orienta sus acciones económicas hacia el desarrollo del país, y actúa en todas las áreas que este considere estratégica su intervención.</u></p>
<p>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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.</p>	<p>Artículo 59. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.</p> <p>El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, <u>ni al medio ambiente</u>, ni a la seguridad pública <u>ni a las comunidades nativas y campesinas.</u></p> <p><u>El Estado formula, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada. Promueve la creación y expansión de pequeñas y microempresas.</u></p>

<p>Artículo 60. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.</p> <p>Sólo 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.</p> <p>La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.</p>	<p>Artículo 60. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de la empresa.</p> <p><u>El Estado, por interés general, puede desarrollar actividad empresarial, directa o indirecta, con el fin de promover la economía del país por razón de alto interés público o para alcanzar objetivos estratégicos de desarrollo.</u></p> <p>La actividad empresarial pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.</p>
<p>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.</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 61. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate, <u>sanciona y corrige</u> toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.</p> <p>Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios <u>u oligopolios.</u></p> <p>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. <u>El Estado corrige estas distorsiones.</u></p>
<p>Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.</p> <p>Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.</p>	<p>Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. <u>Los términos contractuales, entre privados, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.</u> Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.</p>
<p>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.</p>	<p>Artículo 63. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y en el comercio exterior son</p>

<p>Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.</p> <p>En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos 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.</p> <p>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.</p>	<p>libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.</p> <p>En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.</p> <p>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.</p>
<p>Artículo 64. El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.</p>	<p>Artículo 64.- <u>El Estado incentiva el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar, de darse el caso, subsidios específicos a quienes los necesiten.</u></p>
<p>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.</p>	<p>Artículo 65. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios y <u>sanciona a los que vulneren los derechos establecidos.</u></p>

7. De esta manera, se advierte que el Proyecto de Ley propone la creación del denominado “Sistema Económico Peruano”, cambiando los siguientes aspectos de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución):
- (i) La modificación del artículo 58 de la Constitución, en lo que respecta a los principios del régimen económico constitucional (artículo único del Proyecto de Ley).
 - (ii) La modificación del artículo 59 de la Constitución, en lo que respecta al ejercicio de libertades económicas y la elaboración de planes para la inversión pública y privada (artículo único del Proyecto de Ley).
 - (iii) La modificación del artículo 60 de la Constitución, en lo que respecta a la realización de actividad empresarial por parte del Estado (artículo único del Proyecto de Ley).

- (iv) La modificación del artículo 61 de la Constitución, en lo que respecta a la protección de la libre competencia y otros aspectos (artículo único del Proyecto de Ley).
- (v) La modificación del artículo 62 de la Constitución, en lo que respecta a los contratos ley y los términos contractuales pactados entre privados (artículo único del Proyecto de Ley).
- (vi) La modificación del artículo 63 de la Constitución, en lo que respecta a la solución de controversias de derecho público (artículo único de la Constitución).
- (vii) La modificación del artículo 64 de la Constitución, en lo que respecta a la creación de empleo, el mejoramiento de salarios y el otorgamiento de subsidios (artículo único del Proyecto de Ley).
- (viii) La modificación del artículo 65 de la Constitución, en lo que respecta a los derechos de los consumidores (artículo único del Proyecto de Ley).

b) **Opinión de la DLC sobre los problemas de la Exposición de Motivos y la reforma del artículo 61 de la Constitución**

• **Los problemas de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley**

- 8. En la medida que la Constitución tiene como finalidad organizar la estructura y régimen aplicable al Estado y reconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos, todo intento de reforma de la Constitución debería realizarse previa evaluación pormenorizada de las razones que justificarían tal modificación, así como de los beneficios que se generarían en la sociedad como resultado de dicha reforma.
- 9. Bajo esta premisa, un proyecto de reforma constitucional debe estar debidamente sustentado, contando con una exposición de motivos clara, precisa y coherente que explique con detenimiento las razones por las que los cambios propuestos resultan pertinentes, idóneos, y proporcionales al fin que buscan conseguir. En la misma línea, toda propuesta normativa debe contar con evidencia directa y rigurosa que justifique la aplicación de las modificaciones perseguidas, acreditando a su vez los beneficios que estas generarían en la sociedad.
- 10. Así lo ha señalado también el Tribunal Constitucional, indicando que el carácter autónomo del Poder Legislativo “*no supone que los parlamentarios estén exentos de fundamentar la iniciativa legislativa presentada, su impacto normativo y la relación de costo-beneficio*”¹.
- 11. En este orden de ideas, los proyectos de reforma constitucional -y sus correlativas exposiciones de motivos- deben garantizar la debida observancia del test de proporcionalidad², asegurando un adecuado balance entre las medidas adoptadas y

¹ Sentencia recaída en el Expediente 0002-2019-PI/TC del 9 de julio de 2020.

² El Tribunal Constitucional indica que el test de proporcionalidad “*es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el criterio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran*”. De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”. Sentencia recaída en el Expediente 00501-2004-AI.

los fines que el legislador busca conseguir, acreditando que las premisas de las que parten sean correctas y estén debidamente sustentadas y que se hayan evaluado otras alternativas posibles para cumplir dicho fin, adoptándose los medios menos lesivos posibles.

