THĒMIS

Revista de Derecho



Douglas North • Carlos Fernández Sessarego • Guido Calabresi • José Massaguer
Enrique Elías Laroza • Wernhard Moschel • Baldo Kresalja • Barry Weingast
Valentín Paniagua • Juan Terradillos • Alberto Bustamante • Luis Diez Canseco
Luis Tineo • César Guzmán Barrón • Ernesto Blume Fortini • Alberto Rebaza • Alfredo Bullard
Ana María Pacón • Rubén Ugarteche • Carmen Arana • Gladys Triveño • Manuel Abanto
Teodoro Hampe • Jose Delmar • Ginette Lumbroso • Roger Rubio

Segunda Epoca /1997/No. 36



Jacques - Louis David
EL JURAMENTO DE LOS HORACIOS
Museo del Louvre, París

THĒMIS

Revista de Derecho

Prohibida la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación sin autorización expresa de la revista.

PRESENTACIÓN

Cuando, hace ya más de treinta años, un grupo de alumnos de esta Facultad decidió emprender la aventura de fundar **THĒMIS - Revista de Derecho**, *fueron muy pocos los que imaginaron, en medio de un ambiente de generalizada indiferencia y apatía, que la empresa lograría superar los obstáculos, aparentemente insalvables, que afrontaba para asegurar su continuidad y florecimiento. Sin embargo, por diversos motivos, algunos ajenos al frío análisis racional, la idea enraizó en las mentes y corazones de sucesivas generaciones de jóvenes estudiantes quienes, a despecho de su inexperiencia y de las dificultades inherentes a la tarea, consiguieron que ese sueño llamado* **THĒMIS** *perdurara. Un sueño similar, aunque de mayor envergadura, dio origen a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, la que, tras un comienzo modesto pero lleno de promesas, ha logrado convertirse en una de las más importantes fuentes de saber jurídico del país, hasta el punto de que hoy resulta imposible enumerar a los destacados juristas, hombres públicos, maestros y abogados de renombre que han pasado por sus aulas. Los mejores de ellos llevan la impronta de la esmerada educación recibida en esta Facultad, cuyo mayor valor consiste en la combinación de excelencia académica y profesional con probidad moral e intelectual, todos aspectos indispensables para la formación de un verdadero hombre de Derecho.*

Tanto **THĒMIS - Revista de Derecho** *como la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, son claros ejemplos de que en el origen de toda gran empresa siempre hay un gran sueño. Pues sólo un gran ideal puede aglutinar alrededor de una promesa a personas de diversa ideología, experiencia y circunstancias personales, y dar origen a una institución que perdure en el tiempo; sólo un gran ideal puede asegurar que esa institución prospere y brinde frutos siempre nuevos; sólo un gran ideal puede cobijar a grandes hombres. Empero, las instituciones no sólo se articulan sobre la base de un ideal, sino que requieren del esfuerzo de hombres dispuestos a asumir esa idea, recrearla y convertirla en el cimiento de nuevos logros y nuevas búsquedas. Uno de estos hombres providenciales, cuya trayectoria aparece íntimamente vinculada tanto a* **THĒMIS - Revista de Derecho** *como a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, es el doctor Jorge Avendaño. Hacer una reseña de las virtudes personales y de los éxitos académicos y profesionales del doctor Avendaño sería superfluo, pues son por todos conocidos; solamente nos queda, entonces, tributarle el homenaje que merece de la única y mejor manera a nuestro alcance: a través de las páginas de nuestra publicación.*

Resulta fácil constatar que el desarrollo de toda institución nunca está exento de problemas, y una de las instituciones cuya implementación ha generado mayor polémica, y cuyas consecuencias son de la mayor trascendencia para la vida del país es, sin lugar a dudas, el libre mercado. En esta ocasión, hemos dedicado nuestras páginas al tratamiento de este fenómeno, y de la disciplina que lo estudia desde una perspectiva jurídica, es decir, el Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Por tal motivo, hemos convocado a destacados especialistas en la materia, algunos -como el doctor Alfredo Bullard y la doctora Ana María Pacón- vinculados a la administración pública; y otros, como los doctores Diez Canseco y Kresalja, que estudian sus aspectos más saltantes desde la perspectiva del sector privado. Además, contamos con la participación de renombrados juristas extranjeros, como el alemán Wernhard Moschel y el español José Massaguer -quien aporta un ensayo inédito sobre la acción de competencia desleal en el Derecho español. Sin embargo, y como es habitual, nuestra publicación contiene artículos sobre diversos temas de interés; resaltan, entre otros, el trabajo del doctor Fernández Sessarego sobre el daño a la identidad personal y el del doctor Enrique Elías sobre la escisión de sociedades. Cabe destacar la presencia del profesor Douglas North, Premio Nobel de Economía, y del doctor Guido Calabresi, una de las figuras más importantes de la Escuela del Análisis Económico del Derecho.

Quienes hacemos esta publicación consideramos que el número 36 de **THĒMIS - Revista de Derecho** *no es sólo una ocasión para analizar diversos aspectos de la realidad nacional desde la perspectiva que nos compete, que es la del Derecho; este número es, sobre todo, una apuesta llena de esperanza en favor de la continuidad y el desarrollo de nuestra institución, y un eslabón más en la cadena que, confiamos, nos permitirá algún día alcanzar el sueño que le dio origen.*

EL COMITÉ DIRECTIVO

THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

COMITÉ DIRECTIVO

Gonzalo Barrionuevo Alba
Gianina Gotuzzo Oliva
Zoila Horna Zegarra
Fernando Molina Rey de Castro
Alfredo Polo Gálvez
Gonzalo Zegarra Mulanovich

MIEMBROS

Kathy Ames Valdivieso
Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
Fernando Cáceres Freyre
Rita Cornejo Lanao
Pablo Cueto Saco
Verónica Ferrero Díaz
Andrés Gómez de la Torre Barrera
Carlos Granda Bullón
Melisa Guevara Paredes
Rafael Lanfranco Gallofré
José Miguel Porto Urrutia
Rafael Puiggrós Aramburú
Diego R. La Rosa González del Riego
Roxana Ramírez Ráez
Hugo Sifuentes Domenack
Luis Vargas Loayza
Delia Vásquez Llerena
María Teresa Vizcarra Alarcón

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Carlos Cárdenas Quirós
Manuel de la Puente y Lavalle
Carlos Fernández Sessarego
Baldo Kresalja Roselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Fernando de Trazegnies Granda

THĒMIS -Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores y entrevistados en el presente número.

© Asociación Civil **THĒMIS -Revista de Derecho**
2do. piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 460-2870 anexo 346. Casilla Postal 110711-Lima 11.
Correo Electrónico: themis@. pucp.edu.pe

Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial No.072-88-JUS del 15 de febrero de 1988

ÍNDICE

Wernhard Moschel
Fines de protección de un Derecho de la Competencia 7

Luis Tineo
Acceso a los mercados e integración económica en América Latina: Consideraciones de política de competencia 17

Ernesto Blume Fortini
La Constitución Económica peruana y el Derecho de la Competencia 29

Luis Diez Canseco
Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica 39

Alfredo Bullard González
¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las Prácticas Predatorias y el Abuso de Posición de Dominio. 65

Alberto Rebaza
El control de adquisiones y fusiones en la nueva Ley Antimonopolio del sector eléctrico: Una raya más al tigre del intervencionismo 91

José Massaguer
La acción de competencia desleal en el Derecho español 103

Jose Delmar
De la publicidad y otros demonios 119

César Guzmán Barrón
El dumping en el comercio internacional 137

Manuel Abanto
La protección penal de la competencia 143

Baldo Kresalja Rosselló
Los objetivos del Derecho de Patentes: notas sobre su evolución 155

Ana María Pacón
Implicancias del TRIPs en el Derecho de Marcas 175

Gladys Triveño
De los límites al Derecho de Autor y las posibilidades de su ejercicio 191

Carmen Arana Courrejolles
La cancelación de la marca por falta de uso 195

Rubén Ugarteche Villacorta 203
El Derecho de Autor y las nuevas tecnologías

INTERDISCIPLINARIAS

Douglas North y Barry Weingast
Constituciones y compromiso: la evolución de las instituciones públicas gubernamentales en la Inglaterra del siglo XVII 213

Guido Calabresi
Comentarios: Las simples virtudes de "La Catedral" 233

Teodoro Hampe Martínez
Hugo Piaggio Bertora: Decano y Maestro de Derecho 239

Carlos Fernández Sessarego
Daño a la identidad personal 245

Enrique Elías Laroza
Escisión de sociedades 273

Valentín Paniagua Corazao
Democracia representativa versus autocracia representativa 283

Juan Terradillos
Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el Nuevo Código Penal español 291

Alberto Bustamante Belaunde
Algunos comentarios en torno al marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú 307

Roger Rubio
El régimen fiscal de atribución de rentas e impuesto en las asociaciones en participación y los *Joint Ventures* 317

Homenaje a Jorge Avendaño 329

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Ginnete Lumbroso
"Más protección sin irritación" ¿será cierto? La objetividad en la publicidad comparativa 339

PÁGINA UNIVERSITARIA 351

RESEÑAS DE LIBROS 353

FINES DE PROTECCIÓN DE UN DERECHO DE LA COMPETENCIA* **

Wernhard Moschel
Catedrático de Derecho
Civil, Comercial y Económico
Universidad de Tübingen, Alemania.

Actualmente existe consenso en que la protección de la competencia ante falseamientos debería ser el objetivo fundamental de cualquier legislación de competencia. Sin embargo, esto es sólo un punto de partida, pues la protección de la competencia nos plantea diversos problemas, entre los cuales debemos destacar la dificultad que existe para discriminar entre conductas competitivas y anticompetitivas. En efecto, numerosas conductas son ambivalentes en lo concerniente a sus efectos sobre la competencia. Así, por ejemplo, las discriminaciones de precios pueden formar parte de una estrategia deliberada dirigida a eliminar competidores; pero, contrariamente, también pueden tener carácter estimulante de la competencia.

En el presente artículo, el doctor Wernhard Moschel, uno de los representantes más destacados de la doctrina alemana sobre Derecho de la Competencia, analiza las diferentes maneras en que se ha tratado de resolver el problema descrito líneas arriba. Para ello recurre a la doctrina y la legislación comparadas, e incide especialmente en la experiencia norteamericana. Su investigación le conduce a afirmar que la protección de la competencia no debe orientarse hacia la búsqueda de determinados resultados de mercado, sino más bien a la salvaguardia de las propias condiciones del proceso de mercado.

La discusión sobre los fines de protección apropiados de un Derecho de la Competencia es antigua. Ella no termina nunca. Su importancia se debe a diversos motivos.

A nivel mundial, el Derecho de la Competencia se sirve de conceptos jurídicos indeterminados: restricción de la competencia, competencia desleal, monopolización, abuso de una posición dominante en el mercado, entorpecimientos injustificados, etc. Esto no es ninguna casualidad, en tanto depende de la dinámica del objeto de regulación; una economía que se encuentra en permanente cambio. *"Sound antitrust rules are simply not amenable to fixed, detailed, articulation"*.[1] Para la concreción de tales cláusulas generales es determinante el fin de protección de una ley.

De tiempo en tiempo los legisladores suelen hacer adaptaciones: la GWB [Ley Contra Prácticas Restrictivas de la Competencia alemana] de 1957 ha sido modificada por quinta vez, con vigencia desde el 01 de enero de 1990.[2] Algo parecido rige para la legislación francesa de la competencia, la cual fue últimamente cambiada en sus bases por la Orde-

* Título original: *"Schutzziele eines Wettbewerbsrechts"*, publicado en el Libro-Homenaje a Fritz Rittner, Munich, 1991, p. 405 y ss.

** Traducción realizada por el Dr. Manuel Abanto Vásquez. La traducción respeta las citas y referencias bibliográficas en su idioma original (inglés y alemán). Se colocan entre corchetes [...] las aclaraciones que el traductor ha considerado necesarias para una mejor lectura.

[1] Comp. la toma de posición en minoría de los Senadores Thurmond, Hatch y Simpson en la propuesta de una *Consumer Protection Against Price-Fixin Act of 1989*, 101st Cong. 2d Sess. Senate Report 101-251, impreso en CCH TRR Suppl. N° 94 de 13 de marzo de 1990, p. 30, refiriéndose al Senador Sherman, 21 Cong. Rec. 2460 (1989): *"It is difficult to define in legal language the precise line between lawful and unlawful combinations. This must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as lawmakers, can do, is to declare general principles, and we can be assured that the courts will apply them so as to carry out the meaning of the law, as the courts of England and the United States have done for centuries."*

[2] BGBl. 1989 I, p. 2486.

nanza 86-1243 del 01 de diciembre de 1986[3]. Italia quiere tener por primera vez una ley sobre prácticas restrictivas de la competencia[4]. A nivel de la Comunidad Europea, en diciembre de 1989 fue promulgado un Reglamento de control de fusiones.[5] La más importante guía para tal trabajo legislativo está constituida por los fines de protección perseguidos por el sistema *antitrust*. En los EE.UU. las modificaciones legislativas han sido menos drásticas. La Ley Sherman puede festejar plenamente sus 100 años de vida en este año, pero la discusión sobre los fines del Derecho *Antitrust* se ha vuelto más aguda que nunca.[6] Las teorías monistas ven en la eficiencia económica el único fin, todo lo demás sería "pura tontería intelectual".[7] Según ella, su posición tendría, en estos momentos, una clara mayoría. Las doctrinas pluralistas ven en ello un extravío *"in the minds of a few antitrust advocates and no one else"*. El "espíritu del *antitrust*" estaría en peligro.[8]

El Congreso norteamericano ha participado con singular firmeza en este debate. Cuando la *"Antitrust Division"* intentó evadir la prohibición *per se* de ataduras verticales de precios practicada invariablemente por los Tribunales, el Congreso aprobó el presupuesto de la *Antitrust Division* solamente bajo la condición de que ésta no debería gastar un solo dólar en tales actividades.[9]

Las tesis que voy a desarrollar aquí son dos:

La mencionada discusión sólo ha conducido limitadamente a esclarecer las cosas. Ha contribuido a plantear la pregunta correcta y, de esa manera, ha ayudado a evitar que se invadan terrenos errados.

Aún cuando existe consenso en que la protección de la competencia ante falseamientos debería ser el único objetivo, o por lo menos el objetivo fundamental de una legislación de competencia, las verdaderas dificultades comienzan recién después de este punto. La delimitación entre conductas competitivas y anticompetitivas –aparte de un núcleo de prácticas restrictivas "desnudas" de la competencia- sigue siendo un campo en el cual el análisis y la especulación invariablemente coexisten, estrechamente vinculados.

[3] J. O. de 09 de diciembre de 1986, p. 14773 = WuW 1988, p. 38; al respecto Bach, *"Reform des französischen Wettbewerbsrechts"*, RIW 1987, p. 419-428; Kleemann, *"Das neue französische Wettbewerbsrecht"*, WuW 1987, p. 628-635; Roudard, *"Schwerpunkte des neuen französischen Kartellrechts"*, GRUR Int. 1989, p. 647-659; Lob, *"Das neue französische Recht der Wettbewerbsbeschränkungen"*, RIW 1988, p. 92-98.

[4] Al respecto Bianchi/Gualtieri, *"Mergers and acquisitions in Italy and the debate on competition policy"*, 34 Antitrust Bull. 601-624.

[5] Abl. N° L 395 de 30 de diciembre de 1989, p. 1-12.

[6] La literatura es inmensa. He aquí una selección de lo más reciente: Adams/Brock, *"Antitrust and Efficiency: A Comment"*, 62 N. Y. U. L. Rev., p. 1116-1124 (1987); Audretsch, *"Divergent Views in Antitrust Economics"*, 33 Antitrust Bull., p. 135-160 (1988); Areeda, *"Monopolization, Mergers, and markets: A Century Past and the Future"*, 75 Calif. L. Rev., p. 959-981 (1987); Areeda/Turner, *"Antitrust Law"*, Vol. I, Boston 1978, caps. 103-113; Baker, *"Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views"*, 58 Antitrust L. J., p. 645-655 (1989); Barnes, *"Nonefficiency Goals in the Antitrust Law of Mergers"*, 30 Wm. & Mary L. Rev., p. 787-866 (1989); Baxter, *"Reflections upon Professor Williamson's Comments"*, 27 St. Louis U. L. J., p. 315-320 (1983); Brodley, *"The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress"*, 62 N. Y. U. L. Rev., p. 1020-1053 (1987; Calvani, *"Rectangles & Triangles: A Resonse to Mr. Lande"*, 58 Antitrust L. J., p. 657-659 (1989); Constantine, *"An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics"*, 58 Antitrust L. J., p. 661-668 (1989); Curran III, *"Beyond Economic Concepts and Categories: A Democratic Refiguration of Antitrust Law"*, 31 St. Louis U. L. J., p. 349-378 (1987); el mismo, *"On Democracy and Economics"*, 33 Antitrust Bull., p. 753-777 (1988); Easterbrook, *"Comparative Advantage and Antitrust Law"*, 75 Calif. L. Rev., p. 983-989 (1987); el mismo *"Workable Antitrust Policy"*, 84 Mich. L. Rev., p. 1696-1713 (1986); Fisher/Johnson/Lande, *"Price Effects of Horizontal mergers"*, 77 Calif. L. Rev., p. 777-827 (1989); Foer, *"The Political-Economic Nature of Antitrust"*, 27 St. Louis U. L. J., p. 331-340 (1983); Fox, *"The Modernization of Antitrust: A New Equilibrum"*, 66 Cornell L. Rev., p. 1140-1192 (1981); Fox/Sullivan, *"Antitrust-Retrospective and Prospective: Where Are We Comming From? Where Are We Going?"*, 62 N. Y. U. L. Rev., p. 936-968 (1987); Johnson, *"Current Antitrust Goals and Policies: How Different are They Really?"*, 27 St. Louis U. L. J., p. 321-330 (1983); Kaplow, *"Antitrust, Law & Economics, and the Courts"*, 50 Law & Contemp. Probs., p. 181-216 (N° 4-1987); Kauper, *"The Sullivan Approach to Horizontal Restraints"*, 75 Calif. L. Rev., p. 893-915 (1987); Lande, *"The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust"*, 33 Antitrust Bull., p. 429-465 (1988); el mismo, *"Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust"*, 58 Antitrust L. J., p. 631-644 (1989); Pitofsky, *"Antitrust in the Next 100 Years"*, 75 Calif. L. Rev., p. 817-833 (1987); Scherer, *"Antitrust, Efficiency, and Progress"*, 62 N. Y. U. L. Rev., p. 988-1019 (1987); Shepherd, "Three *"Efficiency School" Hypotheses About Market Power"*, 33 Antitrust Bull., p. 395-415 (1988); Sullivan, *"The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints"*, 75 Calif. L. Rev., p. 835-891 (1987); Turner, *"The Durability, Relevance, and Future of American Antitrust Policy"*, 75 Calif. L. Rev., p. 797-815 (1987); Williamson, *"Antitrust Enforcement: Where it's been, Where it's going"*, 27 St. Louis U. L. J., p. 289-314 (1983).

[7] Bork, *"Panel Discussion: Merger Enforcement and Practice"*, 50 Antitrust L. J. 238 (1981).

[8] Ver por ejemplo Baxter, *"Panel Discussion: The Direction of Antitrust in the Decade Ahead: Some Predictions"*, 57 Antitrust L. J., p. 89-94 (1988); más ref. bibliográficas en Lande, *"Chicago's False Foundation"* (nota 6), en la p. 633.

[9] Kaplow (nota 6), p. 181 y 210.

I.- EL DESCUBRIMIENTO PRÁCTICO: EL DOMINIO DE LAS TEORÍAS PLURALISTAS

En Europa dominan doctrinas pluralistas.[10]

Así, la GWB alemana apunta ciertamente a la protección de procesos de competencia libres, pero tiene en cuenta objetivos conflictivos:[11] la prohibición fundamental de cárteles del artículo 1 GWB tiene resquebrajamientos. El artículo 4 GWB, por ejemplo, permite cárteles de crisis estructurales. Esta regulación está también motivada socio-políticamente. El artículo 5b GWB crea facilidades de cooperación para empresas medianas y pequeñas. Detrás de esto se encuentran reflexiones sobre la protección de la mediana empresa. El artículo 8 GWB otorga al Ministro Federal de Economía la posibilidad de permitir cárteles, "cuando excepcionalmente la restricción de la competencia es necesaria por motivos superiores de la macroeconomía y del bienestar general". Un ejemplo fue el acuerdo entre productores de cigarrillos en Alemania para renunciar a la publicidad televisiva. La protección de la salud fue el motivo de la autorización. Según la GWB están prohibidas las ataduras verticales de precios (artículo 15), pero existe una excepción para libros por motivos culturales y políticos (artículo 16 GWB). El control de fusiones, conforme al artículo 24, párrafo 1 GWB está estrictamente orientado a la competencia (aparición o refuerzo de una posición dominante en el mercado). Pese a ello, el artículo 24, párrafo 3 GWB faculta al Ministerio Federal de Economía a permitir cualquier concentración si está justificada por un interés general superior. Puntos de vista políticos de la ocupación, de política regional o de política industrial juegan aquí un papel importante.

El Derecho francés de cárteles era tradicionalmente entendido como un instrumento estatal de dirección de la economía. Esto ya no rige más en forma tan marcada para la nueva *"Ordonnance"* de diciembre de 1986, la cual se orienta materialmente de manera amplia en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Después de todo, la ley permanece inaplicable para todas las prácticas restrictivas de la competencia "que resultan del empleo de una ley –o de un texto reglamentario promulgado para su cumplimento" (artículo 10, párrafo 1). Aquí sigue siendo posible la instrumentalización a favor de cualquier fin público. Mediante reglamentos se puede configurar excepciones por grupos para tipos particulares de acuerdos, entre otros motivos, "cuando tienen por objeto mejorar la administración de empresas medianas o pequeñas" (artículo 10, párrafo 2). Ésta es una forma de doctrina de la *"small-business"*. Todo un cúmulo complicado de disposiciones regula las negativas de venta (*refus de vente*), las prácticas discriminatorias y la prohibición de vender bajo un precio de compra. Su finalidad es también la protección de estructuras tradicionales de distribución. Un control de fusiones sólo es posible cuando el Ministro de Economía da la correspondiente orden al *"Conseil de la Concurrence"*. Igualmente el Ministro tiene libertad para decidir, mediando acuerdo del Ministro del sector afectado, siguiendo un informe del *"Conseil"*. El control de fusiones rige en Francia no tanto como aplicación del Derecho, sino como objeto de responsabilidad política. Consecuentemente amplio es el espectro de los objetivos que se persiguen.

En Gran Bretaña no hay más que recordar la regulación de control de fusiones. También aquí sólo un Ministro, el *"Secretary of State"* del *"Department of Trade and Industry"*, puede ordenar a la *"Monopolies and Mergers Commission"* que inicie investigaciones o, eventualmente, que imponga medidas. La justificación para esta competencia consiste precisamente en que se trataría por regla general de la decisión acerca de conflictos entre objetivos con contenido político.[12] El criterio material de intervención es que se trate de una infracción contra el "interés público". Si bien el artículo 84 de la *"Fair Trading Act"* de 1973 concreta este concepto jurídico extremadamente indeterminado en el sentido de una protección de la competencia, no lo hace de manera exclusiva. Los aspectos de política laboral y de política regional pueden ser aquí tan determinantes como los aspectos de política militar. Esto último jugó un papel por ejemplo en la reciente compra de la empresa electrónica inglesa Plessey a través de la alemana Siemens AG.

[10] Fox, *"The Battle for the Soul of Antitrust"*, 75 Calif. L. Rev., p. 917-923 (1987).

[11] Ver la exposición en el *"Senate Report"*, p. 101-251 (nota 1), p. 3; acerca de la relación entre Antitrust Division y Congreso ver el *"Report of the American bar Association Section of Antitrust Law Task Force on the Antitrust Division of the U. S. Department of Justice"* de 19 de julio de 1989, 57 Antitrust & Trade Reg. Rep. Special Suppl., p. 14 (N° 1425-1989).

[12] Ver por ejemplo van der Esch, *"EC Rules on Undistorted Competition and U. S. Antitrust Laws: The limits of Comparability"*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1988, New york 1989, cap. 18, p. 18-29; de Jong, *"Competition Policy in Europe: Stimulus, Nuisance or Drawback?"* en K Groenveld/J. A. H. Maks/J. Muysken (editores), Economic Policy and the Market Process, Austrian and Mainstream Economics, North Holland 1990, p. 111-138.

A nivel del Derecho Comunitario debe contemplarse de inicio que las reglas de competencia presentan un objetivo de política de integración: ellas deben promover la aparición de un mercado unificado. El artículo 85, párrafo tercero, del Tratado de Roma posibilita, aparte de eso, exenciones a la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia del artículo 85, párrafo primero. Esto puede ocurrir a través de decisiones de la Comisión para casos particulares, así como también mediante los llamados reglamentos de exenciones por grupos. Regularmente hay una orientación hacia la competencia. Sin embargo, en ambas variantes sigue siendo posible considerar objetivos ajenos a la competencia. Así, constituyen ejemplos la autorización de cárteles de crisis por motivos sociales, tales como dilatar una disminución de puestos de trabajo, o de acuerdos de restricciones mutuas por una serie de motivos (no solamente por motivos orientados en la competencia). Con referencia al nuevo Reglamento Comunitario de Fusiones, durante mucho tiempo dominó la discusión sobre si se deberían formular solamente criterios de intervención relacionados con la competencia o también aquéllos que permitan objetivos de política industrial. El resultado obtenido es un compromiso de formulación entre ambas posiciones.[13] No puede pronosticarse confiablemente qué es lo que la práctica desarrollará a partir de ello. El artículo 21, párrafo 3, del Reglamento, deja a la reglamentación de los Estados miembros la posibilidad de prohibir concentraciones "para proteger otros intereses más justos que aquéllos que son contemplados en este Reglamento". La seguridad pública, la pluralidad de medios de comunicación y las reglas de vigilancia son tenidas *per se* como tal interés público. En los demás objetivos la Comisión tiene que dar su conformidad previamente en un proceso formal. La posible pluralidad de objetivos es visible aquí, por decirlo así, en forma químicamente pura.

No debe darse una falsa impresión: también de este lado del Atlántico [Europa] la legislación de la competencia, así como su empleo, se orienta más y más hacia la finalidad de protección de la competencia. En relación con intervenciones soberanas en los procesos de mercado, se da correspondientemente una creciente eliminación de tales regulaciones. El desarrollo todavía no ha llevado a prescindir de las concepciones pluralistas.

En lo referente a los Estados Unidos, no quiero formular aquí una valoración personal sobre la discusión acerca de la finalidad de la protección. No obstante, hay que recordar la dependencia de ésta de su marco institucional.

La política de los Estados Unidos no se orienta naturalmente de manera exclusiva dentro de un sistema referencial de economía de competencia. Se hacen correcciones estatales de los resultados de mercado mediante redistribuciones, mediante subvenciones. La *"small business"* es protegida a través de alguna participación preferente en el reparto de obras públicas. Las llamadas *"regulated industries"* están sometidas a una dirección específica, a veces de carácter muy amplio. La política de ocupación, la política regional y los objetivos de política industrial pueden plasmarse en prácticas proteccionistas. Un ejemplo de ello son los acuerdos de restricciones mutuas iniciados estatalmente. También el *"Trade Act"* del año 1988 puede ser activado para ello. Puede controlarse la adquisición de empresas norteamericanas por empresas extranjeras, tomando en consideración el aspecto de la seguridad política, etc. Claro que, desde la perspectiva de un Derecho de la Competencia, puede uno deshacerse de todo esto ubicándolo dentro del marco de los presupuestos previos[14] al funcionamiento de la libre competencia. Con ello no se cuestiona una exclusiva orientación del Derecho de la Competencia hacia la eficiencia. Empero, debe verse que con esto la discusión aquí tratada pierde rango, pierde importancia. Mucho más importante se vuelve la cuestión de cómo deben repartirse las competencias entre Estado, por un lado, y sociedad, por el otro; qué medida de división horizontal de poderes debe respetarse según los fines. Esto constituye, más bien, el objeto de discusión de la desregulación en vez del de la discusión en torno al fin de protección dentro de un Derecho de Competencia históricamente dado. Sin embargo, una importante preferencia por la separación estricta entre marco de condiciones políticas y Derecho de la Competencia consiste en que se incrementan la transparencia y la responsabilidad de los procesos de decisión. El Tribunal de las Comunidades Europeas toma en cuenta esto en una jurisprudencia interesante que todavía se encuentra en desarrollo[15]: las reglas de competencia de las Comunidades se dirigen a las empresas. Las reglas no controlan las restricciones

[13] Una visión global en Möschel, *"Recht der Wettbewerbsbeschränkungen"*, 1983, n. marg. 247 y ss., 389 y ss., 897 y ss.

[14] Comp. Whish, *"Competition Law"*, 2ª ed., Londres-Edinburgo 1989, p. 88 y ss., 724, 734-735.

[15] Janicki, *"EG-Fusionskontrolle auf dem Weg zur praktischen Umsetzung"*, WuW 1990, 195-205.

estatales de la competencia. No obstante, los Estados miembros, según esta jurisprudencia basada en los artículos 3 f), 5 y 90 del Tratado de Roma, están prohibidos de restar el efecto útil (*effet utile*) de las disposiciones sobre competencia de los artículos 85 y 86: los Estados miembros tienen que omitir cualquier medida que ordene a las empresas, les facilite o refuerce los efectos de conductas infractoras del Derecho de Cárteles. Con ello no se toca la regulación en forma puramente soberana. No son permitidas las medidas en zonas grises, en forma mixta, en las cuales se complementan restricciones de la competencia y apoyo soberano. Esto obliga a que la política estatal sea clara en sus tipos legales, pero no obliga necesariamente a renunciar a ciertos contenidos.

Un segundo aspecto es que el Derecho *Antitrust* norteamericano por sí mismo considera fines que trascienden a la competencia en contextos particulares. Un ejemplo de ello es el control de concentraciones para los bancos[16]. Hay una competencia paralela entre las autoridades bancarias de vigilancia y la "*Antitrust Division*". Si esta última lleva un caso a los Tribunales, éstos deben emplear los mismos estándares de verificación que las autoridades bancarias de vigilancia (excepto cuando hay una infracción contra el artículo 2 de la *Sherman Act*). Pero estos estándares no coinciden plenamente con el artículo 7 de la "*Clayton Act*". Más bien debe probarse si los efectos anticompetitivos de la transacción son superados por un interés público, a saber por un "*probable effect... in meeting the convenience and needs of the community to be served*". Otro ejemplo es la desconcentración de la AT&T, probablemente la decisión *Antitrust* más importante por sus efectos que se haya tomado alguna vez. El juez Green del "*District Court*" en Washington D. C. tomó para sí las enmiendas del "*Modified Final Judgement*" del año 1982[17]. De esta manera asumió *de facto* el papel de una "*agency*", parecida –y a menudo en conflicto- con la "*Federal Communications Commission*" y con las "*Public Regulatory Commissions*" a nivel estatal.

Un tercer aspecto está constituido por las características del Derecho *Antitrust* norteamericano, las que no se encuentran necesariamente en otros ordenamientos jurídicos. Así rige en este campo una estricta "*rule of law*". La "*Antitrust Division*", por ejemplo, tiene que recurrir a un Tribunal cuando quiere prohibir una concentración de empresas. El procedimiento y los criterios de intervención tienen que guardar una correspondencia razonable con el rendimiento de un Tribunal ordinario. En Gran Bretaña, por el contrario, los Tribunales se niegan a controlar las recomendaciones de la "*Monopolies and Mergers Commission*" y las resoluciones del "*Department of Trade and Industry*"[18], pues se trataría de decisiones políticas esenciales. Consecuentemente se puede considerar aspectos cuya decisión, en los Estados Unidos, es dejada en manos del Congreso y no de los Tribunales.

Hay que añadir que la imposición del Derecho *Antitrust* en los Estados Unidos, aproximadamente desde los años 60, se debe ampliamente a los denunciantes privados. Alrededor del 96 % de todos los casos están constituidos hoy en día por tales denuncias privadas. Aquí existe el peligro relativamente grande de que el Derecho de la Competencia sea empleado como instrumento para conseguir restricciones de la competencia. El demandante se ve más estimulado para ello debido a la recompensa potencial de la indemnización por daños y perjuicios en un monto tres veces mayor [*trebble damages*]. En el lado del demandado influye aquella particularidad del Derecho Civil norteamericano consistente en que quien es injustamente demandado generalmente tiene que correr por sí mismo con los costos del proceso y especialmente con los (elevados) honorarios de los abogados. Recuerdo el caso de una empresa alemana que fue demandada en Nueva York. En primer lugar tuvo que girar un monto de 1 millón de dólares a una firma neoyorquina de abogados. Estaba claro que nunca más vería ese dinero, independientemente de cómo fuera a terminar el proceso. Por el contrario, en otros ordenamientos jurídicos de cárteles las demandas privadas apenas si juegan algún papel; la tarea de la imposición está en manos de autoridades específicas. Aquí, por lo general, no se plantea el riesgo de un "*overkill*" del Derecho de Cárteles, sino más bien aquél de una imposición poco eficiente.

[16] Así Areeda/Turner, "*Antitrust Law*" (nota 6), cap. 107.

[17] Comp. sobre esto Immenga, "*Nationale Ausnahmeregelungen vom Recht der Wettbewerbsbeschränkungen als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht?*", en LH a Ernst Steindorff, 1990, p. 967-978; Mestmäcker, "*Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht. Zur Bedeutung des Art. 90 EWGV*", 52 RabelsZ, p. 526-586 (1988); Verstrynge, "*The Obligations of Member States as Regards Competition in the EEC Treaty*", Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1988, New York 1989, cap. 17, p. 1-43; van der Esch, "*The System of Undistorted Competition of Art. 3 (f) of the EEC Treaty and the Duty of Member States to Respect the Central Parameters Thereof*", 11 Fordham Int'l L. J., p. 409-431 (1988); Lang, "*European Community Competition Law and member State Action*", 10 Nw. J. Int'l L& Bus. 114-132 (1989).

[18] Bank Merger Act, 80 Stat. 7 (1966); ver también en: 12 U.S.C.A. cap. 1828 (c)(1989).

Finalmente cabe recordar que el Derecho *Antitrust* no conoce ningún sistema que permita prácticas restrictivas de la competencia o que, eventualmente, las permita bajo un tiempo limitado y bajo otros controles. Este Derecho está dominado por una separación entre prohibiciones *per se*, por un lado, y estándares de *"rule of reason"*, por el otro. Este último significa en la práctica que, por lo general, fracasa un control *Antitrust*. De ello resultó una tendencia hacia un creciente, pero insuficiente, uso diferenciado de las prohibiciones *per se*. Esto elevó a su vez el riesgo de no proteger la competencia en el caso concreto, sino de proteger erróneamente a los competidores. Al respecto la *"Supreme Court"* norteamericana a través de los últimos 12 años ha realizado ciertas correcciones, o por lo menos ciertas aclaraciones. Esto es válido para los grupos de casos de los cárteles de precios[19], los boicoteos colectivos[20], los acuerdos de atadura[21]; pero todavía no para los repartos territoriales al estilo de la sentencia "Topco"[22]. Rige para el empleo del artículo 2 de la *"Sherman Act"* (monopolización y tentativa de monopolización)[23] y, de *facto* y hasta cierto grado, también para la prohibición *per se* de ataduras verticales de precios[24]. El desarrollo se refleja también en el abandono de la antigua doctrina de la *"intra-enterprise conspiracy"*.[25] En la mayoría de los demás Derechos de la Competencia es muy probable que, desde el principio, no habría tal necesidad de correcciones por falta de un substrato objetivo.

Todo esto no debe entenderse como crítica. Las observaciones solamente aclaran en qué medida una orientación hacia la eficiencia de un Derecho *Antitrust* es independiente del resto de su configuración institucional.

II.- ACLARACIONES CONCEPTUALES

Si se pasa de un análisis positivo a uno normativo resultan útiles primeramente algunas aclaraciones conceptuales.

1.- Eficiencia económica como orientación de la competencia

Bajo eficiencia económica se entiende comúnmente a aquellos efectos que crecen de los procesos de competencia. Se habla de funciones estáticas y dinámicas de la competencia, las que en la discusión norteamericana son compendiadas bajo las etiquetas de eficiencia "alocativa" y "productiva". *"Consumer welfare"* puede ser otra palabra para ello.

Desde esta perspectiva no hay ninguna contradicción entre una concepción que quiere orientarse en la protección de procesos de competencia y otra que habla de eficiencia económica. Al proceder así tampoco existe conflicto alguno entre un fin de libertad y un fin de eficiencia.[26]

Este problema aparente ha sido muy discutido, particularmente en la literatura alemana.[27] Y es que una eficiencia así entendida tiene un punto de partida micro-económico, pues se ve obligada a seguir un individualismo metodológico: las decisiones de los agentes del mercado, arbitrarias, cambiantes con el tiempo y en particular absolutamente impredecibles, son lo determinante. Uno puede formalizar esto en categorías de modelos económicos. Se habla de "óptimo de Pareto" o, cuando se compara entre dos situaciones, de "superioridad de Pareto". Pero con ello no modifica la sustancia de la expresión, pues la

[19] United States vs. AT&T Co., 552 F. Supp. 131 (1982) (text of the decree), affirmed sub nom. Maryland vs. United States, 460 U.S. 1001 (D.D.C. 1983) and United States vs. Western Electric Co. 569 F. Supp. 990, 1057 (1983) (approving the plan of reorganization), modified United States vs. Western Electric Co., 673 F. Supp. 525 (1987); al respecto Barnett/Botein/Noam, *"Law of International Telecommunications in the United States"*, Baden-Baden 1988.

[20] Ref. bibliográficas en Whish (nota 14), p. 724, 734-735.

[21] Broadcast, Inc. vs. CBS, 441 U.S. 1 (1979); Arizona vs. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982); NCAA vs. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984); FTC vs. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).

[22] Northwest Wholesale Sationers vs. Pacific Stationary & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985).

[23] Jefferson Parish Hosp. Dist. N° 2 vs. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).