12. De este modo, la exigencia que la exposición de motivos de los proyectos de reforma constitucional cuente con el mayor rigor y análisis técnico posible garantiza la adopción de fórmulas normativas adecuadas y compatibles con las necesidades de la población. Para tal fin, secciones como el análisis costo-beneficio o los fundamentos de la propuesta deben efectuar una correcta evaluación de los aspectos materia de modificación y tienen que efectivamente reflejar y ponderar las consecuencias de las normas que se plantean implementar.
13. En lo que concierne al caso que nos ocupa, a criterio de la DLC, la Exposición de Motivos adolece de un análisis suficiente en torno a las propuestas contenidas en el Proyecto de Ley, con lo cual la adopción de dichas fórmulas legales no se encuentra debidamente motivada y podría tener consecuencias contrarias a las deseadas por los legisladores.
14. Ello se ilustra de forma evidente en lo que respecta a la modificación puntual del actual artículo 64 de la Constitución, el cual establece que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera³. Sobre el particular, el Proyecto de Ley modifica totalmente dicha disposición -en otras palabras, la deroga-, remplazándola en su lugar por una norma dirigida a incentivar el empleo y el mejoramiento de los salarios⁴, fines que, si bien resultan loables, carecen de vinculación alguna con la libre disposición de moneda extranjera⁵ o con el régimen económico planteado.
15. De hecho, para justificar dicho cambio la Exposición de Motivos se limita a citar la nueva fórmula legal del artículo 64, sin explicar los motivos que sustentarían su incorporación en esta sección de la Constitución ni su razón de ser.
16. Este viene a ser solo un ejemplo de otros que acreditan que la Exposición de Motivos carece de fundamentos, con lo cual no se entienden –ni se explican- las razones por las que la implementación de dichas medidas resultaría idónea o eficaz. Inclusive, la Exposición de Motivos contiene múltiples referencias a que sus propuestas generarían beneficios, sin justificar ni detallar las razones, evidencias o estudios que este nuevo régimen económico sería una medida idónea, razonable, proporcional o eficaz para solucionar la problemática que se pretende enfrentar.
17. En efecto, la Exposición de Motivos -sección IV- donde se presenta el análisis costo-beneficio del Proyecto de Ley, adolece de un adecuado desarrollo de los impactos que busca promover con la reforma constitucional de todo el capítulo económico de la Constitución sobre los distintos agentes económicos.

Asimismo, dicho cuerpo colegiado indica que según el principio de proporcionalidad "*para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental*". Sentencia recaída en el Expediente 2235-2004-AA/TC.

³ **Constitución Política del Perú de 1993**

Artículo 64.- El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

⁴ La propuesta de nueva fórmula legal del artículo 64 de la Constitución es la siguiente:

"El estado (sic) incentiva el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar (sic), de darse el caso, subsidios especiales a quienes los necesiten".

⁵ Para justificar dicha modificación, la Exposición de Motivos se limita a señalar de forma general que no sería necesario que dicha disposición cuente con rango constitucional, pues ya estaría prevista en la legislación "*como parte del derecho a la propiedad privada (que evidentemente implica las monedas extranjeras)*", así como en otras fuentes de rango infra constitucional. Ciertamente, esta evaluación dista mucho de ser idónea o suficiente, pues no se verifican ni se desprenden las razones que justificarían restringir de tal forma los derechos de los ciudadanos.

18. En su lugar, la Exposición de Motivos se limita a enunciar brevemente “*algunos beneficios que podrían obtener con la modificatoria constitucional propuesta*”. Esto es, la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley señala el carácter condicional e hipotético de estos posibles beneficios, sin que se hallen debidamente acreditados.

19. Ello se torna más grave al apreciar que dichos supuestos beneficios tampoco se condicen con el fin que el legislador buscaría perseguir, sin que exista una debida o detallada fundamentación técnica o económica sobre los mismos. En efecto:

i. Se indica que el Proyecto de Ley redundaría en el “*incremento de utilidades de empresas estatales eficientes*”, sin precisar qué medida concreta generaría dicho beneficio o cómo no sería posible conseguirlo de otra manera que no sea con el cambio constitucional propuesto.

Inclusive, se cita un cuadro sobre resultados de empresas estatales del año 2022, es decir, bajo la vigencia de la actual Constitución. Así, tampoco se explica o vincula la adopción de dichas medidas con un fehaciente incremento o eficiente uso de aquellas empresas estatales (tal como será explicado con detenimiento oportunamente).

ii. Se señala que eliminar el carácter jurisdiccional de los arbitrajes para resolver controversias por contratación pública reduciría las pérdidas sufridas por el Estado, sin justificar ni indicar la manera en la que eliminación de dicho sistema de resolución de conflictos generaría automáticamente y en sí misma menos pérdidas para el Estado.

La Exposición de Motivos tampoco pondera los nuevos costos que se generarían al erario nacional en caso se elimine el sistema de arbitraje de dicho ámbito, toda vez que deberían destinarse cuantiosos recursos humanos y monetarios al Poder Judicial para la resolución de estos casos, incrementando sustancialmente su carga procesal.

iii. Se considera que la modificación al artículo 65 de la Constitución “*podría hacer efectivas las multas establecidas por los reguladores*”, cuando la fórmula legal propuesta para cambiar dicho artículo no aborda en modo alguno el pago de las sanciones.

Por el contrario, dicha propuesta solo agrega que el Estado “*sanciona a los que vulneren los derechos establecidos*”, sin que de ello pueda concluirse, automáticamente, que dicha precisión facilitaría el pago de multas administrativas.

20. Se verifica también que la Exposición de Motivos no cita estudios, análisis, artículos o experiencias internacionales donde se haya corroborado la efectividad de las medidas que se proponen. Esto hubiera permitido verificar si la propuesta es, de forma efectiva, adecuada para resolver el problema público que se pretende abordar, lo cual no ocurre con el Proyecto de Ley.

21. Así, al no entenderse a cabalidad estas situaciones y sus implicancias, la Exposición de Motivos omite analizar los efectos e incentivos que las medidas propuestas podrían tener sobre los consumidores, los proveedores y el Estado, así como sobre el resultado que buscarían obtener dichas medidas, pudiendo generar mayores distorsiones que las que buscaría evitar.

22. En este punto corresponde reiterar que la sección de Análisis Costo-Beneficio (ACB) del Proyecto de Ley se centra en señalar que la cuantificación monetaria de los costos y beneficios sería imposible de desarrollar al referirse a una reforma constitucional de todo el capítulo económico. No obstante, menciona que la propuesta incrementará las

utilidades de las empresas estatales eficientes, la posibilidad de reducir el efecto de las pérdidas de arbitrajes y hacer efectivas las multas establecidas por los organismos reguladores.

23. Al respecto, el ACB es el proceso de ordenación de opciones de política desde un punto de vista económico, tomando en cuenta tanto los beneficios como los costos de la medida de política evaluada, y teniendo en cuenta que dichas medidas varían desde un proyecto de inversión, hasta cambios en políticas públicas que podrían tener repercusiones a nivel de la economía en su conjunto⁶. Incluyendo, como en el presente caso, las modificaciones que se proponen sobre el régimen económico de la Constitución que fija el marco de actuación sobre el cual se desarrolla y regula el desarrollo de la actividad empresarial, privada como pública.
24. Es preciso señalar que la finalidad del ACB es evaluar y comparar cambios normativos con otras opciones y contrastarlas con el *statu quo* (situación actual). La aplicación del ACB se centra básicamente en evaluar la eficiencia económica de un proyecto normativo u otro tipo de regulación, dejando de lado los efectos que pudieran darse sobre la distribución de la riqueza. Sin embargo, el análisis puede adecuarse para contabilizar dichos efectos, ponderando apropiadamente los costos y beneficios de los individuos o grupos identificados por el proyecto⁷.
25. Como se puede observar, un adecuado ACB exige una adecuada identificación y detalle del problema que se pretender enfrentar, así como una descripción precisa de la medida o medidas identificadas para solucionar o mejorar dicho problema, explicando cómo estas medidas resultan idóneas para este propósito. Además, exige que se identifique a los actores potencialmente afectados positiva o negativamente con la propuesta. Finalmente, el ACB exige una evaluación de alternativas para conseguir el objetivo planteado, con la finalidad de optar por aquella que resulte menos restrictiva de derechos y más costo-efectiva, de manera que permita evidenciar que el beneficio esperado con su adopción será superior a los costos o efectos negativos que de ella deriven.
26. Bajo estas premisas, esta Dirección observa que el Proyecto de Ley que modifica el régimen económico de la Constitución no contiene un adecuado ACB, que permita sustentar las modificaciones planteadas a los distintos artículos del régimen económico de la Constitución. Tampoco existe un análisis de las implicancias legales y económicas de promover la participación del Estado en la actividad empresarial sin vulnerar los principios de neutralidad competitiva propuestos por la OECD, del impacto sobre la inversión y la competitividad del país, del costo económico para el Estado y otros agentes económicos de las medidas propuestas; y menos, de comparar las medidas planteadas con mecanismos menos restrictivos de las libertades de otros agentes en el mercado, potencialmente también menos onerosos para los diferentes agentes económicos, lo cual hubiera permitido verificar si las propuestas son idóneas y necesarias, a la luz del test de proporcionalidad. Ello viene a ratificar que nos encontramos ante una evaluación aislada e insuficiente, que afecta directa y negativamente al Proyecto de Ley.
27. En suma, la Exposición de Motivos carece de mayor desarrollo sobre la viabilidad de sus propuestas normativas, limitándose a señalar que estas serían beneficiosas sin brindar más información sobre cómo se materializarían estos beneficios en la realidad o como el tenor actual del régimen económico de la Constitución sería perjudicial o no resultaría suficiente para abordar los supuestos problemas detectados.

⁶ BOADWAY, B. (2006). *Principles of Cost-Benefits Analysis*. Public Policy Review, 2006, Vol.2, No.1. pp 1-2.

⁷ TREBILCOCK, M., A. YATCHEW y A. BASILIAUSKAS (2007). *Overview of Cost-Benefit Analysis and its Applications in Public Policy Decisions*. Charles River Associates (CRA) International.

28. Por las razones expuestas, y sin perjuicio de lo que puedan señalar los otros órganos de Indecopi, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley carece de un sustento adecuado que refleje de manera clara y objetiva la necesidad de su implementación, sin que se verifique un idóneo análisis costo-beneficio sobre las consecuencias de sus modificaciones o que estas superarían las eventuales distorsiones que se generarían en el ordenamiento económico peruano.

- **Sobre la reforma del artículo 61 de la Constitución**

29. El Proyecto de Ley propone la siguiente modificación del artículo 61 de la Constitución:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate, sanciona y corrige toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas.

Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios u oligopolios.

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. El Estado corrige estas distorsiones”.

30. Entre los añadidos propuestos, resulta relevante comentar la referencia a los «oligopolios» prevista en el segundo párrafo del artículo 61 del Proyecto de Ley. A criterio de la DLC, esta mención resulta innecesaria, en tanto no aporta ningún elemento indispensable para adoptar medidas a nivel normativo en defensa de la libre competencia y carece de mayor incidencia, ventaja o utilidad práctica. De hecho, ni el Proyecto de Ley ni la Exposición de Motivos siquiera definen cual sería la noción de «mercado oligopólico» que buscarían enfrentar, lo cual da cuenta de otro defecto de motivación.

31. Además, como bien se señala en la Exposición de Motivos, la observancia de estructuras de mercado oligopólicas es considerada por la literatura económica como una situación de competencia imperfecta. Ello porque suele ser una situación donde existen pocos ofertantes que pueden gozar de una participación de mercado significativa en el mercado. Por lo que dichas estructuras de mercado, que son comunes de observar en distintos sectores económicos y en distintas jurisdicciones, pueden responder a varias razones, principalmente a la existencia de barreras a la entrada⁸, las que pueden limitar la competencia efectiva en dichos casos. En otros casos, la preferencia de los consumidores, una oferta diferenciada (calidad/innovación), el tamaño del mercado, la existencia de economías de escala, entre otros, pueden explicar los casos en que existen pocas empresas que alcanzan una participación relevante en el mercado.

32. En esa línea, es importante señalar que, en la literatura económica, la competencia perfecta y los monopolios, son dos casos extremos de análisis, conociéndose las ventajas y desventajas, en términos de producción y precio, que pueden observarse en dichos casos extremos. Mientras que, en el caso de mercados oligopólicos el resultado que pueda observarse en el mercado va a depender de la intensidad de la competencia que exista entre las empresas⁹ y de la existencia de barreras a la entrada.

⁸ Las barreras a la entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas a ingresar en un determinado mercado. Las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas; las barreras estructurales no dependen de la acción directa de la empresa establecida y pueden ser de tipo económico o legal; mientras que, las barreras estratégicas sí dependen del comportamiento de las empresas presentes en el mercado.