[24] United States vs. Topco Assocs., 405 U.S. 596 (1972).

[25] Aspen Skiing Co. vs. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985); Matsushita Elec. Indus. Co. vs. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

[26] Monsanto Co. vs. Spary-Rite Corp., 465 U.S. 752 (1984); Business Electronics Corp. vs. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717 (1988); comp. además Toys "R" Us, Inc., vs. R. H. Macy & Co., Inc, 1990 – 1 Trade Cases cap. 68, 890 (S.D.N.Y. 1990).

[27] Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

eficiencia Pareto se basa en la autonomía del individuo como máximo valor, en un principio de consenso cuando el individuo quiere algo de otro. Las personas no son contempladas como instrumentos del bienestar de otros, sino como fines en sí mismos. A esto se añade una tradición filosófica que va desde Thomas Hobbes y Kant hasta John Rawls[28]. Es por eso que efectivamente se cuestiona –Dworkin lo ha hecho- si el bienestar es en absoluto un valor[29]. Esta cuestión suena provocativa, pero por supuesto que en su núcleo sigue siendo relativamente simplista.

Bajo una orientación monista en la finalidad de protección de la "competencia" es posible descubrir que otros objetivos perseguidos al mismo tiempo o predominantemente no son conformes, pudiendo eventualmente rechazarlos. Puesto que las estructuras del mercado por sí mismas son objeto de procesos de competencia, las doctrinas de la *"small business"* tienen que ser rechazadas al igual que conceptos que, por ejemplo, ven regularmente en amplios oligopolios la meta de una óptima intensidad de competencia. Una protección de estructuras tradicionales de distribución no es compatible con un punto de partida competitivo. Lo mismo vale para nociones de la finalidad tales como la protección de industrias claves ante su extranjerización (por ejemplo en el ámbito bancario, militar), para la política de ocupación directa (mantenimiento de puestos de trabajo), la política regional (asentamiento de industrias), igualdad de las condiciones de vida (por ejemplo unificación de tarifas en el ámbito de las telecomunicaciones, en los servicios eléctricos). No es conforme al ordenamiento la idea de amortiguar socio-políticamente los abruptos cambios económicos con ayuda de restricciones de la competencia (cárteles de crisis). Es ajena al sistema la política de la redistribución de amontonar el sistema alocativo con el sistema distributivo.

Habría que agregar tres precisiones:

El punto de partida mencionado no excluye definitivamente que elementos aislados aquí rechazados sean considerados, por decirlo así, por motivos manuales, no por motivos conceptuales. Un gran número de agentes del mercado, por ejemplo, puede ser determinante para la comprobación de una restricción de la competencia, de igual manera que el elemento estructural del poder de mercado, la elevada cuota de mercado y similares. En tal reducción intelectual puede mantener todavía cierto valor residual el tradicional y hoy en día muy reprendido paradigma de la estructura, la conducta y el resultado de mercado.

La protección de la competencia puede servir para contribuir de manera mediata a la consecución de otros fines. En esta medida, se hace inútil también un conflicto de fines. Una economía eficiente consigue, por ejemplo, con más facilidad el objetivo de la ocupación plena. La torta en cuestión para la redistribución motivada socio-políticamente se vuelve más grande. La protección de la competencia económica contribuye también mejor a la diversidad publicitaria. Por ello deben verse más bien con escepticismo las regulaciones especiales como las que van desde la *"Newspaper Preservation Act"*[30] norteamericana, pasando por el control especial de fusiones para periódicos en Inglaterra,[31] hasta la ya mencionada reserva del artículo 21, párrafo 3, del nuevo Reglamento del Control de Fusiones de la Comunidad Europea. La protección de la competencia contribuye además con objetivos calificados por la tradición norteamericana como populistas. Así, la libertad de desarrollo económico del individuo en un sistema de competencia, según todas las experiencias, está garantizada en mayor medida que con cualquier otra opción. El individuo está aquí también menos expuesto al poder decisorio de otras personas; sólo lo está a las fuerzas anónimas del mercado. Esto es regularmente tomado como una ventaja. La protección de la competencia lleva finalmente a permanentes controles del poder económico y, de esta manera, da estabilidad a los ordenamientos sociales que se fundamentan en la transparencia y la autodeterminación. En la tradición ordoliberal de Alemania[32] [la que enfatiza en lo social de la economía de mercado] se habla de la función supresora de poder de la competencia.

[28] Ver especialmente Cooter, *"Liberty, Efficiency, and Law"*, 50 Law & Contemp. Probs. 141-163 (Nº 4-1987).

[29] Aclarando Schmidtchen, *"Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit"*, 39 ORDO 111-135 (1988).

[30] Al respecto Möschel, *"Antitrust and Economic Analysis of Law"*, 140 JITE-ZgS 156-171 (1984).

[31] Dworkin, *"is Wealth a Value?"*, 9 J. Legal Stud. 191-226 (1989); el mismo, *"Why Efficiency?"*, 8 Hofstra Law Rev. 563-590 (1980); véase en la literatura alemana por ejemplo Kübler, *"Effizienz als Rechtsprinzip?- Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente"*, en LH a Ernst Steindorff, 1990, p. 687-704.

[32] 84 Stat. 466 (1970); igualmente en 15 U.S.C.A., caps. 1801-1804 (1989); al respecto Möschel, *"Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz"*, 1978, p. 208-219.

Una orientación de competencia no debe ser tampoco necesariamente equiparable a un discurso totalmente a favor del *laissez faire*. Las tareas de regulación pueden continuar no solamente como política de estabilización y de distribución, sino también con la finalidad de una adecuada distribución de recursos [finalidad alocativa]. Habría que mencionar solamente de manera referencial a los campos problemáticos tradicionales de los efectos externos, la concurrencia ruinosa y el monopolio natural. Las investigaciones más recientes han agregado los grupos de casos de la información asimétrica y del comportamiento oportunista. La economía de los costos de transacción, finalmente, ha agudizado la percepción sobre el hecho de que las regulaciones estatales pueden ser razonables de manera general cuando ayudan a bajar los costos de transacción y, de esa manera, a multiplicar las transacciones[33]. Como ejemplo habría que mencionar las estandarizaciones particulares (ordenación de las letras en el teclado de máquinas de escribir, número de líneas en el tubo de imagen de TV, etc.). Por ello todo esto también puede ser analizado en el Derecho *Antitrust* bajo el aspecto de "*output restriction*".

2.- Maximización del bienestar en el sentido del criterio Kaldor-Hicks

Lo acabado de decir no rige ilimitadamente cuando se define la eficiencia como maximización del bienestar en el sentido del criterio Kaldor-Hicks. Si bien todavía se sigue excluyendo todo fin de no eficiencia, aparece ahora un conflicto con el fin de protección de la libertad. Puede intervenirse en derechos individuales sólo cuando esto contribuye a incrementar el bienestar global. Si se designa esto como "*consumer welfare*", entonces pueden surgir malentendidos[34]. Y es que el criterio Kaldor-Hicks acepta restricciones de la competencia cuando llevan a un incremento del bienestar de los productores, el cual es mayor que la pérdida que con ello sufren los consumidores. Esta última consecuencia se vuelve especialmente clara en el conocido modelo "*trade off*" de Williamson.[35]

La decisión para seguir tal concepto se asienta sobre un juicio valorativo. Tradicionalmente se formulan dos objeciones.[36] Tal concepto sigue siendo utilitarista, analizándolo en sus últimas consecuencias permite una "monstruosidad moral". El ejemplo estándar es el de la aceptación de un sistema esclavista cuando tenga efectos positivos para el bienestar. El Derecho de la Competencia práctico tiene poco que ver con la esclavitud. Pero uno tiene que ver que tal orientación de fines permite a los productores imponer a los consumidores un tipo de impuesto al consumo cuyo monto es absorbido en algún lugar del ciclo de la economía. Uno puede preguntarse cuál es la legitimación para que particulares deban imponer a otros particulares tales contribuciones. En todo caso, con mucha dificultad puede armonizarse esto con un sistema basado en la igualdad jurídica de privados en contraposición con uno de tipo feudal.

La segunda objeción se refiere a problemas de medición. El análisis de costos y beneficios exhibido por esta concepción presupone la existencia de precios. Éstos no caen del cielo, sino que son a su vez el resultado de la realización de permanentes transacciones de mercado. Dentro de la competencia se les encuentra constantemente en una nueva forma. En otras palabras: un concepto tal de maximización de beneficios no puede realmente desligarse teóricamente, y menos aún prácticamente, del fin de protección de procesos de competencia en funcionamiento.

Debe concederse algo: sólo es limitadamente razonable mencionar los defectos de una posible solución. Lo que siempre se exige es ver en su totalidad las ventajas y las desventajas de las distintas disposiciones institucionales y ponderar entre ellas. En esta perspectiva, la orientación en la eficiencia Pareto tiene igualmente sus debilidades. Hablando económicamente, se basa en el modelo de la competencia perfecta. Esto no deja de ser una contemplación estática. Los procesos económicos de la realidad son, por el contrario, dinámicos. En el lenguaje de la filosofía, la eficiencia Pareto exige la aprobación de todos los afectados, incluso de los que sólo lo son potencialmente. Es decir, exige un principio de unanimidad. Si se toma en cuenta la ubicuidad de los efectos externos, queda claro que el rasero tiene que encontrarse rápidamente en los límites de su

[33] Ver Whish (nota 14), p. 701 y ss.

[34] Al respecto Peacock / Wilgerodt (editores), "*Germany's Social market Economy: Origins and Evolution*", Londres 1989; los mismos, "*Neo-Liberals and the Social Market Economy*", Londres 1989.

[35] Ver Schmidtchen (nota 29), p. 121; el mismo, "*Evolutorische Ordnungstheorie oder: Die Transaktionskosten und das Unternehmertum*", 40 ORDO 161-182 (1989).

[36] Ver la crítica en Fox (nota 10), p. 918 en la nota 7; ver también Lande, "*Chicago's False Foundation*" (nota 6), p. 638-639.

practicabilidad. Por supuesto que éstas son debilidades que alcanzan por igual a ambas concepciones de eficiencia aquí diferenciadas. Ellas no dan ninguna ventaja a la propuesta de *"wealth maximization"* frente a una concepción de protección de la competencia. Más bien esto queda en el campo crítico de las teorías de *"second best"*. Vistas así las cosas, dentro de ambas concepciones de eficiencia, debería darse la preferencia al estándar Pareto, en cuanto esto sea posible.[37]

III.- EL CAMPO DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

La política práctica de competencia saca provecho de una concepción monista orientada hacia la eficiencia, porque se excluye un cierto número de otros objetivos. Esto es un efecto de purificación negativa. Por el contrario, es mucho más difícil fijar una contribución positiva para la delimitación de conductas ilegítimas restrictivas de la competencia, por un lado, y de conductas competitivas legítimas o también de conductas justificadas por maximizar el bienestar, por otro lado. Esto tampoco mejora cuando se recurre a las numerosas y diversas teorías *"second best"*. Ellas no tienen porqué ser tratadas aquí. Sólo sea dado un ejemplo: incluso si nos limitamos a siete características estructurales del mercado (cuota de mercado, barreras de mercado, transparencia del mercado, funciones de costos, diferenciación del producto, elasticidad de precios, elasticidad de los ingresos) y se combina cada una de éstas con sólo tres subgrupos generales como pequeños, medianos y grandes, resultan entonces 116,280 diferentes posibilidades de combinación, y con ello tantas estructuras de mercado.[38] La moderna teoría de la firma ha llevado a una inseguridad adicional. Ella ha mostrado que en este contexto las empresas no deben ser tratadas como un dato, sino como un entrelazamiento de coordinación contractual (*governance structure*), el cual por su parte se encuentra en competencia con otras formas de coordinación (mercados, formas mixtas entre jerarquía y mercados).[39] Uno puede tratar de combinar la teoría tradicional del equilibrio, concepciones teóricas de proceso de mercado por ejemplo, en el sentido de Kirzner,[40] y teorías de coordinación al estilo de la economía de los costes de transacción.[41] Pero no tenemos una meta-teoría que muestre cuándo debe emplearse qué concepción teórica. Esto sigue siendo una mezcla tentativa y pragmática.

Por lo demás, en el contexto de la discusión norteamericana ya he indicado la dependencia del fin de protección respecto del marco institucional. En un primer paso, se tiene libertad para, en mayor o menor medida, dejar en manos de la política el ordenamiento de la competencia o darle la responsabilidad a una *"rule of law"*. Si uno se ha decidido por la última, en un segundo paso, ya no existe tal libertad. Ahora deben considerarse las reglas propias de la aplicación del Derecho. De la inmensidad del acontecer económico sólo pueden ser aislados en normas jurídicas aquellos elementos que permanecen accesibles a una valoración abstracta y general y, al mismo tiempo, a una comprobación en el caso concreto. Es por ello que tienen una importancia superior las cuestiones de probanza. Mayores diferenciaciones están relacionadas con la configuración del proceso. Las exigencias en el proceso penal son generalmente mucho más estrictas que en los procesos administrativos, con las posibilidades de investigación de las autoridades, o en los procesos civiles bajo la responsabilidad privada de las partes. La estrictez de las regulaciones también está decisivamente influenciada por las posibilidades de las existentes autorizaciones de restricciones de la competencia, eventualmente temporales y controladas. Me parece casi inevitable que en un régimen de prohibiciones *per se*, por un lado, y en un estándar de *"rule of reason"* por el otro, el cual prácticamente desemboca en la inoperancia, las prohibiciones *per se* adquieran el carácter de regla. Esto incluye que su empleo pueda ser "incorrecto" en el caso particular, lo cual constituye un elemento de costo dentro de una opción de *"rule of law"*.

Es normal que también sea una opción, frente a las dificultades dadas, que mejor no se haga nada. Se evitan malas aplicaciones de la ley. Se ahorran además los escasos recursos. Podría evitarse una perversión del Derecho de la Competencia, la que se

[37] Williamson, *"Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs"*, 58 Am. Econ. Rev. 18-36 (1968); el mismo, *"Economies as an Antitrust Defense Revisited"*, 125 U. Pa. L. Rev. 699-736 (1977).

[38] Ver esto ya en Möschel (nota 30).

[39] Ver ya antes Cooter (nota 28), p. 156 y 163.

[40] Al respecto Möschel (nota 13), nota 66.

[41] Williamson (nota 6), p. 296-297.

produce cuando, bajo el ropaje de una ley general, en vez de promoverse el bienestar general solamente se impone el interés de ciertos grupos.[42] Dicho escenario no está muy lejano de todos aquellos países en los cuales el Derecho de la Competencia no funciona realmente. La misma experiencia comprueba por cierto que una elección entre Derecho de la Competencia estricto, por un lado, y *laissez faire* conjuntamente con abstinencia estatal, por otro lado, no es la única posibilidad. En todo caso, en el contexto europeo es más realista admitir que un ausente Derecho de la Competencia es reemplazado por recursos intervencionistas, regulatorios de la política. Un ejemplo de ello es la mencionada práctica del control de fusiones, especialmente en Francia, y en menor medida en Gran Bretaña.

La verdadera dificultad tiene su fundamento en el objeto mismo de la regulación, es decir en los procesos de mercado. Si todo está relacionado con todo, y además todo está cambiando continuamente, y nadie puede mirar el futuro, sólo pueden darse proposiciones limitadas. Quisiera evocar cuatro facetas: Los instrumentos de análisis movilizados tienen el carácter de construcciones de ayuda. Un ejemplo es el concepto delimitativo de un solo mercado a diferencia de un concepto total de mercado según Walras.[43] Las *"Merger Guidelines"* de 1984 del Ministerio de Justicia norteamericano se han esforzado por una formalización más fuerte. Para la delimitación del mercado objetivamente relevante [mercado del producto] será decisivo si un monopolista hipotético puede imponer durante un año una elevación de precios del 5%.[44] Puesto que no pueden realizarse tests empíricos, esto da la apariencia de una seguridad metódica, la cual sólo es aparente. La práctica se sigue apoyando, por lo demás, invariablemente en tradicionales indicadores tales como las propiedades del producto, las costumbres de los consumidores, desarrollos técnicos emergentes, etc. Las directivas mismas sobre concentraciones empresariales [*Merger Guidelines*] enuncian estos puntos de vista.

Numerosas conductas –fuera de un núcleo como los cárteles de precios y otros- son ambivalentes en lo concerniente a sus efectos sobre la competencia. Así, para mencionar sólo un ejemplo, las discriminaciones de precios pueden formar parte de una estrategia deliberada de eliminar competidores. Pero, contrariamente, también pueden tener carácter estimulante de la competencia. Esta dependencia de las circunstancias en casos individuales dificulta enormemente la formulación de expresiones generales, que puedan ser recogidas en normas legales.

También bajo una orientación hacia la eficiencia, un Derecho de la Competencia se ve confrontado con cuestiones de medida y de grado. Una toma de posición por lo general no puede prescindir de tener que escoger y decidir. Así, la competencia vive de la innovación y del progreso, por un lado, como de la imitación de competidores, por el otro. Con ello puede aparecer una situación de *"free rider"* [aprovechamiento oportunista e ineficiente de los costosos esfuerzos empresariales de otro]. Ante ello el legislador ha reaccionado de manera especial por sectores individuales, por ejemplo protegiendo las patentes y los derechos de autor. ¿Debería extenderse esto a todas las innovaciones?, ¿a cuáles productos y procedimientos?, ¿por qué período de tiempo? ¿Debería regir algo distinto para innovaciones de moda, de corta duración que para las innovaciones técnicas?

Me parece que la contribución más importante que se puede sacar de la discusión sobre el fin de protección para la política práctica de competencia es la siguiente: incluso si se acepta una orientación hacia la eficiencia se llega, directamente o a través de desvíos, a la tarea de proteger el rendimiento de coordinación y de evolución de los procesos de mercado.[45] La idea puede expresarse de la siguiente manera siguiendo un proverbio chino: "el camino es la meta". Desde esta perspectiva, la política de la competencia no puede orientarse hacia determinados resultados de mercado, sino hacia las condiciones del proceso mismo. Nuevamente con ello nos vemos arrojados inevitablemente a la aporía de la teoría de la competencia. La modesta ganancia de estas reflexiones radicaría en la visión de que solamente una pequeña porción de este campo, cuya extensión casi es imposible de ver, puede ser considerado como útil.

[42] Kirzner, *"Competition and Entrepreneurship"*, Chicago-Londres 1973, (en alemán: *"Unternehmertum und Wettbewerb"*, Tubinga 1978); el mismo, *"The Market Process: Austrian View"*, en Groenveld/Maks/Muysken (nota 12), p. 23-39

[43] Así procede Schmidtchen, *"Evolutorische Ordnungstheorie"*, (nota 35), p. 178-179.

[44] Ver DiLorenzo, *"The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective"*, 5 Int'l. Rev. & Econ., p. 73-90 (1985); también Baxter (nota 8), p. 89.

[45] Al respecto Möschel (nota 13), n. marg. 94-95 y Schmidtchen (nota 29), p. 130-132. Merger Guidelines, CCH TRR vol. 2, cap. 4492, bajo 2.11 (versión alemana en FIW Dokumentation Heft 6, 1985). De acuerdo con esto Schmidtchen (nota 29), p. 121.

ACCESO A LOS MERCADOS E INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN AMÉRICA LATINA: CONSIDERACIONES DE POLÍTICA DE COMPETENCIA*

Luis Tineo**

Dentro del marco de la economía de mercado consagrada hoy en día en el régimen económico de la mayoría de constituciones latinoamericanas, la libre competencia constituye la médula del sistema.

Por su parte, el acceso al mercado de los bienes y/o servicios que las empresas están dispuestas a ofrecer es concebido como un presupuesto de la libre competencia y, como tal, las particularidades que importa merecen la atención prioritaria de todos aquellos que directa o indirectamente, han formado parte de la reforma económica en los países de América Latina.

Naturalmente, las circunstancias -y, en consecuencia, las soluciones a los problemas que atañen la materia- serán distintas en función a que la perspectiva que se adopte corresponda al plano nacional o al regional.

El autor del presente artículo enfoca el acceso a los mercados desde este último punto de vista y expone así un conjunto de consideraciones que, por su irrebatible acierto, merecerán ser tomadas en cuenta por quienes, inspirados en el sueño de Bolívar, anhelan la integración económica de las naciones latinoamericanas.

INTRODUCCIÓN

La transición de economías intervenidas a unas orientadas bajo principios de mercado, ha llevado a los países de América Latina a adoptar en la última década políticas de apertura comercial, liberalización de la inversión y desregulación económica por todos conocidas. El propósito de estas medidas ha sido ampliar el número de participantes en la actividad económica y estimular el proceso de competencia. Con ello se espera un incremento de la actividad productiva y el bienestar de los consumidores, a través de una mayor oferta de bienes y servicios a mejores precios.

Llevar adelante esta tarea ha significado no sólo la transformación de los ordenamientos jurídicos; más importante aún, ha significado una radical transformación en el rol de los Estados en los procesos económicos. En muchos países los gobiernos ya no son la fuente principal de normativa primaria, y los parlamentos, que por décadas habían renunciado a la función reguladora, comienzan a participar en la elaboración de legislación sustantiva en materia económica capaz de garantizar las condiciones para el desarrollo de estructuras de mercado. Por otra parte, las nuevas regulaciones de las potenciales prácticas abusivas de mercado han forzado la transformación de muchas de las funciones de las viejas instituciones, y en muchos casos la creación de

* Versión corregida y ampliada de un trabajo presentado originalmente en el Seminario «*Issues in Economic Integration in the Americas*» organizado por George Mason University, el 2 de noviembre de 1996, en Fairfax, Virginia.

** El autor es abogado (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1986), LL.M (Universidad Complutense de Madrid, 1989), LL.M (George Washington University, 1995). Actualmente es asesor legal en la Unidad de Comercio de la Organización de Estados Americanos en Washington, D.C. Las opiniones son del autor y no reflejan el punto de vista de la OEA, ni el de sus países miembros.

entidades independientes encargadas de su administración.

Del lado de los individuos, el restablecimiento de los equilibrios de los poderes públicos ha significado el reconocimiento de la función que cumple el ejercicio efectivo del derecho a la libertad económica en un contexto de economía de mercado. En muchos países, el derecho a la libertad económica dejó de ser un derecho típicamente subsidiario, objeto de restricciones y limitaciones provenientes de los instrumentos de intervención económica, para constituirse en el pilar del desarrollo de las nuevas oportunidades comerciales que las reformas intentan estimular.

Con el objeto de proteger este derecho contra los posibles abusos, obstrucciones, o restricciones a su ejercicio, y abrir espacios a sistemas de economía de mercado, los países de la región han soportado sus procesos de apertura a través de la sanción de legislaciones sobre libre competencia, protección al consumidor, inversiones y prácticas desleales en el comercio internacional, para mencionar sólo las principales. Este marco jurídico e institucional ha hecho que la dinámica de las relaciones económicas permita al sector privado anticipar con mayor predictibilidad las oportunidades para dirigir sus inversiones, a los conductores de política orientar o incentivar el rumbo de estas con mayor racionalidad, y a los administradores públicos y jueces garantizar la aplicación efectiva en la región de las reglas de juego. En este ambiente, la ejecución de las leyes en la región hoy en día encuentra menores espacios para la discrecionalidad y los abusos de poder, otorgando de esta manera estabilidad y certeza jurídica a quienes desarrollan la actividad económica.

Adicionalmente al proceso de reformas económicas desarrollado unilateralmente por cada país, la región ha expandido su nueva orientación mediante la revitalización de la integración económica. La integración, entendida en el contexto de la apertura, no viene a ser más que la extensión natural a nivel regional de los objetivos domésticos de ampliación de las condiciones para el desarrollo de los mercados. El relanzamiento de la integración ha hecho a la región sustancialmente más atractiva para la inversión y el intercambio comercial, a la vez que ha reforzado los objetivos de las reformas comerciales internas, al exponer efectivamente a los sectores internos a mayor competencia, con el correspondiente efecto disciplinante en la distribución de recursos, especialización en la producción, composición de los mercados y formación de precios.

En ambos procesos, mantener instituciones de mercado dentro de un ambiente de libre competencia es uno de los mayores retos y, sin duda, el elemento diferenciador del concepto de estos tiempos con relación al del pasado. Avanzar en este objetivo es un trabajo que dejó hace tiempo de estar en manos de los formuladores de políticas comerciales, para pasar a manos de las instituciones encargadas de desarrollar y ejecutar el contenido de las leyes que soportan las reformas y la integración. No hay duda de que en las etapas que siguen a dichos procesos, las instituciones tendrán la carga fundamental de consolidar y contribuir a profundizar los logros hasta ahora obtenidos.

Con esta última premisa presente, este trabajo tiene por objeto analizar los principales retos que la apertura comercial y los procesos de integración tienen para la región, y particularmente, el rol que las instituciones tienen en la prevención de los obstáculos al desarrollo de mercados en condiciones de competencia y libre comercio. La Sección I tratará los problemas relativos a las regulaciones a los mercados y a las transacciones a nivel doméstico. La Sección II tratará la regulación de la competencia en el contexto de los procesos de integración. La Sección III tratará los efectos de la liberalización comercial y los procesos de integración económica en las condiciones de competencia. La Sección IV tratará el rol de las instituciones en los acuerdos de integración y su rol catalizador en la armonización de las disciplinas comerciales. La última sección ofrecerá algunas conclusiones y recomendaciones.

I. EL ACCESO A LOS MERCADOS Y LA LIBRE COMPETENCIA

1. Las normas de competencia y los demás instrumentos regulatorios del comercio

La promoción de un sistema de competencia es uno de los elementos centrales de todas las reformas que se realizan en la región a nivel comercial. Esto implica concentrar esfuerzos en los dos aspectos fundamentales de una economía de mercado: La remoción de los obstáculos a la entrada a los mercados y la prevención de conductas y estructuras anticompetitivas.

La remoción de los obstáculos a la entrada a los mercados es el más importante aspecto en la promoción de la competencia. Es asumido que en la medida en que la entrada sea más fácil, mayor será el número de participantes oferentes de bienes y servicios, y en consecuencia, menores las probabilidades de coordinación entre competidores para la fijación de precios y repartición de mercados. Las

políticas de intervención económica del pasado dejaron en los países de la región una serie de conductas difíciles de erradicar a los fines de introducir el proceso de competencia. Como producto de dichas políticas, las industrias en la región se desarrollaron en ambientes donde la noción de competencia era prácticamente inexistente. En su lugar, las restricciones al comercio otorgaron significativo poder a un limitado número de empresas en cada mercado, las cuales, sumadas a la inadecuada regulación a la inversión y a las altas barreras arancelarias, crearon severos obstáculos a la entrada de nuevos competidores, con la consecuente formación de mercados altamente concentrados por oligopolios y monopolios.

Para iniciar este proceso los países de la región han dependido de la liberalización arancelaria y la desregulación. A través de estos mecanismos los países no sólo han removido de la forma más eficiente y menos costosa el principal obstáculo a la entrada a los mercados, sino también han forzado la apertura de los monopolios y oligopolios domésticos a través de su exposición a la competencia internacional, con el consecuente efecto disciplinante en los precios internos. Para garantizar estos objetivos, los países han implementado legislaciones sobre competencia. Ha sido ampliamente reconocido en los países que es poco lo que la apertura comercial puede lograr en el largo plazo si en el mercado las empresas continúan concertando sus actividades, fusionándose entre sí para evitar la competencia, o realizando prácticas discriminatorias con el propósito de elevar los costos de operación de los competidores. De esta manera, las legislaciones de competencia tienen por objeto prevenir la realización de prácticas que tiendan a restringir la libre competencia a través del abusivo uso de posiciones dominantes en el mercado, o de la concertación de voluntades para influir en las condiciones del mercado.

Ahora bien, las expectativas referidas no pueden ser vistas aisladamente del contexto jurídico e institucional en el que se desarrolla la competencia. En economías en transición como las de la región, la armonización de los instrumentos de competencia con el resto de los instrumentos regulatorios juega un papel principal, particularmente cuando a la par de la liberalización comercial y las leyes de competencia, en otras instancias gubernamentales se desarrollan políticas o se sancionan leyes incompatibles con los mecanismos conforme a los cuales funciona el mercado. Esta inconsistencia interna del ordenamiento jurídico es el principal obstáculo para el acceso a los mercados en los países. Al menos dos aspectos pueden identificarse para explicar esta situación: Primero, el inadecuado uso de las leyes de competencia para prevenir las prácticas anticompetitivas. Segundo, la propensión de los gobiernos y parlamentos a dictar regulaciones en contradicción con las disposiciones de las leyes de competencia.

Con relación al primero de los aspectos, relativo a la efectividad en el uso de las leyes de competencia, guarda relación con el grado de firmeza o debilidad con el que las instituciones hacen ejecutar dichas leyes. En efecto, estas leyes tienen por objeto castigar prácticas anticompetitivas en el mercado. Identificar estas prácticas exige el conocimiento del correspondiente grado de concentración de poder económico en cada uno de los mercados. Ya se ha expresado que a mayor concentración de poder, mayores son las posibilidades de concertación de voluntades entre competidores sobre las condiciones del mercado. En base a ello, las leyes sobre competencia prohíben ciertas prácticas *per se*, por considerar que atentan contra los principios y objetivos que promueve la competencia, mientras que la legalidad de otras prácticas es considerada en base a los beneficios que las mismas podrían traer en términos de eficiencia y competitividad.

Escapa al alcance de este trabajo analizar en detalle las prácticas anticompetitivas. No obstante, sí interesa destacar que una aplicación inadecuada de estas leyes puede contribuir a mantener muchas de las barreras existentes, cuando no a crear unas nuevas. Cuando prácticas anticompetitivas como, por ejemplo, los acuerdos colusorios entre competidores no son estrictamente perseguidas, los consumidores terminan pagando mayores precios, toda vez que estos acuerdos no tienen otro objeto que reducir la producción y elevar los precios. Lo mismo sucede cuando una empresa abusa de su posición de dominio en el mercado para imponer precios en condiciones monopólicas. Del mismo modo, es igualmente importante favorecer en ocasiones la eficiencia que determinadas prácticas pudieran tener, aún cuando ellas signifiquen una reducción en la competencia. En los casos de fusiones de empresas, por ejemplo, éstas pueden bien ser realizadas para aumentar el grado de concentración de poder a los efectos de anticipar la entrada de nuevos competidores al mercado.

En estos supuestos, el análisis de las entidades debe conducir a la prohibición de dichas operaciones, toda vez que las mismas, al evitar la competencia, aumentan el grado de concentración con la consecuente repercusión en los precios. Sin embargo, existen fusiones cuyo propósito es aumentar la eficiencia mediante la reducción de los costos operacionales, bien a nivel de producción o de distribución, en cuyos casos el análisis debe conducir a

permitir dichas operaciones, en función de los beneficios que comportan. Lo mismo sucede en los casos de abusos de posiciones de dominio. No toda posición de dominio en un mercado necesariamente conlleva un efecto anticompetitivo. Existen empresas que han alcanzado tales posiciones en base a una demostrada mayor eficiencia, representada en mayor variedad, mejor calidad o mejores precios.

Con relación al segundo de los aspectos, referido a la capacidad armonizadora de los instrumentos regulatorios de la competencia, se encuentra vinculado con la capacidad de los países para definir el rango normativo e institucional que debe ocupar la política de competencia con relación al resto del ordenamiento, así como con la concepción y funcionamiento de las leyes de competencia en general. Uno de los problemas que ha tenido la implementación de las leyes de competencia en muchos países de la región ha sido la falta de rango de las mismas con relación al resto del ordenamiento jurídico ordinario. En una economía de mercado, la legislación sobre competencia es pieza central. Son estas leyes las que determinan la legalidad del resto del ordenamiento jurídico relativo al funcionamiento del mercado. Darle este rango principal a las leyes de competencia comporta en muchos casos la derogación de innumerables normas que coexisten con el mismo rango en el ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, las leyes de competencia, al igual que las penales o disciplinarias, tienen la característica de ser esencialmente prohibitivas. Ya se ha expresado con anterioridad que es la ley la que por ejemplo define como prohibida la concertación de voluntades entre competidores, o el abuso de posición de dominio por una empresa en un determinado mercado con el propósito de reducir la producción e incrementar los precios. Bajo normas de esta naturaleza, los órganos ejecutores están limitados a la sola determinación de la existencia de la conducta, y consecuentemente a aplicar los correctivos, sin entrar en otras consideraciones como pudieran ser aquellas derivadas de autorizaciones otorgadas por otras normas.

Este funcionamiento deriva de la premisa de que se trata de leyes dirigidas a la acción de los particulares en el mercado, en el cual se presume que la intervención del Estado es realizada de manera consistente con los objetivos de la competencia. Por esta razón, las legislaciones sobre competencia carecen en muchos casos de instrumentos relativos a la defensa de los mecanismos de operación del mercado cuando se produce un conflicto con leyes o regulaciones contrarias a sus objetivos.

Son principios ampliamente conocidos en Derecho que las leyes se derogan por otras leyes, que las leyes especiales priman sobre las leyes generales, y que las leyes posteriores priman sobre las leyes anteriores. No hay legislación sustantiva en la región que haya estado más sujeta a los avatares de estos principios que la de competencia. Esto tiene su explicación en la forma sectorializada como en el pasado se regulaba la economía. Al tener cada mercado sus características, había que dictar un cuerpo de normas a la medida de cada uno. Ello dio lugar a que la agricultura tuviera su propio ordenamiento, al igual la manufactura, el transporte, los servicios financieros o el ejercicio de las profesiones, por sólo mencionar algunos ejemplos.

Aún cuando las regulaciones de cada sector tenían el mismo rango normativo, los principios enunciados arriba se aplicaban sin problema al momento de resolver un eventual conflicto, atendiendo a las consideraciones de especialidad de cada sector. Un escenario distinto se plantea cuando, de la noche a la mañana, los países amanecen con sistemas de mercado. En estas circunstancias, las leyes de competencia introducen de nuevo la generalidad y abstracción propia de las leyes, y despojan al propio tiempo la característica sectorial de las regulaciones del pasado. De esta manera, los principios de la competencia se aplican a todos los sectores indiscriminada e independientemente de la naturaleza de cada mercado o sector económico.

Imponer algo tan primordial en Derecho como lo es la generalidad y abstracción de las normas ha sido particularmente difícil en materia económica cuando, tras décadas de intervencionismo, en los países de la región se generaron complejas redes de regulaciones contrariamente sectoriales. Regresar a estos principios implica no sólo una reducción sustancial de normas, instituciones administradoras y poderes generadores de regulaciones de los mercados, sino también una decidida tarea unificadora del Derecho en torno a los valores que propone un sistema de competencia.

En la región, la legislación sobre competencia ha sido implementada tras muy poca discusión sobre su rol y lugar en el ordenamiento jurídico. Esta ausencia de difusión, sumada a la complejidad de los conceptos contenidos, ha hecho que los administradores de estas leyes hayan tenido que dedicar gran parte de sus esfuerzos a la tarea de introducir la existencia de dichas leyes, así como identificar los posibles focos de conflicto de leyes. Por otro lado, los sujetos afectados por el régimen de competencia dedican muchos de sus esfuerzos en batallas legales destinadas a la defensa de la legalidad de los estatutos proteccio-

nistas del pasado. Esto ha hecho que, al margen de las leyes de competencia, continúen vigentes normas de naturaleza proteccionista, cuya incompatibilidad debe ser determinada en base a una revisión caso por caso, y que ha impedido la acción interventora en otras instancias de regulación aún con posterioridad a las leyes de competencia.

En estas circunstancias, la que se supone debe ser la legislación medular de un sistema de mercado, en muchos casos, es sólo una ley ordinaria más, sujeta a los problemas de conflicto de leyes a que debe someterse el resto del ordenamiento jurídico general. Mucho de ello se debe a que -en su implementación- se ha ignorado el período de ajuste que el ordenamiento jurídico requiere para sustituir de manera consistente las normas vigentes de intervención por las de mercado. Cuando estos mecanismos regulatorios operan inconsistentemente con los del mercado, las leyes de competencia tienden a ser neutralizadas, y los mercados revierten su apertura facilitando prácticas monopólicas u oligopólicas. Estas prácticas terminan afectando negativamente a los consumidores, supuestos beneficiarios finales de las ventajas que se pregonan, así como al nuevo régimen en general debido a la falta de credibilidad que origina su inefectiva aplicación.

2. El problema de los costos de transacción comerciales

Otra importante fuente de barreras a la entrada a los mercados, que por sus características no estructurales merece tratamiento separado, es la proveniente de los costos asociados a las transacciones comerciales.

Es generalmente aceptado que las transacciones comerciales se benefician en aquellos ambientes de mayor simplicidad de las normas y consistencia en su implementación. En ambientes donde sucede lo contrario, las transacciones tienden a verse reducidas e instituciones y mecanismos paralelos empiezan a emerger para reducir los costos impuestos por el ineficiente sistema formal de Derecho. A diferencia de las regulaciones que intentan mantener abiertos los mercados, las cuales son expresadas bajo el típico esquema Estado-Particulares, las regulaciones asociadas al tráfico comercial ordinario intentan afectar las relaciones Particulares-Particulares. Respecto de estas últimas, el Derecho ha estado rezagado a las realidades de los intercambios comerciales de las economías abiertas, las cuales demandan un mayor entendimiento de los problemas que suceden en el día a día de los procesos comerciales, sobre todo cuando la estrategia de apertura económica ha puesto considerables responsabilidades en el sector privado.

Si se analizan los esfuerzos de la región encaminadas a proteger la entrada a los mercados, se encuentra que el grueso de los esfuerzos se han dirigido hacia la progresiva ruptura de las estructuras monopólicas y oligopólicas, la regulación de monopolios naturales como resultado de la privatización de empresas o servicios públicos, y el mantenimiento de la disciplina de precios impuesta por la liberalización comercial. Sin embargo, si se trata de ir un poco más allá del sólo objetivo de mantener las condiciones de apertura de los mercados, se encuentra que la entrada a un mercado es un proceso que no sólo considera las variables estructurales o estratégicas de un país, sino también valora los detalles acerca de cómo hacer viables los intercambios propuestos.