33. Además, en esa línea, desde la perspectiva de las políticas de competencia, el papel del Estado es evitar la monopolización del mercado, al impedir el abuso de posición de dominio.
34. De acuerdo con la Exposición de Motivos, el objetivo de incorporar la mención a los «oligopolios» es para sancionar y corregir las posiciones dominantes, lo que iría en contradicción con el primer párrafo del artículo 61, que establece que el Estado combate el abuso de la posición de dominio; mas no la figura de la posición de dominio. Ello, porque es la figura del abuso el que genera un impacto contrario al proceso de competencia en los mercados, a través de la exclusión de los competidores directos.
35. Además, resulta incorrecto asociar la estructura de mercados oligopólicos con la existencia de posiciones dominantes. Al respecto, la literatura del derecho de la competencia, una empresa con posición de dominio es aquella que goza de poder de mercado y puede limitar el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado relevante al comportarse, en una medida apreciable, con independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de sus consumidores. Por ello, para establecer la posición de dominio no basta contar con una alta participación de mercado, también debe valorarse aspectos como las características y estructura del mercado, las barreras a la entrada, el poder compensador de la demanda, entre otros.
36. De hecho, el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que la posición de dominio se determina en el marco de un procedimiento administrativo sancionador sobre una posible infracción a la norma, como sería el abuso de posición de dominio¹⁰. Este supuesto se produce cuando un agente económico, que goza de posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos¹¹. El Proyecto de Ley tampoco prevé dicha situación, ni refiere directa o indirectamente al desarrollo de estas nociones.
37. En tal sentido, la referencia a los «oligopolios» dentro de la modificación del artículo 61 de la Constitución merece ser observada en tanto, según la Exposición de Motivos, es incorrectamente asociada a la figura de la posición de dominio, por lo que no se ha evaluado debidamente los mecanismos legales de defensa de la libre competencia que se encuentran vigentes para abordar la problemática que se describe en la Exposición de Motivos para sustentar el referido agregado.

⁹ En un mercado oligopólico, una empresa considera tanto la demanda de mercado por su producto como la reacción de sus rivales frente a sus estrategias comerciales.

¹⁰ **TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado
Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- a) Una participación significativa en el mercado relevante.
 - b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
 - c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
 - d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
 - e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
 - f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.
- 7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

¹¹ **TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio
10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como (...).
10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

38. Por tanto, la DLC reitera que para una reforma constitucional resulta indispensable que el legislador justifique la necesidad de dicha modificación, así como el impacto y beneficios sobre los ciudadanos y su utilidad práctica. Siendo ello así, y en tanto el Proyecto de Ley no cumple con dichos presupuestos, carecería de objeto y necesidad su implementación con rango constitucional.

c) **Opinión de la DPC sobre la propuesta de reforma del artículo 65 de la Constitución**

39. La redacción actual del artículo 65 de la Constitución, establece lo siguiente:

“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.”

40. Por su parte, la propuesta de reforma señala que:

“Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios y sanciona a los que vulneren los derechos establecidos”

41. La Exposición de Motivos del Proyecto indica que la finalidad que persigue el presente extremo de la reforma es que el Estado proteja al ciudadano en su rol de consumidor y, asimismo, sancione a todo aquel agente económico que vulnere los intereses de los consumidores¹². Asimismo, en el análisis costo – beneficio se señala que “[l]a modificatoria del artículo 65 de la Constitución Política (...) incidiría directamente en la apreciación que se tiene de los mecanismos de sanción a los agentes económicos. Por ejemplo, se podrían hacer más efectivo los sistemas de cobros de multas que se determinan contra las empresas por las distintas entidades supervisoras”¹³. No obstante, más allá de esta referencia, no se brinda mayor análisis técnico que permita sustentar la modificación propuesta.

42. Al respecto, es importante señalar que la protección al consumidor en nuestro país, desarrollada sobre la base del actual texto normativo previsto en el artículo 65, reconoce de manera expresa el derecho a la información, así como la protección de la salud y la seguridad impartida por el Estado en favor de la población.

43. Sobre estos mandatos, conviene resaltar que, mediante Sentencia recaída en el Expediente 003315-2004-AA¹⁴ el Tribunal Constitucional afirmó lo siguiente:

“9. El artículo 65 de la Constitución prescribe la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; a saber:

- a) Establece un principio rector para la actuación del Estado***
- b) Consigna un derecho personal y subjetivo.***

En el primer ámbito, el artículo 65° de la Constitución expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del

¹² Al respecto, se señala que “Así, en el constructo constitucional, también debe reconocerse a ese ‘actor político de consumo. En tanto ciudadano. Es más, es el sujeto ciudadano el que antecede al sujeto consumidor en nuestro texto constitucional. Es por ello que el Estado tiene que proteger al ciudadano en su rol de consumidor, sancionando a todo aquel que vulnera sus derechos.

Es esta finalidad la que se persigue, agregando en el artículo 32 la necesidad de ‘sancionar’ a todo aquel agente económico que vulnere los intereses de los consumidores, porque al fin y al cabo son derechos ciudadanos los que se estarían vulnerando”

(Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, p. 26)

¹³ Exposición de Motivos, p. 31.

¹⁴ Véase en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html> (en línea)

Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

*En el segundo ámbito, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.
(...)"*

44. Tal y como lo expresa el Tribunal Constitucional, el artículo 65 vigente establece un principio de protección constitucional por parte del Estado en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios respecto a cualquier actividad económica. Esto implica la atribución del Estado como orientador y como defensor de estos en los casos de trasgresión o desconocimiento de estos intereses, así como la atribución de los consumidores y usuarios de exigirle su actuación cuando exista una actuación efectiva de sus derechos lo que incluye actuar contra el proveedor.
45. A efectos de cumplir con el deber especial de protección al consumidor previsto en la Constitución el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) asigna competencia al Indecopi y a otras entidades que forman parte del sistema de protección al consumidor previsto dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para fiscalizar la prestación de determinados servicios y productos. Al respecto, la Sala Especializada en Protección al Consumidor se ha pronunciado a través de la Resolución 0065-2019/SPC-INDECOPI señalando lo siguiente:

"14. Sobre el particular, cabe resaltar que el propio Código reconoce que el sistema antes aludido (léase, el sistema de protección al consumidor) no se restringe al Indecopi, al establecer en el artículo VI de su Título Preliminar que es el Estado quien orienta sus acciones para que la protección de los consumidores sea una política transversal que involucre a todos los poderes públicos, en el marco del "Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor", el cual ha sido definido en el artículo 132° del mencionado cuerpo normativo como aquel conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos destinados a armonizar las políticas públicas con el fin de optimizar las actuaciones de la administración del Estado para garantizar el cumplimiento de las normas de protección y defensa del consumidor en todo el país."

46. Asimismo, el artículo 65 establece, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, un derecho personal y subjetivo a los consumidores y usuarios que se traduce en dos obligaciones para el Estado con un reconocimiento expreso lo que implica una real dimensión de la defensa y protección consagrada en la Constitución:

"En función de la proyección normativa de los principios anteriormente reseñados u otros sobre la materia, se aprecia, en concreto, que en el artículo 65° de la Constitución aparecen las dos obligaciones estatales siguientes:

- *Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.*

- Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias¹⁵.

(Subrayado agregado)

47. Teniendo en cuenta lo indicado, el Proyecto de Ley propone eliminar la protección constitucional expresa del derecho a la información con el que cuentan los consumidores, así como la referencia a la protección de la salud y la seguridad que, en el marco de la protección del consumidor, es desarrollada por el Estado en favor de la población.
48. Sobre el particular, consideramos que el cambio propuesto limitaría la garantía constitucional que tienen los ciudadanos, en su calidad de consumidores, respecto a estos derechos que son personales y subjetivos, tal como el Tribunal Constitucional ha señalado en sus pronunciamientos.
49. Es importante tener en cuenta que la protección de los consumidores, que se encuentra a cargo del Indecopi conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, tiene como uno de sus pilares el derecho a la información, facultad sobre la cual nuestra institución orienta sus acciones. Así pues, conforme a lo previsto en el literal d), numeral 2.1. del artículo 2 de la citada norma, el Indecopi protege los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo.
50. Por su parte, estos derechos han generado la formulación de políticas públicas específicas en materia de protección al consumidor, tal como se prevé en los numerales 1 y 2 del artículo IV del Título Preliminar del Código, tal como se detalla a continuación:

“Artículo VI.- Políticas públicas

1. El Estado protege la salud y seguridad de los consumidores a través de una normativa apropiada y actualizada, fomentando la participación de todos los estamentos públicos o privados. Para tal efecto, promueve el establecimiento de las normas reglamentarias para la producción y comercialización de productos y servicios y fiscaliza su cumplimiento a través de los organismos competentes.

2. El Estado garantiza el derecho a la información de los consumidores promoviendo que el sector público respectivo y el sector privado faciliten mayores y mejores espacios e instrumentos de información a los consumidores a fin de hacer más transparente el mercado; y vela por que la información sea veraz y apropiada para que los consumidores tomen decisiones de consumo de acuerdo con sus expectativas.

(...)”

51. Ello involucra que su garantía, por parte del Estado, comprometa no solo la labor del Indecopi, en tanto Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, sino de todas las entidades que forman parte del Sistema Nacional Integrado de Protección del

¹⁵ Considerando 9 del Sentencia recaída en el Expediente 003315-2004-AA del Tribunal Constitucional.

Consumidor¹⁶, por ser la protección al consumidor una política transversal¹⁷, tal como ha sido reconocido también en el Código.

52. Adicionalmente, el reconocimiento expreso –a nivel constitucional – de la salud y la seguridad de los consumidores, permite actualmente al Perú ser parte del proceso de adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹⁸, el cual busca la convergencia de nuestro país con los estándares, las mejores políticas y prácticas de la OCDE lo que redundará en mejores resultados para los miembros, el Perú y sus ciudadanos. Sobre el particular, uno de los instrumentos del proceso de adhesión es la Recomendación Primera del Consejo sobre Seguridad en los Productos de Consumo¹⁹ la cual exhorta a que se establezcan marcos regulatorios y de políticas sólidos en materia. En particular, pide marcos que:
- Proporcionen al consumidor el derecho a productos seguros y a alertas rápidas cuando haya productos inseguros en el mercado o sean objeto de una prohibición o un retiro del mercado;
 - Estén basados en pruebas y fuentes de datos sólidos, incluso, de ser posible, mediante el establecimiento de sistemas de recopilación de datos sobre lesiones, la elaboración de enfoques sistemáticos de gestión y evaluación de riesgos que sean comparables de un país a otro, actividades de intercambio de información (a través del CCP), así como iniciativas de sensibilización; y
 - Presten especial atención a los consumidores vulnerables.
53. Por otra parte, respecto a la iniciativa de incorporar en la redacción del artículo “*sanciona a los que vulneren los derechos establecidos*”, el análisis costo-beneficio de la Exposición de Motivos señala que dicha propuesta “*(...) incidiría directamente en la apreciación que se tiene de los mecanismos de sanción a los agentes económicos. Por ejemplo, se podrían hacer más efectivos los sistemas de cobros de multas que se determinan contra las empresas por las distintas entidades supervisoras*”.
54. En relación a este punto, consideramos que lo señalado no brinda mayor sustento del porqué del reconocimiento expreso de la sanción, por parte del Estado, a quienes vulneren los derechos de los usuarios y consumidores. Al respecto, siguiendo la línea establecida por el Tribunal Constitucional en los párrafos precedentes, dicha facultad sancionadora del Estado ya se encuentra recogida implícitamente en el Texto Constitucional.
55. Asimismo, cuenta con desarrollo a nivel legal tal como se señala en el artículo 105 del Código, disposición que establece que el Indecopi es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas pertinentes, siendo que, según esta norma, dicha

¹⁶ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**
Artículo 132.- Creación del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor
Créase el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos destinados a armonizar las políticas públicas con el fin de optimizar las actuaciones de la administración del Estado para garantizar el cumplimiento de las normas de protección y defensa del consumidor en todo el país, en el marco de las atribuciones y autonomía de cada uno de sus integrantes.

¹⁷ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**
Artículo VI.- Políticas públicas
(...)
11. El Estado orienta sus acciones para que la protección al consumidor sea una política transversal que involucre a todos los poderes públicos, así como a la sociedad, y tenga una cobertura nacional que asegure a toda persona el acceso a los mecanismos de protección de sus derechos, en el marco del Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor.

¹⁸ Los 38 miembros de la OCDE adoptaron el 10 de junio de 2022 la “Hoja de Ruta para la Adhesión de Perú a la Convención de la OCDE” en la que se establecen los términos, las condiciones y el proceso que el Perú debe cumplir. Se espera que los países candidatos demuestren esta afinidad en sus declaraciones y acciones en el marco de sus relaciones con la Organización y sus Miembros.

¹⁹ OECD, Recommendation of the Council on Consumer Product Safety, OECD/LEGAL/0459

competencia sólo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley²⁰.