Estos detalles pueden convertirse en barreras tan importantes al comercio, como aquellas de orden estructural de los mercados sobre las cuales el convencional análisis económico pone tanto énfasis. Si en una economía abierta existen posibilidades de que se generen conductas colusivas o monopólicas que puedan privar a la sociedad de los beneficios de la competencia, esto se debe en buena medida a la adecuada o inadecuada fluidez con la que el ordenamiento jurídico permite que se realicen las transacciones. De esta manera, es marginal el resultado que puede obtenerse al mantener un mercado abierto si las transacciones finales tienen lugar meses después a consecuencia de las exigencias impuestas por las regulaciones para la formalización de un determinado negocio. Igualmente sucede si los instrumentos del tránsito comercial no son confiables, si la protección de los derechos de propiedad intelectual es deficiente, o si los mecanismos de solución de controversias son lentos, costosos y complejos. Si estos elementos están ausentes en el diseño de las reformas, la aplicación de normas de competencia comenzaría a resultar también altamente costosa, con el consecuente efecto inhibidor en el flujo de las transacciones.

Visto desde otro ángulo, en países donde las regulaciones son deficientes existe una mayor propensión a la discrecionalidad administrativa. Esto conduce a los participantes a emplear mayores recursos en actividades asociadas a la obtención de privilegios o al desentrañamiento de las redes burocráticas autorizatorias, en lugar de en actividades empresariales productivas. En estas circunstancias, el hacer negocios se hace más difícil para quienes tienen menos recursos y habilidades, reduciendo de esta manera la competencia en favor de aquellas empresas de considerable tamaño y reputación. La reducción en el número de competidores siempre va a conducir al indeseable aumento en los índices de

concentración, con la consecuente reducción de la producción y el aumento de precios.

En muchos países, la dinámica comercial ha encontrado adecuados sustitutos a los obstáculos que imponen ciertas regulaciones al punto de hacer operar a las empresas al mismo nivel de eficiencia de aquellas cuyas actividades se realizan dentro de los canales formales. Esto conduce a las empresas hacia la búsqueda de una mayor integración vertical de actividades. Desde el punto de vista de las empresas, este tipo de integración reduce los costos y las incertidumbres derivadas de las transacciones. Sin embargo, desde el punto de vista de los beneficios para la economía en general, esto se traduce en costosas ineficiencias en términos del empleo de recursos, dada la falta de especialización y diversificación en las cadenas productivas, convirtiéndose en un importante elemento para evitar la competencia.

Otro efecto de estas deficiencias en el ordenamiento jurídico es la propensión al desarrollo de los sectores informales en las economías de la región. Debido a lo poco significativo del tamaño de cada empresa y a la alta fragmentación que caracteriza la actividad de estos sectores, la competencia es prácticamente inexistente. Por el contrario, los sectores informales son canales muy recurridos para el tránsito cartelizado de bienes y servicios. Estos sectores se benefician de la incapacidad material de las entidades sobre competencia para detectar sus prácticas, no sólo por las dificultades de escala que representan, sino porque la mayoría de las transacciones se realizan bajo modalidades no formales. En estas circunstancias, el proceso de investigación y sustanciación de una denuncia sobre violaciones a la legislación sobre competencia carece de los elementos incriminatorios exigidos por el derecho formal.

En las circunstancias comentadas, las condiciones para el uso de los recursos, así como el acceso al financiamiento y la innovación tecnológica se hacen extremadamente difíciles. Es necesario que la región acompañe los estímulos a la libre competencia con la reforma de las estructuras regulatorias de los procesos de registro de empresas, de marcas comerciales y patentes, y de transferencia de tecnología. Es igualmente necesario que la región considere la reforma de los marcos regulatorios concernientes a los instrumentos de tránsito comercial, tales como cheques, letras de cambio, pagarés y letras de crédito. Finalmente, un importante avance en las labores facilitadoras del curso de las transacciones es el decidido fortalecimiento en materia de reforma judicial, al igual que en la aplicación de métodos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje comercial.

Si a los llamados aspectos micro de las transacciones se agrega la protección del Estado a las condiciones macro de entrada a los mercados, entonces el Derecho habrá contribuido enormemente a la creación de sólidas instituciones de mercado. Lo contrario haría del Derecho un elemento más de perturbación en las relaciones comerciales.

II. LA LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO Y LA RENOVACIÓN DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

1. Las barreras de acceso a los mercados y los acuerdos de integración

La revitalización de los procesos de integración en condiciones de apertura económica retoma los viejos problemas que el Derecho de la Integración ha intentado resolver desde hace ya mucho tiempo, tales como la armonización de legislaciones, la aplicación directa de las normas derivadas de los acuerdos y, en general, la edificación de instituciones capaces de consolidar y profundizar las ventajas de la integración. Mucha de la teoría general sobre estos problemas ya ha sido construída en América Latina por importantes especialistas de la región, y pareciera que es poco lo que se pudiera innovar al respecto. Sin embargo, un elemento que la doctrina de la integración latinoamericana no se planteó en el pasado fue la importancia de estos problemas cuando los países deciden integrarse a partir de la adopción de esquemas de mercado fundados en el libre comercio.

Si se analiza el patrón de los acuerdos de integración existentes en la región, así como aquellos puestos en vigencia en la ultima década, el desarrollo de los mismos ha sido simple. En condiciones de libre comercio, los países comienzan por remover los más directos obstáculos al acceso a un mercado como son los aranceles. El incremento de los flujos comerciales en mercados integrados empieza a mostrar que la sola reducción arancelaria no es suficiente, toda vez que las prácticas desleales en condiciones de dumping o estimuladas mediante subsidios que empiezan a encontrarse son protegidas en unos países y en otros no. Igualmente sucede cuando unos países ofrecen mayor protección que otros a la libre competencia, las inversiones, o la propiedad intelectual, entre otros.

Estas disparidades en el tratamiento de los problemas asociados a una economía de mercado terminan ofreciendo en el corto plazo mayores ventajas competiti-

vas a un país sobre otro. Con el desarrollo del proceso los países han tomado conciencia sobre la necesidad de reducir estas posibles disparidades o diferencias, de manera que exista un equilibrio uniforme en las condiciones de intercambio entre los países embarcados en los diferentes acuerdos, y así evitar posibles distorsiones de parte de o en aquel país con mayores debilidades institucionales, según sea el caso.

Aún cuando el objetivo de la armonización de leyes en el contexto de la integración es compartido por unanimidad, el debate continúa centrado en el cómo alcanzarlo. De una parte se encuentran aquellos países cuyos acuerdos establecen las disciplinas generales para el libre comercio, dejando su desarrollo y aplicación en manos de cada país, i.e., TLCAN o el Mercosur. De otra parte, se encuentran aquellos países cuyos acuerdos dejan el desarrollo y aplicación de las disciplinas en manos de órganos institucionales supranacionales, i.e., la Comunidad Andina.

En la elección del esquema de integración más apropiado, un elemento fundamental es el grado de soberanía que cada país está dispuesto a aportar en favor de la aplicación de un ordenamiento jurídico común. De esta manera, es asumido que cuando los esquemas de integración son menos comprometidos los países envueltos son más dependientes de las concesiones arancelarias para abrir las oportunidades en los respectivos mercados, dejando a los ordenamientos e instituciones de cada país la tarea de reducir al mínimo las barreras no arancelarias en base a las disciplinas aceptadas en cada acuerdo. Cuando los esquemas son más ambiciosos, los países envueltos protegen los beneficios arancelarios e integran sus mercados a través de ordenamientos e instituciones comunes.

La dinámica de la integración conlleva a la aplicación de dos ordenamientos jurídicos complementarios. Por un lado, el ordenamiento interno, tendiente a garantizar las ventajas del sistema de competencia dentro de la jurisdicción de cada país; y por el otro, el ordenamiento derivado de los esquemas de integración, tendiente a preservar la apertura de los mercados y a garantizar el principio de trato nacional de los productos dentro de un espacio comercial ampliado, ello a los efectos de promover consistentemente los objetivos asociados con la competencia.

Esta dinámica ha obedecido a que los procesos de integración tienden a alcanzar sus objetivos de forma gradual, y la necesidad de regular los efectos ulteriores depende del grado e intensidad del comercio que los países envueltos generen. Esta elaboración es la que ha generado la difundida afirmación de que en esquemas de integración con bajos niveles de intercambio, o cuando el proceso de reducción arancelaria es lento, o poco comprensivo, las instituciones y estructuras supranacionales carecen de relevancia, toda vez que la pérdida de flujos comerciales reduce las posibilidades de que algún efecto negativo se produzca en alguno de los mercados involucrados, y en consecuencia active los mecanismos supranacionales.

Por otra parte, es afirmado que los costos asociados a la cesión de soberanía y a la aplicación uniforme de reglas por órganos neutros parecieran justificarse sólo cuando los beneficios comerciales que aporta la apertura se ven entorpecidos por la incapacidad de los instrumentos jurídicos de cada país de hacer valer los compromisos derivados de los respectivos acuerdos. En esquemas simples de integración fundados en la eliminación de barreras arancelarias, esta relación es la que en la práctica fortifica la aplicación de la normativa interna a los supuestos perjuicios que el país receptor sufre como consecuencia de los estímulos arancelarios.

Si se observa la tendencia integracionista mundial en función de este elemento, se puede encontrar una marcada preferencia hacia zonas de libre comercio cuyas disciplinas comerciales son administradas soberanamente por cada país miembro. A esta tendencia no escapa la región, donde con la excepción de la Comunidad Andina, el resto de los acuerdos subregionales o bilaterales adoptan esta forma de integración. En estos esquemas las barreras no arancelarias derivadas de conductas anticompetitivas o desleales provenientes de las empresas domésticas son el principal elemento de limitación y distorsión de los flujos comerciales que los mecanismos arancelarios procuran estimular.

Así, a la par de las reducciones arancelarias, surgen las legislaciones sobre prácticas desleales en el comercio internacional. Esta legislación procura atacar las distorsiones que los subsidios y demas beneficios fiscales otorgados a las empresas por los Estados, o las estrategias predatorias de exportación en condiciones de dumping pueden tener en las condiciones de competencia a que supuestamente está sujeto el comercio internacional.

Los temores sobre los subsidios, aun cuando latentes, ciertamente se han venido eliminando dada la convicción general sobre su inconveniencia y los altos costos fiscales que suponen para los países. En particular, la contribución del nuevo Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC es un importante marco de referencia a la acción de los Estados, dado el nivel de consenso alcanzado a nivel global sobre este tema en

el comercio internacional. Sin embargo, los temores sobre prácticas en condiciones de dumping persisten y la aplicación de las legislaciones es cada vez más creciente a nivel global, particularmente a nivel de esquemas de integración. Esta tendencia está contribuyendo a la segmentación de los mercados con los consecuentes efectos inhibidores en el comercio.

2. Un caso para la armonización en materia de competencia: las prácticas de dumping

En mercados integrados, el dumping es el ejemplo más recurrido al momento de describir las distorsiones que pueden producirse por efecto de la falta de armonización de los ordenamientos jurídicos sobre competencia. En términos sencillos, el dumping es una práctica desarrollada en dos mercados independientes y sujetos a jurisdicciones distintas, donde el exportador vende sus bienes en el mercado externo a un precio inferior al que impone en su mercado doméstico.

Esta práctica es generalmente aceptada como violatoria de la libre competencia cuando es realizada dentro de la jurisdicción de cada país, por cuanto se desarrolla en contravención de los principios de eficiencia económica que rigen el proceso competitivo. Cuando en el mercado doméstico un productor vende sus bienes por debajo de sus costos, está incurriendo en una práctica anticompetitiva la cual se presume tiene como propósito desplazar a los competidores fuera del mercado a los efectos de imponer su producto en condiciones monopólicas.

Las prácticas de dumping operan con la misma racionalidad de las prácticas predatorias o de discriminación de precios desarrolladas a nivel domestico, sólo que se benefician de la incapacidad que tienen las leyes de competencia de ser aplicadas extraterritorialmente. Si se trata de aplicar la legislación sobre competencia del país del exportador, ésta tiene poco que decir porque los efectos de la práctica no afectan directamente a ninguno de los competidores internos. Si se trata de aplicar la legislación del país importador, ésta igualmente resulta inefectiva ya que carece de autoridad para investigar las prácticas en su lugar de origen.

En ambas situaciones, el uso de estos instrumentos de defensa comercial conlleva la pérdida de los beneficios que la apertura comercial promete llevar a los consumidores. Si las exportaciones se hacen efectivamente en condiciones de dumping, los beneficios que reciben los consumidores del país importador en mejores precios, los pagan los consumidores del país exportador en mayores precios debido al traslado de costos de un mercado al otro. Si por el contrario, las exportaciones son objeto de desproporcionadas o injustificadas medidas antidumping, los consumidores del país importador pierden los beneficios en precios de la competencia externa, teniendo que pagar más altos precios, impuestos por un mercado que ha sido cerrado en la práctica. En ambos contextos los productores domésticos de cada país obtienen los beneficios de la debilidad en la interacción entre las normas de competencia y de prácticas de dumping.

El problema del dumping refleja dos aspectos donde el Derecho no ha sido completamente efectivo o esta en plena evolución. Por una parte, el dumping es un reflejo en los mercados externos de las debilidades en la aplicación de las normas de competencia en los mercados internos, producto de la limitación que tienen las legislaciones domésticas sobre competencia de extender su aplicación a aquellas jurisdicciones donde la práctica anticompetitiva se produce. Por la otra, las legislaciones sobre dumping son una solución de naturaleza intermedia, cuyo propósito es compensar a la parte afectada por las limitaciones en la aplicación extraterritorial de las normas sobre competencia.

Los problemas asociados a las prácticas de dumping se acentúan obviamente entre aquellos países que más comercian, y éstos lógicamente son aquellos que forman parte de acuerdos de integración regional. Por ello, hacer depender el flujo comercial de la sola aplicación doméstica de legislaciones tan opuestas en sus propósitos como lo son las de competencia y de dumping puede terminar siendo tremendamente contraproducente, toda vez que a los problemas asociados a las ineficiencias y pérdidas de beneficios económicos expresados anteriormente, debe agregarse la desconfianza que los países envueltos empiezan a generar entre sí debido a las acusaciones sobre falta de transparencia, consistencia y neutralidad en la imposición de las medidas compensatorias, las cuales terminan con el debilitamiento del principio de tratamiento nacional que da lugar a los beneficios del acuerdo de integración.

Desafortunadamente, estos problemas no parecen resolverse en ninguno de los esquemas de integración de la región, debido en buena medida a la ausencia de mecanismos e instituciones de coordinación supranacional de estas fuentes de obstrucción al comercio. Tratar de despejar los obstáculos que ofrece cada esquema regional a los efectos de hacer prevalecer la libre competencia, es un esfuerzo con el cual la región debe comprometerse para consolidar las ventajas que predica el libre comercio con relación a la ampliación de los mercados.

Existen innumerables razones para que en cualquier esquema de integración la aplicación de legislaciones sobre dumping pierda su sentido. Ya está demostrado que los problemas entre los países radican esencialmente en atacar las distorsiones que en cada mercado pueden resultar de acciones, llaménse predatorias o de discriminación en precios. En la práctica, los países han optado por resolver los efectos de dichas prácticas a través de la aplicación de las legislaciones sobre antidumping, cuando resulta más beneficioso y menos costoso para los agentes involucrados en el libre comercio el atacar las causas de dichas prácticas a través de las legislaciones sobre competencia.

Obviamente, el problema no es tan simple de resolver. Se trata de armonizar la aplicación de normas sustantivas y adjetivas para la determinación de precios y conductas empresariales. Para ello debe haber pleno entendimiento de las condiciones estructurales de cada mercado, al igual que de las prácticas que influyen en la determinación de los precios. Ya se ha señalado que la sola aplicación de las leyes de competencia por cada país no resuelve el problema ya que las acciones desleales son realizadas por empresas cuya jurisdicción se encuentra en un territorio ajeno a áquel donde se producen los daños. Dos vías se han sugerido para alcanzar este objetivo. Una, a través de la aplicación extraterritorial de las correspondientes leyes sobre competencia. La otra, a través de la aplicación de normas uniformes por parte de órganos supranacionales.

En ambas propuestas, el elemento a sortear es el de la posible pérdida de soberanía de cada Estado en la aplicación de sus leyes, elemento que siempre comporta severas pruebas a los procesos de integración. No está en la orientación de la región la aplicación extraterritorial de las legislaciones sobre competencia. La región se encuentra más cerca de lograr acuerdos en torno a la aplicación de un sistema más comprensivo sobre competencia a través de órganos comunes. Para ello, la región debe profundizar sus reformas estructurales, valorar el potencial de oportunidades que la apertura ofrece, e internalizar los perjuicios que contrae la erección innecesaria de barreras al comercio. Esto facilitaría los esfuerzos para llevar adelante formas de integración más ambiciosas.

III. LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

La renovación de los existentes, así como la aparición de nuevos acuerdos de integración en la región, son parte de la estrategia de cada país para ampliar sus mercados y potenciar las oportunidades comerciales. Lo que se ha dado en llamar el regionalismo abierto ha hecho que los países de la región se integren simultáneamente en múltiples acuerdos, lo que conlleva, en los casos de aquellos países pertenecientes a acuerdos ya existentes como los de la Comunidad Andina, el Mercado Común Centroamericano, el Mercosur, o de los más recientemente creados TLCAN y Grupo de los Tres, al desprendimiento de sus tradicionales lealtades hacia los proyectos originales de integración, tales como el avance hacia la adopción de aranceles externos comunes, o la formación de uniones aduaneras.

Esta multilateralización de los procesos de integración apunta más bien hacia la consolidación de los procesos internos de apertura hacia el libre comercio. Los principios son muy básicos en términos conceptuales: ejecutar los programas de liberación arancelaria conforme a los cronogramas convenidos, y garantizar la apertura de los mercados en condiciones de libre competencia. Los problemas vienen por una parte con la administración de los distintos programas de liberación, y por la otra, con las disparidades en el desarrollo de las disciplinas comerciales. En este ambiente, los grandes retos se presentan para lograr una consistente armonización entre los muy diversos compromisos que cada país ha asumido.

El primer elemento a considerar en la multilateralización de la integración es la fragmentación arancelaria en la cual el acceso a cada mercado demanda un cada vez más sofisticado proceso de verificación de origen y administración aduanera. Escapa del alcance de este trabajo un análisis sobre los regímenes de origen y aduaneros de la región. No obstante, es posible advertir acerca de los problemas que este aspecto podría traer en cuanto los procesos productivos en la región se diversifiquen conforme a las ventajas comparativas que cada país pueda aportar. Hasta ahora, los acuerdos han asumido intercambios comerciales en los cuales el proceso productivo es realizado enteramente dentro de cada país, toda vez que lo que se persigue es el estímulo del comercio. Es lógico suponer que en la medida en que el comercio se incremente, demandará mayor eficiencia en la determinación de los productos y sus procesos. Lo contrario terminará constituyendo un obstáculo al libre comercio, no sólo entre los países envueltos en la verificación arancelaria, sino también con aquellos terceros países participantes en la producción de los bienes finales.

Otro aspecto a resaltar de la fragmentación arancelaria resultante de la multilateralización de la inte-

gración, es el de las limitaciones que los diversos compromisos imponen a cada país para avanzar hacia proyectos más avanzados de integración. Este es el caso de aquellos acuerdos que contemplan la zona de libre comercio como el inicio de un proceso que prevé terminar en una unión aduanera como lo son la Comunidad Andina, Mercosur, Caricom y el MCCA. Cuando uno de los países miembros de estos acuerdos se incorpora a otro de los grupos encuentra que su estrategia de integración es sólo compatible jurídicamente con la zona de libre comercio, más no con la unión aduanera, en razón de que un país no puede mantener dos aranceles externos comunes al igual que dos regímenes de excepciones comerciales al mismo tiempo. Esta circunstancia obligaría al país en cuestión a decidir bajo cuál acuerdo mantener sus obligaciones, o a negociar un tratamiento especial de sus aranceles con sus países socios, lo cual desnaturalizaría el sentido de cada acuerdo. Como tal, estas incompatibilidades tendrán que ser confrontadas por los países en el futuro cercano, en virtud de que el agotamiento de la mayoría de las zonas de libre comercio está previsto a más tardar dentro de la primera década del siglo que viene.

El segundo elemento en cuestión es el del tratamiento de las disciplinas comerciales por el ordenamiento jurídico de cada país, el cual ha sido referido en detalle en las secciones anteriores de este trabajo como una de las fuentes principales de erección de barreras al comercio entre los países. En este sentido, la multilateralización de la integración favorece la aplicación de las normas y mecanismos de defensa comercial, en razón de los estímulos que los acuerdos de liberalización ofrecen tanto a los exportadores, como a los productores domésticos afectados para cuestionar la lealtad de los flujos comerciales. Iguales temores podrían observarse en áreas fundamentales como la protección de la propiedad intelectual, o la protección de inversiones, donde deficientes regulaciones contraerían un directo desestímulo del comercio entre los países.

No hay duda de que mediante la multilateralización de la integración, los países de la región han potenciado como nunca antes la reciprocidad de su comercio, y ello es un hecho a resaltar si se compara con el desempeño en el pasado. Ahora bien, estos procesos, por otra parte, han suspendido importantes avances que diversos grupos de la región habían realizado en el pasado en sus procesos de integración, al propio tiempo que han hecho perder mucha de la cohesión que la integración exige a sus miembros, con la consecuente pérdida de influencia que estos grupos podrían tener en el liderazgo del desarrollo de procesos más ambiciosos en la región.

Una de las consecuencias de estos procesos ha sido el hecho de que una vez más se haya pospuesto la discusión sobre la necesidad de instituciones encargadas de armonizar las disciplinas de la integración. Los problemas en la aplicación de las leyes de competencia y de defensa comercial a que se ha hecho referencia en este trabajo, son ejemplos de áreas donde la sola acción de los países no ha podido eliminar la erección de barreras a la entrada de los mercados de la región. No obstante, hay una larga lista de áreas de regulación fundamentales para alcanzar los objetivos ulteriores de la integración.

Desde luego, no se trata de resolver problemas de índole jurídico con estructuras supranacionales puramente. Esta necesidad de instituciones tampoco viene sólo del módelo formal de los acuerdos, toda vez que se puede tener instituciones con roles de mera supervisión de los compromisos, sin que ello signifique mayor avance en la integración. Las instituciones sirven para motorizar avances y facilitar el cumplimiento de las etapas. Conforme la integración avance hacia esquemas más avanzados, las decisiones deberán ser tomadas de forma más coherente y con visión comunitaria.

Una efectiva integración está determinada no sólo por la creación de instituciones, sino por la intensidad con que los países miembros reconozcan e implementen consistentemente las acciones de dichas instituciones. La falta de coordinación entre los acuerdos en la región ha creado una compleja red de leyes y mecanismos que no sólo obstaculizan la integración, sino que contribuyen a fortalecer la tensión entre integración y soberanía. Es en las fuentes de creación y control de la legalidad del Derecho donde están los problemas. El estímulo del comercio viene por la inhibición reguladora de los Estados, al igual que la integración viene por la decidida acción de los Estados de armonizar procomunitariamente aquellos objetivos que van más allá del comercio.

No hay duda de que en el futuro cercano el tema de la institucionalidad de la integración será fundamental. Los signos que comienzan a observarse en la región en torno a la fusión entre los diversos acuerdos, al igual que el movimiento hacia el Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA) tendrán que tratar la integración en un contexto que vaya mas allá de la agenda arancelaria. En ese escenario, las barreras al comercio, la competencia, la propiedad intelectual, y los mecanismos de solución de disputas comerciales, deberán ser objeto de un tratamiento armonizado, resultado de la implementación y ejecución consistente de principios y normas comunes.

IV. CONCLUSIONES

La liberalización arancelaria y la adopción de estructuras jurídicas e institucionales de mercado ha sido uno de los avances más importantes de la región en su proceso de recuperación económica. Para que la región se beneficie de las ventajas del libre comercio, las empresas requieren de un abierto e igual acceso al mercado, así como de certeza respecto a los múltiples aspectos de las transacciones. En una economía abierta, el sector privado es el que lleva la carga del desarrollo económico y las nuevas regulaciones de mercado deben responder a esas preocupaciones en la medida en que éste debe adaptarse a un entorno donde las decisiones son más independientes y dirigidas a un mercado más global.

Mantener un abierto y no discriminatorio acceso a los mercados es todavía uno de los grandes retos de la región en la consolidación de los procesos de apertura comercial. La reducción arancelaria y la puesta en ejecución de leyes sobre libre competencia por sí mismas no garantizan las ventajas de un sistema competitivo. Es necesario que la acción del resto de las instituciones competentes en materia económica y comercial sea consistente con los mecanismos de una economía de mercado. Es igualmente necesario introducir reformas en el ordenamiento regulador de las transacciones comerciales a nivel de los particulares, con el fin de facilitar y reducir los costos del trafico comercial. Estas dos acciones contribuyen a garantizar certeza en las transacciones y reducir los márgenes de discrecionalidad en la conducción de los procesos económicos.

La apertura comercial y la integración han traído consigo una legislación que demanda la aplicación de sofisticados y complejos conceptos económicos. La implementación de leyes de competencia y de defensa comercial debe constituir sólo el comienzo para entender el funcionamiento de una economía de mercado. Su inadecuado o extralimitado uso puede constituirse en fuente de protección. Identificar las conductas en cada mercado, entender como éstas interactúan, cuáles son sus efectos e intervenir oportunamente para corregir los abusos de poder, es una labor que requiere enormes esfuerzos de instrucción y divulgación, una exigente capacitación de recursos humanos, fortificación de estructuras institucionales, y fundamentalmente, una decidida voluntad para hacer prevalecer la normativa en cuestión. Estas condiciones, está de más decir, no vienen con la sola reducción arancelaria.

La disparidad en la concepción y aplicación de las leyes sobre competencia y prácticas desleales del comercio internacional por parte de los países está causando preocupantes distorsiones en el flujo comercial de la región. Estas distorsiones resultan más preocupantes cuando provienen de países miembros de acuerdos de integración. El caso de la creciente apertura de investigaciones en materia de dumping o subsidios, o el uso de cláusulas de salvaguardias está evidenciando la necesidad de avanzar en los procesos de armonización de leyes e instituciones en materia de competencia en la región. La gradual sustitución de las leyes sobre prácticas desleales de comercio por leyes sobre competencia no resuelve el problema de fondo sobre prácticas predatorias o de discriminación de precios. La solución está en la eliminación de las barreras jurisdiccionales dentro de los países miembros de los acuerdos subregionales y en la administración de disciplinas comunes.

En la medida en que se sigan desarrollando acuerdos de libre comercio en los cuales la aplicación de las disciplinas comerciales quede en manos de cada país, mayor será la propensión a la aplicación de medidas discriminatorias y de defensa comercial. La región debe avanzar hacia la institucionalización de la integración a los efectos de dar un tratamiento consistente a las fuentes generadoras de obstáculos al libre comercio.

REFERENCIAS

Gerber, David. 1994. «*The Transformation of European Community Competition Law?*». Harvard Journal of International Law, No. 35, Invierno, pp: 97-147.

Guasch, J. Luis y Rajapatirana, Sarath. 1994. «*The Interface of Trade, Investment and Competition Policies: Issues and Challenges for Latin America*». The World Bank, PRWP, No. 1393, Diciembre.

Jatar, Ana Julia. 1996. «*Competition Policy in the European Economic Community: Lessons for Latin America*». Mimeo, Inter-American Dialogue, Washington, D.C.

Dutz, Mark y Sethaput, Suthiwart. 1996. «*Competition Issues beyond Trade Liberalization: Distribution and Domestic Market Access*», en: Frischtak, Claudio ed. *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective*, The World Bank, Washington, D.C.: pp. 69-83.

Miranda, Jorge. 1996 «*Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?*». Law and Policy in International Business, No. 28, Otoño, pp: 255-288.

Rodríguez, A.E. y Williams Mark. 1996. «*The International Harmonization of Competition Policy: An Analytical Framework*». Mimeo, U.S. Federal Trade Commission, Washington, D.C..

Steinhardt, Ralph. 1991. «*The Privatization of Public International Law*». George Washington University Journal of International and Economic Law, No. 25, Invierno, pp: 523-553.

Tineo, Luis. 1997. «*Competition Policy and Law in Latin America and the Caribbean: From Distribution to Market Efficiency*». Monterrey Institute of International Studies, CTCD WP No.4, Febrero.

Wood, Diane. 1996. «*When is Market Access Really Market Access?*». International Business Lawyer, No. 26, Noviembre, pp: 494-496.

Wolff, Allan. 1995. «*The Problems of Market Access in the Global Economy: Trade and Competition Policy*», en: *New Dimensions of Market Access in a Globalizing World Economy*, OECD, Paris: pp. 195-217.

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Ernesto Blume Fortini*
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Lima

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

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

1. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

1.1 Marco doctrinario

Siguiendo el *excursus* terminológico realizado por Domingo García Belaunde como introducción a su ponencia "La Constitución Económica peruana", presentada al simposio internacional sobre "Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina", organizado por la Universidad Externado de Colombia con ocasión del primer centenario de su fundación y llevado a cabo en la ciudad de Bogotá del 2 al 6 de noviembre de 1986[1], puede afirmarse que los conceptos de Constitución Económica, Derecho Constitucional Económico y Derecho Constitucional de la Economía son, dentro del desarrollo del Derecho Constitucional, patrimonio exclusivo del presente siglo, constituyendo el primero seguramente la matriz de la cual derivan los segundos.

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

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

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

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

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

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

Al decir de Francisco Fernández Segado[3], siguiendo a Ignacio María Lojendio, es Beckerath quien en 1932, en Alemania, en su trabajo *"Politische und Wirtschafstverfassung"*, realiza un rescatable esfuerzo por definir la Constitución Económica, entendiéndola como una manera de ordenar lo que hoy podríamos denominar el fenómeno económico, en cuanto se expresa en los elementos propiedad, contrato y trabajo, así como en la intervención del Estado en la economía y en la regulación de lo que hace a la organización y a la técnica de la producción y de la distribución.

En 1942 el economista Wilhelm Röpke, de la Escuela de Friburgo, publica un trabajo sobre la crisis social de su tiempo, en el cual se refiere a la Constitución Económica, con el fin de fundamentar su posición neoliberal frente a los peligros que acarreaba el comunismo. En tal sentido, desarrolla un símil o paralelismo con implicancias e interrelaciones mutuas entre la Constitución Política y la Constitución Económica, en cuya virtud, si se quiere garantizar un mundo de libertad, tolerancia, respeto y contrapesos, la economía debe darse en un marco que reúna tales características también, porque, de lo contrario, un modelo económico que no responda a estos principios a la larga acabará con ellos en el propio ámbito político. Vale decir, que para Röpke la estructura económica y la estructura política son como dos caras de una misma moneda y, es más, la una condiciona a la otra. Por ello sostiene con énfasis que "Constituye una ingenuidad casi indiscutible creer que un Estado puede ser totalitario en el dominio económico, sin serlo simultáneamente en el político y espiritual y al revés"[4].

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

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

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

[2] Ibíd., p.54.

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

[4] GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Op. cit. p.56.

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

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

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

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

1.2 Un intento de definición

Del *excursus* terminológico realizado, se aprecia que el concepto de "Constitución Económica" nace en el presente siglo durante la década de los veinte en Alemania, y fue usado inicialmente por economistas y por juristas, para convertirse luego en patrimonio casi exclusivo de los juristas a raíz de su renacer a partir de la década de los setenta. Éste se halla aún en proceso de desarrollo y ha evolucionado de la idea de sistema económico subyacente al ordenamiento jurídico a la de orientación general del texto constitucional sobre el tema económico (especialmente, sobre el rol del Estado y de los agentes económicos), para pasar a la del sistema económico recogido en el texto constitucional.

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

La Constitución Económica vista como contenido será la que el propio Domingo García Belaunde denomina la Constitución Económica Material, entendida como el ordenamiento real de la economía en una comunidad determinada[7]. La Constitución Económica vista como norma jurídica suprema será la que el mismo García Belaunde llama la Constitución Económica Formal, entendida por "la manera cómo la constitución escrita recoge, reconoce o regula esta realidad"[8].

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

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

[5] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit. p. 515.

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

[7] Ibíd. p. 65.

[8] Loc. cit.

realización de la idea de que toda economía colectiva debe cumplir los dictados de la justicia"[9].

1.3 Su plasmación en la Carta de 1979

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

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

Es César Ochoa Cardich quien introduce el término en la literatura constitucional peruana en su artículo "Constitución y economía de mercado", publicado en diciembre de 1985 en "Derecho", anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. El segundo en emplearlo es Carlos Torres y Torres Lara en un corto trabajo publicado en marzo de 1986 bajo el título de "Los derechos fundamentales de las personas jurídicas y la Constitución económica", en "Revista Peruana de Derecho de la Empresa". El tercero es Domingo García Belaunde en la antes referida ponencia "La Constitución Económica Peruana", presentada al simposio internacional sobre "Modernas tendencias del Derecho Constitucional en España y América Latina", en noviembre de 1986. En los años posteriores ya ha sido empleado por otros estudiosos del Derecho Constitucional, entre peruanos y extranjeros, sin alcanzar todavía un uso generalizado para aludir al sistema económico consagrado por la Constitución o, en palabras de Font Galán, al "sistema económico constitucionalizado"[10].

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

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

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

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

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

Régimen Agrario y a las Comunidades Campesinas y Nativas.

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

1.4 La Constitución Económica en la Constitución de 1993

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

Siguiendo a César Ochoa Cardich[11] y partiendo de la premisa de que la Constitución Económica Peruana de 1993 contiene tanto principios informadores del conjunto del ordenamiento jurídico como normas jurídicas constitucionales vinculantes, cabe señalar que sus bases fundamentales son el principio de subsidiariedad del Estado, el principio del pluralismo económico, la economía social de mercado, el principio de la libre competencia y la defensa de los consumidores y las garantías de la inversión nacional y extranjera. Todo ello en un marco donde, como lo señala con lucidez Francisco Fernández Segado[12], ha desaparecido todo principio valorativo inspirador del régimen económico, se ha producido una privatización generalizada de la vida económica, el Estado se ha convertido en un mero vigilante de la libre competencia, la libertad de contratación se ha tornado en inmune ante la ley, la propiedad privada resulta sobreasegurada y se ha omitido cualquier referencia a los mecanismos de planificación.

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

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

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

2.1 Aproximación conceptual

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto, conviene hacer hincapié en que si bien la competencia es multidimensional como lo es la vida misma y, por consiguiente, de interés para las diversas ramas del Derecho, ha merecido mayor atención como fenómeno económico, al punto de haberse construido con rigor una racionalidad jurídica propia en su entorno, que permite hablar hoy de un Derecho de la Competencia. Éste abarca el derecho en sí de quienes compiten, ofreciendo o adquiriendo bienes, y en un sentido subjetivo, de titularidad individual de la facultad de competir, se puede considerar como el conjunto de reglas reguladoras del accionar concursal - conflictual de los sujetos que interactuan en la dinámica competencial.

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

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

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

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

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

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

[15] Loc. cit.

[16] Ibíd. p. 252.

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

> "De la actitud pacífica con que el comerciante 'anunciaba' sus productos y aguardaba la demanda, se pasa a la actitud 'agresiva' con que la 'provoca'. La 'agresividad', la capacidad de agresión, se ha convertido en mérito de la vida mercantil. (...)
> "La evolución en el Derecho de la Competencia se acusa también en los ámbitos subjetivos de sus protagonistas. De un Derecho que regía exclusivamente relaciones entre comerciantes o empresarios y que tutelaba los intereses empresariales amenazados o lesionados por la actuación ilícita de otro empresario en la lucha competitiva, se ha pasado a un ordenamiento en el que han irrumpido como protagonistas y titulares de derechos los consumidores. El consumidor, de sujeto pasivo, de elemento de la "clientela", como valor de hecho de la empresa, cuya conservación frente a desviaciones ilícitas se garantizaba a su titular, se ha convertido en un sujeto activo, protegido en sus intereses por el nuevo Derecho. No exagera Schricker cuando afirma que es éste el cambio más profundo experimentado por el Derecho de la Competencia, un cambio que afecta, además, a sectores mucho más amplios del Derecho Mercantil.".[17]

Se concluye esta aproximación conceptual enfatizando que, acorde con el avance de la economía liberal, la globalización de las reglas del mercado y la necesidad de cada país de insertarse a la comunidad económica mundial, así como con la reformulación de las tesis políticas hoy puestas en jaque, la "Constitución Económica" se está convirtiendo en condición esencial de operatividad y eficacia de la Constitución en sí. Dentro de este marco, el Derecho de la Competencia se yergue como el núcleo del sistema económico constitucionalizado, al punto que la institucionalización de la competencia económica configura la "estructura de organización y ordenación del sistema económico"[18]. Es más, tal institucionalización se proyecta en una triple dimensión: la competencia económica como instrumento realizador del sistema de economía de mercado, la competencia económica como un valor esencial del sistema económico constitucionalizado y la competencia económica como programa de objetivos socioeconómicos de la Constitución Económica[19].

2.2 El Derecho de la Competencia en la Constitución de 1979

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

Se trató, según Marcial Rubio y Enrique Bernales[20] de una de las tres normas "heterodoxas" del sistema económico constitucionalizado en la Carta del 79 que, con las contenidas en los artículos 111 (relativo a la planificación concertada) y 137 (relativo a la supervisión de la inversión privada y a la transferencia de tecnologías), se alzaron como posibles objeciones a las reglas generales del mismo, cuyos elementos fundamentales, al decir de los mismos autores, fueron la libertad de industria y comercio, la economía social de mercado y el pluralismo económico.

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

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

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

[19] Ibíd. pp. 166-169.

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

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

2.3 El Derecho de la Competencia en la Constitución de 1993

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

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

> "Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
> La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte de el Estado ni de particulares."