56. Sin perjuicio de lo indicado y con cargo a que el sustento desarrollado por el legislador pueda ser fortalecido, consideramos que la propuesta de reforma podría ser incorporada al final de la redacción original del artículo 65, tal como se detalla a continuación, en tanto dotaría de protección constitucional la facultad de actuación del Estado, ejerciendo su potestad sancionadora, ante la vulneración de los consumidores y usuarios:

Artículo 65 de la Constitución Política del Perú (Texto actual)	Propuesta de modificación reformulada
<p>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.</p>	<p>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 <u>y sanciona a los que vulneren sus derechos.</u></p>

d) **Comentarios sobre la reforma de otras disposiciones del Régimen Económico Constitucional**

57. En cuanto a las disposiciones del Proyecto de Ley que proponen modificar los artículos 58, 59, 60, 61, 62, 63 y 64 se trasladan los siguientes comentarios de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (SDC) y de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) del Indecopi.

- **Sobre la reforma del Artículo 58:**

58. Al respecto, no resulta clara la definición ni los alcances del denominado principio de "calidad". Lo anterior genera el riesgo de que las implicancias derivadas de la aplicación de dicho principio puedan ser interpretadas de forma discrecional y restrictiva a la libertad de empresa, estableciendo mediante mecanismos regulatorios "estándares de calidad" incluso a mercados de libre competencia. Asimismo, se advierte que en la Exposición de Motivos del proyecto de reforma constitucional no se incluye una definición del principio de "calidad" ni se precisan sus implicancias jurídicas.
59. Por otro lado, la propuesta referida a que "*el Estado (...) actúa en todas las áreas que este considere estratégica su intervención*" resulta contraria al principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del estado, recogido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Por ello, consideran mantener la redacción actual del artículo 58 de la Constitución Política del Perú.

²⁰

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 105.- Autoridad Competente

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley. (...).

- **Sobre la reforma del Artículo 59:**

60. En cuanto a la modificación del artículo 59 de la Constitución, en lo que respecta al ejercicio de libertades económicas y la elaboración de planes para la inversión pública y privada consideran que la protección al medio ambiente y el reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas, ya se encuentran recogidos en la Constitución vigente²¹. Además, bajo su redacción actual, el artículo 59 busca garantizar que el ejercicio de la libertad de empresa no sea lesivo a bienes jurídicos de carácter colectivo (la moral, la salud y la seguridad pública), de titularidad de todos los individuos independientemente de que formen o no parte de una comunidad campesina o nativa.
61. Sobre la propuesta dirigida a que se formulen los planes de inversión pública de forma descentralizada, no precisa qué mecanismos se establecerían para que dichos planes no vayan en contra del uso eficiente y fiscalizado de los recursos públicos (por ejemplo, a través de la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas). Tampoco se precisa qué mecanismos de participación se establecerían ni cómo se priorizaría la intervención de determinados grupos de la sociedad civil frente a otros, bajo el riesgo de que en el diseño de los referidos planes se prioricen intereses de ciertos colectivos o grupos de interés por encima del bien común. Por ello, consideran mantener la redacción actual del artículo 59 de la Constitución.

- **Sobre la reforma del Artículo 60:**

62. Sobre la modificación del artículo 60 de la Constitución, en lo que respecta a la realización de actividad empresarial por parte del Estado, que según se desprende de la Exposición de Motivos del proyecto de reforma constitucional y del texto propuesto, la modificación planteada tiene por objetivo eliminar el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del estado. En efecto, a diferencia de la versión vigente del artículo 60 de la Constitución, en la propuesta de modificación ya no se establece que el Estado requiere de una ley expresa para realizar actividad empresarial, ni que dicha actividad debe ser subsidiaria. Únicamente se señala que el Estado puede desarrollar actividad empresarial por interés general, razón de alto interés público o para alcanzar objetivos estratégicos de desarrollo.
63. Al respecto, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional²² el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado busca garantizar, en primer lugar, que la intervención del Estado en la economía no coarte las libertades económicas fundamentales de los individuos. Adicionalmente, según ha sido anotado por la Sala de Defensa de la Competencia²³, el principio de subsidiariedad tiene por objeto constituirse en un límite que evite que el Estado se sobredimensione y destine los recursos públicos (escasos por su propia naturaleza) a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada, en lugar de dirigirlos al cumplimiento de sus funciones (por ejemplo, a la provisión de servicios públicos universales y de calidad como salud, seguridad y educación).
64. La inclusión del principio de subsidiariedad en el texto constitucional también se sustenta en que, contrariamente a lo señalado en la Exposición de Motivos del proyecto de reforma constitucional, la gestión de las empresas estatales o de las actividades comerciales brindadas por las entidades públicas no suele ser eficiente si se compara con las actividades privadas. En efecto, conforme a la literatura sobre la

²¹ La Protección del medio ambiente se encuentra recogido en los artículos 2.22, 67 y 68 de la Constitución Política del Perú. Por su parte, el reconocimiento y protección de las comunidades campesinas y nativas se encuentra en los artículos 89 y 149 de la Constitución Política del Perú.

²² Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC del Tribunal Constitucional.

²³ Véase la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI

materia²⁴, una gestión ineficiente y motivada por decisiones políticas puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que afecta el entorno macroeconómico. Más aún, conforme ha sido anotado por la SDC, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Cuando la administración pública concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en situación de artificial ventaja sobre sus competidores. Por ello, consideran mantener la redacción actual del artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

65. Por su parte, la CCD considera, respecto a la eliminación de la exigencia de contar con una ley expresa que autorice la referida actividad, así como el necesario análisis de subsidiariedad que se requiere para identificar aquellos sectores en los que la actividad privada no llega a cubrir la demanda. En ese sentido, se encuentra en desacuerdo con dicha propuesta, principalmente por dos razones:

(i) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley no fundamenta debidamente las razones de la propuesta de modificación. En efecto, la propia Exposición de Motivos reconoce que el Estado ha sido y será ineficiente en la administración de empresas de distintos sectores económicos, concluyendo que ello no sería una verdad absoluta. Sin embargo, cabe resaltar que la referida Exposición de Motivos no fundamenta con datos técnicos o estudios económicos, que la alegada ineficiencia del Estado en la administración de empresas vaya a cambiar con el Proyecto de Ley, el mismo que fomenta una mayor participación empresarial del Estado.

Asimismo, no se señalan cuáles serían los sectores económicos en los que existiría el “*interés general*” al que hacen referencia en el Proyecto de Ley para justificar que el Estado realice actividad empresarial sin observar los filtros correspondientes. Ello evidencia, que no se han identificado los sectores económicos específicos ni las actividades en las que se requeriría una intervención empresarial del Estado, en virtud de la insuficiente oferta privada.

De otro lado, no existe un sustento técnico económico para eliminar el rol subsidiario del Estado en la Economía, siendo que el artículo 60 de la Constitución permite la actividad empresarial del Estado, pero estableciendo requisitos, a efectos de que no se afecte el sistema económico, ni se atente contra la oferta privada.

(ii) Los efectos de la eliminación del Principio de Subsidiariedad serían negativos: El modelo económico peruano es el de una Economía Social de Mercado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú. Ello, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida en el Expediente 008-2003-AI/TC, implica que la iniciativa privada es libre y corresponde a la expresión de la libertad del individuo en el ámbito económico, siendo que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. En ese sentido, la actual redacción del artículo 60 de la Constitución reconoce que el Estado puede intervenir empresarialmente en la economía, siempre y cuando una ley expresa autorice ello y se haya constatado a través del análisis de subsidiariedad que la oferta privada es insuficiente.

Modificar ello traería consigo una serie de efectos negativos. En primer lugar, ocasionaría una intervención estatal sin límites, lo cual coartaría la libre iniciativa

²⁴ Véase: FLOYD, Robert H., GRAY, Clive S. y R. P. SHORT. “Public Enterprise in Mixed Economies. Some macroeconomic aspects”. Washington: International Monetary Fund, 1986, p. 144.

privada de los particulares. En efecto, de acuerdo con lo señalado por la OECD²⁵, los particulares encuentran una serie de desventajas económicas cuando compiten con el Estado. En segundo lugar, se afectaría al consumidor, quien tendría menos alternativas para satisfacer sus intereses de manera adecuada. En tercer lugar, los recursos con los que cuenta el Estado se emplearían de manera ineficiente, en tanto se destinarían a actividades que actualmente ya se encuentran cubiertas, generando déficit en el presupuesto del Estado, de acuerdo a lo señalado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi²⁶ y descuidando aquellas actividades que realmente requieren una intervención prioritaria y eficiente por parte del Estado, como lo son los sectores de Salud, Educación, entre otros.

66. En ese sentido, desde la CCD se propone mantener la redacción actual del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, en tanto la misma garantiza la prestación de productos y servicios por parte de la oferta privada y la actuación subsidiaria del Estado, en el marco de una Economía Social de Mercado.

- **Sobre la reforma del Artículo 61**

67. La SDC considera sobre la modificación del artículo 60 de la Constitución, en lo que respecta a la realización de actividad empresarial por parte del Estado, que de una interpretación de la versión vigente del artículo 61 se desprende que el Estado puede adoptar diferentes medidas o políticas públicas dirigidas a "combatir" el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (entre las que se encuentran la aplicación de sanciones, de medidas correctivas, el desarrollo de abogacías de la competencia y la aplicación de regulación económica), así como una combinación de las mismas, dependiendo de lo previsto en la legislación vigente y de las circunstancias de cada caso. No obstante, bajo la propuesta de modificación podría interpretarse que el Estado siempre deberá aplicar mecanismos punitivos, aun cuando -en determinados escenarios-existan medidas más idóneas y razonables para promover y tutelar la competencia.

68. De acuerdo con lo señalado en la Exposición de Motivos del proyecto de reforma constitucional, la inclusión de los oligopolios en la norma bajo comentario tiene por objeto precisar que esta también constituye una distorsión que el Estado debe "sancionar" y "corregir", pues los oligopolios "son las nuevas formas de establecer posiciones dominantes". Sobre el particular, existen numerosos mercados que por sus características presentan una estructura oligopólica. Si bien es cierto que en dichos mercados pueden existir empresas con posiciones dominantes que abusen de su poder de mercado, el artículo 61 de la Constitución ya establece que el Estado debe combatir el abuso de posiciones dominantes. En ese sentido, la mención a los oligopolios puede llevar a interpretar que el Estado está obligado a combatir, sancionar y corregir este tipo de estructuras de mercado, aun cuando en estas no se desarrollen conductas anticompetitivas. Por ello consideran mantener la redacción actual del artículo 61 de la Constitución Política del Perú.

- **Sobre la reforma del Artículo 62**

69. La SDC considera sobre la modificación del artículo 62 de la Constitución, en lo que respecta a los contratos ley y los términos contractuales pactados entre privados que

²⁵ De acuerdo a lo señalado por la OECD, el Estado dispone de ventajas financieras en el desarrollo de actividad empresarial, frente a los privados. Dichas ventajas comprenden: i) la capacidad de realizar subsidios cruzados entre actividades; ii) las diferencias en el costo del capital, debido a que el Estado no requiere de retorno para continuar sus actividades. OECD (2004). Policy Roundtables. Regulating Market Activities by the Public Sector. Enlace: <https://www.oecd.org/daf/competition/34305974.pdf>

²⁶ De acuerdo a lo señalado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOP, "una gestión ineficiente y motivada por decisiones políticas puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que afecta el entorno macroeconómico".

la propuesta establece que únicamente los términos contractuales entre privados no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Según se desprende de la Exposición de Motivos del proyecto de reforma constitucional, dicha precisión apunta a que los contratos en los que el Estado es parte puedan ser modificados unilateralmente por este último y a la eliminación de los denominados contratos-ley. Si bien se reconoce que estos han sido beneficiosos para el desarrollo empresarial del país, se señala que "también han generado grandes pérdidas al Estado respecto a los contratos que se firmaron con empresas que vieron en este sistema de protección jurídica un negocio y no una oportunidad de hacer empresa".