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

En la sesión matinal del ex-Congreso Constituyente Democrático llevada a cabo el 14 de julio de 1993[21], los congresistas Carlos Torres y Torres Lara y Víctor Joy Way tuvieron a su cargo la fundamentación de los artículos sobre régimen económico, entre los que se encontraban los inicialmente numerados como 59 y 62, sobre la defensa por parte del Estado del interés de los consumidores, su obligación de facilitar y vigilar la libre competencia, en un marco de custodia de la salud y la seguridad de la población, así como de garantía del derecho a la información de consumidores y usuarios, y sobre la proscripción del monopolio legal, imponiendo la obligación al Estado de combatir el abuso de toda posición dominante en el mercado y toda práctica que limite la libre competencia.

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

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

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

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

[22] Ibíd. pp. 2-3.

[23] Loc. cit.

[24] Ibíd. p. 7.

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

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

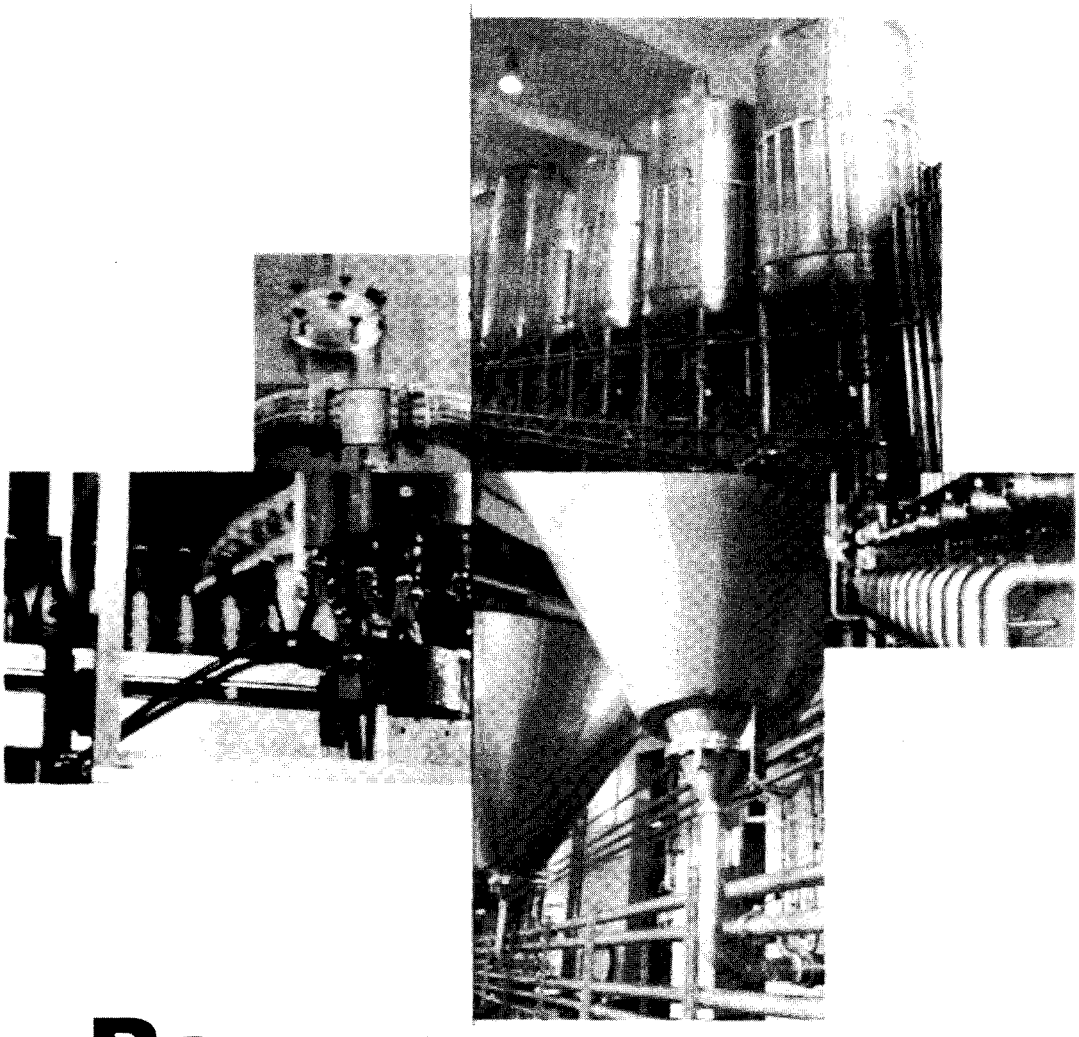
- El Decreto Legislativo 716, expedido el 10 de julio de 1991, sobre protección al consumidor;

- El Decreto Ley 25868, expedido el 18 de noviembre de 1992, por el que se aprobó la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI; y

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

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

LA INDUSTRIA CERVECERA ORGULLO DEL PERU



Backus

UNION DE CERVECERIAS PERUANAS
BACKUS Y JOHNSTON

CA-34

FUNCIÓN REGULATORIA, PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA*

Luis Diez Canseco
Abogado. LL.M. Sección de Política de la Competencia y del Comercio. División de Comercio Internacional. UNCTAD.

En este artículo, el autor realiza una exhaustiva descripción y análisis de un tema que, tanto a nivel nacional como internacional -y especialmente en nuestra región- cobra cada día más importancia y complejidad: la legislación sobre libre competencia y defensa de la competencia desleal. Dicha área es analizada por el autor de manera comparativa, teniendo en cuenta que los objetivos principales son el correcto desenvolvimiento de la denominada "economía de libre mercado", y la protección a los consumidores, para luego proponer diversas reformas con el fin de afrontar una serie de problemas que, en su opinión distan aún hoy de ser solucionados.

INTRODUCCIÓN

La evolución de la política económica, los procesos de modernización del Estado y los denominados programas de ajuste estructural que se llevan a cabo en América Latina y el Caribe, han impulsado a un número cada vez más creciente de países a adoptar, readecuar o potenciar un conjunto de disposiciones jurídicas que, hasta hace menos de una década, o eran inexistentes o poseían relevancia secundaria. En líneas generales, esta clase de normativa tiene por objeto proteger la libertad de actuación de agentes económicos privados (empresarios y consumidores) y, muy especialmente, garantizar la permanencia del sistema económico que consagran la casi totalidad de las Constituciones de la región.

El sistema en cuestión se denomina "economía de mercado" o, en su variante más moderna "economía social de mercado". Éste por regla general tiene sustento constitucional en el principio de "libertad de comercio e industria." Por ello es indispensable valorar la dimensión de la legislación que se desarrolle a partir de dicho principio. Esta apunta a preservar los intereses de los actores o intervinientes del mercado y, por lo tanto, al propio sistema económico como abstracción.

La legislación que, de manera principal, expresa y garantiza activamente la permanencia de una economía de mercado está constituida por tres conjuntos normativos claramente definidos: las disposi-

* Publicado originalmente en: «La economía política de la reforma judicial». Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, Editores, capítulo 18, c) Banco Interamericano de Desarrollo, 1997. Con autorización de los editores. Las opiniones vertidas son de responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan ni coinciden necesariamente con aquellas de la UNCTAD.

ciones sobre la protección al consumidor, los preceptos sobre represión de la competencia desleal y, muy especialmente, la legislación sobre libre competencia o antimonopólica. También se pueden mencionar otras disposiciones como son las de transferencia de tecnología, de inversión extranjera, de propiedad intelectual, antidumping, etc. Sin embargo, la vigencia y alcance de estas últimas no se vincula con, ni refleja necesariamente, la existencia de una economía de mercado.

La concepción, adopción y cumplimiento de esta normativa supone un gran reto para los poderes del Estado. El Ejecutivo deberá proteger y mejorar el mercado, respetar su lógica interna y, por lo tanto abstenerse de promover o desarrollar las políticas macroeconómicas contrarias a su lógica Al mismo tiempo deberá impulsar el quehacer de las instituciones a las que les corresponda administrarla, garantizar su independencia y dotarlas de los recursos necesarios para que cumplan con sus cometidos. El Legislativo deberá estar capacitado para brindar a la sociedad civil un conjunto de dispositivos adecuados en la materia y velar para que las diversas iniciativas que pudieran surgir en su seno no erosionen el sistema de mercado. Por su parte, el Judicial, sobre la base de su función jurisdiccional o de revisión constitucional, deberá estar preparado para enfrentar los múltiples problemas que demanda la adecuada administración de justicia en estos temas. Sobre esto último es necesario destacar que una decisión judicial equivocada no sólo afectará a las partes involucradas en el procedimiento, sino que tendrá repercusiones en la economía en su conjunto.

No se puede dejar de mencionar que el reto trasciende a la estructura del Estado; el sector privado posee un papel importante en lo que respecta a la normativa. En primer lugar deberá cumplirla, lo que significa que los ejecutivos o las personas con capacidad decisoria en una empresa deberán estar al tanto de sus pormenores con el objeto de que sus actuaciones concurrenciales no contravengan las disposiciones sobre la materia. Ello no es ningún misterio puesto que las leyes se promulgan para ser cumplidas. Sin embargo, lo novedoso del contenido de las disciplinas jurídicas ordenadoras del mercado es tal, que probablemente sectores importantes del empresariado de la región incurran en violaciones sin que se percaten de este hecho. Por tal motivo será necesario llevar a cabo una tarea de difusión y capacitación permanente. En paralelo, los sectores empresarial, profesional y académico deberán interiorizar los alcances de las diversas disciplinas y tomar conciencia de que las mismas se han adoptado con el propósito de proteger sus propios intereses. Debe quedar claro que esta normativa no es intrínsecamente controlista. Sólo pretende limitar cierta clase de comportamientos concurrenciales con objeto de que perdure o no se falsee el sistema económico dentro del que desarrollan sus actividades. Sobre este particular es posible afirmar que es una suerte de limitación de la libertad con el propósito de garantizar su propia existencia.

Tal como se había expresado anteriormente, del conjunto de disciplinas jurídicas ordenadoras del mercado, la de promoción de la competencia antimonopólica es la de mayor trascendencia y el objeto del presente trabajo. El artículo se estructura de la siguiente manera:

Primeramente se brindarán algunas consideraciones sobre el contexto dentro del que se puede situar al Derecho de la Competencia. Esto tiene su importancia puesto que dependiendo de la ubicación que se le otorgue, variarán los principios jurídicos aplicables y, especialmente, la interpretación correspondiente.

En segundo lugar se darán algunas indicaciones sobre el contenido de la legislación antimonopólica y, en el marco de este ejercicio, se señalarán algunos de los principales problemas que, sobre la base de la experiencia del autor, enfrentan o pueden enfrentar las autoridades responsables de la aplicación de la normativa. Dentro de este capítulo también se harán algunas reflexiones sobre la estructura que debe crearse para aplicar la normativa.

En tercer término se tratará de determinar la vinculación de la normativa sobre libre competencia con los programas de modernización del Estado y de ajuste estructural que se llevan a cabo en la región. En el ejercicio se intentará demostrar que las disposiciones antimonopólicas son indispensables para lograr las metas que, a este respecto, han trazado los países de América Latina y el Caribe. Y, finalmente se formularán recomendaciones sobre posibles esferas de acción del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en la materia.

DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO

El Derecho Ordenador del Mercado

Como ejercicio previo conviene indicar dentro de qué marco jurídico corresponde ubicar a las diversas disciplinas que conforman el Derecho del Mercado. Sin embargo, se debe dejar claro que debido a la riqueza del Derecho, conferir categorías omnicomprensivas y brindar definiciones inequívocas sobre

cualquiera de sus disciplinas deviene en ejercicio difícil, sino imposible. Siempre habrá errores de apreciación.

Hecha la salvedad podemos señalar que el Derecho de la Promoción de la Competencia es parte del que podríamos denominar como "Derecho Ordenador del Mercado" o, de manera más simple, "Derecho del Mercado".

Tal como lo indica su propio nombre, el Derecho Ordenador del Mercado es aquel que tiene por objeto regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (privados y el Estado) en el mercado o tráfico económico. Para mayor precisión, es una disciplina jurídica ordenadora (vía la regulación) del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas (los empresarios y consumidores) y del propio Estado en la medida que interviene en el mercado. Su finalidad última es la de promover y garantizar el buen funcionamiento de una economía de mercado. De allí que sea necesario considerar como requisito previo la existencia de esta clase de sistema o modelo económico[1].

De la definición que hemos brindado se pueden extraer sus diversos elementos. En primer lugar será necesario que exista un territorio (mercado) en el que puedan actuar o intervenir quienes ofrecen bienes o servicios (oferta) y quienes requieran de los mismos (demanda), siendo los primeros los empresarios y los segundos los consumidores. Este mercado -en el que interactúa la oferta y la demanda- debe ser libre. En otras palabras, que los intervinientes puedan proceder sin otros condicionamientos que no sean los propios de la competencia: precio, calidad, canales de distribución, estrategias de mercadotecnia, etc.

En segundo lugar, el mercado existe en la medida en que se verifiquen contraprestaciones económicas (normalmente la compra-venta), las que se producen en el marco de intercambios comerciales o en el desarrollo de actividades económicas en las que, a su vez, las notas características son el ánimo de lucro y el deseo de satisfacer necesidades. Esto se conoce como tráfico económico.

En tercer lugar, el mercado existe dentro de un área geográfica (nacional e internacional) en la que se han establecido reglas de comportamiento. Dichas reglas (acordadas por el Estado, el Derecho Internacional o la costumbre mercantil) expresan los derechos y obligaciones de los intervinientes en el tráfico. Del mismo modo, las reglas tienen por objeto establecer un marco para la actuación de los intervinientes, a la vez que pretenden garantizar que el mercado no se desnaturalice o falsee.

Finalmente, los intervinientes en el mercado son: las personas jurídicas o naturales en su doble faceta de empresarios y consumidores; el público (los consumidores en su sentido estricto); y el Estado que, en tanto participa como empresario o consumidor, establece las reglas de comportamiento, y es el árbitro de los conflictos que pudieran surgir.

En resumen, el Derecho Regulador del Mercado reconoce la existencia de los diversos actores de la economía y pretende ordenar su comportamiento con objeto de preservar la existencia del propio mercado (el sistema económico como abstracción). Tal como fuera señalado anteriormente las disciplinas que conforman el Derecho del Mercado son: el Derecho de la Libre Competencia; el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal[2] y el Derecho de la Protección al Consumidor. Lo complementan el Derecho de la Propiedad Intelectual (en sus dos vertientes: Derechos de Autor y protección de la Propiedad Industrial) y el Derecho de la Publicidad. A las anteriores se podría adicionar la normativa antidumping y sobre subsidios, la de inversión extrajera, la de transferencia de tecnología, la referida al control de cambios, la de regulación de precios, etc. Sin embargo, a pesar de que estas últimas se vinculan necesariamente con el "mercado", no es cierto que constituyan por si mismas herramientas para garantizar el "libre mercado". En efecto, son instrumentos de la "política de la competencia" o de la "competitividad", la que puede ser limitativa o de apertura. Sobre la primera posibilidad no se debería olvidar que la experiencia en la región

[1] En general: BERNITZ; *Harmonisation et coodination de la législation du marché. La notion de droit du marché; Komparativstudie av marknadslagstiftningens utpeckling och huvudlinjer: Jurist-och Samhallsvetarefobundets*; orlags AB, Estocolmo, 1969, pp. 570 y ss.

[2] La disciplina jurídica sobre la represión de la competencia desleal vendría a ser la otra «cara de la medalla» del derecho de las restricciones de la competencia. Éste pretende corregir el ejercicio limitativo de la competencia mientras que en aquél se verifica un ejercicio «exagerado» o «desleal». Uno atenta contra la libertad de competencia mientras que el otro es consecuencia de la libertad. Sobre esta disciplina ver el magistral trabajo de MENENDEZ; La competencia desleal; Civitas, Madrid, 1988. Igualmente: BAYLOS CORROZA; Tratado de Derecho Industrial; Civitas, Madrid, 1978; OTAMENDI; Comentarios a la ley de competencia desleal; Arazandi, Pamplona, 1994. Del mismo modo los trabajos sobre legislación suiza (inspiradora de la española y de varios países de América Latina): *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*; CEDIAC, Lausanne, 1988. PAZ ARES; El Ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política *antitrust* (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencial desleal); Revista de Derecho Mercantil, 1991, España, pp. 7-148. Id. Constitución económica y competencia desleal; Revista de Derecho Privado, 1981, España, pp. 927-957.

demuestra que esta clase de legislación fue utilizada ampliamente como el mecanismo jurídico para impulsar el ahora agotado modelo de sustitución de importaciones. Como es sabido este último era cualquier cosa menos uno que privilegiara a la competencia.

Contornos del Derecho del Mercado

El primer problema que enfrenta el Derecho del Mercado consiste en determinar sus contornos. Por cierto esta disciplina no constituye una de las categorías tradicionales del ordenamiento jurídico de América Latina y el Caribe, especialmente en países donde hasta hace poco el intervencionismo del Estado en lo procesos productivos había sido la regla. Como se sabe, durante las décadas pasadas -tal vez a lo largo de toda nuestra historia- los principios de libertad de empresa y comercio que le brindan sustento constitucional o eran intrascendentes económicamente o constituían un anatema desde la perspectiva política.

Del mismo modo, debido a que el mercado o el tráfico económico pertenecen al dominio de la economía, resulta difícil asimilar y emplear razonamientos de esta naturaleza en los procedimientos judiciales que previsiblemente pudieran surgir. Esta afirmación resulta particularmente válida para el caso de nuestra judicatura puesto que, como consecuencia de la adopción de diversa legislación de contenido eminentemente económico, tendrán que emplear razonamientos de esta índole al momento de intervenir en el procedimiento o resolver cualquier litigio.

El Derecho del Mercado incorpora nuevas instituciones y pone en tela de juicio la aplicación de muchos de los principios jurídicos a los que se encuentran tradicionalmente acostumbrados nuestros magistrados. Ejemplos de expresiones típicas son las siguientes: "la determinación del mercado relevante por la aplicación del componente producto en el supuesto de la distribución geográfica"; "la identificación de un comportamiento abusivo en el caso de posiciones dominantes en el mercado"; "las conductas concientemente paralelas de naturaleza horizontal"; "la acción de cesación en el supuesto de publicidad de tono excluyente que emplee el adjetivo superlativo"; "la medida de la inocencia del consumidor en los casos de promociones de venta que incluyan ventas atadas"; "la aplicación de la cláusula general prohibitiva de los comportamientos desleales en el supuesto de la comparación de sistemas económicos".

Estos y otros ejemplos brindan una clara indicación de la compleja diversidad temática que enfrenta o deberá enfrentar la administración de justicia de la región. A ello se debe agregar la inclusión o reformulación (por la vía legislativa o interpretativa) de diversas instituciones que se creían inamovibles. Por ejemplo: la inversión de la carga de la prueba, los testimonios, las facultades de investigación, el peritaje, la readecuación de los principios inspiradores y ejecutores de la responsabilidad extracontractual, la protección jurídica de los intereses de grupo o "acciones de clase", la legitimación activa, la publicación de la sentencia, las medidas de rectificación, etc.

Derecho del Mercado y disciplinas afines

Lo señalado hasta ahora nos lleva a cuestionar la posibilidad de asimilar las disciplinas jurídicas que conforman el Derecho Regulador del Mercado a las categorías de "Derecho Privado" tradicional; en especial aquellas que se vinculan con el quehacer económico y entre las que ocupan lugar destacadísimo el Derecho Comercial o, con un mayor sentido de la modernidad, el Derecho Mercantil. En nuestra opinión ello no es factible puesto que el ahora en decadencia Derecho Comercial se circunscribe a los actos de comercio o del comerciante y se perfila como una categoría jurídica referida a los profesionales del comercio y, por extensión, de la industria. Este es el derecho de una clase (la comercial) y es de naturaleza pasiva en lo que respecta al tráfico económico. En otras palabras, no se pronuncia sobre el comportamiento del comerciante o industrial en el mercado y menos sobre las consecuencias de su comportamiento. Se limita a establecer las formalidades sobre la constitución, conformación y organización de la actividad comercial. Del mismo modo el Derecho Comercial no acoge las diversas disposiciones administrativas indispensables para ordenar la actuación de los comerciantes en el mercado, tal como ocurre en lugar destacado con las disposiciones sobre libre competencia- por ejemplo, el Derecho Comercial sólo se refiere a los aspectos formales de la absorción de una empresa pero no cuestiona si dicha fusión tiene consecuencias macroeconómicas[3].

Lo señalado anteriormente también resulta válido para el caso del Derecho Mercantil. Si bien este derecho adiciona explícitamente a los industriales y a los elementos de los que disponen para intervenir en el mercado -tal corno ocurre con los signos distintivos y las invenciones-; no cuestiona la manera como actúan los empresarios y tiende a desconocer

[3] BERCOVITZ; La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil; en: Lecturas sobre la Constitución española; II, Facultad de Derecho, Madrid, UNED, 1978. LOZANO & PINTO; La protección jurídica de los intereses difusos; Madrid, Impresiones Rufino García Blanco, 1983.

el papel que cumple el consumidor en el mercado. Por lo tanto resultaría difícil aplicar sus principios a instituciones tales como las "acciones procesales de clase" (sic) o incorporar la posibilidad de romper el "velo corporativo" (sic).

Categorías más amplias y de cierto auge en América Latina y el Caribe son el Derecho Industrial y el Derecho de la Empresa. La primera incluye a la propiedad intelectual, las disposiciones sobre concurso de acreedores (quiebras), las diversas normas administrativas que regulan el comportamiento empresarial, como son las de competencia y de publicidad, así como las relaciones entre el empresario y el trabajador, etc. Sin embargo esta categoría también posee una dimensión limitada dado que centra su atención en el industrial, no considerando a los oferentes de servicios ni a los consumidores. La segunda, el Derecho de la Empresa, es obviamente más amplia puesto que por empresario también se considera al oferente de servicios e, incluso, a las profesiones liberales. Sin embargo se debe reconocer que en el tráfico económico no sólo intervienen los empresarios. También lo hacen los consumidores y el Estado. Por ello es necesario no sólo tener en cuenta el punto de vista empresarial sino también el impacto en el consumidor y en la economía en su conjunto. Así por ejemplo, por eficiencia económica debería promoverse los cárteles de distribución. Sin embargo éstos pueden destruir a los pequeños y medianos empresarios y, a la larga, comprometer los intereses de los consumidores.

A partir de las diversas posibilidades que nos ofrece la doctrina también se podría hacer referencia al Derecho Económico y, en especial, al Derecho Penal Económico. Estos no dejan de constituir categorías atractivas para describir la actuación de los agentes o componentes del mercado. La dificultad que presentan es su amplitud de contenido y su aplicación restrictiva. En efecto, el Derecho Económico comprende -además de las referidas en los párrafos anteriores- todas aquellas disposiciones que se vinculan con un elemento patrimonial o que reflejan el quehacer económico en su sentido más extenso como son los Derechos Tributario, Laboral, Agrario, Minero, de Sucesiones, e incluso, el de Obligaciones. En lo que respecta al Derecho Penal Económico se presenta el problema de la interpretación, puesto que por aplicación de sus principios generales entrará en conflicto con las "cláusulas generales" que aparecen como el sustento de la normativa en referencia. Lo último debe tomarse en cuenta al momento de decidir la clase de legislación que se adoptará. Por lo expuesto se podría afirmar que ninguna de las categorías jurídicas descritas hasta ahora son suficientes para describir el contenido y alcances de la normativa que conforma el Derecho del Mercado. Este deberá considerase como una categoría nueva que posee reglas de aplicación e interpretación propias. Es más, es de prever que a semejanza de lo que ocurre en todos los países desarrollados, el Derecho del Mercado se proyecte como el que concita mayor atención dentro de los sectores judicial, económico, académico y profesional.

El Derecho del Mercado y el ordenamiento constitucional

Tal como se puso de manifiesto anteriormente, el Derecho Ordenador del Mercado tiene por objeto regular los derechos y obligaciones de los actores o participantes en el mercado o tráfico económico. Es por lo tanto una disciplina jurídica ordenadora del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas. Para mayor precisión, de quienes intervienen en el mercado.

El mercado, tal como también se resaltó, posee una dimensión geográfica que normalmente es el territorio de un Estado. Éste se encuentra regido por un conjunto de disposiciones que tienen en la Constitución a su norma fundamental. Esta, a su vez, determina las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de los individuos, además de contener preceptos sobre la manera como se organiza el Estado. Como consecuencia consagra un sistema político particular que se expresa en lo que se conoce como "Constitución política". En el caso de la gran mayoría de países de América Latina y el Caribe, sus Constituciones han optado por el sistema conocido como "democracia política", el cual tiene como principios fundamentales el respeto a la libertad individual y la de no concentración del poder, también llamado "división de poderes".

En paralelo a las disposiciones de naturaleza politica, la Constitución también establece un conjunto de normas de contenido específicamente económico mediante las que se determinan los principios que rigen la actividad comercial o industrial de los individuos y del propio Estado. Este conjunto de preceptos constituyen lo que se ha dado en llamar "Constitución económica"[4].

[4] La expresión «Constitución económica» tuvo su origen en la Alemania de Weimar. El debate sobre sus alcances se inició en la década de los años cincuenta y en paralelo a la concreción -hoy una realidad en muchos de los países de América Latina- del modelo constitucional denominado como «economía social de mercado». De acuerdo con su acepción amplia, por Constitución económica se entiende el conjunto de principios jurídicos que determinan la organización o funcionamiento del proceso económico de un modo fundamental o estable. RITTER, *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs-und Kartellrecht*; Heidelberg-Karlsruhe; 1979; pp. 24-25. Muchos autores

La noción de Constitución económica cobra especial importancia puesto que los preceptos económicos de la Constitución establecen el marco dentro del que deben actuar los individuos (en su calidad de intervinientes en el mercado) y el propio Estado. Del mismo modo suponen una opción, lo que no es otra cosa que la elección de un sistema particular que, en rigor, debería ser consonante con la contraparte política. En otras palabras, también serían de aplicación los principios de libertad individual y de no concentración del poder. En el caso de la mayoría de países de la región, el sistema elegido es el de libre mercado[5] o su variante, la economía social de mercado[6]. Por lo tanto, el sistema debería sustentarse en los principios de libertad de industria y comercio, y en el de no concentración del poder económico respectivamente. Dicho esto resulta fácil comprender la importancia de las disciplinas jurídicas ordenadoras del mercado, entre las que la normativa antimonópólica ocupa el lugar más destacado. En efecto, las disposiciones sobre libre competencia son la expresión legislativa del principio de libertad individual conocido como de "industria y comercio", y su objetivo no es otro que evitar la concentración del poder, en este caso, económico.

El Principio de Libertad de Industria y de Comercio

Tal como se afirmó anteriormente, el principio de libertad de industria y de comercio está consagrado en la mayoría de las Normas Fundamentales de América Latina y el Caribe. Tanto la terminología empleada -en ocasiones ambigua o contradictoria- como su ubicación dentro del texto constitucional varía de país a país[7].

Cualquiera que sea la formalidad, lo relevante consiste en destacar que se verifica una norma que consagra el libre ejercicio de una actividad económi-

han tratado sobre su naturaleza y alcances sin que se haya llegado a establecer criterios unánimes (ALPA, BALLERSTEDT, EHMKE, FONT GALAN, GALGANO, GARCIA PELAYO, GHIDINI, MENEDENDEZ, POLO DIEZ, STRAUSS, SOMBART). Por ello conviene destacar lo expuesto por García Pelayo quien afirma que «aunque no hay unanimidad en cuanto al contenido concreto del concepto (de Constitución económica), podemos considerar como tal a las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico». GARCIA PELAYO; Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución; En: Estudios sobre la Constitución española de 1978. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza; 1979; pp. 31. Para un recuento de las diversas posibilidades esgrimidas por la doctrina. Ver: FONT GALÁN; Constitución Económica y Derecho de la Competencia; Tecnos, Madrid, 1987, Nota N° 250, pp. 132-135.

[5] Sorprendentemente muy poco ha escrito la doctrina en español sobre lo que constituye una economía de mercado. En ésta los planes y las acciones de las unidades independientes son coordinadas por mediación del mercado y se encuentran ligadas por relaciones de cambio que ajustan las diferentes fuerzas. Un sistema de economía de mercado o «descentralizada» (por oposición a la centralmente planificada) se define por los siguientes rasgos: (1) El mercado está constituido por centros económicos distintos, ligados entre sí por relaciones de cambio, que ponen en contacto las diversas fuerzas; estos son centros de producción, de oferta de factores. y de consumo: (2) la empresa es la única unidad económica de producción que asegura la ligazón entre los mercados de bienes y servicios y los mercados de factores productivos; (3) el dinero sirve de común denominador de las experiencias de los sujetos económicos; los precios y las relaciones entre bienes y dinero expresan y miden las tensiones de escasez de la vida económica y establecen el equilibrio económico; (4) El Estado ejerce solamente una acción indirecta y global: el Estado está siempre presente en la actividad económica, pero, en este aspecto, son los caracteres de esa intervención los que resultan decisivos: (a) Intervención directa con respecto a la libertad de decisión de los demandantes, de los oferentes y, en definitiva, con respecto a la formación de los precios, de modo que la libertad de disposición de los sujetos económicos no es eliminada; la economía está solamente orientada. (b) La intervención reviste un carácter global: la intervención del Estado se dirige sobre los «grandes trazos» de la vida económica, esto es, condiciones de distribución de la renta, nivel de la demanda efectiva y, muy especialmente, la reglamentación de la competencia. Ver: ENTRENA CUESTA; El principio de la libertad de empresa; En: El modelo económico de la Constitución española; Instituto de Estudios Económicos; Vol I; pp. 110-111.

[6] Las características fundamentales de un sistema de economía social de mercado son (1) el mecanismo de coordinación de las decisiones descentralizadas lo constituye el mercado, por lo que debe asgurarse su funcionamiento: (2) debe garantizarse la libertad de acceso al mercado eliminando obstáculos que puedan existir; (3) debe asegurarse la libertad monetaria; (4) ha de existir constancia en la política económica, sin perjuicio de la dinámica de los procesos sociales, con el fin de limitar los riesgos de los agentes económicos a los que corresponden las decisiones; (5) debe estar garantizada la propiedad privada de los medios de producción, responsabilizando a la propiedad en función de sus oportunidades de rendimiento y asegurando que los resultados correspondan a las aportaciones reales del mercado; (6) la libertad de actuaciones contractuales. La efectividad de este orden de economía social de mercado exige una serie de actuaciones por parte del Estado: (1) garantizar la capacidad de la competencia en el mercado para que funcione como mecanismo de control de los monopolios y oligopolios, evitando o reduciendo la concentración de poder en el mercado, ordenando, completando y fomentando la competencia; (2) debe actuar en el proceso de distribución para corregir los resultados del mecanismo del mercado mediante una política de rentas y patrimonios; (3) debe actuar en el campo coyuntural con el fin de dar constancia a los procesos económicos; (4) interviene en actuaciones estructurales en las actividades que no puede acometer el sector privado por su riesgo indefinido o por su largo periodo de tiempo; (5) realiza una política social que asegure las prestaciones necesarias a los individuos cuyas necesidades no pueden satisfacerse vía mercado y con el fin de que el sistema social afirme la propia libertad individual. ENTRENA CUESTA; Op. cit., pp. 112-113.

[7] En efecto ni en la región ni en el resto del mundo existe una terminología uniforme para describir este pr incipio. En algunos se denomina «libertad de comercio» y en otros se le adiciona el término «industria». Hay países que se refieren a la «libertad de empresa» o «libertad empresarial». También los que mencionan el principio de «libertad económica» o de «libre iniciativa privada». En lo que respecta a su ubicación, puede estar incluido dentro del articulado sobre las libertades individuales, sobre los derechos de la persona, sobre el régimen económico, etc.

ca. Ella tiene su origen en el Siglo XVIII durante la Revolución Francesa y se alcanza claramente con la eliminación (al menos formal) del denominado modelo económico corporativista[8].

La ruptura con el corporativismo significó eliminar el sistema mediante el cual el desarrollo de las actividades económicas era privilegio de los individuos que integraban la corporación, asociación o gremio, y también de quienes gozaban del denominado "privilegio real de industria" (mercantilismo). A partir de la consagración del principio de libre comercio e industria, las actividades económicas pueden ser llevadas a cabo por cualquiera que lo desee, sin que para ello se requiera de una autorización previa.

El principio posee consecuencias muy interesantes para el Derecho del Mercado y, en especial, para el de la competencia. Ello debido a que uno de sus objetivos primordiales es precisamente garantizar el acceso al mercado; en otras palabras, la posibilidad de "concurrir"[9] libremente en él. Del mismo modo, el principio de libertad de empresa no significa que los agentes económicos tengan la facultad de llevar a cabo actividades de esta naturaleza con prescindencia de ciertas reglas de comportamiento mínimas (establecidas a favor de la empresa, los consumidores y del propio sistema). Este principio garantiza el libre acceso pero no el ejercicio irrestricto de esa libertad.

Dicho esto es posible identificar el sustento constitucional de la normativa ordenadora del mercado. En primer lugar, si el principio garantiza la libertad de elección económica tanto para los empresarios como para los consumidores, es claro que el Estado no debe sustituir a los agentes privados -salvo excepciones- en el proceso de decisión. En segundo lugar, si no es necesario pertenecer a un gremio o corporación, cualquiera podrá concurrir en el mercado. En tercer lugar, si cualquiera tiene derecho a concurrir en el mercado, es obvio que hallarán resistencia por parte de quienes ya están, por lo que el proceso de interacciones entre unos y otros sólo se puede calificar como un proceso de competencia.

El razonamiento anterior es particularmente relevante para el Derecho de la Competencia dado que, en la medida en que la legislación antimonopólica establece las reglas de comportamiento de la competencia (el *modus operandi* del principio de libre comercio), ella encuentra sustento en este principio constitucional. Del mismo modo, la normativa que integra el Derecho del Mercado se debe percibir como la que expresa los principios ordenadores o la noción organizativa de la vida económica de aquellos países que, como en el caso de América Latina y el Caribe, han optado por el modelo económico de libre mercado. Libre mercado no es otra cosa que libre competencia.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora no significa que la normativa ordenadora del mercado se desarrolla exclusivamente a partir del principio sujeto a comentario. La tendencia generalizada apunta a consagrar -en paralelo o como complemento- una o más disposiciones en las que explícitamente se prohíben los monopolios, las practicas restrictivas de la competencia, etc. Igualmente se verifica la paulatina incorporación de preceptos en los que se reconoce el papel que juega el consumidor. Sin embargo, tanto las primeras como los segundos vienen a complementar o precisar el mandato sobre libertad de comercio o industrial, libre empresa, libre mercado o libre iniciativa privada. La ausencia de una mención expresa a la libre competencia, a la prohibición de los monopolios o a la protección del consumidor no significa que la legislación que el Estado pudiera adoptar sobre estos particulares adolezca de sustento constitucional o que su rango sea secundario. Por el contrario, la legislación sobre libre competencia debe considerarse como la principal en lo atinente a la dimensión económico-jurídica de un país adscrito a una economía de mercado. Más aún, cualquier actividad o comportamiento que colisione con este principio, no sólo tendrá visos de ilegalidad sino de inconstitucionalidad.

[8] El hito se produce en Francia con la Leyes 2-17 de Marzo de 1791 (Decreto d'Allarde) y 14-17 de Junio de 1791 (Ley Le Chapelier). El texto del Decreto d'Allarde guarda grandes semejanzas con lo que señala muchas de las Constituciones de América Latina. Dice lo siguiente: «A partir del próximo 1 de Abril toda persona será libre de llevar a cabo el negocio o ejercer la profesión, arte u oficio que mejor le convenga». La Ley le Chapelier se opone a la constitución de corporaciones y prohibe a quienes las organizen «establecer reglas de comportamiento que reflejen sus pretendidos intereses comunes». Con estas disposiciones se establece formalmente el sistema de libre competencia. Ver: AZÉMA; *Le droit français de la concurrence*; Dalloz, Paris, 1981, p. 25. Sobre la perspectiva histórico-jurídica de la noción de libertad de industria ver: FARJAT & REMICHE (Compilación); *Liberté et Droit Économique*; Association Internationale de Droit Économique, De Boeck, Bruselas, 1992. En especial la contribución de BART; *Perspective Historique*; pp. 24-39. En español: GHIDINI; La competencia desleal. Desde las corporaciones al corporativismo; Revista de Derecho Mercantil; España, 1975, pp. 748. DONATIVI; *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*; Rivista di Diritto Industriale, Italia, 1992, pp. 261-445.

[9] La Palabra «concurrir» se traduce en francés como *concurrence*, lo que también equivale a la palabra en español «competencia».

LA NORMATIVA SOBRE LIBRE COMPETENCIA

La terminología empleada

Del conjunto de disciplinas jurídicas que conforman el derecho regulador u ordenador del mercado, la referida a la competencia es, sin lugar a duda, la de mayor importancia y trascendencia económica. Ésta se denomina indistintamente como de "libre competencia", de "defensa de la competencia", de "promoción de la libre competencia", "antimonopolios", de las "prácticas comerciales restrictivas", "anticárteles", o *"antitrust"*. En adelante las denominaciones deberán considerarse equivalentes.

No existe una regla general en lo atinente a la calificación de las leyes sobre las prácticas comerciales restrictivas. Los diferentes títulos adoptados suelen reflejar los objetivos y el rango de la ley, así como la tradición jurídica del país. Cabe tener en cuenta los ejemplos siguientes: Australia, Ley sobre las prácticas comerciales; Bélgica, Ley sobre la protección de la competencia económica; Colombia, Ley sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas; Francia, Decreto relativo a la libertad de precios y de competencia; Alemania, Ley contra las restricciones de la competencia; India, Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas; Italia, Reglamento de defensa de la competencia y el mercado; Jamaica, Ley de competencia leal; Kenia, Ley sobre las prácticas comerciales restrictivas, los monopolios y el control del comercio; España, Ley de defensa de la competencia; Pakistán, Decreto sobre represión y prevención de los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, Perú, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia; Polonia, Ley de represión de las practicas monopolísticas; República de Corea, Ley de comercio leal y de regulación de los monopolios; Federación de Rusia, Ley sobre la competencia y la restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos; Sri Lanka, Ley de comercio leal; Reino Unido, Leyes sobre el comercio leal, las prácticas comerciales restrictivas, los precios de reventa y la competencia; Estados Unidos de América, Leyes *antitrust*; Venezuela, Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia.

Objetivos o propósitos de la legislación

El objetivo de la ley viene a ser, en líneas generales, controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, o la adquisición y/o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico[10].

Muchos países tienden a indicar otros objetivos concretos como son la creación, el fomento y la defensa de la competencia, el control de la concentración del capital o del poder económico, el fomento de las innovaciones, la protección y promoción del bienestar social. Del mismo modo, existe un creciente número de países que se refieren a la protección de los consumidores como uno de los objetivos de la legislación. Es más, en algunos de ellos, como es el caso de Costa Rica, Colombia y Perú, la legislación sobre el consumidor está vinculada mediante la misma ley o una administración común.

Entre los diversos objetivos que mencionan las legislaciones nacionales, se incluyen los que a continuación se indican. En Canadá: "defender y fomentar la competencia a fin de promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía, de ampliar las oportunidades de participación en los mercados mundiales, reconociendo al mismo tiempo el papel de la competencia extranjera, de velar porque las empresas pequeñas y medianas tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía y de ofrecer a los consumidores precios competitivos y posibilidades de elección de los productos"[11]; en Dinamarca: "fomentar la competencia y reforzar así la eficiencia de la producción y la distribución de bienes y servicios, etc., por medio de la máxima

[10] Definición propuesta por el Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas. Sus actividades se llevan a cabo en el seno de la UNCTAD. En adelante se empleará, en la medida de lo posible, la terminología de GIE puesto que corresponde a los trabajos del único mecanismo multilateral sobre competencia y debido a que refleja un consenso internacional en la materia. Sus trabajos se desarrollan sobre la base del mandato contenido en la Resolución 35/63 de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la que se aprueba el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas. En particular, los trabajos de su denominada Ley Modelo (TD/B/RBP/81/rev.4) de la que es responsable el autor de la presente ponencia.

[11] Ley sobre la competencia, de 1986, artículo 1.1.

transparencia posible de las condiciones de competencia"[12]; en Noruega: "conseguir la eficiente utilización de los recursos de la sociedad, proporcionando las condiciones necesarias para una competencia efectiva"[13]; en Perú: "eliminar las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas para conseguir el desarrollo de la iniciativa privada y el beneficio de los consumidores"[14]; en la Federación de Rusia: "prevenir, limitar y suprimir las actividades monopolísticas y la competencia desleal, y asegurar las bases para la creación y el eficiente funcionamiento de los mercados de productos"[15]; en Suecia: "afrontar y eliminar los obstáculos a una competencia efectiva en la esfera de la producción y el comercio de bienes, servicios y otros productos"[16]; en Estados Unidos: "una carta general de la libertad económica destinada a preservar la competencia libre y sin trabas como regla del comercio. Se basa en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas de la competencia producirá la mejor asignación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la calidad más elevada y el mayor progreso material, creando al mismo tiempo un entorno conducente a la salvaguardia de nuestras instituciones políticas y sociales democráticas"[17]; en Venezuela: "promover y proteger el ejercicio de la libre competencia," así como "la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores"[18]; las disposiciones del Grupo Andino se refieren a "prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la competencia"[19].

Ámbito de aplicación

En principio la normativa sobre libre competencia se aplica a las empresas[20] con respecto a todos sus convenios, actos o transacciones relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual. Del mismo modo se aplica a toda persona natural que, obrando en su capacidad privada como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza la realización de prácticas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas. Sobre este último particular, la totalidad de las leyes nacionales de la región se aplican tanto a las empresas como a las personas porque la disuasión y la reparación pueden ser más eficaces en el ámbito nacional si los propietarios o administradores de las empresas pueden ser tenidos personalmente por responsables de las violaciones en que incurren o que autorizan.

Aspecto importante sobre la noción de empresa es que, al igual que ocurre con el resto del mundo, también deben considerarse como "empresas" a las asociaciones profesionales. Como actualmente ninguna de las leyes vigentes en la región lo señala explícitamente, esto deberá alcanzarse por la vía de la interpretación. Por excepción no se aplica a los actos soberanos del Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales que hayan sido impuestos por el Estado o las administraciones locales. Sin embargo, conviene señalar que en la mayoría de países con leyes modernas sobre defensa de la competencia, la ley se aplica tanto a las empresas estatales como a las empresas privadas.

Los acuerdos o convenios limitativos de la competencia

Los convenios o acuerdos entre empresas constituyen una de las principales modalidades que limitan la competencia. Sobre el particular, la totalidad de la legislación de la región posee una cláusula general prohibitiva de esta clase de comportamientos. Los

[12] Ley sobre la competencia, de 1989, artículo 1.

[13] Ley 65 de 11 de junio de 1993 relativa a la competencia en las actividades comerciales, artículo 1-1 (Propósito de la Ley). Se conoce a la ley como Ley sobre la competencia y entró en vigor el 1 de enero de 1994.

[14] Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 2.

[15] Ley de 30 de mayo de 1995 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas que afectan a los mercados de productos, artículo 1.

[16] Ley sobre la competencia (1993:20), de 14 de enero de 1993, artículo 1.

[17] Northern Pacific Railway Co. c. United States, 356 U.S., 1, 4, 78 S.CT.514, 517, 2 L.Ed.2d 545, 549 (1958).

[18] Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, artículo 1.

[19] Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículo 1.

[20] GALÁN CORONA; Acuerdos restrictivos de la competencia; Capítulo IV; pp. 133-186. Montecorvo, Madrid, 1977. FRIGNANI & WAELBROECK; *Disciplina della Concorrenza nella CEE*; Capítulo II, pp. 17-32; Jovene Editore, Nápoles, 1983. KORAH; *EC competition law and practice*; 5 Ed.; Capítulo II; pp. 37-45; Sweet and Maxwell, Londres, 1994.

acuerdos son fundamentalmente de dos tipos: horizontales y verticales[21].

Los convenios horizontales son los celebrados entre empresas que se dedican en general a las mismas actividades, es decir, entre productores, entre mayoristas o entre minoristas de un mismo género de productos. Igualmente entre los que ofrecen la misma gama de servicios. Los acuerdos verticales son los celebrados entre empresas que se sitúan en distintos escalones del proceso de fabricación y distribución; por ejemplo, entre fabricantes de componentes y fabricantes de productos en los que se incorporan esos componentes, entre productores y mayoristas o entre productores, mayoristas y minoristas. Algunos convenios pueden ser a la vez horizontales y verticales, como los convenios de fijación de precios.

Los convenios o acuerdos pueden ser tanto escritos como verbales (los denominados "pactos de caballeros"), y la legislación normalmente no distingue entre ellos. Por ello la prohibición de acuerdos abarca cualquier tipo de pacto. A este respecto la legislación de Pakistán define el término "convenio" como "todo acuerdo o avenencia, formalizado o no por escrito y destinado o no a ser jurídicamente exigible"[22]. Las leyes de la India[23] y de Sudáfrica[24] contienen una definición similar. Las leyes de Polonia[25] y de la Federación de Rusia[26] hacen referencia a los "convenios sea cual sea su forma". El enunciado de la ley de España[27] es especialmente generoso y abarca múltiples posibilidades que van más allá de los convenios, es decir, toda "decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela". En el ámbito regional cabe destacar, por ejemplo, que Perú[28] y Venezuela[29] adoptan un criterio análogo. Lo mismo ocurre con la normativa del Pacto Andino[30].

Cuando los acuerdos son por escrito, no puede surgir ninguna controversia jurídica sobre su existencia misma, aunque sí sobre su significado. Ahora bien, es usual que las empresas suelan abstenerse de concertar convenios escritos, especialmente cuando están prohibidos por la ley. La práctica consiste en establecer convenios oficiosos o verbales, los cuales plantean el problema de su probanza puesto que tiene que demostrarse que ha habido entre las empresas alguna forma de comunicación o conocimiento compartido de las decisiones comerciales, y que ésta se ha traducido en una actuación concertada o en conductas paralelas. Por consiguiente, la prueba de la actuación concertada en tales casos se basa en indicios lo cual, a su vez, supone una labor de investigación particularmente importante que, en la mayoría de los casos, trasciende la simple compilación documental. Será necesario, por ejemplo, adelantar investigaciones sobre el comportamiento de los precios en el mercado; revisar las agendas de los ejecutivos; contar con servicios de "investigación oficiosa"; y hacer acopio de otras pruebas mediante mecanismos poco usuales para la práctica judicial latinoamericana. Otra forma importante de probar la existencia de un acuerdo verbal, muy superior a la prueba de la conducta paralela, es el testimonio directo de testigos. Empero, ello genera dificultades debido al desprestigio o falta de credibilidad que en la región posee el testimonio como medio probatorio.

Lo dicho hasta ahora apunta a resaltar la necesidad de que nuestros magistrados tengan buenos conoci-

[21] GALÁN CORONA; op. cit.

[22] Decreto sobre la represión y prevención de los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, de 1970 (reforma de 1983), artículo 2, párrafo 1, apartado a).

[23] Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, de 1969 (reformada por la Ley 58 de 1991), artículo 2, apartado a).

[24] Ley de defensa y fomento de la competencia, de 1979, artículo 1, párrafo x), apartado a).

[25] Ley de represión de las prácticas monopolísticas, de 24 de febrero de 1990, artículo 2, párrafo 3,apartado b).

[26] Ley de 30 mayo de 1995 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículo 6 (II).

[27] Ley de defensa de la competencia, de 1989, en especial el artículo 1, sobre «Conductas prohibidas».

[28] Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 6.

[29] Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, de 1991, artículo 5.

[30] Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, artículo 3.

mientos de economía, mercadotecnia, ciencias contables, etc., para enfrentar satisfactoriamente los instrumentos probatorios documentales (estadísticas, informes económicos, etc.) que les sometan las partes en el procedimiento. Es más, deberán saber qué otros documentos de naturaleza económica será necesario requerir para obtener un panorama completo del caso y, consecuentemente, interpretarlos en su verdadera dimensión. A este nivel es muy probable que la institución de los peritos se verá potenciada.

Dentro de las diversas modalidades de convenios o acuerdos que normalmente prohibe la legislación pueden destacarse los que se describirán a continuación a título de ejemplo.

Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta

La fijación de precios figura entre las formas más corrientes de prácticas comerciales restrictivas y, tanto si afecta a bienes como a servicios, se considera en muchos países ilícita. Este es el caso de la totalidad de las leyes vigentes en América Latina y el Caribe. La fijación de precios puede producirse en cualquier etapa del proceso de producción y distribución. Puede consistir en convenios sobre los precios de los productos primarios, los insumos intermedios o los productos acabados. También puede consistir en convenios relativos a formas específicas de cálculo de los precios, incluidos la concesión de descuentos y rebajas, la elaboración de listas de precios y sus variaciones y el intercambio de información sobre los precios.

Las licitaciones colusorias[31]

Las licitaciones colusorias son intrínsecamente anticompetitivas pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, que es la adquisición de bienes o servicios a los precios en las condiciones más favorables. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas: pactos para presentar ofertas idénticas, pactos para determinar quién presentará la oferta más baja, pactos para presentar ofertas ficticias (ofertas deliberadamente infladas), pactos para no pujar uno contra otro, pactos sobre normas comunes para calcular los precios o condiciones en las ofertas, pactos para "dejar fuera" a los licitantes independientes, pactos para designar de antemano al ganador de la buena pro mediante rotación o con arreglo a criterios geográficos o de clientela. Tales pactos pueden prever un sistema de compensación de los licitantes a los que no se haya adjudicado el contrato basado en determinado porcentaje de los beneficios de los adjudicatarios con el fin de repartirlo después de cierto plazo entre los licitantes a quienes no se haya adjudicado el contrato.

La licitación colusoria es ilegal en la mayoría de los países de la región y aun los países que no cuentan con disposiciones legales especiales sobre libre competencia disponen a menudo de una normativa especial sobre las licitaciones. La mayoría de los países de mundo tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales. Ello se debe a sus aspectos fraudulentos y especialmente a sus efectos perjudiciales en las compras del Estado y el gasto público.

La repartición de los mercados o de la clientela

Otra modalidad de acuerdos que prohibe la totalidad de la legislación de la región son los de repartición geográfica de los mercados y de la clientela. Éstos implican la asignación a determinadas empresas de determinados clientes o mercados para los productos o servicios de que se trata. Tales acuerdos tienen por objeto, en especial, consolidar o mantener determinada estructura del comercio mediante la renuncia a la competencia por parte de las empresas competidoras respecto de su clientela o sus mercados respectivos. Tales acuerdos pueden ser restrictivos con respecto a una determinada línea de productos o con respecto a un determinado tipo de clientela.

Los acuerdos de repartición de los mercados se dan tanto en el comercio interno como en el internacional. En este último caso frecuentemente suponen una repartición del mercado internacional de base geográfica que responde a unas relaciones entre proveedores y compradores previamente establecidas. Las empresas que conciertan tales convenios casi siempre acuerdan no competir en el mercado interior de la otra.

Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas

Los acuerdos de repartición de mercados también pueden concebirse en forma de asignaciones cuantitativas en vez de estar basados en una distribución de territorios o de clientela. Tales restricciones se aplican a menudo en los sectores donde hay una capacidad excedente o donde el objetivo es el alza de los precios. Con arreglo a esos sistemas, las empresas suelen convenir en limitar los suministros

[31] Véase «Licitaciones colusorias», estudio preparado por la secretaría de la UNCTAD (TD/B/RBP/12).

a una proporción de sus ventas anteriores y, con objeto de velar por el cumplimiento de ese pacto, muchas veces se crea un fondo común y se exige a las empresas cuyas ventas son superiores a su cuota a que hagan pagos al fondo con objeto de compensar a las empresas cuyas ventas son inferiores a su cuota.

La negativa concertada a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios

Las negativas concertadas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, o la amenaza de tal negativa, son uno de los medios más corrientes empleados para obligar a los que son miembros de un grupo a seguir la línea de conducta prescrita. Los boicoteos de grupo pueden ser horizontales (es decir, los miembros del cártel pueden pactar entre ellos que no venderán o no comprarán a determinados clientes) o verticales (los pactos entre partes situadas en escalones diferentes del proceso de producción y distribución negándose a tratar con un tercero, normalmente un competidor de una de ellas).

El boicoteo se considera ilegal en todos los países de la región que cuentan con legislación antimonopólica, especialmente cuando tienen por objeto asegurar la observancia de otros acuerdos como los de imposición colectiva de precios de reventa y los de exclusividad.

La negación colectiva de participación en un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia

En la esfera de la producción y venta de bienes y servicios es conveniente ser miembro de asociaciones industriales, profesionales y comerciales. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y, en circunstancias normales, se permite el ingreso de los que reúnen tales requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo tal que excluyan a ciertos posibles competidores, bien estableciendo una discriminación en perjuicio de ellos, o bien creando un "coto cerrado"[32].

Esta modalidad deberá ser particularmente analizada en América Latina y el Caribe puesto que, a diferencia de los países desarrollados, la falta de conocimiento de la normativa puede hacer que las asociaciones empresariales se constituyan como el foro idóneo para convenir acuerdos limitativos de la competencia.

Actos o conductas constitutivos de abuso de una posición dominante en el mercado

Debido a la alta concentración de sus economías, el tema de la posición dominante en el mercado es de suma importancia en el caso de los países de América Latina y el Caribe. Del mismo modo, debido a los procesos de "privatización" se verifica la tendencia general de dejar estas situaciones a cargo de las empresas privatizadas.

Por posición dominante en el mercado se entiende el grado de control efectivo o potencial del mercado por una empresa o varias empresas. Tal control puede cuantificarse de acuerdo con las cuotas del mercado, la cifra anual total de negocios, el volumen de los activos, el número de empleados, etc; también debería centrarse en la capacidad de una empresa para aumentar los precios por encima (o hacerlos disminuir por debajo) del nivel de competencia durante un período considerable de tiempo. En algunos países, que no es el caso de la región, la ley especifica la cuota de mercado que debe corresponder a una o varias empresas para que pueda considerarse que existe una posición de dominio o situación monopolística. Cabe destacar que la legislación no castiga la posición dominante en el mercado. Ataca el abuso de la misma.

Los criterios específicos para la definición del abuso de una posición de dominio en el mercado pueden ser difíciles de establecer. Además de la cuota de mercado, las ventajas estructurales que posean ciertas empresas pueden tener una importancia decisiva. Por ello será necesario el análisis del caso concreto y la aplicación de determinados criterios o indicadores que podrán servir para determinar si existió o no una posición dominante.

A continuación se describen algunos de ellos[33].

Fijación de precios por debajo del costo para eliminar los competidores

Una de las formas mas corrientes de conducta abusiva es lo que suele denominarse como "fijación abusiva de precios". Las empresas observan tal

[32] El asunto Associated Press (AP) c. Estados Unidos sirve para ejemplificar este punto. 326 U.S., 1655 Ct. 1416, 86L. Ed. 2013, revisión denegada 326 (802) 1945. Para más detalles, véase el documento TD/B/RBP/15/Rev. 1, párr. 54.

[33] VILA COSTA; El «abuso de posición dominante» en la CEE; Capítulo IV; pp. 167-224; Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979.

conducta para eliminar a las empresas competidoras, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio. Cuanto mayor sea la diversificación de las actividades de la empresa en cuanto a productos y mercados y sus recursos financieros, mayor será su capacidad para observar una conducta abusiva[34].

La fijación de los precios de reventa

La fijación de los precios de reventa de los productos, generalmente por el fabricante o por el mayorista, suele también denominarse imposición de precios de reventa. Esta modalidad abusiva está prohibida en muchos países del mundo y en la totalidad de los que en la región cuentan con legislación especial.

Restricciones a la importación

La imposición de restricciones a la importación de bienes a los que se haya aplicado legítimamente en el extranjero una marca de fábrica o de comercio idéntica o similar a la marca de fábrica o de comercio protegida en el país importador para bienes idénticos o similares, cuando las marcas de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica de organización, de gestión o jurídica, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener precios artificialmente elevados. Esta posibilidad puede ser cubierta por la legislación antimonopólica o, tal como ocurre con el Grupo Andino, por la legislación sobre propiedad industrial. Este tema se encuentra estrechamente vinculado con el del agotamiento internacional del derecho de marcas y el de las importaciones paralelas[35].

Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquisición de control

La concentración del poder económico se realiza, en particular, mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, como la vinculación por medio de consejeros comunes. Fusión es la unión de dos o más empresas como resultado de la cual una o varias de ellas pierden su identidad jurídica o económica y se crea una empresa única[36]. La absorción de una empresa por otra generalmente entraña la compra de la totalidad o de un número suficiente de acciones de tal forma que le permita a la segunda ejercer el control sin el consentimiento de la primera. La empresa conjunta supone la creación de una empresa distinta por dos o más empresas. Tales adquisiciones de control conllevan, en algunos casos, a una concentración de poder económico que puede ser horizontal (por ejemplo, la adquisición de un competidor), vertical (por ejemplo, entre empresas en diferentes escalones del proceso de fabricación y distribución) o heterogénea (que abarca diferentes tipos de actividades). En algunos casos, tales concentraciones pueden tener al mismo tiempo carácter horizontal y vertical.

Todos los países de la región, salvo Perú, han establecido un sistema de control o notificación previo a fin de monitorear las fusiones y otros modos de adquisición de control. La notificación sólo debería ser obligatoria cuando las empresas de que se trate poseen cierto grado de concentración. Los principales indicadores utilizados para examinar esa concentración de poder económico son las cuotas de mercado, el volumen anual total de negocios, el número de empleados y el activo total. Para evaluar los efectos de una adquisición también se tienen en cuenta otros factores, en especial la estructura general del mercado, el grado existente de concentración en el mismo, la barreras a la entrada o penetración en el mercado y la posición competitiva de otras empresas en el mercado relevante, así como las ventajas de que se goce y las que vayan a obtenerse mediante la adquisición.

Dentro del marco de las fusiones cabe destacar muy especialmente a las adquisiciones de control de carácter horizontal. Estas son evidentemente el tipo de actividad que contribuye más directamente a la concentración de poder económico y que tiene más probabilidades de traducirse en una posición dominante en el mercado, reduciendo o eliminando así la competencia. Esta es la razón por la cual la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas de muchos países desarrollados y países en desarrollo aplica un control estricto a la fusión o integración de empresas competidoras. De hecho, uno de los fines principales de la legislación de represión de los monopolios ha sido el control del crecimiento del

[34] El caso más ilustrativo posiblemente sea: Hoffmann-La Roche & Co.AG v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH; 105/77, 23 de mayo de 1978 E.C.R. 1139, (1978) 3 C.M.L.R. 217, CMR 8466.

[35] MASSAGUER; Mercado común y patente nacional (Agotamiento comunitario y protección territorial absoluta); BOSCH; Barcelona, 1989. DE LAS HERAS LORENZO; El agotamiento del Derecho de marca; Montecorvo, Madrid, 1994.

[36] DARAMAS PELAEZ; Concentración de empresas y defensa de la competencia (Las fusiones ante el derecho *antitrust*); Vol. I y II, Madrid, Colegio Universitario de San Pablo, 1982, CERRAI; *Concentrazioni di imprese e concorrenza*; Milano, Giuffré Editore, 1983.

poder monopolístico que a menudo se crea como resultado directo de la integración de competidores en una sola unidad.

Las adquisiciones de control de carácter horizontal no se limitan a las fusiones sino que también pueden realizarse por medio de absorciones, empresas conjuntas o la vinculación por consejeros comunes. La adquisición de control de carácter horizontal, incluso entre pequeñas empresas, aunque no redunda necesariamente en perjuicio de la competencia en el mercado puede, sin embargo, crear condiciones que provoquen una nueva concentración de poder económico y de oligopolios

Las adquisiciones de control de carácter vertical afectan a empresas que se encuentran en escalones diferentes del proceso de producción y distribución y pueden producir una serie de efectos perjudiciales. Por ejemplo, una empresa proveedora que se fusiona con una empresa cliente o adquiere su propiedad puede ampliar su control sobre el mercado al excluir un punto de distribución efectivo o potencial de los productos de sus competidores. Mediante la adquisición de una empresa proveedora, una empresa cliente puede así mismo limitar el acceso al mercado de los suministros de sus competidores.

Las adquisiciones de control de carácter heterogéneo que no consisten en la unión de competidores ni en el establecimiento de relaciones verticales (es decir, formas de diversificación de actividades para dedicarse a sectores totalmente ajenos) son más difíciles de regular, ya que la estructura de la competencia en los mercados relevantes puede no cambiar en apariencia. En este contexto el elemento más importante que debe tomarse en consideración es el aumento del potencial financiero de las partes interesadas a que puede dar lugar el acuerdo. Un aumento considerable de la fuerza financiera de la empresa fusionada puede proporcionar un margen más amplio de actuación e influencia frente a los competidores o los competidores potenciales de la empresa adquirente y la empresa adquirida, especialmente si una de ellas o las dos gozan de una posición dominante en el mercado.

Una modalidad interesante a nivel del control de fusiones y concentraciones, que además es usual en la región, está dada por la vinculación mediante directores comunes. Esta se produce cuando una persona es miembro del directorio o de los consejos de administración de dos o más empresas o cuando representantes de dos o más empresas forman parte del directorio o del consejo de administración de otra empresa. Este tipo de vinculación comprende a los consejeros o directores comunes de sociedades matrices, de la casa matriz de una empresa y de la filial de otra sociedad matriz o a filiales de matrices diferentes. Estas situaciones suelen derivarse de la propiedad común de acciones y de lazos financieros.

La vinculación mediante directores o consejeros comunes puede afectar a la competencia de varias maneras. Puede dar lugar a un control administrativo en virtud del cual las decisiones relativas a las inversiones y la producción se traduzcan en realidad en la formulación de estrategias comunes entre empresas en materia de precios, repartición de mercados y otras actividades concertadas. La vinculación mediante directores o consejeros comunes en el plano vertical puede dar lugar a la integración vertical de actividades como, por ejemplo, entre proveedores y clientes, desalentar la expansión en esferas competitivas y conducir a acuerdos recíprocos entre ellos. Los vínculos entre los consejos de administración o directorios de empresas financieras y empresas no financieras pueden originar condiciones discriminatorias de financiación para los competidores y actuar como catalizador de adquisiciones de control de carácter vertical-horizontal o heterogéneo.

Es importante señalar que la vinculación por medio de consejeros o directores comunes, si no se controla eficazmente, puede utilizarse como medio para eludir toda legislación bien formulada y rigurosamente aplicada en la esfera de las prácticas comerciales restrictivas[37]. Por consiguiente, muchos países hacen obligatoria la notificación de las vinculaciones mediante consejeros comunes y la aprobación previa de ese tipo de vinculaciones, independientemente de que se efectúen entre competidores o sean de carácter vertical o heterogéneo.

El órgano encargado de la aplicación de la ley y su organización

Las leyes y reformas legislativas promulgadas recientemente en distintos países ponen de manifiesto la tendencia a la creación de nuevos órganos de represión de las practicas comerciales restrictivas o la modificación de los existentes para conferirles

[37] La situación no tiene que examinarse sólo en lo concerniente a los consejos de administración o directorios. En los Estados Unidos es ilegal, no sólo que un miembro del consejo de administración de una sociedad sea también miembro del consejo de administración de una sociedad competidora, sino también que lo sea uno de sus ejecutivos.

mayores facultades y aumentar la eficiencia de su funcionamiento. Esto es particularmente válido en la región donde, en los últimos 4 años, se han adoptado o reformado disposiciones sobre libre competencia. Del mismo modo se vincula estrechamente con todas las actividades que el BID está impulsando dentro del marco de lo que denomina "monetización de los sistemas jurídicos"[38]

En algunos casos se ha procedido a la fusión de distintos órganos facultados para ejercer las funciones en el campo de las prácticas comerciales restrictivas, o la protección al consumidor. Así ocurre, por ejemplo, en Costa Rica, Jamaica (en parte), Colombia[39], y Perú[40]. Así también se viene analizando para el caso de Bolivia, El Salvador, Guatemala y República Dominicana.

No es el caso indicar cuál debiera ser el órgano apropiado. Tampoco señalar de qué modo debería encuadrarse el órgano en el aparato administrativo o judicial de un país determinado. Se trata de una cuestión que debe ser decidida por cada país. En todo caso se debe partir del supuesto de que el tipo de órgano administrativo más eficiente probablemente es un organismo público de naturaleza autónoma, como el recientemente reestructurado Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) de Brasil, con amplias facultades administrativas y cuasi judiciales para realizar investigaciones, adoptar decisiones y, de ser posible, aplicar sanciones. En paralelo se debería prever la posibilidad de recursos a un órgano judicial superior.

El número de personas o miembros que integran el órgano varía según los países. En algunas legislaciones ese número no es fijo y puede oscilar entre un mínimo y un máximo. Otros países señalan en su legislación el número exacto de miembros, por ejemplo, Argentina, Brasil y Perú. Otros países, como Australia, dejan que el organismo competente determine libremente el número de miembros. En muchos países la ley prevé la libre designación del Presidente y los miembros de la Comisión por el órgano supremo de la administración. En otros la ley designa el alto funcionario de la administración que debe ocupar el cargo. En Argentina, el Presidente de la Comisión es un Subsecretario de Comercio y los miembros son nombrados por el Ministro de Economía[41]. En la mayoría de países, la publicación de los nombramientos en los boletines oficiales es obligatoria. Algunas legislaciones establecen la estructura interna y el funcionamiento del órgano, así como su reglamento, mientras que otras dejan que esos detalles los decida el órgano mismo.

En algunos países se observa la tendencia a un cambio parcial o total en lo que se refiere al origen de los miembros de los órganos nacionales encargados del control de las prácticas comerciales restrictivas. Así sucede en Chile, donde con arreglo a la legislación anterior los miembros de la Comisión Resolutiva eran fundamentalmente funcionarios de la Administración Pública mientras que, actualmente, también ocupan tales cargos representantes de la Universidad[42].

Varias leyes determinan las condiciones que debe reunir una persona para poder ser miembro del órgano. En Perú, por ejemplo, los "miembros de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia" deben de tener un título profesional y por lo menos diez años de experiencia en sus respectivos campos de conocimientos[43].

En varios países, la legislación dispone que los intereses de esas personas no deben estar en contradicción con las funciones que tienen que desempeñar. En la India, por ejemplo, los miembros del órgano no deben tener intereses financieros o de

[38] BID. Elementos para la modernización del Estado. 5 de julio de 1994. Se debe notar que todas las inquietudes formuladas en el capítulo referido a la modernización de los sistemas jurídicos (Capítulo III) son relevantes para las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

[39] Decreto 2153, de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, artículo 4. La Superintendencia está encargada también de la aplicación de las leyes sobre patentes, marcas de fábrica de comercio, protección de los consumidores, cámaras de comercio, normas técnicas y metrología.

[40] Decreto-Ley 25868. Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), artículo 2. El INDECOPI también está encargado de la aplicación de las leyes sobre dumping y subvenciones, protección de los consumidores, publicidad, competencia desleal, metrología, control de calidad y barreras no arancelarias, procedimientos de quiebra, marcas de fábrica o de comercio, patentes, variedades de plantas, denominaciones de origen y transferencia de tecnología.

[41] Ley 22262 de protección de la libre competencia, artículo 7.

[42] Decreto 511, de 27 de octubre de 1980. Artículo 16, con referencia al Decreto Legislativo 2760.

[43] Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 10.

otra índole que puedan ir en detrimento de sus funciones. En Alemania, los miembros no deben ser propietarios, presidentes ni miembros del consejo de administración o de la junta de alguna empresa, cártel, asociación comercial e industrial o asociación profesional. En Hungría, el Presidente, los vicepresidentes de la Oficina de la Competencia Económica y los altos funcionarios y miembros del Consejo de la Competencia sólo pueden desarrollar como otras actividades lucrativas las que tengan fines científicos, docentes, artísticos, creativos y de invención, así como actividades de revisión lingüística y editorial derivadas de relaciones regales, y no pueden ocupar altos cargos en una organización comercial ni ser miembros de una junta de supervisión o de un consejo de administración[44]. La ley húngara especifica también que los miembros del órgano no pueden participar en la investigación de un empresario al que le unan vínculos familiares o que tenga a un pariente cercano empleado o de cualquier otra forma sujeto a una relación legal[45]. Las normativas italiana[46] y mexicana[47] contienen disposiciones similares.

La duración del mandato de los miembros del órgano encargado de la aplicación de la ley varía de un país a otro. En la actualidad, el mandato de los miembros es en Australia e Italia de siete años, en Hungría de seis años, en Brasil y Argentina de cuatro años, en Canadá y México de 10 años, y en otros como en Perú, la duración es indefinida. En muchos países como es el caso de Argentina, existe la posibilidad de renovación del nombramiento de los miembros.

La legislación de varios países designa el organismo facultado para destituir de su cargo a todo miembro del órgano encargado de la aplicación de la ley que haya realizado determinados actos o haya incurrido en inhabilitación para desempeñarlo. Por ejemplo, la incapacidad física es causa de destitución en Tailandia, la República de Corea y la India; la quiebra, en Tailandia, la India y Australia; en México[48] sólo pueden ser destituidos si se les procesa y condena por delito grave previsto en las leyes penales o laborales; la desviación de poder y la adquisición de otros intereses, en la India; el incumplimiento de las obligaciones asumidas como miembro del órgano encargado de la aplicación de la ley, en Argentina y Australia; y el abandono de funciones, en Australia. Otra causa de destitución es la condena a una pena de prisión, por ejemplo, en Hungría[49] y Tailandia[50]. En la República Popular de China, se inicia proceso, por incurrir en responsabilidad penal, al funcionario del órgano estatal encargado de controlar e investigar las practicas de competencia desleal que actúe indebidamente por consideraciones personales e intencionadamente proteja a un empresario para que no sea procesado, a sabiendas de que ha contravenido las disposiciones de la ley china, incurriendo en delito[51]. El procedimiento de destitución de los miembros varía según los países.

Para proteger a los miembros y funcionarios del órgano encargado de la aplicación de la ley contra todo proceso criminal o demanda civil se les puede conceder la inmunidad en el desempeño de sus funciones. En Pakistán, por ejemplo, el órgano o cualquiera de sus funcionarios o empleados goza de impunidad respecto de cualquier acción civil o penal u otro procedimiento legal por cualquier acto realizado de buena fe o pretendidamente realizado en virtud de la Ley de monopolios.

El nombramiento del personal del órgano encargado de la aplicación de la ley se efectúa de diversos modos. En algunos países, como en Pakistán y Sri Lanka, el órgano designa su propio personal. En otros esta facultad incumbe a la Administración.

Resumiendo lo atinente a la estructura de la administración, ésta apunta a constituir un organismo del más alto nivel, con autarquía presupuestaria y administrativa, y con un proceso sumamente riguroso de selección de sus miembros o cargos directi-

[44] Ley LXXXVI de 20 de noviembre de 1990 sobre la prohibición de las prácticas comerciales restrictivas, párrafo 56, apartado 1.

[45] Ibid., párrafo 56 (2).

[46] Normas para la protección de la competencia y del mercado, artículo 10, pár. 3.

[47] Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 26 (II), segundo párrafo. Esta disposición fue desarrollada por el reglamento interno de la Comisión Federal de la Competencia a partir del 12 de octubre de 1993, artículo 33.

[48] Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 27.

[49] Ley LXXXVI de 20 de noviembre de 1990 sobre la prohibición de las prácticas comerciales desleales, párrafo 54, apartado 2, inciso a).

[50] Ley antimonopolio y sobre las prácticas de fijación de precios, B.E. 2522 (1979), artículo 12, párrafo 6.

[51] Ley de 2 de septiembre de 1993 de la República Popular de China para la represión de la competencia desleal, artículo 32.

vos. Esto se debe, como es obvio, a la necesidad de garantizar su independencia.

Funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley

La mayoría de las leyes sobre defensa de la competencia contienen una enumeración de las funciones y facultades que posee el órgano para realizar su cometido y que constituyen el marco general de su actuación.

El órgano puede actuar por propia iniciativa o atendiendo a ciertas indicaciones de la posible existencia de la practica restrictiva, por ejemplo, como consecuencia de una denuncia formulada por cualquier persona o empresa. Los datos reunidos por otras dependencias o departamentos del ejecutivo, como las autoridades tributarias, de comercio exterior, aduaneras o de control de cambios, también podrían constituir en su caso la fuente de información necesaria. El órgano encargado de la aplicación de la ley también debería estar facultado para requerir a las personas o empresas que suministren cualquier información. En caso de incumplimiento podría preverse la posibilidad de obtener una orden de registro o un mandato judicial, en su caso, para requerir esa información u obtener la autorización de entrada en los locales en los que se crea que está depositada la información.

En muchos países, entre otros Argentina, Australia, Alemania y Pakistán, el órgano encargado de la aplicación de la ley tiene la facultad de requerir a las empresas que suministren cualquier información y autoricen a uno de sus funcionarios para entrar en los locales en busca de información pertinente. No obstante, la entrada en los locales puede estar sujeta a determinadas condiciones. En Argentina, por ejemplo, para la entrada en el domicilio privado es necesario un mandato judicial, mientras que en Alemania, los registros, aunque normalmente requieren de un mandato de esta naturaleza, pueden practicarse sin necesidad de éste cuando haya "peligro en la demora" o "urgencia".

El órgano encargado de la aplicación de la ley tendría que adoptar, como resultado de las indagaciones e investigaciones realizadas, ciertas resoluciones como, por ejemplo, promover un proceso o exigir la interrupción de determinadas prácticas, denegar o conceder autorización en las cuestiones notificadas o imponer sanciones, según el caso.

El órgano encargado de la aplicación de la ley debiera también realizar estudios y utilizar servicios de expertos para que los realicen por sí mismos o encargarlos a entidades o personas ajenas a el. En Brasil, por ejemplo, la ley establece que el CADE puede aprobar la designación de peritos y técnicos que vayan a colaborar en la realización de exámenes, inspecciones y estudios[52]. Algunas leyes piden explícitamente a las autoridades que realicen determinados estudios. En Tailandia, por ejemplo, la Oficina de Represión de los Monopolios y las Prácticas de Fijación de Precios tiene la facultad y el deber de estudiar, analizar y efectuar investigaciones en lo concerniente a las mercancías, los precios y las transacciones comerciales[53]; en Argentina, la Comisión puede preparar estudios sobre Mercados, en particular investigaciones acerca de cómo su conducta afecta a los intereses de los consumidores y en Portugal el Consejo de la Competencia puede pedir a la Dirección General de la Competencia y los Precios que realice los estudios pertinentes para elaborar opiniones que posteriormente han de presentarse al Ministro encargado del comercio[54]. El órgano encargado de la aplicación de la ley podría informar periódicamente al público acerca de sus actividades. Los informes periódicos son útiles a este respecto y la mayoría de los países que cuentan con disposiciones legales en materia de prácticas comerciales restrictivas publican por lo menos un informe anual.

La legislación debería incluir disposiciones sobre algún sistema de registro de fusiones y concentraciones que se caracterice por la transparencia. Este es el caso, por ejemplo, de España, con el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia[55], y de Francia con la Dirección General de la Competencia[56]. Algunos países llevan un registro público en

[52] Decreto 52025, de 20 de mayo de 1963. Reglamento de aplicación de la Ley 4167, de 10 de septiembre de 1962, sobre la represión del abuso del poder económico, artículo 15, inciso ix). La legislación de Brasil ha sido sustancialmente reformada mediante Ley 8884 de 11 de junio de 1994. Modificaciones al Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE).

[53] Ibid., artículo 16, párrafo 2.

[54] Decreto-Ley 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículo 13, párrafo 1, apartado a) y párrafo 2.

[55] Real decreto 157/192 de 21 de febrero de 1992, capítulo III, artículos 19 a 23.

[56] Ordenanza 86-1243 de 1° de diciembre de 1986 sobre la liberación de los precios y la competencia, artículo 44.

el que se inscriben algunos de los datos, aunque no todos, suministrados en la notificación de fusión. La utilidad de un registro público se basa en la creencia de que la publicidad puede servir de medio disuasorio para hacer resistir a las empresas de realizar prácticas comerciales restrictivas y dar ocasión asimismo a las personas afectadas por tales prácticas de informarse acerca de ellas. Tales personas también pueden formular denuncias concretas y comunicar cualquier inexactitud que adviertan en la información notificada. Sin embargo, no todos los datos pueden inscribirse en el registro, y una de las razones de este hecho es que algunos datos se refieren a los denominados "secretos comerciales" cuya revelación podría perjudicar las operaciones de la empresa de que se trate. No puede exagerarse la posesión por los órganos encargados de la competencia de información comercial confidencial, ya que en caso de violación de esa confidencialidad los empresarios se mostrarían profundamente renuentes a contestar a las solicitudes justificadas de información.