70. La posibilidad de que el Estado modifique unilateralmente los términos pactados en los contratos suscritos con particulares, así como la eliminación de los contratos-ley, restaría seguridad jurídica a los agentes económicos, desincentivando la inversión privada en un contexto en el que esta resulta de suma urgencia para el cierre de brechas en infraestructura pública y social. El hecho de que puedan haber existido empresas favorecidas por este tipo de acuerdos no justifica su eliminación, sino que debería conllevar a un mejor diseño y fiscalización de su implementación, así como, de ser el caso, a la aplicación de las sanciones administrativas, civiles y penales que correspondan. Por ello consideran mantener la redacción actual del artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

- **Sobre la reforma del Artículo 63**

71. La SDC considera sobre la modificación del artículo 63 de la Constitución, en lo que respecta a la solución de controversias de derecho público que no resulta conveniente que se elimine la posibilidad de que el Estado pueda someter sus controversias a arbitraje nacional e internacional. Lo anterior implicaría que en dicho escenario las partes contratantes se vean impedidas de acudir a la vía arbitral para solucionar cualquier conflicto de índole meramente patrimonial, a pesar de que por lo general esta resulta más célere y, en algunos casos, especializada que la vía judicial. Además, dicha propuesta va en contra de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Constitución²⁷, que reconoce el carácter jurisdiccional de la función arbitral.
72. Si bien en la Exposición de Motivos de la propuesta de reforma constitucional se resalta que en los últimos cinco años el Estado ha asumido un costo de un poco más de 1800 millones de Soles como consecuencia del cumplimiento de laudos arbitrales, el dato en cuestión debería incentivar al establecimiento de mecanismos que reduzcan el riesgo de incumplimiento de aquellas obligaciones contractuales que son de cargo de las entidades públicas, y no a dificultar el cobro de las indemnizaciones que correspondan en favor de las partes afectadas por dicho incumplimiento. Por ello consideran mantener la redacción actual del artículo 63 de la Constitución Política del Perú.

- **Sobre la reforma del Artículo 64**

73. La SDC considera que la modificación del artículo 64 de la Constitución, en lo que respecta a la creación de empleo, el mejoramiento de salarios y el otorgamiento de subsidios que, si bien en la Exposición de Motivos de la propuesta de reforma constitucional se señala que la garantía constitucional de libre tenencia y disposición de moneda extranjera resulta innecesaria, pues estas se verían cubiertas por el derecho a la propiedad; lo cierto es que resulta importante que este derecho se encuentre expresamente tutelado en la Constitución, a fin de impedir cualquier

²⁷

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139.- Son principios y derechos -de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

interpretación que pretenda sustentar algún acto orientado a restringir las operaciones en moneda extranjera o a exigir la conversión obligatoria de divisas. Por ello consideran mantener la redacción actual del artículo 64 de la Constitución Política del Perú.

e) **Posición de la Oficina de Asesoría Jurídica sobre el Proyecto de Ley**

74. A partir de la revisión de la propuesta normativa, así como su respectiva exposición de motivos, la OAJ coincide con lo señalado en los puntos precedentes del presente informe, y considera que tanto ambos documentos carecen del rigor técnico necesario para sustentar una propuesta de modificación a la Constitución.
75. En efecto, las propuestas planteadas no cuentan con el sustento correspondiente y carecen de la evidencia necesaria para fundamentar adecuadamente las mismas, además de no identificar de forma adecuada cuáles serían los problemas derivados de la regulación actual que impiden el desarrollo de la economía bajo las reglas contenidas en los artículos constitucionales que se plantea modificar.
76. En este sentido, y conforme a lo señalado a lo largo del presente informe, esta Oficina considera que el Proyecto de Ley no es viable y, de ser el caso, requiere ser reformulado en su integridad.

III. CONCLUSIONES

Sobre la base de las consideraciones expuestas, se concluye lo siguiente:

- (i) La Exposición de Motivos adolece de una serie de imprecisiones, requiriendo mayor evaluación general y práctica. Es necesario recordar que una técnica legislativa adecuada -más aún, en el caso de proyectos de reforma constitucional- exige un análisis pormenorizado de las razones que justifican la incorporación de dichas modificaciones, detallando su viabilidad y conveniencia práctica y derivando en beneficios claros y tangibles para la sociedad, sin que sea posible fundamentar dicha posición en función de fórmulas generales o superficiales.
- (ii) La Dirección Nacional de la Investigación y Promoción de la Libre Competencia considera que las fórmulas legales contenidas en el Proyecto de Ley dirigidas a modificar el artículo 61 de la Constitución Política del Perú (especialmente, aquella vinculada a los «oligopolios») deben rechazarse, en tanto no resultan pertinentes ni relevantes y tampoco evalúan debidamente los mecanismos legales de defensa de la libre competencia que se encuentran vigentes para abordar la problemática descrita en la Exposición de Motivos.
- (iii) La Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor considera que la fórmula legal contenida en el Proyecto de Ley, dirigida a modificar el artículo 65 de la Constitución Política no resulta viable en tanto eliminaría el reconocimiento expreso respecto a la doble obligación que tienen el Estado de garantizar y velar por el derecho a la información y por la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, lo que limitaría la garantía constitucional respecto a tales derechos de carácter personal y subjetivo, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos.

Asimismo, dicho extremo de la propuesta de modificación no cuenta con sustento a nivel de la Exposición de Motivos y del análisis costo-beneficio, todo ello sin perjuicio de que la facultad sancionadora ya se encuentra recogida implícitamente en el texto constitucional actual, conforme a lo ha señalado el Tribunal Constitucional y cuenta, asimismo, con desarrollo a nivel legal.

- (iv) Respecto a la propuesta de modificación de los artículos 58, 59, 60, 61, 62, 63 y 64 del Capítulo I del Título III de la Constitución Política, sugerimos tomar en consideración los comentarios formulados por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia y la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, contenida en el acápite d) del presente informe.
- (v) En atención a lo indicado en el presente informe, el Proyecto de Ley no es viable y, de ser el caso, requiere ser reformulado en su integridad.

Finalmente, las áreas que suscriben el presente informe reiteramos la disposición para cualquier apoyo técnico legal que sea requerido, atendiendo a las competencias que legamente han asignadas.

Jesús Eloy Espinoza Lozada
Director
Dirección Nacional de la Investigación y
Promoción de la Libre Competencia

Yazmin Zárate Sheen
Jefa (e)
Gerencia de Estudios Económicos

Ana Peña Cardoza
Directora
Dirección de la Autoridad Nacional
de Protección del Consumidor

Luis Alberto León Vásquez
Secretario Técnico
Comisión de Dumping, Subsidios y
Eliminación de Barreras Comerciales No
Arancelarias

Julio Martín Ubillus Soriano
Jefe
Oficina de Asesoría Jurídica