Un número cada vez mayor de nuevas leyes o de leyes reformadas confieren al órgano encargado de la aplicación de la ley, a causa de su alto grado de especialización e incomparable experiencia en la esfera de la competencia, la función suplementaria de prestar asesoramiento sobre los proyectos de ley que puedan afectar a la competencia y de estudiar y someter al Gobierno las propuestas apropiadas de reforma de la normativa legal relativa a la competencia. Así ocurre, por ejemplo, en Bulgaria con la Comisión para la Defensa de la Competencia[57], en Portugal, donde la Comisión Consultiva en Materia de Competencia tiene derecho a emitir dictámenes, prestar asesoramiento y proporcionar orientación sobre todas las medidas legislativas concernientes a cuestiones relativas a políticas de la competencia[58], en España, con el Tribunal de Defensa de la Competencia[59] y en México, con la Comisión Federal de la Competencia[60].

Sanciones y medidas de reparación

La facultad de imponer multas a las empresa y a los particulares debería corresponder al órgano encargado de la aplicación de la ley o a la autoridad judicial, o puede estar dividida entre ambos. En este último caso, por ejemplo, la facultad del órgano para imponer multas puede estar limitada a ciertos tipos de conducta como las negativas a suministrar información, el suministro de información falsa y la falta de notificación de los convenios. En países como Alemania, Brasil, La Federación de Rusia, Hungría, Japón, México, Noruega, Perú y Pakistán, así como en la Unión Europea, los organismos encargados de la aplicación de la ley tienen facultad para imponer multas. En Australia y Estados Unidos, la facultad de imponer multas corresponde a los tribunales. La cuantía máxima de las multas varía, por supuesto, de un país a otro.

Las multas pueden variar también según el tipo de infracción (como en la India y Portugal) o según que la infracción se haya cometido mediando dolo o negligencia (Alemania y la UE); su cuantía puede fijarse en una cantidad determinada o según el salario mínimo de referencia (Brasil, la Federación de Rusia, México y Perú), o puede calcularse con arreglo a los beneficios realizados como consecuencia de la infracción (en Alemania, la infracción puede ser sancionada mediante una multa de una cuantía tres veces superior a los ingresos suplementarios obtenidos como consecuencia de la infracción. La indemnización triple es también importante en los casos de fijación de precios en Estados Unidos. En Perú, la multa podría duplicarse en caso de reincidencia[61].

Sobre la base de la realidad económica de la región, parecería lógico que las multas estuvieran indizadas con respecto a la inflación o indicadores de ajuste periódico, además de que se tuviera en cuenta tanto la gravedad de la infracción como la capacidad de pago de las empresas, con objeto de no penalizar a las empresas más pequeñas en la misma medida que las grandes, para las cuales un límite bajo constituiría, en relación con el recurso a prácticas restrictivas, una medida escasamente disuasiva.

La facultad de imponer penas de prisión normalmente correspondería a la autoridad judicial. En algunos países la facultad de imponer penas de

[57] Ley de 15 de noviembre de 1991 sobre la organización y actividades de la Comisión para la Defensa de la Competencia, artículo 4, párrafo 3.

[58] Decreto-Ley 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículo 13, párrafo 1, apartados b), c) y d).

[59] Ley 16/1989 de 17 de julio para la defensa de la competencia, artículo 26.

[60] Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 24, párrafo V y VI.

[61] Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 23.

prisión se reserva a las autoridades judiciales a propuesta del órgano encargado de la aplicación de la ley. La duración de las penas de prisión varía según la naturaleza de la infracción.

En países como Argentina y Canadá, donde las resoluciones dictadas en virtud de la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas son de la competencia de las autoridades judiciales, los tribunales están facultados para imponer penas de prisión de hasta 6 años (Argentina) y de hasta 2 años (Canadá). En Estados Unidos, sólo constituyen delitos tipificados en las leyes *antitrust* la conducta claramente definida como intrínsecamente ilegal y la conducta del acuerdo manifiestamente contraria a la competencia: la fijación de precios, la licitación colusoria y el reparto de mercado.

En este contexto, y como medida adicional, puede considerarse la posibilidad de dictar órdenes de cese y desistimiento y de publicar la sentencia definitiva por la que se imponga cualquier tipo de sanción que las autoridades administrativas o judiciales hayan considerado oportuna, como sucede en Francia[62]. De esta forma los empresarios y especialmente los consumidores estarán en condiciones de saber que una determinada sociedad ha observado una conducta ilegal. Ambas medidas, como es claro, son poco utilizadas o inexistentes en la región puesto que no corresponden a nuestra tradición jurídica[63].

Recursos

Respecto a la interposición de recursos de reposición o apelación contra las decisiones del órgano encargado de la aplicación de la ley, en muchos casos puede producirse un cambio en las circunstancias que existían en el momento de adoptar la resolución. Cabe recordar que el órgano encargado de la aplicación de la ley puede, por ejemplo, revisar periódicamente –o a causa de un cambio en las circunstancias- las autorizaciones concedidas y quizás prorrogarlas, suspenderlas o supeditar su prórroga al cumplimiento de condiciones y obligaciones. Por consiguiente, las empresas también deberían tener la posibilidad de solicitar la revisión de las resoluciones cuando las circunstancias que hubieran inducido a su adopción hubiesen cambiado o dejado de existir.

El derecho de una persona a recurrir contra la resolución del órgano encargado de la aplicación de la ley está previsto especialmente en la ley de la mayoría de los países (por ejemplo, Lituania[64] y la Federación de Rusia[65]) o puede existir automáticamente, sin mención específica, en virtud de los códigos de procedimiento civil, criminal o administrativo (por ejemplo, Colombia[66] y Portugal[67]). Por otra parte, los recursos sólo son posibles en los casos específicamente establecidos en la legislación sobre la competencia, como sucede, por ejemplo, con las resoluciones del Organismo de Defensa de la Competencia sueco[68].

Los recursos pueden dar lugar a la revisión de la causa o estar limitados, como en Brasil, la India y Pakistán, a una cuestión de derecho. Los recursos pueden deducirse ante los tribunales administrativos, como en Colombia y Venezuela, ante los tribunales judiciales, como en Italia, Lituania y España, o en ambas ante un tribunal arbitrario o un tribunal de arbitraje. A este respecto, se puede crear un tribunal administrativo especial como, por ejemplo, en Australia[69], Dinamar-

[62] Ordenanza 86-1243 de 1 de diciembre de 1986 sobre la liberalización de los precios y la competencia, artículos 12 y 15.

[63] PRIETO CASTRO; El sistema de medidas cautelares; Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974. Igualmente: MARCO; *Le misure di prevenzione nel dirito industriale*; Milano, Giuffré Editore, 1982.

[64] Ley sobre la competencia, de 1992. El artículo 14 versa sobre los recursos contra las resoluciones del organismo encargado de la vigilancia de los precios y la defensa de la competencia. Cabe señalar que la ley establece que los recursos ante el tribunal no tienen efecto suspensivo de las directrices y resoluciones, a menos que el tribunal decida otra cosa.

[65] Ley de 30 de mayo de 1995 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículo 29, sobre procedimiento para apelar contra las decisiones del Comité Antimonopolio.

[66] Decreto 2153, de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, artículo 52, párrafo quinto.

[67] Decreto-Ley 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículos 28 y 35.

[68] Sección 62 de la Ley sobre la competencia, 1993. Sólo en los casos especificados en los artículos 60 y 61 de la Ley pueden apelarse las decisiones adoptadas por el órgano sueco de la competencia ante el Tribunal de la ciudad de Estocolmo.

[69] El Tribunal de Prácticas Comerciales.

ca[70], Kenia[71], Perú[72] y España[73]. En la India y Pakistán los recursos se tramitan directamente en el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, respectivamente. Lo mismo ocurre en el caso de Perú, donde el recurso se tramita directamente ante las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima. En Alemania, los recursos en materia de fusiones pueden ser tramitados por la vía judicial o interponerse directamente ante el Ministro de Asuntos Económicos. En Austria los recursos de deducen ante el Tribunal Superior de Cárteles, en el Tribunal Supremo de Justicia.

Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

Es necesario reconocer a la persona en su calidad de consumidor[74], o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u omisión de una empresa o un particular, realizada contraviniendo las disposiciones de la ley, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o el daño (incluidos los gastos e intereses) mediante el ejercicio de la acción civil ante la autoridad judicial competente. Estas acciones podrían enmarcarse dentro de lo que se conoce como "acciones de clase" o "acciones colectivas".

Igualmente esta clase de acciones se pueden llevar a cabo mediante la extensión a la temática de la competencia de la institución del "Defensor del Pueblo (*Ombudsman*). Así por ejemplo en Suecia existe la institución del "Defensor de la Competencia" (*Ombudsman* de la Competencia).

La disposición propuesta otorgaría a todo particular o al Estado en nombre de un particular, o a una empresa el derecho a entablar una demanda civil por infracción de la ley a fin de obtener el resarcimiento de los daños sufridos, incluidos los gastos realizados y los intereses devengados. Esta acción civil se ejercitaría normalmente ante las autoridades judiciales competentes a menos que los Estados confiriesen al órgano encargado de la aplicación de la ley facultades especiales a este respecto. La legislación de varios países desarrollados contiene disposiciones que regulan la intervención del Estado, como parte actora, en el ejercicio de funciones tutelares (*parens patriae suit*)[75]. En virtud de tales "acciones colectivas" (*class actions*), los usuarios de un determinado servicio o los consumidores de un determinado producto que hayan sufrido daños por un comportamiento contrario a la libre competencia, y cuya demanda individual sería insignificante, tienen derecho a entablar una demanda contra las empresas. Así se dispone en la legislación de Canadá, Francia y Estados Unidos.

Cabe destacar que en Brasil se ha autorizado en general a los competidores o perjudicados a interponer demanda por violación del orden económico, en particular la fijación abusiva de precios y los acuerdos de vinculación[76]. Así ocurre también en el caso de la legislación de Hungría, México[77], Perú[78] y Venezuela.

NORMATIVA SOBRE LIBRE COMPETENCIA Y SU VINCULACIÓN CON LOS PROGRAMAS DE AJUSTE ESTRUCTURAL Y DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

La liberalización y las reformas económicas

En los últimos años se han adoptado en todo el mundo reformas económicas motivadas por el creciente reconocimiento del papel del mercado y del sector privado en el funcionamiento eficaz de la economía.

En los países desarrollados se han liberalizado o reformado diversas disposiciones que afectan a los precios, la entrada o la salida de los mercados y los

[70] El Tribunal de Apelaciones, nombrado por el Ministro de Comercio.

[71] El Tribunal de Prácticas Comerciales Restrictivas.

[72] El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

[73] El Tribunal de Defensa de la Competencia.

[74] Sobre los problemas de representación del consumidor ver: BUJOSA VADELL, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo; BOSCH Editor, Barcelona, 1995.

[75] Véase la Ley Hart-Scott-Rodino que reforma de la legislación antitrust de 1976, en el caso de los Estados Unidos.

[76] Ley 8158, de 10 de enero de 1991.

[77] Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 38.

[78] Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, 701, 1992, artículo 25.

monopolios, así como el ámbito de aplicación de la legislación sobre libre competencia o prácticas comerciales restrictivas. Del mismo modo en varios de ellos se han aplicado importantes programas de privatización[79].

Por su parte en muchos países en desarrollo, entre los que los de América Latina y el Caribe no son la excepción, se han introducido reformas orientadas a privilegiar el mercado, en particular reformas estructurales o sectoriales con diversos grados de ambición, especialmente en las esferas de la política comercial, la política de inversión, la privatización y, en ciertos casos, la desregulación (incluida la reducción de subvenciones, la atribución administrativa de factores de producción, los controles de precios, las prescripciones en materia de establecimiento, la concesión de licencias, los acuerdos de exclusividad y las barreras de entrada). En las antiguas economías de planificación centralizada, los cambios institucionales han ido acompañados de movimientos hacia sistemas de economía de mercado entre los que ocupa un lugar destacadísimo la Federación de Rusia. En un elevado número de países estas reformas no han concluido, y aunque se han hecho grandes esfuerzos, aún queda mucho por hacer.

Una aspiración común subyacente en todas estas actividades ha sido que, al disminuir la intervención o la participación directa de los poderes públicos en la actividad económica y al proporcionarse a las empresas una mayor libertad de acción, se estimula la actividad empresarial, la eficiencia comercial, la inversión productiva y el crecimiento económico, y al mismo tiempo se eleva el bienestar de los consumidores mediante un aumento de la cantidad y calidad de los productos y servicios a precios más bajos.

Así pues, en todos los sectores de la economía los recursos productivos tienden a asignarse de una manera más eficaz y más flexible mediante decisiones descentralizadas de los participantes en el mercado, en lugar de los poderes públicos, o mediante actividades basadas en la rentabilidad. De ese modo se mejora el crecimiento económico. Sin embargo, esas aspiraciones sólo podrán convertirse plenamente en realidad si las empresas actúan bajo el estímulo de la competencia de forma tal que el descontento del consumidor pueda servir de sanción por unos resultados insuficientes. Por tanto, el reforzamiento de la competencia (junto con medidas destinadas a proteger a los consumidores) es un elemento clave del éxito de las reformas económicas.

Debido en gran parte a estas razones, varios países en desarrollo, entre los que destacan los de América Latina y el Caribe, junto con los de Europa central y oriental, así como China, han adoptado en los últimos años leyes de defensa de la competencia o han reformado la legislación existente. Otros países están en trance de hacerlo.

Sin embargo, también es el caso de muchos países (la lista en la región es todavía importante) que a pesar de haber emprendido reformas económicas, no poseen leyes de defensa de la competencia ni aplican una política concreta en la materia. Aunque ello pueda deberse en cierta medida a la falta de información, puede también deberse a cierta resistencia a formular leyes de promoción de la competencia debido a la creencia equivocada de que el control de la competencia limitará la actividad comercial y las fuerzas del mercado y, por ende, será contrario a la tendencia hacia la liberalización económica. Esto es un hecho que debe resaltarse y que puede tener su origen en la histórica carga intervencionista del Estado en la economía, el desconocimiento de los alcances del Derecho de la Competencia, las reminicencias mercantilistas de ciertos grupos de interés económico y las reticencias de ciertos sectores políticos que creen que la liberalización (reducción de aranceles y privatizaciones) basta por sí sola para asegurar un mercado competitivo.

Puede también existir el temor a debilitar la posición en el mercado de las empresas nacionales, precisamente cuando tienen que hacer frente a la competencia exterior o cuando los mercados nacionales sólo son capaces de sostener a un pequeño número de productores. También hay otros temores conexos en cuanto a las dificultades y costos que suponen para las empresas responder a peticiones de información o consultas, que podrían dar lugar a quejas sobre una burocracia excesiva; con frecuencia la comunidad comercial se opone enérgicamente a la adopción de una ley de defensa de la competencia por el temor a crear un nuevo nivel de regulación, que podría dar lugar a oportunidades para el favoritismo y la injerencia burocrática y política. Pueden existir dudas sobre la capacidad de las autoridades de defensa de la competencia para detectar o demostrar que se han producido prácticas comerciales restrictivas, dadas las dificultades del entorno en los países en desarrollo. Por último, la

[79] Para un detallado análisis de lo que significa la liberación de la economía y sus diversas modalidades o técnicas de desintervención ver: MARTÍN MATEO; Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración; pp. 37-65; Civitas, Madrid, 1988.

creación de un nuevo órgano regulador para aplicar la política de defensa de la competencia originaría gastos al Estado en una época de dificultades presupuestarias.

No voy a tratar de refutar los argumentos que se esgrimen por negar la necesidad de adoptar normativas sobre libre competencia. Me limitaré a reconocer que, en efecto, esta clase de normativa supone una limitación a la libertad de actuación de los empresarios. Sin embargo, y tal como fuera explicado al inicio de este capítulo, es una limitación que se produce precisamente para garantizar la permanencia del sistema de libre mercado que es, adicionalmente, el sistema dentro del que los empresarios pueden desarrollar mejor sus actividades[80]. Espero que las consideraciones sobre la vinculación entre el Derecho de la Competencia y el principio de libertad de industria y comercio, la descripción de su contenido, así como las indicaciones sobre la manera como se debe estructurar la autoridad competente y las facultades que ella posee hayan servido para demostrar que su adopción es indispensable para un buen funcionamiento de la economía de mercado. La decisión sobre la inclusión de esta normativa (que sería obligatoria debido al mandato constitucional sobre libertad de industria y comercio) no debería responder a criterios cuantitativos (tamaño del mercado), sino cualitativos (tipos de actuación). En efecto, los comportamientos limitativos de la competencia afectan por igual a todos los mercados (sean grandes o pequeños) y en las economías de escala son particularmente perjudiciales.

Los programas de ajuste estructural

En lo que va de la presente década es posible verificar un giro trascendental en la política económica que venían adelantando la mayoría de los países de América Latina y el Caribe. Durante las décadas pasadas dicha política se inspiró en el denominado "modelo desarrollista" que, en líneas generales, apuntaba a la puesta en marcha de esquemas sustentados, entre otros, en: la sustitución de importaciones, la creación de empresas vinculadas con los denominados "sectores estratégicos" de la economía, la creación de mercados protegidos con el fin de impulsar el denominado "desarrollo desde adentro", los subsidios a las importaciones de insumos, los controles de precios de diversos productos y servicios (en especial los de primera necesidad), las cuotas de importación, los regímenes de excepción en materia tributaria. Todo ello, además de impulsar esquemas que, en líneas generales, se les puede calificar como "proteccionistas", suponía una fuerte intervención y dirección del Estado en los procesos de toma de decisión en materia macroeconómica.

Por todos es conocido que el entorno al que he hecho referencia ha variado considerablemente. En la actualidad la política económica de los países de la región se plasma en un conjunto de acciones vinculadas con nociones tales como "apertura", "reconversión", "privatización", "liberalización", "internacionalización". Todas ellas apuntan a la conformación de economías en las que las reglas del mercado (la oferta y la demanda) juegan un papel fundamental. En esta clase de economías –las de mercado- la competencia aparece como la noción que inspira, brinda coherencia y continuidad, además de que aparece como la razón de ser del desarrollo.

En efecto la competencia es la noción que está a la base de la transformación económica de la región, al igual que los denominados "programas o procesos de ajuste estructural". Las siguientes son algunas características resultantes de las reformas económicas en su vinculación con la competencia:

- La apertura económica supone, entre otros aspectos, que los productos de origen nacional compitan con los provenientes del extranjero.
- La reconversión industrial se vincula con el desarrollo –y permanencia- de una actividad económica sobre la base de los méritos intrínsecos de los productos (calidad y precio), además de proyectar la identificación de oportunidades comerciales en el exterior, esto es, competir en los mercados internacionales.
- El punto anterior se vincula con la noción de internacionalización, y ello pretende destacar que las economías nacionales no deben considerarse como compartimientos estancos ajenos a las reglas del mercado (que no es otra cosa que la competencia).
- La privatización de las empresas estatales se verifica no sólo a nivel de la transferencia de su titularidad y gestión al creciente sector privado, sino en el ánimo de eliminar los privilegios monopolísticos que poseen algunas de dichas empresas.

Adicionalmente cabe destacar que una característica esencial de los procesos económicos de la región es la que vincula los procesos de ajuste estructural con la política de la competencia y la legislación que

[80] Para más detalles es indispensable consultar: FIKENTSCHER, «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)»; pp. 459-486; 172-3 Revista de Derecho Mercantil; España, 1985.

la expresa. De esta manera, lo que se conoce como "programas" o "procesos" de ajuste estructural, además de impulsar modificaciones sustanciales en las políticas tributarias, arancelarias, de inversión extranjera, y laborales, así como el redimensionamiento del Estado, también apuntan a la generación de un clima de negocios que se caracterice por la prevalencia de la competencia.

Por lo expuesto, la legislación sobre libertad de competencia, *antitrust* o de defensa de la competencia, es un instrumento insustituible para que las reglas del mercado no sean alteradas debido al abuso de posiciones dominantes, el establecimiento de acuerdos restrictivos, o el desarrollo de otras modalidades colusorias. Al respecto opino que esta clase de normativa debe ser considerada como la más importante o ley fundamental en materia económica.

La normativa antimonopólica y otras reformas económicas

La normativa antimonopólica es un componente esencial de los procesos de privatización de las empresas públicas. Por definición éstas poseen una "posición de dominio legal", de allí que los efectos de la privatización pueden verse neutralizados si en paralelo no se resuelve el problema de las "posiciones de dominio privado" que se generan luego de la venta de las empresas del Estado. En otras palabras, si bien la privatización supone un cambio en la titularidad y gestión de las empresas privatizadas (pasan del dominio público al privado), en la práctica la posición de dominio tiende a persistir con el agravante de que las empresas privatizadas pueden gozar de libertad para desarrollar conductas restrictivas y abusivas. Para limitar esta clase de comportamientos es necesario contar con una legislación y administración antimonopólica idónea.

Las reformas económicas apuntan a la desregulación y a la eliminación de las barreras de entrada de nuevos competidores. Del mismo modo tienden a reducir su papel de empresario o su capacidad de determinar quiénes y cuándo podrán ingresar en el mercado. Como consecuencia de la desregulación deberá existir un mayor número de operadores privados, los cuales, si no se cuenta con una legislación y administración antimonopólica eficiente, pueden a su vez establecer barreras privadas para el ingreso de los nuevos operadores.

El proceso que se viene describiendo también conlleva el levantamiento de la fijación o controles de precios de los productos, en especial de los de primera necesidad o básicos. Sin embargo se puede dar el caso de que las empresas que producen o que importan determinados bienes se agrupen y formen cárteles que impongan precios de reventa, asignen cuotas o dividan el mercado (caso de la distribución geográfica). En este supuesto el Estado no fija los precios de los bienes o servicios sino que, en sustitución, lo hacen los cárteles. Al igual que en los casos señalados anteriormente, la legislación antimonopólica o de defensa de la competencia es el mejor instrumento para impedir que se fijen los precios de los productos o servicios con prescindencia de la oferta y de la demanda. Es más, los cárteles de productos de primera necesidad, en la medida que tengan la capacidad de imponer artificialmente los precios, estarán distorsionando el mercado y, por lo tanto, podrán activar la espiral inflacionaria.

Las reformas económicas se vinculan con la reducción de las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio internacional y, por lo tanto, con la apertura de las economías a la competencia exterior. Ello, entre otros, con objeto de brindar a los consumidores mayores opciones de compra (procesos de apertura). Sin embargo, la apertura al comercio internacional puede ser desvirtuada si, en paralelo, las empresas importadoras se coluden para fijar los precios de bienes similares o asignan territorios de interés comercial.

En el marco de la adopción de nuevas estructuras económicas existe un gran interés por desarrollar normativa sobre "prácticas desleales en el comercio internacional" (sic)[81]. Sobre el particular cabe destacar que la legislación antidumping y sobre subsidios no basta para corregir las distorsiones de la competencia del exterior puesto que ella se agota en el acto de importación. Del mismo modo no se proyecta a la comercialización de los bienes en el territorio nacional, sean estos o no a precios de dumping o subsidios. Es más, dicha normativa posee un contenido proteccionista que, mal empleado, generaría posiciones dominantes a favor de las empresas que la invocan. Por ello la legislación antimonopólica puede servir como el mejor instrumento para "monitorear" el comportamiento de las empresas que solicitan derechos antidumping y, como consecuencia, evitar que abusen del mercado protegido que alcanzarían mediante la imposición

[81] VIRGOS SORIANO, El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal, Civitas, Madrid, 1993.

de aranceles compensatorios o prohibiciones de importación[82].

Finalmente no se puede dejar de mencionar un tema que, por sí solo generaría una ponencia. Es la vinculación de la competencia con los procesos de integración. Sobre este particular se debe destacar que el modelo de integración que debería proponerse en la actualidad tendría que considerar a la normativa de competencia como su eje fundamental. En efecto si se tiende a integrar espacios económicos, crear mercados ampliados, promover intercambios comerciales, o garantizar la libre circulación de mercancías y servicios es indispensable contar con disposiciones específicas de naturaleza supranacional. Como ejemplo basta con mencionar que de nada sirve la reducción o eliminación de aranceles dentro del espacio integrado si las empresas segmentan el mercado. A este respecto los artículos 85 y 96 del Tratado de Roma nos brindan un ejemplo a seguir. En este sentido parecería que ni la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, ni las reglas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Mercosur han logrado consagrar este ideal. Espero que así lo hagan en un futuro cercano y que las labores que se desarrollen a partir de los Acuerdos de Denver signifiquen un impulso en este sentido[83].

CONCLUSIONES

Este capítulo ha tratado de destacar la importancia de la legislación sobre libre competencia a efectos de preservar el modelo económico vigente en la mayoría de países de la región. También ha brindado una somera descripción de su contenido y vinculaciones con las reformas económicas que se llevan a cabo en estos países.

De todo lo dicho se podría concluir que hay un largo camino por recorrer en el área del Derecho de la Competencia y ramas afines. El tema es bastante nuevo en la región y nuestros legisladores, jueces y administración pública deberían estar preparados para enfrentarlo adecuadamente.

Una manera de hacerlo sería en el contexto de las actividades sobre modernización del Estado que está impulsando el BID. A mi juicio, las razones por las que se debería trabajar en este campo son bastante claras. Tal como el mismo Banco lo ha destacado, la aprobación de los préstamos sectoriales, así como la cooperación técnica y numerosos préstamos de inversión, han tenido como marco de referencia general la existencia de condiciones macroeconómicas que permiten pronosticar un crecimiento económico sostenido. En este sentido la normativa ordenadora del mercado, al evitar distorsiones en el mismo, coadyuva con la certeza del pronóstico. Del mismo modo las actividades tendientes a apoyar el crecimiento del sector privado son coincidentes con la normativa ordenadora del mercado puesto que esta última se dirige precisamente a proteger su actuación libre y sin distorsiones.

En lo que respecta a las condiciones de previsibilidad y estabilidad de la política de desarrollo, éstas sólo se pueden asegurar si se preserva el sistema de mercado, que no es otra cosa que un sistema sustentado en la competencia. Para alcanzar estas condiciones, la normativa ordenadora del mercado cumple un papel insustituible. Esto a su vez redunda en favor de un enfoque integral y coherente de la modernización del Estado. En efecto, integral puesto que esta normativa tiene efectos en todos los aspectos del quehacer económico y social de un país y coherente puesto que toma en cuenta el impacto en todos sus componentes: el empresariado, los consumidores y el propio Estado.

De manera más puntual y siguiendo como esquema la agenda del BID en lo atinente a la modernización del Estado, en particular la reforma y fortalecimiento de los poderes legislativo y judicial, se podría manifestar lo siguiente.

Es indispensable que el Banco apoye a los legisladores en el proceso de evaluación, debate y adopción de la legislación ordenadora del mercado. Esta es sumamente compleja y llena de tecnicismos. Por ello se debería reforzar el conocimiento y la capacitación de los integrantes de las legislaturas con objeto de evitar inconsistencias (usuales cuando leyes técnicas no son tratadas adecuadamente), dentro de la misma ley o con otras análogas o complementarias. Del mismo modo se deberían promover

[82] En general: LOPEZ-JURADO, DE LA CRUZ: El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y de subvención; Universidad de Granada, Junta de Andalucía; Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos, Monografías, Granada, 1993. El libro clásico en la materia es: BESELER & WILLIAMS: *Antidumping and Anti-Subsidy Law*; Sweet & Maxwell, Londres, 1986. Del mismo modo, en el contexto de los resultados de la Ronda Uruguay, ver: La Competencia y el Comercio; UNCTAD/ITD/9/1994.

[83] Cumbre de las Américas. Reunión Ministerial sobre Comercio. Versión Final. Declaración Conjunta. Denver, 30 de junio de 1995. La Declaración no aborda el tema de la normativa sobre competencia. Se limita a las antidumping. Igualmente: Informe Preliminar de la Comisión Especial de la OEA a los Ministros de Comercio. Denver, 30 de junio de 1995. Menciona como «programa de trabajo futuro» a «las políticas en materia de competitivas» (sic). No queda claro cuál es el alcance de la mención.

mecanismos de seguimiento y evaluación para mejorarla si así se juzga conveniente.

En lo que concierne al papel del Poder Judicial, también es necesaria capacitación en la temática, lo que no sólo estará referido al conocimiento de la normativa, sino a desarrollar conocimientos en materia económica que permitan a los funcionarios judiciales enfrentar los procedimientos de manera adecuada. Cabe recordar lo dicho en otra parte de este capítulo en el sentido de que una sentencia equivocada puede tener efectos en la economía en su conjunto. Del mismo modo la adopción de esta clase de disposiciones supone un reto interpretativo sumamente significativo puesto que se deberá privilegiar la denominada "realidad material" por encima de la "formal". Del mismo modo debe tenerse en cuenta que este nuevo Derecho supondrá la introducción o reformulación de diversas instituciones jurídicas. A este respecto, los procedimientos en materia del Derecho del Mercado poseen características especiales, de allí que la estructura judicial debería estar preparada para enfrentar este reto.

En cuanto al papel del Ejecutivo, le incumbe impulsar y sostener las instituciones que pudieran crearse para velar por el cumplimiento de esta normativa. Éstas no tienen precedentes en la estructura administrativa de la región, de allí que se deberán buscar soluciones imaginativas como, por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia y el INDECOPI del Perú. El BID podría ayudar a difundir modelos como los indicados anteriormente.

Finalmente, hay que destacar la necesidad de que los agentes económicos privados (empresarios en su sentido más amplio) se encuentren al tanto de los pormenores de la normativa a fin de que sus actividades mercantiles guarden consonancia con los derechos y obligaciones que ella establece. Sobre el particular, la reciente adopción (y futuras reformas) de la legislación hace que muchos operadores económicos desconozcan sus alcances, y por lo tanto, se genere una de dos situaciones. De un lado, lleven a cabo comportamientos restrictivos o abusivos. De otro lado, no se encuentren en capacidad de iniciar y sustanciar los procedimientos (por ejemplo, el acopio insuficiente de pruebas). Ejercicio similar podría proyectarse al sector académico y profesional.

Por todo lo expuesto el BID podría atender los problemas y desarrollar las actividades siguientes.

El primer problema se relaciona con el entorno jurídico. A este nivel se descubre que algunos países cuentan con legislación mientras que otros carecen de ella. Por esta razón el BID debería apoyar a las autoridades nacionales en el diseño de su legislación (cuando no la posean) o en la readecuación de la misma (cuando la posean o cuando sobre la base de la experiencia y la decisión del gobierno así se requiera). La labor de cooperación en materia legislativa también se apoyaría con el diseño de la normativa complementaria, esto es, reglamentos de aplicación o de excepción, directivas y otras normas de menor jerarquía.

El segundo problema se vincula con la necesidad de establecer -y cuando sea el caso, reforzar- a las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa, así como a la judicatura que necesariamente deberá intervenir para resolver los conflictos que puedan producirse. Al respecto cabe destacar que el puro acto legislativo no es suficiente para resolver los problemas concurrenciales que afectan a los países de la región. Por ello es necesario que, en paralelo, posean una administración y poder judicial eficientes y que éstos cuenten con personal idóneo. Sobre este particular se resalta la necesidad de establecer mecanismos para reforzar sus instituciones, entre los que destaca particularmente la capacitación de su personal.

El tercer problema se relaciona con el desarrollo de una cultura de la competencia en la región, esto es, la interiorización a nivel de sectores gubernamental, legislativo, judicial, privado y académico de la importancia y alcances de la normativa sobre competencia y ramas afines. Para ello es necesario difundir los pormenores de la normativa ordenadora del mercado y dar a conocer los mecanismos para su aplicación.

Estudio Yori & Bustamante
Asociados

J. Alberto Bustamante Belaunde
Martín Castro Meneses
Jacqueline Chappuis Cardich
Orlando De Las Casas
José Luis Godoy Martínez
Milagros Maraví Sumar
Ricardo Yori Umlauff
Shoschana Zusman Tinman

Canaval y Moreyra 454 5to. Piso San Isidro, Lima 27 - Perú Telf.: (51-1) 221-2861 Fax: (51-1) 421-6729
postmast@yoribu.com.pe

ELVITO A. RODRIGUEZ DOMINGUEZ
ABOGADO
NOTARIO DE LIMA

Jr. de la Unión 1083 (puerta calle)
LIMA

Telefax
428-2903

HORARIO
De Lunes a Viernes
9:00 a.m. a 6:00 p.m.
Horario Corrido

¿DEJAR COMPETIR O NO DEJAR COMPETIR? HE AHÍ EL DILEMA.

Las Prácticas Predatorias y el Abuso de Posición de Dominio

Alfredo Bullard*
Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú,
Universidad de Lima.

La posición de dominio surge cuando una empresa puede actuar de modo independiente en el mercado; esto quiere decir que "se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustancial en el precio y las condiciones ofrecidas para algún producto de una empresa que esté en el mercado". Ostentar una posición de dominio no es algo ilícito o negativo, pero constituye un supuesto en el que una empresa tiene la responsabilidad de no permitir que su posición impida la libre competencia; es decir, se sanciona el mal uso del poder que contiene una posición de dominio en el mercado.

Toda empresa busca ampliar su participación en el mercado, esto lleva a que en esa búsqueda la eficiencia aumente y los beneficios para el consumidor también. El problema surge cuando se pretende limitar la conducta de una empresa por haber alcanzado una posición importante en el mercado, ¿estamos castigando al eficiente sólo por serlo?

El problema, no obstante, no se limita a la definición de lo que constituye una posición dominante por el posible espectro de lo sancionable; sino que alcanza, en la práctica, al ámbito de la definición de las conductas que evidencian el abuso de la posición de dominio.

En el presente artículo, Alfredo Bullard trata de acercarnos a la solución de estos problemas; propósito para el cual comenta, teórica y jurisprudencialmente, temas como las prácticas predatorias, la discriminación de precios y condiciones y la negativa injustificada a contratar.

1. INTRODUCCIÓN.

Las conductas predatorias han sido quizás una de las áreas de las políticas de competencia en las que se han tejido más mitos y leyendas. Así, se ha asumido que muchas veces las empresas que tienen posición de dominio en el mercado están en capacidad de desarrollar prácticas ilícitas dirigidas a impedir la entrada de nuevos competidores o a sacarlos del mercado mediante distintas estrategias (negativas a contratar, precios por debajo de los costos o discriminación de precios y condiciones, entre otras prácticas similares).

La gran pregunta que surge es cómo distinguir esas supuestas prácticas ilegales de una competencia agresiva en el mercado ¿Acaso las empresas no utilizan todos los medios a su alcance para impedir la entrada de nuevos competidores o sacar a los ya existentes por medio precisamente de la competencia? La pregunta es entonces cómo distinguir lo ilegal de la práctica legítima. Cuándo actuar y cuándo no actuar.

Las empresas buscan siempre incrementar su porcentaje de participación en el mercado. Pero ese deseo lleva implícito el de reducir las participaciones de sus competidores o incluso sacarlos del mercado. Y lleva también implícito el de no perder participación, lo que incluye frenar el crecimiento de los competidores o incluso evitar su entrada al mercado.

* Las opiniones vertidas en el presente artículo son atribuibles de manera personal al autor y en nada comprometen la posición del INDECOPI del que el autor es Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual. El autor quisiera agradecer la ayuda prestada por Carlos Patrón y Javier Mori en la elaboración del presente trabajo.

Se trata, sin embargo, de una línea difícil de trazar, y cuyo trazo tiene consecuencias evidentes en la conducta de las empresas y en los incentivos para promover la eficiencia productiva.

Es finalmente ese deseo de ampliar la participación del mercado lo que promueve la competencia. El afán de crecer y eventualmente de alcanzar un casi siempre inalcanzable monopolio, es el combustible del desarrollo económico. Y es que el porcentaje de participación de mercado implica rentabilidad, y monopolio implica rentabilidad monopólica.

Pero si cuando a las empresas les decimos que, por tener una participación importante en el mercado, ven limitada su conducta y que esas limitaciones afectan precisamente la rentabilidad, entonces los incentivos para crecer se reducen, y con ello los incentivos para ser más eficiente.

Y es que las legislaciones antimonopolios son víctimas de una paradoja difícil de solucionar: persiguen una mayor competencia pero para lograrlo reducen o limitan los medios que muchas veces las propias empresas usan para competir.

Sólo a título de ejemplo, una llamada "política de precios predatorios" puede sacar empresas competidoras del mercado. Pero, ¿cómo distinguirla de una agresiva competencia de precios? Una negativa a suministrar el uso de un recurso esencial a un competidor puede reducir la posibilidad de que la empresa titular de ese recurso (por ejemplo el único puente sobre un río para el pase de trenes) pueda enfrentar competencia efectiva ¿Cómo evitar que prohibir esa conducta no disminuya los incentivos para invertir en la generación de este tipo de recursos esenciales? La discriminación de precios puede ser utilizada para limitar la competencia, pero, ¿cómo evitar el error de comprender dicha discriminación como el resultado de costos diversos para suministrar bienes y servicios a distintos consumidores?

El presente artículo pretende acercarnos, de manera preliminar a la problemática de algunas de estas llamadas prácticas predatorias, conciliando el análisis teórico con lo que ha venido arrojando la aún escasa jurisprudencia del INDECOPI sobre el particular.

2. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

Las llamadas prácticas predatorias son modalidades de abuso de posición de dominio. Por ello, antes de entrar al análisis de prácticas específicas, describiremos algunas de las herramientas conceptuales básicas para poder analizar casos de abuso de posición de dominio.

2.1 Posición de dominio en el mercado

Nuestra legislación de libre competencia distingue, de manera general, dos categorías de infracciones al Decreto Legislativo 701. La primera categoría está vinculada a lo que se conoce como abuso de una posición dominante en el mercado. La segunda categoría se refiere a las prácticas que impidan, limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, conocidas normalmente como prácticas restrictivas.

Se entiende, de acuerdo con nuestra ley, que las empresas gozan de una:

".... posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente, con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución"[1].

Un primer punto importante es que no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Se renuncia así a establecer la razonabilidad del monopolio, es decir a determinar si estamos ante un monopolio bueno o un monopolio malo. Se acepta el monopolio, y en general la concentración de poder económico, como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia. Sólo se prohibe el abuso de tal posición. No hay que confundir el uso de la posición con el abuso de la posición. Una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión importante de capital y con una participación importante en el mercado puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. Mientras el uso de su posición sea utilizado para generar eficiencia y con ello un mayor bienestar en los consumidores, dicho uso no debería ser cuestionado. Más adelante veremos en qué casos podría configurarse un abuso.

Sobre el particular, el Tribunal de la Comunidad Económica Europea estableció claramente que:

[1] Artículo 4 del Decreto Legislativo 701.

"Declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche sino simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada..."[2].

La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo, todos (ofertantes y demandantes) son "tomadores" de precios y de condiciones. Esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin embargo, cuando el número de ofertantes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta a aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia.

A esto se refiere el Decreto Legislativo 701 cuando dice que "...pueden actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores..."[3].

La norma hace alusión a factores generadores de los monopolios naturales descritos arriba. Así, las características de la oferta y la demanda son las que determinan que la solución más eficiente sea, en términos de reducción de costos, la existencia de una sola empresa, especialmente en casos en que la estructura de costos está principalmente determinada por los costos fijos, mientras los costos variables no son significativos.

El desarrollo tecnológico es otro factor que tiende a la formación de monopolios, sea porque la empresa tiene un monopolio legal para la fabricación de ciertos productos, a través de la protección de la propiedad industrial, principalmente patentes, o porque ha alcanzado mejoras tecnológicas que le permiten una reducción substancial de los costos de producción o una captura mayor de las preferencias de los consumidores que le permiten a su vez eliminar, a través de la propia competencia, a sus competidores. Finalmente, se recogen las limitaciones a fuentes de suministro (monopolios de recursos naturales), distribución o financiamiento, es decir, a situaciones donde los recursos muestran una falta de flexibilidad que permita la aparición de competidores. Debemos reiterar, sin embargo, que la norma no critica ni sanciona tal situación en sí misma ni emite un juicio de valor sobre la existencia de estas "barreras" de entrada al mercado. Sólo nos dice que ellas existen.

Por lo tanto, una empresa no puede ser sancionada por tener un monopolio natural o por gozar de mayor tecnología o un acceso especial a recursos. Lo que se sanciona es el mal uso del poder que tales situaciones podrían estar dando a la empresa. Pero nótese que la diferencia entre calificar un uso como bueno o como malo deriva en un cambio en el sistema de incentivos para el desarrollo de prácticas eficientes y adecuadas frente a supuestas prácticas que afectan la competencia.

En todo caso, para poder establecer la existencia de una posición de dominio es necesario definir lo que se conoce como mercado relevante, es decir, dentro del mercado de qué bienes y servicios y dentro de qué límites geográficos puede existir y ejercerse dicha posición.

Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos: (1) debe determinarse el mercado relevante, es decir qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia. Esto porque cuanto más competencia exista, menor será la posibilidad de que se considere que hay una posición de dominio, pero para ello hay que determinar precisamente a qué nivel de competencia está sujeta la empresa; y (2) determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante, una vez determinado este último.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, el paso siguiente es establecer si se abusó o no de tal posición, analizando tanto los supuestos tipificados expresamente en la ley, como los posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente[4].

[2] Michelin vs. Comisión Asunto 322/81 [1983] Rep 3461.

[3] Artículo 4 del Decreto Legislativo 701.

[4] Por "cláusula general" entendemos definiciones generales de prácticas dirigidas a cubrir supuestos no tipificados con toda especificidad. La estructura de la mayoría de leyes de competencia es similar. Cuentan con una enumeración relativamente detallada de conductas sancionables, pero además cuentan con una cláusula general que se utiliza como "cajón de sastre" para contemplar conductas dañinas a la competencia que no han sido tipificadas expresamente en la enumeración específica de conductas. Ello ocurre con el artículo 3 o con la primera parte del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

2.2 La definición de mercado relevante

Uno de los problemas no resueltos en nuestras regulaciones para definir la posición de dominio, es qué se debe entender por mercado relevante. Como ya indicamos, este concepto se refiere a cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado[5] y qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos se compite[6].

Las empresas denunciadas o demandadas, frente a un caso concreto, siempre tratarán de definir el mayor mercado posible para así reducir su porcentaje de participación y tratar de probar que no tienen una posición de dominio de la que puedan abusar. Ello porque una conducta prohibida para una empresa en esta situación, es perfectamente permitida para todas las demás. Así, les conviene definir su participación dentro del mercado nacional antes que dentro de un mercado local, para así diluir su participación dentro de un ámbito mayor. De la misma manera, tratarán de señalar el mayor número de sustitutos posibles a fin de sostener la existencia de una competencia que les impide aumentar unilateralmente el precio o fijar las condiciones de comercialización en el mercado del bien específico que producen.

Es sumamente complejo definir los límites del mercado. Las situaciones cambian según las circunstancias de cada mercado particular, la movilidad de los recursos necesarios para producir un bien competitivo, el nivel de tecnología disponible, las preferencias de los consumidores, etc. La casuística puede hacer el análisis de cada caso diferente y son muchos los factores involucrados.

Quizás la mejor manera de formarse alguna idea es analizando casos que se han presentado ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. En el caso Sociedad Nacional de Industrias vs. Pesca Perú[7], la primera denunció a la segunda argumentando que tenía posición de dominio en el mercado de adquisición de sacos de polipropileno para envasar harina de pescado y que venía abusando de la misma al establecer condiciones discriminatorias respecto a la adquisición de los mismos en una licitación pública. La Comisión consideró que el mercado relevante no era el de sacos de polipropileno para envasar harina de pescado, sino el mercado de sacos de plástico en general, estableciendo implícitamente que las empresas que actúan en el mercado podían fabricar otro tipo de sacos, con lo que Pesca Perú no podía actuar con independencia de sus proveedores.

En el caso Instalaciones Electromecánicas S.A. con SEDAPAL[8], la denunciante sostuvo que SEDAPAL gozaba de posición de dominio en la compra de esclusas de fierro fundido. La Comisión consideró que el mercado relevante no era el de esclusas de fierro, sino que incluía además las compuertas de acero fundido o de plancha estructural que eran perfectos sustitutos. A pesar de ello, consideró que igualmente SEDAPAL tenía posición de dominio en ese mercado ampliado pues era el principal comprador de esclusas.

En FONGALSUR vs. Gloria S.A.[9], la primera denunció que la segunda abusaba de su posición de dominio en el mercado de compra de leche cruda en la cuenca lechera del sur. La Comisión estableció, sin que la Resolución permita establecer con claridad cuáles fueron los criterios utilizados, que el mercado relevante era el de la cuenca lechera del sur (cuyos límites geográficos no fueron definidos) respecto de la adquisición para usos industriales. Como se puede apreciar, se usó un concepto restrictivo de "mercado relevante" asumiendo implícitamente un mercado geográfico reducido (que podría encontrar su explicación en las dificultades de transportar leche cruda a otras localidades) y un uso determinado de la leche (uso industrial). Las razones de esto último no parecen, sin embargo, muy claras. En todo caso, en base a tal definición de posición de dominio, la Comisión encontró que sí había posición de dominio, aunque luego determinaría que no existió abuso de la misma, como veremos más adelante.

Un caso en el que la Comisión estableció algunos criterios de interpretación para la determinación de

[5] Por ejemplo, para determinar el grado de participación en el mercado de una empresa ubicada en Lima ¿se debe considerar el área de la provincia de Lima, la del departamento, la de la costa central o la del país en general?

[6] Por ejemplo, en el caso de alarmas contra robos, ¿se puede considerar como un competidor al fabricante de cerraduras de seguridad?

[7] Resolución 039-94-INDECOPI/CLC.

[8] Resolución 030-94-INDECOPI/CLC.

[9] Resolución 003-93-INDECOPI/CLC.

lo que es el mercado relevante, es Medidores Inca S.A. vs. SEDAJULIACA[10]. La primera denunció a la segunda por abuso de posición de dominio consistente principalmente en la discriminación de condiciones por exigir ciertas características técnicas en una adquisición de medidores que, a juicio de la denunciante, la discriminaban para participar en una licitación. Según la Comisión, para determinar cuál era el mercado relevante debía acudirse al análisis de, entre otros elementos, la "movilidad de los factores". En base a este concepto la Comisión consideró que no procedía considerar al mercado de Juliaca como el mercado relevante, dado que los vendedores de medidores de agua están en posibilidad de vender sus productos en todo el territorio nacional. Este concepto de "movilidad de factores" parecería dirigido a establecer que los ofertantes de medidores pueden desplazar su producto a otros adquirentes si es que el denunciante no desea comprarlos. Esto refleja la idea de una visión dinámica de cómo funcionan los mercados y qué es lo que determina la existencia o no de una posición de dominio.

Un buen criterio para definir cuál es el mercado pertinente, dentro de la línea señalada en el párrafo anterior, es el que usa el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para atacar las fusiones de empresas. En términos geográficos, se analiza cuál sería el efecto de un incremento en 5% del precio en la aparición de nuevos proveedores de un mismo bien o en las decisiones de los consumidores en el plazo de un año. Así, por ejemplo, se considera que si al incrementar un ofertante en Lima el precio de un producto en un 5% se crean incentivos para que proveedores en otras localidades (nacionales o internacionales) participen en ese mercado, o para que los consumidores hagan sus adquisiciones en otro mercado, y siempre y cuando dicha reacción se produzca en un plazo relativamente corto (un año), se debe incluir esos mercados para definir el porcentaje de participación de la empresa en cuestión. Si el incremento de 5% en el precio del único proveedor de un bien en Lima, hace que proveedores de Arequipa se trasladen a Lima o abran una distribuidora en esta ciudad o que los consumidores viajen a hacer sus adquisiciones en Arequipa dentro del plazo establecido, debe incluirse Arequipa como parte del mercado relevante[11].

En términos de bienes sustitutos adecuados, el criterio debe ser similar. Si al incrementar el precio de un bien en 5% los consumidores van a desarrollar una tendencia a escoger el bien sustituto dentro de un plazo razonable de un año, se debe considerar como parte del mercado pertinente a efectos de definir la participación. Así, si al subirse el precio de las alarmas contra robo, el consumidor decidiera instalar cerraduras de seguridad, se considera que las cerraduras son un sustituto adecuado y por tanto sus productores son competidores de la empresa fabricante de alarmas. Lo mismo pasaría con productos como pan y galletas, cerveza y ron, fósforos y encendedores, si en ellos se presenta un desplazamiento similar como consecuencia de la modificación moderada del precio[12].

Un ejemplo de la aplicación de este principio que aparece más claramente definido en la jurisprudencia administrativa peruana, se puede apreciar en el caso Metales Bera del Perú S.A. vs. Minsur S.A.[13]. En dicho caso Bera denunció a Minsur por supuesta negativa injustificada para contratar, pues se negaba a venderle estaño de sus minas para que la denunciante pudiera procesarlo. Cuando la Resolución de la Comisión analiza cuál es el mercado relevante geográfico, establece que en nuestro país la importación de estaño no está sujeta a ninguna limitación administrativa y está gravada con un arancel de 15%, salvo en el caso de las importaciones de Bolivia, en las que el arancel es 0% como consecuencia de la Decisión 321 del Acuerdo de Cartagena. Por otro lado la mina de Minsur se encuentra ubicada en el departamento de Puno, con lo que las diferencias entre las distancias entre esta mina y las minas bolivianas de estaño no son significativas, por lo que no existen diferencias importantes en el costo de transporte. Ello llevó a la Comisión a con-

[10] Resolución 009-94-INDECOPI/CLC.

[11] El número "mágico" de 5% podría no ser adecuado para una realidad como la peruana. En un mercado más competitivo como el estadounidense es comprensible que se hable de una variación relativamente pequeña, en el entendido de que la dinámica económica de dicho mercado permite una reacción más rápida y efectiva. Diversos consultores han recomendado en distintas oportunidades que en el país deberían usarse porcentajes mayores (entre 10 y 20%). En todo caso, el principio es adecuado así no lo sea la cifra. Lo importante es que el análisis comprenda que el mercado relevante debe determinarse a la luz de los incentivos competitivos existentes para controlar la capacidad de la empresa de fijar precios y condiciones.

[12] Nuevamente estamos frente a cifras aplicables a los Estados Unidos y que deberán adaptarse a las características y estructura de un mercado como el peruano.

[13] Resolución 067-INDECOPI/CLC.

siderar como el mercado relevante a Perú y Bolivia. Nótese que el análisis es muy similar al sugerido por el Departamento de Justicia. Las diferencias de costos entre una alternativa y otra permite diferenciar con qué productores, según su ubicación geográfica, se está en realidad compitiendo. Definido así el mercado, y no sólo el Perú, como sugirió Bera a lo largo del procedimiento, se concluyó que Minsur no gozaba de la posición de dominio que le permitiera cometer abusos como la negativa injustificada[14]. Quedaba así claro para la Comisión, que si Minsur se negaba a proveer a alguna empresa peruana ésta tenía como opción razonable el acudir a un proveedor boliviano, con lo que la posición de dominio (capacidad de actuar independientemente de sus clientes) era inexistente.

La idea central es identificar el dominio en el mercado en relación al poder de determinar el precio. Si esta facultad está controlada por la posibilidad de que proveedores de otras áreas geográficas abastezcan el área de la empresa en cuestión, o que los consumidores elijan bienes sustitutos, se considera, para efectos de determinar el porcentaje de participación en el mercado, las alternativas de los consumidores. No necesariamente el porcentaje tiene que ser de 5%. Este puede variar según las características de cada mercado. Lo importante es establecer la relación entre la idea de posición dominante y la facultad de afectar el precio, es decir, de no ser un "tomador" del mismo.

Estos elementos deben ser analizados con cuidado para determinar cuál es el mercado relevante en atención a las opciones que tienen los consumidores en dichos mercados.

2.3 Determinación del nivel de concentración en el mercado relevante

Una vez determinado cuál es el mercado relevante, el segundo problema a resolver es cómo determinar que una empresa ha concentrado una parte suficientemente grande de dicho mercado, es decir, si tiene o no efectivamente posición de dominio.

Un criterio usado con cierta frecuencia es establecer el porcentaje de participación en el mercado. Así, por ejemplo, puede considerarse que una empresa que tiene más del 50% del mercado tiene una posición de dominio[15].

Sin embargo, tener en cuenta sólo la participación porcentual en el mercado es insuficiente para entender la capacidad que tiene una empresa para influir en el precio. La idea no es sólo identificar su participación particular, sino el nivel de concentración del mercado en que dicha participación se da. No es lo mismo actuar con un 30% de mercado cuando el resto está conformado por otras dos empresas (una con 30% y otra con el 40%) que tener un 30% frente a un número alto de empresas compitiendo (70 empresas con 1% del mercado cada una). Los riesgos para un funcionamiento adecuado de la economía son mayores en mercados con niveles de concentración mayores (es decir con menos "jugadores") que en mercados con niveles de concentración menores (es decir con muchos "jugadores").

Los mercados concentrados generan más riesgo de concertación entre los agentes económicos y hacen que las prácticas abusivas puedan ser más efectivamente desarrolladas.

La concentración de un mercado se da en función del número de empresas y de la participación de estas empresas en el mismo. En mercados muy concentrados aumentan las posibilidades de que una o un pequeño grupo de empresas puedan ejercer su posición dominante en el mercado de manera efectiva, principalmente porque se reducen los costos de transacción para llegar a una concertación, para desarrollar prácticas paralelas o para que el abuso de cierta posición en el mercado sea más efectiva. Cuanto menor sea el porcentaje de la oferta total que controla una empresa, deberá ser mayor la restricción de su producción para poder afectar el precio y es menos probable que esta restricción pueda serle beneficiosa. Cuando la acción colectiva de las empresas es necesaria para controlar el precio, se añade una limitación adicional. Si el número de empresas necesarias para controlar un porcenta-

[14] Mientras que con la definición del Perú como mercado relevante Minsur tenía prácticamente el 100%, la definición de Perú y Bolivia como mercado relevante reducía la participación a 46%.

[15] Así, por ejemplo, el Tribunal de la Comunidad Económica Europeo consideró que cuotas de mercado durante un periodo de tres años que oscilaban entre 75% y 87% eran "tan grandes que eran en sí mismas prueba de una posición dominante." (Caso Hoffmann vs. La Roche). El mismo Tribunal consideró que cuotas entre 57% y 65% por periodos de tres años, sumado a la distancia con las cuotas de otros competidores (entre 4% y 8%) constituía una indicación válida de que existía posición de dominio (Caso Michelin vs. Comisión). Como veremos más adelante, la doctrina y jurisprudencia norteamericana ha ido por otro camino, pues consideran que mercados concentrados, donde hay varios competidores con participaciones importantes, pueden ser considerados más peligrosos para la competencia. En Europa, una empresa con menos de 30% de participación de mercado difícilmente será considerada como una con posición de dominio.

je fijo de la oferta total es mayor, el costo (entendido como costo de transacción) de que éstas lleguen a un acuerdo y que puedan hacerlo efectivo se eleva, y la posibilidad de que se llegue a ejercer el poder económico de manera efectiva se complica[16].

Por ello, no basta establecer el porcentaje de participación de una empresa, sino el nivel de concentración del mercado en el que dicha empresa (o empresas) actúa. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos utiliza lo que se conoce como el Herfindahl-Hirshman Index (en adelante, HHI) para medir el nivel de concentración en un mercado determinado. Este índice se calcula sumando los porcentajes de participación de todas las empresas en un mercado luego de elevarlos al cuadrado. Por ejemplo, si en el mercado existen cuatro firmas con participaciones de 30%, 30%, 20% y 20%, existe un HHI de 2600[17]. El HHI puede ir desde 10,000 (en el caso del monopolio puro, es decir, una empresa con el 100% del mercado)[18] hasta un número cercano a 0 (en el caso de un mercado muy atomizado, donde ningún proveedor superó el 0.1% de participación).

Si bien puede ser deseable tener información sobre todas las empresas involucradas, la falta de información sobre pequeñas empresas no es indispensable, pues no afectan el HHI de manera significativa.

En el caso del Departamento de Justicia en los Estados Unidos, en base a observación empírica, se han dividido los niveles de concentración en tres áreas: mercados desconcentrados (con un HHI menor a 1,000), mercados moderadamente concentrados (HHI entre 1000 y 1800) y mercados altamente concentrados (HHI superior a 1800). En estos últimos los riesgos a la competencia se consideran más altos.

Así, no es lo mismo tener un 20% de participación en un mercado desconcentrado que el mismo porcentaje en un mercado altamente concentrado. La posibilidad de acuerdos dirigidos a fijar precios y reducir producción, es mucho más clara en el segundo caso que en el primero. Por ello, no sólo se debe considerar el porcentaje de participación, sino el nivel de concentración en el mercado correspondiente.[19]

En la jurisprudencia del INDECOPI no aparece claro aún el uso de índices como el HHI (salvo algunos casos de concertaciones de precios) habiéndose sustentado la calificación de posición de dominio más en el simple porcentaje de participación en el mercado relevante.

Así, por ejemplo, en el caso de INEMEC vs. SEDAPAL, antes citado,[20] la Comisión consideró que una participación de 80% en el mercado relevante en los últimos dos años daba a SEDAPAL posición de dominio en el mercado de compuertas y esclusas.

En el caso Florencio Daga Salgado vs. Cemento Andino[21], se determinó que la denunciada, Cemento Andino, gozaba posición de dominio en la costa y sierra central del país, pero sin indicar el porcentaje de participación, limitándose a afirmar que son las "...zonas donde se ha demostrado que la empresa denunciada puede actuar con independencia de sus proveedores, clientes y competidores...".

En Bera vs. Minsur[22] la Comisión consideró que 47% del mercado relevante (estaño producido en Perú y Bolivia) no constituía posición de dominio en favor de la denunciada.

[16] *Justice Department Merger Guidelines*. En: *The Bureau of National Affairs, Inc.* Washington D.C., suplemento especial. P. S-6.

[17] (30)2 + (30)2 + (20)2 + (20)2
900 + 900 + 400 + 400 = 2,600

[18] (100)2 = 10,000

[19] Nótese la diferencia substancial con la posición adoptada en el mercado europeo, en el que se considera más riesgoso un mercado con un "jugador" grande y muchos jugadores pequeños. La diferencia se encuentra en una distinta óptica de cuáles son los fines de la legislación antimonopolios. Así, para el sistema europeo aún subsiste la idea de que, al menos en parte, la función de las normas de libre competencia es proteger a empresas pequeñas. Por eso les preocupa que haya diferencias significativas entre los porcentajes de participación de las mismas en el mercado. En cambio, para la legislación norteamericana la preocupación es el bienestar del consumidor, y un mercado con mayor nivel de concentración total, es mucho más peligroso en cuanto ofrece menores opciones a los consumidores. Consideramos que la opción norteamericana es más adecuada.

[20] Resolución 030-94-INDECOPI/CLC.

[21] Resolución 018-95-INDECOPI/CLC.

[22] Resolución 066-96-INDECOPI/CLC.

De manera similar en el caso de Asociación Editorial Bruño contra otras empresas integrantes del Comité de Fabricantes de Material Didáctico de la Sociedad Nacional de Industrias[23] se consideró que no existía posición de dominio porque existía una participación de mercado inferior al 50%.

En el caso María del Carmen Molta Wendell vs. PROQUINSA se consideró que la empresa denunciada gozaba de posición de dominio en el mercado relevante porque había tenido una participación que normalmente había oscilado por encima del 50%, aunque ello no queda tan claro en la Resolución.

Si bien no se ha establecido como un precedente expreso, la práctica en el INDECOPI muestra que el punto de quiebre entre la existencia o no de posición de dominio gira en torno a participaciones de mercado de 50%, lo que guarda similitud con los criterios desarrollados en el sistema europeo.

2.4 La cláusula general de abuso de posición de dominio

El problema no es sólo definir qué constituye una posición dominante, sino qué es abusar de tal posición. Como ya se indicó, la posición de dominio en sí misma no se encuentra sancionada. Es sólo el abuso de dicha posición lo que despierta la preocupación de las normas de libre competencia.

El Decreto Legislativo 701 trata algunos criterios para resolver este problema. En su artículo 5, se establece que una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando "...actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio".

El "actuar de manera indebida" debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización. Este es quizás el problema principal que plantean los casos de abuso de posición de dominio ¿Cómo diferenciar los daños causados por una práctica abusiva del mero daño concurrencial? En sus efectos pueden ser muy similares: reducción de participación de empresas competidoras por salida de estas del mercado. Así, la meta que se trazan las empresas para competir agresivamente es la misma que se trazan para desarrollar prácticas predatorias. Por ello, las dificultades para determinar si estamos frente a un abuso son substanciales.

El uso de la posición de dominio puede ser entendida de dos maneras, según las circunstancias. La primera es el uso de las eficiencias derivadas de las economías de escala. De hecho, las empresas desarrollan capacidades competitivas en función a su tamaño. Este les permite reducir costos, integrar mejor su aparato productivo y con ello ofrecer mejores productos a bajos precios. La segunda es que el tamaño les da la posibilidad de obtener ventajas ilícitas que no hubieran podido obtener de no ser precisamente por dicho tamaño.

El error en la autoridad que califica la práctica puede tener consecuencias fatales para el mercado. Si la autoridad sanciona a una empresa por usar su eficiencia productiva al competir está penalizando precisamente la eficiencia que el mercado busca generar. Al hacerlo, el mensaje que está mandando es que las empresas sean menos eficientes. Esta situación exige una actuación muy cautelosa de la autoridad. De ello se deriva que en caso de duda sobre la naturaleza ilegal de la práctica se presuma la legalidad de la misma. Por tanto, los efectos nocivos de una actuación deberán haber quedado acreditados de manera contundente y los posibles beneficios de la misma no deberán ser importantes para que dicha actuación pueda ser calificada finalmente como un caso de abuso de posición de dominio.

Los intentos por encontrar definiciones claras que nos den principios predecibles de actuación han sido intensos pero en general han fracasado. Los límites entre lo eficiente y lo abusivo son sumamente ambiguos e imprecisos, poniendo de manifiesto el riesgo de actuación de las autoridades.

El Tribunal de la Comunidad Económica Europea[24] definió que:

"El concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o

[23] Resolución 067-96-INDECOPI/CLC.

[24] Caso Hoffmann vs. La Roche.

servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de tal competencia."

Este principio de "competencia normal" es fundamental para entender qué puede ser considerado abuso. Una práctica abusiva es aquella que no sería posible en condiciones de competencia normal, en la que los competidores son tomadores de precios y condiciones del mercado, y que la empresa con posición de dominio desarrolla para reducir o evitar el incremento de la competencia existente. Pero, nuevamente, los límites entre "competencia normal" y "competencia anormal" no son fáciles de establecer.

El daño concurrencial es legítimo y aceptable, pues es consecuencia de la mayor eficiencia de una empresa frente a la menor eficiencia de la otra. El sistema debe garantizar al consumidor elegir lo que considera mejor para sus intereses. Si dicha elección se deriva de prácticas correctas y adecuadas de las empresas, el daño que se produzca es legítimo, y la autoridad de competencia no podrá cuestionarlo.

Como dijimos, la existencia de empresas más grandes puede ser beneficiosa para los consumidores, si como consecuencia de una economía de escala, la reducción de los costos de producción se traduce en precios más bajos o en mayor eficiencia productiva, es decir, en más riqueza y bienestar.

Como se puede deducir de la lectura del ya citado artículo 5, los requisitos para que exista un abuso de posición de dominio son:

a) Que exista posición de dominio:

Esto es que, de acuerdo a los principios establecidos en los puntos anteriores, la empresa o empresas involucradas tengan una participación tal en el mercado relevante que, dadas las características del mismo, puedan actuar con independencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

b) Que se actúe de manera indebida:

Así, la empresa deberá actuar en contra de principios básicos de conducta tipificados expresamente en la ley o que puedan tener efectos análogos. La actuación indebida no implica necesariamente y en todos los casos acreditar la intencionalidad. Basta que la conducta rompa con lo que puede considerarse una competencia leal y libre basada en la propia capacidad de satisfacer al consumidor. Sin embargo, como veremos más adelante, muchas veces la intencionalidad es un elemento importante para probar la práctica, en especial cuando nos referimos a las llamadas prácticas predatorias. Es más, en muchos ocasiones será la prueba de la intencionalidad lo que definirá cómo se resuelve el caso.

c) Que se obtengan beneficios o se causen perjuicios que no hubiesen ocurrido de no haber existido posición de dominio:

Los perjuicios y beneficios deben estar presentes en el caso. La empresa con posición de dominio debe estar en posibilidad de obtener beneficios actuales o potenciales de su acción, y a la vez, dicha actuación, debe ocasionar perjuicios a los demás competidores y/o a los consumidores de los bienes y servicios pertinentes. Aquí conviene destacar que el perjuicio realmente relevante es el que se ocasionaría al consumidor. Sin embargo, en muchos casos el daño al consumidor es consecuencia o se produce simultáneamente con los daños a los competidores. Pero un daño a los competidores que no afecte o perjudique a los consumidores es un daño que no nos debería preocupar, pues podría ser considerado un simple daño concurrencial. Este elemento es fundamental para distinguir casos de daño concurrencial del daño por abuso. Si los consumidores se benefician de los esfuerzos de una empresa por desplazar a otra del mercado, entonces podríamos calificar el daño ocasionado a los competidores como uno concurrencial, y no como un caso de abuso.

No es necesario acreditar que se han causado los daños y se han obtenido los beneficios. Bastará que sean potencialmente consecuencia de la conducta. En cualquier caso, el término "con el fin" no implica que tenga que probarse necesariamente la intención, pudiendo la misma derivarse de la conducta objetivamente desarrollada.

Es importante tener en cuenta que en ocasiones las propias normas han tipificado expresamente ciertas conductas consideradas como abusos, aunque ello no implica que se trate de infracciones *"per se"* ilegales. Pero además las cláusulas generales, como el propio primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 y las remisiones expresas a la sanción de prácticas con efectos equivalentes, permiten incluir otros casos de abusos no expresamente tipificados. Así lo ha reconocido en distintas oportunidades la jurisprudencia del INDECOPI, sobre el particular.

Una herramienta útil para entender la figura de abuso de posición de dominio en el mercado es una figura típica del Derecho común: el abuso de derecho. Si bien los casos de abuso de posición de dominio están reconocidos expresamente en la ley,

por lo que no se cumple uno de los requisitos establecidos en la doctrina para la aplicación de la figura del abuso del derecho (es decir que se afecte un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica) la estructura lógica de la institución guarda vinculación evidente.

En ambos casos está reconocido un derecho subjetivo. En concreto las empresas están legitimadas a competir vía precios, condiciones y calidades, pudiendo elegir con quién contratan y en qué términos lo hacen. Además, la ley les permite acumular una posición en el mercado que les permita actuar con cierta independencia de sus competidores. Sin embargo, la conducta desarrollada, no prohibida expresamente, resulta teniendo efectos disfuncionales o antisociales en relación a los fines por los cuales se reconoció el derecho al titular.

Así, el derecho a competir se otorga a las empresas para que dicha competencia genere beneficios para el mercado, y en particular, para los consumidores. El alcanzar economías de escala es otra manera de maximizar la eficiencia económica y por dicha vía mejorar el bienestar de los consumidores. Pero cuando dichos fines son desnaturalizados por la propia actuación de los agentes económicos, el Estado se reserva el derecho a intervenir para corregir la distorsión.

El problema que se enfrenta con ello es evidente y es el mismo que se tiene para aplicar la teoría del abuso del derecho: hay que hacer un análisis caso por caso. En el abuso de posición de dominio hay que analizar la razonabilidad de la conducta, es decir, los eventuales efectos antisociales o disfuncionales de la conducta, a diferencia de lo que ocurre con ciertas prohibiciones expresas en la ley, que tienen la naturaleza de prácticas "*per se*" ilegales. Así, de la misma manera que el Código Civil sanciona con nulidad los contratos celebrados sin cumplir una formalidad prevista en la ley, puede sancionar como ilegales "*per se*" ciertas conductas. Pero en el campo del abuso del derecho, la regla "*per se*" no puede operar precisamente porque se requiere un análisis de los efectos específicos de cada caso en relación a la finalidad o función económica o social por la que se reconoció el derecho del que ahora se abusa.

Así, siempre deberá recurrirse a un análisis de los efectos cuando se evalúa la existencia de casos de abuso de posición de dominio, y en particular cuando se analiza las llamadas prácticas predatorias.

3. Las Prácticas Predatorias

Se consideran prácticas predatorias aquellos supuestos en los que una empresa que goza de posición de dominio en el mercado utiliza dicha situación para desarrollar conductas dirigidas o que tienen por efecto el desplazamiento de uno o varios competidores por medios distintos a la competencia normal. Son conductas que en su estructura afectan directamente a competidores y en consecuencia afectan a los consumidores de manera indirecta, por la vía de reducir las opciones de los mismos en el mercado.

Nótese que no toda eliminación de competidores es mala para el consumidor. Si bien puede argumentarse que ello reduce sus opciones, si dicha reducción se produce como consecuencia de mejores precios, condiciones o calidades, sin que exista ninguna conducta ilícita, entonces estaremos frente al proceso competitivo actuando y está en su dinámica precisamente captar y desviar las preferencias de los consumidores.

Es quizás en el área de las prácticas predatorias donde el dilema entre uso eficiente de las economías de escala y posible abuso de posiciones de dominio en el mercado se torna más complejo y difícil de resolver. Y ello quizás radique en que el daño al consumidor es indirecto, lo que hace difícil distinguir cuándo es competencia agresiva y cuándo abuso de posición de dominio.

A continuación vamos a analizar tres supuestos específicos de las llamadas prácticas predatorias, a fin de establecer las condiciones y presupuestos teóricos y prácticos de análisis que deben seguirse para distinguir posibles actos ilegales de posibles actos legítimos dentro de una atmósfera competitiva. Estos supuestos son (1)precios predatorios, (2)discriminación de precios y (3)negativa injustificada de contratar. Lo que tienen en común los tres es que se darían en la modalidad de predación de mercados, esto es, con la intención de debilitar o eliminar la competencia de un competidor usando la posición de dominio de una manera no lícita.

3.1. Precios Predatorios

La doctrina reconoce a los precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio en el mercado. Consisten en el supuesto de que una empresa, con posición de dominio en el mercado, reduzca sus precios por debajo de sus niveles de costos con la intención de generar pérdidas en su competidor y así sacarlo del mercado.

El propio uso del término "predación" evoca una conducta intencional o al menos conciente de sus consecuencias, y conciente de que supuestamente refleja una estrategia dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado o a desincentivarlos a entrar al mismo usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir o a

llevarlos a suspender actitudes competitivas. Nótese, sin embargo, que estas prácticas generan, al menos en el corto plazo, beneficios para los consumidores, que pagan por los bienes y servicios menos de lo que estos cuestan. La preocupación surge porque en el largo plazo la eliminación de competidores podría llevarlos a pagar precios monopólicos derivados de la existencia de menos competidores, o por lo menos competidores "disciplinados" por la práctica del predador.

Como señala Bork[25], la predación puede entenderse como:

"(...) una agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales a través del uso de prácticas de negocios que no serían consideradas como dirigidas a maximizar utilidades salvo por la excepción que (1) los rivales sean sacados del mercado, dejando al predador con una participación del mercado suficiente como para obtener ganancias monopólicas, o (2) los rivales sean golpeados suficientemente como para abandonar un comportamiento competitivo que el predador encuentra inconveniente o desafiante. Siendo que el resultado causa detrimentos al bienestar del consumidor, la predación no puede clasificarse como eficiencia superior."

La predación suele ser considerada sancionable en el caso de que sea llevada a cabo por empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado. Las razones de tal requerimiento son obvias. Una empresa que decide realizar prácticas predatorias en contra de otra sufrirá perdidas causadas precisamente por los costos de financiar la predación. En el caso de que la empresa no goce de posición de dominio en el mercado, carecería de alguna ventaja que marcara la diferencia con una simple competencia por precios. Incluso si se demostrara que una empresa está vendiendo sus productos a pérdida, su actitud no puede ser sancionada pues puede tratarse de estrategias válidas y aceptables para introducir o ganar una mayor penetración del bien que produce en el mercado.

Cualquier teoría seria de lo que es predación debe partir de la constatación de que la empresa predadora va a incurrir en pérdidas durante el desarrollo de su práctica, pero está en la capacidad de hacer un cálculo racional que considere las pérdidas como inversión en búsqueda de ganancias monopólicas futuras. Para ello, las ganancias futuras esperadas deben superar las pérdidas actuales[26].

Tanto la doctrina legal como la económica discuten intensamente sobre la viabilidad de que pueda existir o no una política de precios predatorios efectiva, es decir que pueda tener como resultado la consolidación o refuerzo de una posición de dominio. A ello se suman los problemas complejos de diferenciar una política de precios predatorios de una simple competencia agresiva en el mercado que permita identificar a la primera como ilegal. Incluso vender por debajo del costo puede ser una estrategia de negocios válida para una empresa con posición de dominio. Pero lo más complejo es que debe calcularse cuál es el costo de producción para poder determinar que el precio se encuentra por debajo, lo que plantea dificultades prácticas y teóricas importantes.

Los riesgos de poder establecer la diferencia entre competencia y predación llevan a que deba actuarse con mucha cautela cuando se analiza su existencia. Un error en la autoridad que aplica la norma, puede llevar a que se creen desincentivos a bajar costos para ofrecer precios más competitivos, con evidente perjuicio al consumidor. El mal que se trata de evitar es que, luego de que la predación haya sido exitosa, la empresa con posición de dominio use la participación obtenida en el mercado para fijar precios monopólicos. Pero si la conducta es legítimamente una de competencia, estamos frente a un supuesto de crecimiento interno sustentado en una mayor eficiencia competitiva.

Las empresas en un mercado pueden enfrentar costos diferentes, en especial como consecuencia de los diversos niveles de eficiencia que pudieran alcanzar. Ello podría ser otra explicación a la existencia de precios bajos. El error de la autoridad al calificar la práctica reduciría evidentemente los niveles de bienestar de los consumidores involucrados. Por eso es que los costos que deben analizarse para determinar que los precios son inferiores, no son los costos de la industria en general, sino los de la empresa en particular, lo que a su vez plantea retos mayores y una mayor complejidad en el análisis.

Las dudas sobre si la predación es una práctica real y posible o sólo es producto de la imaginación de algunos economistas o abogados, parten de la necesidad de comprender bajo qué condiciones una

[25] BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself.* New York: The Free Press, 1993, p. 144.

[26] Bork, op cit, p. 145.

empresa puede estar en capacidad de soportar pérdidas para depredar el mercado y luego consolidar una posición de dominio que permita obtener ganancias monopólicas que cubran tales pérdidas.

Así, uno de los elementos económicos que debe necesariamente definirse es si la empresa que desarrolla la práctica no sólo pueda agotar y derrotar la resistencia de sus rivales a un elevado costo en la guerra de precios, sino además pueda generar ganancias rápidas y de manera efectiva que le permiten superar las pérdidas sufridas durante el desarrollo de la predación.

En un mercado abierto, y con costos de acceso bajos, es sumamente improbable (por no decir prácticamente imposible) que una práctica de predación pueda funcionar. Los costos de depredar probablemente superarán las ganancias monopólicas que se puedan obtener. Una empresa puede soportar pérdidas por meses o hasta por años en su intento de eliminar un competidor. Pero si tiene éxito en su estrategia, nada le garantiza que en un período substancialmente más corto nuevas empresas entren al mercado y controlen su capacidad de cobrar un precio monopolístico. Y ello se hace aún más difícil de entender si consideramos que, precisamente, la elevación de precios luego de la "victoria" genera de inmediato incentivos para la entrada de nuevos competidores.

Para Bork el cumplimiento de las condiciones necesarias para que la estrategia del predador tenga éxito son sumamente inusuales. Las pérdidas durante el período que dura la guerra serán proporcionalmente más altas para el predador que para sus rivales, porque se ve obligado a gastar más para poder expandir su producción, mientras que su víctima no sólo no expandirá su producción, sino que tiene además la opción de reducirla y de esa manera reducir sus costos[27].

El predador deberá literalmente "aplastar" a su rival hasta eliminar la utilidad y rendimiento de todos sus bienes y recursos, con los costos consiguientes. Y luego de logrado su objetivo, el predador se torna en enemigo de sí mismo pues, si sube el precio, crea incentivos para que vuelvan a aparecer competidores.

Bajo tal perspectiva los costos de la predación parecen prohibitivos, las posibilidades de fracaso son significativas y las de éxito remotas.

A estas condiciones se añaden otros elementos que dificultan la predación. La facilidad de salida es simétrica con la facilidad de entrada. Cuanto más fácil sea sacar a una empresa del mercado será más fácil que una nueva entre al mismo. Por su parte, cuanto más difícil sea sacarla del mercado, más difícil será que una nueva entre al mismo. Esta relación hace de la predación normalmente un muy mal negocio.

A ello debemos añadir que mientras las pérdidas son reales, actuales y tangibles, las ganancias de la predación son potenciales, futuras e inciertas. A la incertidumbre, y los costos del riesgo a ella asociados, debe añadirse que el predador deberá descontar a sus ganancias futuras la tasa de interés, pues está financiando con ganancias actuales, eventuales ingresos extraordinarios futuros y quizás lejanos[28].

Si a ello añadimos los riesgos de un error de la autoridad, dada la dificultad de prueba (pues exige demostrar que se está vendiendo por debajo del costo marginal, lo cual es muy difícil de calcular), es probable que la persecución de esta falta tenga más posibilidades de dañar al consumidor que de ayudarlo y mejorar su situación. Por eso en su sanción debe tenerse mucho cuidado.

Sin embargo, de la argumentación presentada no se desprende que la práctica de precios predatorios no pueda darse en la realidad si se cumplen ciertas condiciones.

Como ya se dijo, la predación es un caso de abuso de posición de dominio, es decir, que exige demostrar la existencia de posición de dominio, aunque no necesariamente en el mercado en el que se produce, sino en otro distinto en el que participe la empresa. Así, puede darse que una empresa que tiene posición de dominio en el mercado de Lima (que debería ser el mercado relevante determinado según los criterios mencionados líneas arriba) use sus ganancias monopólicas en dicho mercado para "subsidiar" su ingreso al mercado de Arequipa, o que utilice su posición de dominio en el mercado de cerveza para subsidiar el precio de las gaseosas, mercado en el que no cuenta con posición de dominio. Si bien la predación puede usarse en el mismo mercado en el que se tiene posición de dominio (para disciplinar o eliminar a competidores reales o potenciales), ello no es un requisito para configurar la práctica, pu-

[27] Bork, op cit, p. 149.

[28] Bork, po cit, loc. Cit.

diendo usarse una suerte de "subsidios cruzados" para obtener las metas que el predador se ha fijado.

Un segundo requisito, es que los costos de reingreso al mercado depredado sean suficientemente altos como para permitir a la empresa predadora mantener la participación de mercado ganada por la práctica por suficiente tiempo y de la manera adecuada como para obtener ganancias extraordinarias que le permitan compensar, con creces, las pérdidas sufridas durante la práctica. Por ello, la predación será más probable en mercados con altos costos legales de acceso (sujetos a permisos, concesiones o autorizaciones difíciles de conseguir) o que requieran una inversión muy alta para entrar en ellos (que implique la existencia de costos hundidos significativos).

Un tercer requisito es que la posibilidad de afectar a la empresa víctima de la práctica permita obtener resultados en relativamente corto tiempo. Ello implica que el mercado en cuestión permita un fácil desplazamiento de la demanda como consecuencia de la variación en los precios (es más difícil en mercados donde la fidelidad a la marca o la calidad del servicio tiene un peso específico importante). Por ello, debe ser considerada sospechosa una alegación de que existen prácticas predatorias por períodos relativamente largos de tiempo.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso Matsushita Electric Industrial Co. Ltda. vs. Zenith Radio Corporation[29] analizó el caso de una supuesta práctica predatoria llevada a cabo por una serie de productores japoneses de productos electrónicos, en especial televisores, para venderlos a precios que implicaban pérdidas en el mercado norteamericano, con el fin de sacar a los productores estadounidenses del mercado. Según lo que alegaron los demandantes, esta práctica se venía desarrollando desde los años 50's y había sido continua hasta la década de los 80's, en la que el caso fue resuelto. La Corte Suprema consideró, entre otros argumentos, que no podían encontrarse motivos razonables para una práctica de ese tipo que llevara a los productores japoneses a generar pérdidas tan elevadas por un período tan largo de tiempo, sin tener posibilidades aparentes de obtener algún éxito. La Corte concluyó que existía consenso en la doctrina de que las prácticas de precios predatorios eran raramente utilizadas y eran aún más raramente exitosas, citando a una serie de autores destacados como Bork, Areeda & Turner, Easterbrook, Koller. McGee. Cita también otro caso (Northeastern Telephone Co. vs. American Telephone & Telegraph Co[30]) en el que se determinó que "En ninguna parte de la reciente literatura sobre el tema los comentaristas sugieren que los precios (predatorios) sean o comunes o posibles de ocurrir."

Las normas generales de libre competencia peruanas no regulan de manera expresa la existencia de precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio. Sin embargo, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha considerado que podría sancionar dicha práctica. Así, en el caso María del Carmen Molta Wendell vs. PROQUINSA[31] la Comisión analizó la posibilidad de sancionar a la denunciada por precios predatorios. Si bien al final consideró que dicha política no había sido desarrollada, consideró que de haberse encontrado elementos de juicio suficientes se debería de haber sancionado a la denunciada. La Comisión no citó en base a qué artículo hubiera podido sancionar por precios predatorios, limitándose a citar, de manera genérica, el Decreto Legislativo 701.

Una posibilidad es considerar que la misma se encuentra contemplada en el inciso "b" del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, que establece que es un caso de abuso de posición de dominio la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Así, si una empresa ofrece a sus clientes en Arequipa un precio inferior al que ofrece a sus clientes en Lima, que no pueda justificarse en diferencias de costos apreciables entre vender en ambos mercados, podría configurarse una discriminación de precios dirigida a excluir a sus competidores actuales o potenciales en Arequipa. La discriminación de precios podría entonces entenderse como un caso de subsidio cruzado.

Sin embargo la norma no resultaría aplicable directamente en el caso de que el subsidio cruzado se dé no entre dos mercado geográficos (Lima y Arequipa) sino entre dos productos o servicios (cerveza y gaseosas) en las que las ganancias monopólicas en el mercado de uno de ellos permitan subsidiar los precios en el mercado del otro.

En cualquier caso, podría ser un supuesto que caería perfectamente dentro de la cláusula general (primer párrafo del artículo 5, concordado con el inciso "f" del mismo artículo que permite sancionar otros casos de efecto equivalente).

[29] 475 US 574, 89 L De 2dd 538, 106 S Ct 1348

[30] 455 US 943, 71 L De 2d 654, 102 S Ct 1438 (1982).

[31] Resolución 070-96-INDECOPI-CLC.

Bajo el régimen general, la política de precios predatorios debe ser analizada bajo la "regla de la razón", es decir, que la práctica debería ser sancionada sólo en el caso que se demuestre que ésta no es racional o buena para la economía, es decir, que tenga efectos nocivos para el bienestar de los consumidores en el largo plazo. Ello evitará, a su vez, confundir la predación con competencia agresiva entre las empresas, con las lógicas consecuencias negativas de tal error.

A fin de ver la aplicación de algunos de los conceptos analizados en la práctica, es importante analizar lo establecido en el caso María del Carmen Molta Wendell vs. PROQUINSA[32] en el que la Comisión estableció una serie de criterios dirigidos a determinar la existencia de precios predatorios.

La Comisión definió como precios predatorios "...aquellos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores...". Como se puede apreciar la Comisión establece un requisito de intencionalidad en la práctica, común a lo que se conoce como prácticas predatorias.

Los efectos que la Comisión considera que se derivan de una política de precios predatorios son: (1) rebajas selectivas de precios, (2) nivel de precios no rentable o poco rentable, y (3) una política de precios dirigida a un competidor específico[33]. Nótese cómo estos requisitos, en especial el primero y el tercero, establecen una posible vinculación entre la política de precios predatorios y una posible política de discriminación de precios, lo que reforzaría la hipótesis de una eventual aplicación del inciso b del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

La Comisión advierte, sin embargo, de los riesgos de confundir una política de precios predatorios con competencia efectiva en el mercado:

"...debe tenerse presente que la competencia por precios es una característica normal y esperada del proceso competitivo. Por tanto, las reducciones de precios pueden ser muestra del proceso de competencia efectiva incluso en un mercado donde una empresa detenta posición dominante y no deben estar prohibidas por el hecho de perjudicar al competidor, puesto que ello constituiría solo un daño concurrencial."

Como hemos visto, la conjunción de precios no rentables o poco rentables junto con la intencionalidad en la acción constituyen elementos claros para tipificar una conducta determinada como un caso de precios predatorios. Sin embargo, la Comisión hace algunas precisiones, estableciendo incluso una situación en la que parecería no ser necesario ir a la intención que inspira la conducta:

"...no todo precio establecido por debajo de los costos es un precio predatorio. Por el contrario, siempre será un precio predatorio aquel que esté por debajo del costo variable medio -es decir, el resultado de la suma de todos los costos variables entre el número de unidades producidas. Los costos variables son aquellos que están en función al nivel de producción, es decir, que aumentan si se incrementa la producción. Finalmente, los precios inferiores al precio total pero superiores al costo variable medio sólo serán predatorios si son parte de una estrategia dirigida a expulsar del mercado a uno o varios competidores."[34]

En el caso concreto la Comisión consideró, por la vía de comparar los precios de los competidores en el mercado, que las diferencias de precios existentes entre el competidor supuestamente afectado y la denunciada no se debían a una política de precios predatorios, sino por el contrario a diferencias en la estructura de costos que enfrentaba cada una, y que por tanto no se había tipificado un caso de abuso de posición de dominio.

Para llegar a esta conclusión, la Comisión analizó los siguientes aspectos: (1) el denunciado tenía un mayor número de líneas que su competidora, por lo que podía distribuir sus costos fijos entre más productos, situación conocida como economía de alcance, (2) los montos de depreciación eran diferentes al haberse adquirido sus activos en momentos distintos, (3) la denunciada importaba uno de sus

[32] Ibid.

[33] Estos tres requisitos han sido tomados por la Comisión de la experiencia y jurisprudencia de la Comunidad Económica Europea, tal como se puede apreciar en BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común, Madrid: Civitas, p. 537.

[34] Este principio fue tomado de la jurisprudencia europea, en especial del caso ECS vs. AZCO (Asunto 62/86, sentencia del 3 de julio de 1991). ECS era una pequeña empresa que suministraba peróxido benzónico, sustancia química usada para molienda de harina y para la

insumos principales a granel y en grandes volúmenes junto con otras empresas, mientras su competidora lo adquiría en el mercado local a un precio mayor, (4) la técnica utilizada por la denunciada le permitía ahorrar en el costo de combustible y (5) al entrar el competidor, la denunciada se encontraba ya posicionada en el mercado, con lo que tenía menores costos de transacción -ventas.

Así, la Comisión concluyó que los precios siempre estuvieron por encima de los costos totales (con excepción de uno solo de los meses dentro del periodo investigado), y por tanto por encima de los costos variables. Siendo que sólo en un mes los precios fueron menores a los costos totales, la Comisión concluyó que no era posible derivar una intención predatoria de dicha conducta dada la poca importancia de los posibles efectos del precio bajo en un período tan corto.

Es importante destacar lo importante que es normalmente derivar la existencia de una intención predatoria para poder sancionar la práctica, y evitar así su confusión con una simple competencia efectiva de precios.

Una estrategia de precios predatorios podría incluir el caso de ofertar bienes o servicios gratuitos, por lo menos en un inicio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ello debe analizarse con cuidado. Es usual en la introducción de bienes al mercado o en estrategias agresivas de competencia, que se ofrezcan muestras gratis o se otorgue un servicio gratuito por un período. Ello se puede ver en mercados como la televisión por cable en los que el posicionamiento permite "capturar clientes" en el mediano plazo lo que lleva a que algunas empresas ofrezcan instalación gratuita[35]. En consecuencia, dicho hecho en sí mismo, no permite acreditar la existencia de una práctica predatoria, sobre todo si los plazos de gratuidad son razonables y obedecen a prácticas usuales en el mercado. Así, la gratuidad por plazos razonables es más una estrategia competitiva antes que un abuso de posición de dominio, salvo que se demuestre la existencia de subsidios cruzados con otros productos o servicios que permitan ejercer la práctica de manera poco razonable.

Como se puede ver, las condiciones para que una política de precios predatorios se dé realmente en el mercado son sumamente inusuales y será extraño encontrar casos en los que realmente se pueda considerar que se está infringiendo la Ley. Ello, sin embargo, no implica que no existirán denuncias sobre el particular. De hecho empresas que tengan problemas para competir con otra, principalmente porque su competidor ofrece precios atractivos, posiblemente imputará dicho hecho a una supuesta práctica de precios predatorios. La autoridad debe mostrarse bastante escéptica sobre la existencia de esas prácticas, y solo deberá entrar a tallar en casos en que la conducta sea claramente anticompetitiva.

3.2 Discriminación de precios y condiciones

Otro caso de abuso de posición de dominio, que podría estar vinculado con una política de precios predatorios, es la discriminación de precios y condiciones en el mercado. Como la mayoría de casos de abuso en la legislación antimonopólica general, la discriminación es una práctica sujeta a la "regla de la razón", es decir, una práctica que sólo será ilícita si se demuestra que tiene efectos no deseados en el mercado, y en particular en el bienestar de los consumidores.

Las empresas, en principio, se encuentran en absoluta libertad de discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Sin embargo, como ya hemos visto, las normas de libre competencia depositan obligaciones más gravosas sobre las empresas que gozan de posición de dominio.

Pero incluso en empresas que gozan de posición de dominio, la discriminación puede ser una práctica

fabricación de plástico. Sin embargo, ECS tradicionalmente había vendido la sustancia a fabricantes de harina. AZCO, empresa con posición de dominio en la venta de peróxido benzónico, amenazó a ECS con sacarla del mercado de aditivos de harina si no dejaba de vender en el mercado de plásticos. AZCO comenzó a vender la sustancia con rebajas a los clientes harineros de ECS. La Comisión sancionó a AZCO en base a que los documentos encontrados demostraban la intención firme de castigar e incluso eliminar a ECS del mercado atacando su base en el mercado de aditivos para harina como sanción a su expansión al mercado de plásticos. El Tribunal Europeo confirmo la resolución (aunque redujo la sanción) señalando que una empresa con posición dominante no puede debilitar la competencia a través de medios distintos a los que serían el uso de una competencia normal. Así sostuvo que eran abusivos los precios inferiores a la media de los costos variables, señalando que el único interés de la empresa en tales circunstancias sería eliminar a su competidor. Señaló además que en caso los precios fuesen inferiores a la media de los costos totales, pero superiores a la media de los costos variables, debe considerarse que la conducta es abusiva cuando se fijan en el marco de un plan que tenga por objeto eliminar a un competidor.

[35] Otro caso que se presentó en el Perú, fue cuando en el lanzamiento del sistema de Administradores de Fondos de Pensiones -AFPS- la AFP Horizonte se lanzó al mercado ofreciendo no cobrar a sus afiliados comisión fija por un período. Las demás AFPS reaccionaron, aunque nunca plantearon un procedimiento formalmente, considerando la práctica como predatoria (aunque nunca la denunciaron formalmente). Sin embargo se trataba de una práctica legítima. Si bien no existía en dicho momento una posición de dominio, en el supuesto que la hubiera tenido aparece como razonable hacer una oferta de introducción en dichos términos.

necesaria y legítima. En primer lugar, los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los mismos. La ubicación geográfica, las cadenas de distribución, el nivel de riesgo, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos. Por ello esta práctica debe ser analizada bajo la "regla de la razón", pues de lo contrario podría estarse prohibiendo discriminaciones que son, en términos económicos, eficientes y se ajustan a una competencia legítima.

Así las empresas, en su afán por competir, tratarán de aprovechar al máximo las diferencias de costos que se obtienen de vender a distintos proveedores ofreciendo a precios distintos. La discriminación será entonces, antes que una práctica ilegal, la expresión de una agresiva competencia. Por ello, existe el riesgo de confundir la discriminación con una forma de competencia efectiva[36].

En cada caso deberá determinarse si la empresa que goza de posición de dominio tiene motivos razonables que justifiquen diferencias de trato entre sus clientes.

Así, según Bellamy y Child[37]:

"En términos generales puede decirse que discriminación de precios consiste en no tratar casos iguales de manera distinta. En otras palabras, precios distintos no son discriminatorios excepto si no hay justificación objetiva de la diferencia."

Además, la norma peruana determina que la discriminación coloca a ciertos competidores en desventaja frente a otros. Así, si una empresa vendiera detergente discriminando a sus clientes y como consecuencia de ello uno no pudiera competir contra los otros, entonces podría darse una discriminación penada por ley, si es que además dicha discriminación no encuentra sustento en motivos atendibles.

La doctrina económica considera que, en la mayoría de los casos, la discriminación de condiciones o precios es perfectamente legítima y no debería ser cuestionada. Autores como Bork critican tan duramente el calificar la discriminación como una práctica ilegal, que incluso consideran que tales regulaciones sólo han causado daños a la economía. Así, al comentar la Robinson-Patman Act, norma que introdujo legislativamente esta figura al sistema norteamericano, señala[38]:

"Promulgada en 1936, la ley fue un hijo de la depresión, y fue una regulación económica muy perniciosa. Robinson-Patman comparte junto con muchas otras regulaciones {...} la premisa de que los mercados libres están llenos de prácticas desleales y anticompetitivas que afectan la competencia, los negocios pequeños y los consumidores. La discriminación de precios fue concebida como una de esas prácticas, en gran parte como consecuencia del movimiento de las cadenas de tiendas, de las que A&P fue el principal ejemplo en la mente popular. Las cadenas compran en volumen y suelen tomar ciertas funciones de distribución de los proveedores, creando así ahorros de costos que se reflejaban en la habilidad de comprar por menos. La eficiencia superior no es popular entre aquellos que deben competir contra ella, y ello no parece ser entendido por los legisladores."

En realidad se podría identificar algunos casos de discriminación de precios como la otra cara de la moneda de ciertas prácticas de precios predatorios, como ya se explicó, y por tanto sus posibilidades de éxito como práctica contraria a la competencia están sujetas al mismo grado de escepticismo que ya señalamos anteriormente. La discriminación de precios, como práctica monopólica, no es sino, en una serie de casos, una forma distinta de describir una práctica predatoria.

En cualquier caso, la discriminación de precios o condiciones de comercialización sólo podría tener algún sentido en el caso de que la empresa que la lleva a cabo tenga posición de dominio y tenga por

[36] Ello ocurrió, según señalan diversos comentaristas (Posner, *Antitrust*, pp. 193-194, Bork, op cit, pp. 386, Posner, Richard y Frank Easterbrook, *Antitrust*. St. Paul: West Publishing, 2a de, 1981, pp. 689 y ss) en el caso Utah Pie Company vs. Continental Baking Company. En él se condeno a los demandados, un conjunto de empresas fabricantes de *pies* congelados, por haber recortado precios en el mercado de Salt Lake City para competir con Utah Pie Company. Si bien era cierto que las empresas demandadas cobraban un precio diferente al que cargaban en otras localidades, ello fue una respuesta competitiva al hecho de que la empresa demandante entró agresivamente a dicho mercado aprovechando que no tenía costos significativos de transporte. Lo increíble del caso es que la competencia entre las empresas fue tan agresiva que el consumo de *pies* congelados se incremento substancialmente. De 57,000 docenas que se vendía en total en 1958, se llegaron a vender 267,000 en 1961. La aparente víctima de la discriminación, si bien redujo su participación en el mercado de 67% a 45.3% en 1961, aumentó substancialmente sus ventas totales. Bajo tales circunstancias sostener que la práctica afecta la competencia no resiste el menor análisis.

[37] Bellamy y Child, op cit, p. 542.

[38] Bork, op cit, pp. 382-383.

efecto beneficiar a un cliente en perjuicio de otro. Dentro de esta línea, el propio inciso "b" del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece una serie de casos en que la discriminación no es considerada ilegal. Señala que:

"No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones".

Así, la Ley establece una serie de excepciones a la prohibición de discriminar que recae sobre una empresa con posición de dominio. En primer lugar, es un requisito que la empresa que lleve a cabo la discriminación esté colocando a algunos competidores en una situación desventajosa respecto de otros. Pero además, incluso si se presentara tal desventaja, ella será admisible si obedece a diferencias que se establecen como una práctica comercial normal y común, que responde a diferencias en el tipo de operaciones que se llevan a cabo. Para fines de graficar y entender mejor qué tipo de excepciones se presentan veamos algunos casos peruanos.

En el caso INEMEC vs. SEDAPAL[39] si bien se determinó que SEDAPAL gozaba de posición de dominio, se consideró que no llevaba a cabo una discriminación por sujetar sus adquisiciones a una serie de normas técnicas. INEMEC, fabricante nacional de compuertas, sostenía que la inclusión del requisito de cumplir con ciertas normas técnicas para participar en una licitación que no podían ser cumplidas por los fabricantes nacionales, era una discriminación que favorecía a los fabricantes extranjeros. La Comisión consideró que se trataba de un requisito válido que se ajustaba "...con la calidad y seguridad que debe cumplir el bien, en razón de la obra a ejecutarse...". Concluye señalando que "...no se advierte la existencia de una acción discriminatoria, y no se desprende que las Bases del Concurso hayan sido redactadas con una finalidad discriminatoria...".

Nótese que de la redacción de la resolución se puede desprender la necesidad de acreditar la finalidad (intención) de que la práctica tenga efectos anticompetitivos.

En FONGALSUR vs. Gloria S.A.[40] la primera acusó a la segunda de establecer condiciones diferentes para sus agremiados respecto a las que ofrecía frente a FONGAL-AREQUIPA en el mercado de compra de leche cruda. Afirmaban que Gloria pagaba a FONGAL-AREQUIPA un precio superior que el que pagaba a FONGALSUR. La Comisión claramente estableció que:

"...el Decreto Legislativo 701, permite aplicar condiciones desiguales para prestaciones que aparentemente son similares, pero por razones intrínsecas a la misma operación, determinan una diferenciación entre una y otra, justificando de este modo la aplicación de condiciones desiguales...".

En tal sentido, en el procedimiento se acreditó que la diferencia en los precios obedecía al diferente contenido graso de la leche, razón justificada para que exista una diferenciación de precios como la que fue objeto de la denuncia. Además se determinó la existencia de bonificaciones por volumen que están plenamente justificadas de acuerdo al Decreto Legislativo 701.

Así, de acuerdo a los antecedentes citados, puede verse cómo la simple existencia de diferencias en el tratamiento no hace que la práctica sea ilegal, sino que debe determinarse la razonabilidad de la misma en atención a lo que es la práctica comercial normal y ordinaria en el mercado correspondiente. Se trata pues de un caso en el que se usa la llamada "regla de la razón".

En el caso United Brands, resuelto en la Comunidad Económica Europea[41], no queda claro, sin embargo, cómo se cumplieron los requisitos señalados. United Brands descargaba plátanos en los puertos de Rotterdam y Bremerhaven. Los plátanos eran de calidad similar y los costes de descarga eran virtualmente idénticos. Sin embargo, vendía los plátanos a precios sustancialmente distintos a cada uno de los países miembros de la Comunidad. United Brands argumentó que su política de precios era consecuencia de las condiciones de los precios al por menor en cada uno de los países miembros, reflejando así, a su vez, las condiciones de demanda que eran distintas en cada uno de los países. El Tribunal consideró que United Brands no podía discriminar y por tanto debía cobrar el mismo precio sin perjuicio de la nacionalidad de quien comprara los pláta-

[39] Resolución 30-94-INDECOPI/CLC.

[40] Resolución 003-93-INDECOPI/CLC.

[41] [1978] Rep. 207.

nos. Sin embargo, no queda claro cómo esa discriminación ponía a unos competidores en mejor posición de otros[42].

El caso que podría, en ciertos supuestos, generar alguna preocupación es el de la empresa que está en la posibilidad de establecer subsidios cruzados entre un mercado y otro y así poder desarrollar estrategias discriminatorias que afecten a competidores en otros niveles de la cadena. Por ejemplo una empresa distribuidora de jabones, que pretendiera beneficiar a un grupo de distribuidores en perjuicio de otro, podría dar a los primeros descuentos que se negarían a los segundos y así ir paulatinamente sacándolos del mercado.

En conclusión, para poder considerar que existe una infracción a la obligación de no discriminar establecida en el inciso "b" del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, deben cumplirse las siguientes condiciones: (1) que la empresa goce de posición de dominio, (2) que quede demostrada la discriminación o trato diferenciado, sea en precios, condiciones contractuales o calidad de servicio, (3) que las prestaciones objeto de la aparente discriminación sean equivalentes, esto es, que no existan diferencias que pudieran explicar razonablemente costos diversos que justifiquen las diferencias de precios o condiciones, de acuerdo a lo que es normalmente aceptado en el mercado correspondiente.

Un caso especialmente interesante es el de las llamadas "facilidades esenciales", esto es, insumos o elementos productivos necesarios para producir un bien o brindar un servicio, y que se encuentran en poder de una empresa. El asunto se complica aún más cuando la llamada "facilidad esencial" se encuentra en poder de una empresa que a su vez compite con otra, y no brinda esa facilidad esencial en los mismos términos en los que se la brinda a sí misma.[43] Ello ocurriría, por ejemplo, en el caso de una empresa ferroviaria que es propietaria del único puente que existe sobre un río y que se niega a compartirlo con una empresa competidora en los mismos términos a los que se los da a una empresa económicamente vinculada.

En la aplicación de esta infracción debe, sin embargo, tenerse especial cuidado. De alguna manera estamos imponiendo a una empresa colaboración con un competidor, esto es, que comparta eventuales eficiencias desarrolladas por ella con quien no las ha desarrollado por sí misma. Inversiones en investigación, mejoras tecnológicas, mejores equipos y otros elementos que permitan brindar un mejor servicio tendrían que ser puestas a disposición de un competidor (es decir de un rival). Ello puede generar externalidades positivas en beneficio de una empresa y en perjuicio de otra, que generen a su vez desincentivos para que esta última haga las inversiones cuyos beneficios no va a poder disfrutar en su integridad.[44]

Nuevamente nos encontramos en casos en que los presupuestos para que la práctica sea negativa para la competencia no son muy claras. Las autoridades deben mostrarse sospechosas de alegaciones sobre la realización de este tipo de prácticas, y deberán levantar sus sospechas sólo frente a casos muy claros y contundentes en tal sentido. Ello, nuevamente, porque la discriminación puede ser una conducta perfectamente razonable y consistente con la eficiencia y con una adecuada asignación de costos en el proceso productivo.

3.3 Negativa injustificada a contratar

Otra de las prácticas que podría tener relevancia en el caso es la negativa injustificada de contratar por parte de una empresa que goza de posición de dominio en el mercado.

Al igual como ocurre con otras prácticas, la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el merca-

[42] En realidad el caso parecería no encontrar mucho sustento en las teorías expuestas en este punto. En el fondo la alegación de United Brands es que enfrentaba condiciones de demanda diferentes, y que los compradores de un país no competían con los vendedores de otro país, con lo que no aparece cuál es el efecto nocivo de la discriminación para unos competidores frente a otros competidores.

[43] En realidad el problema de las "facilidades esenciales" se presenta con más frecuencia en los casos de negativa injustificada a contratar que veremos más adelante.

[44] En el fondo, estamos frente al mismo problema que anotaba Bork. Si una empresa encuentra formas de mejorar la eficiencia y no puede apropiarse de ellas, pierde incentivos para hacerlo, y con ello reduce la posibilidad de desarrollo del bienestar de los consumidores. De la misma manera como las cadenas de tiendas son privadas por la Robinson-Patman Act de la posibilidad de aprovechar nuevas formas de hacer las cosas más baratas y eficientes, la empresa que supuestamente discrimina a otra podría verse privada de la posibilidad de aprovechar nuevas formas de desarrollar su negocio. Así, el equilibrio entre promover competencia y no crear desincentivos al desarrollo y a la investigación es bastante difícil de lograr.

do, queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor (en el caso de un monopsonio) o con un cliente (en el caso de un monopolio).

Normalmente la doctrina y las legislaciones de los diversos países han considerado la negativa concertada a contratar, más conocida como el *"boicot"*, como una práctica *"per se"* ilegal. Así, si un conjunto de empresas se ponen de acuerdo para no contratar con una empresa o un competidor, o con un determinado grupo de empresas o consumidores, ello será considerado una práctica ilegal en sí misma, sin perjuicio del análisis de sus efectos reales o potenciales.

Pero la negativa unilateral, es decir, la que lleva a cabo una empresa por propia decisión, plantea muchas dificultades, pues existen numerosos casos en los que la práctica es perfectamente comprensible y refleja condiciones de mercado.

En principio, como bien señala Bork, la Ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar alguna otra restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el mercado[45].

Se presume la legitimidad de la negativa, en el entendido de que estamos frente a la limitación de un derecho elemental dentro del ejercicio de las libertades económicas, pretendiéndose favorecer así al libre mercado. Sólo excepcionalmente se cuestiona la posibilidad de negarse a contratar, y siempre que se cumplan algunas condiciones.

La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro.

Un caso interesante que grafica cómo la negativa a contratar puede constituirse en una práctica ilegal es Lorein Journal Co. vs. United States[46]. En el caso, un periódico publicado en Lorein, Ohio, gozaba de posición de dominio en el mercado de publicidad, cubriendo al 99% de las familias de la localidad. Era, según estableció la Corte Suprema, un medio indispensable de publicidad en la ciudad de Lorain.

En 1948, la instalación de una radio (WEOL) en la zona, se convirtió en competencia del periódico. El periódico se negaba entonces a publicar publicidad de aquellos anunciantes que hubieran colocado publicidad en la radio, en su intento de impedir su entrada o, en todo caso, su desarrollo en el mercado. La Suprema Corte de los Estados Unidos consideró dicha práctica ilegal, en atención a que resultaba claro que la intención de negarse a contratar publicidad tenía por intención inequívoca la de consolidar una posición de monopolio. La intención de depredar el mercado era evidente a partir de los términos de la propia negativa. Como ocurre con el caso de precios predatorios, la práctica tiene un costo para el predador, reflejado en menores ventas como consecuencia de las negativas. Pero la significativa posición de dominio en el mercado de la empresa predadora, sumada a los beneficios de la acción y a que los costos para instalar una radio nueva podían ser significativos, como consecuencia de lo difícil de obtener licencias del Estado para ello, justificaron la sanción de la práctica.

En el Perú se presentó un caso de negativa injustificada entre la empresa Industrial Comercial Olguín y la Empresa Nacional de la Coca -ENACO. La primera denunció a la segunda por la negativa de venta de hoja de coca para fabricar bolsitas filtrantes de mate de coca.[47] ENACO gozaba por ley de un monopsonio para la compra legal de hoja de coca y había trasladado dicho poder de mercado a la industria de ciertos productos, entre los que se encontraban las bolsitas filtrantes de las que eran los únicos productores. Así, se negaban sistemáticamente a vender hoja de coca a otras empresas. El INDECOPI consideró que la práctica era ilegal. Evidentemente, la intención de proteger y consolidar así el monopolio en el mercado de bolsitas filtrantes de hoja de coca, justificaron el considerar la conducta como contraria a la ley.

[45] Bork, op cit, p. 344.

[46] 342 U.S. 143, 147, 152 (1951).

[47] Resolución 016-94-INDECOPI-CLC.

Pero los casos de negativa injustificada no son siempre claros. En el caso Packard Motor Car Co. vs. Webster Motor Car Co.[48] Webster demandó a Packard por negativa injustificada de venta. Webster era, junto con otras dos empresas, distribuidor de automóviles Packard en Baltimore. El distribuidor más grande, Zell Motor Car Company celebró de pronto un contrato de exclusividad con Packard. Esta última comunicó a las otras dos distribuidoras la terminación de sus contratos de distribución, motivando la demanda de Webster.

La Corte Apelaciones del Distrito de Columbia estableció que en Baltimore se vendían otros automóviles de características similares a los Packards, y que en consecuencia, la práctica no generaba ningún monopolio[49].

Como bien dice Bork, los casos de *"boicot"* son más sencillos que los casos de negativa individual a contratar. El propósito del grupo y los términos de exclusión dan una guía más clara sobre la potencial ineficiencia de una negativa a contratar[50]. Cuando potencialmente puede derivarse eficiencia de la negativa unilateral de una empresa, y no existe evidencia clara de que la intención de dicha negativa es depredar el mercado, entonces es preferible no intervenir en el caso[51].

Posner da otras razones para ser cauto en intervenir en caso de negativas unilaterales de contratar. Mientras en el caso de un *"boycot"* el acuerdo adoptado por un grupo de empresas para no contratar puede simplemente ser dejado sin efecto, dejando en libertad a las empresas para contratar con quien estimen conveniente, en el caso de la negativa individual se debe obligar a una empresa a contratar con otra. La autoridad a cargo de ello quedará sujeta a la no fácil tarea de supervisar continua y detalladamente la relación comercial entre las partes, tarea con grandes posibilidades de fracasar[52].

Queda claro que es necesario, para sancionar una negativa de compra como injustificada, que pueda desprenderse de la conducta la intención de depredar el mercado con ella, diferenciando dicha situación de aquellos casos en los que la negativa es una conducta legítima, derivada de razones que atañen a una mayor eficiencia y al simple ejercicio legítimo de la libertad de contratar.

Un caso interesante para evaluar los criterios que suelen aplicarse para determinar la ilegalidad de una negativa a contratar, es Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing Corporation[53]. La primera de las empresas nombradas (operadora de un complejo de esquí) demandó a la segunda alegando que ésta se negaba a contratar con ella con la intención de monopolizar el mercado de pistas de esquí en Aspen, Colorado. La demandada, operadora de tres complejos de esquí, había dejado de lado una práctica usual en el mercado según la cual los esquiadores podían comprar tickets de seis días de uso indistinto en cualquiera de los cuatro complejos (el de la demandante y los tres de la demandada), dividiéndose los ingresos por ventas en función al uso estadístico que los esquiadores hacían de las pistas. Se sostenía que la negativa a establecer un *"joint venture"* reforzaba la posición monopólica del operador más importante y con ello afectaba el buen funcionamiento del mercado. Las Cortes norteamericanas acogieron la demanda y consideraron que la negativa era una violación a la Sherman Act.

La decisión ha sido muy criticada en base a que fuerza a un competidor a colaborar con otros, sin analizar las eficiencias que pueden derivarse de mantener un nivel mayor de competencia.

[48] 243 F2d 418, 420, 421 (D.C. Cir. 1957)

[49] Nótese como la Corte analizó el problema a la luz de una visión centrada en la eficiencia. La exclusividad concedida a Zell podría basarse en la mejora del sistema de distribución (aparentemente Zell era el distribuidor más importante pero atravesaba problemas económicos que llevaron a que Packard lo apoye para aprovechar las economías de escala en su sistema de distribución) y no preocupó a la Corte el hecho de que su decisión afectase a empresas más pequeñas. Nada explicaría la opción de Packards por Zell, si no porque este último, como único proveedor, era una mejor alternativa que los otros dos proveedores existentes.

[50] Ello se puede apreciar claramente en el caso seguido de oficio por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI contra la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FEVENDRELP). Los miembros de la Federación llevaron a cabo un *boycot* contra la empresa editora del diario "La Mañana", consistente en no aceptarlo para la venta. Ello era una represalia contra la decisión de la empresa de comercializar parte del tiraje por medio de la distribuidora DISELPESA. En una carta dirigida al diario La Mañana los dirigentes de la FEVENDRELP señalaron "...con suma extrañeza hemos constatado el lamentable "error" cometido por vuestra representada en otorgar la distribución a la distribuidora Diselpesa, toda vez que nuestro gremio ha venido luchando y seguirá luchando con el fin de impedir que la distribución de diarios se efectúe mediante una distribuidora...".

[51] Bork, op cit, p. 346.

[52] Posner, Richard, *"Antitrust Law, An Economic Perspective"*, p. 211.

[53] 472 US 585. [1985]

El principio fijado por las Cortes en el caso reseñado es que es necesario probar la intención específica de lograr un objetivo prohibido, "...una intención que va más allá de la intención de llevar a cabo el acto...". Es importante destacar que se consideró que la intención de la demandada de negarse a implementar el ticket compartido "...considerado conjuntamente con otra conducta (...) era crear o mantener un monopolio."

El caso muestra que la negativa, como todas las prácticas predatorias analizadas, debe llevar implícita una intención de monopolizar el mercado o reforzar una posición de dominio, sacando a los competidores con prácticas que no se ajusten a una actitud competitiva que concuerde con la eficiencia y el bienestar de los consumidores. Así, al igual como ha ocurrido con el caso de precios predatorios y de discriminación de precios y condiciones, el elemento importante es la intención de generar un efecto anticompetitivo.

La jurisprudencia europea es más inflexible respecto a la justificación de la negativa.

En el caso Polaroid vs. SSI Europa[54] se sancionó a una empresa que gozaba posición de dominio en el mercado, que se negó a suministrar un pedido importante a un pequeño cliente, debido a que las cantidades solicitadas excedían sus necesidades propias. En este caso la Comisión declaró:

"...como principio general es una infracción del artículo 86 que una empresa que tenga posición dominante en un mercado se niegue sin causa objetivamente justificada a servir un pedido y también será así cuando la empresa en posición dominante condiciona el suministro del producto a controlar su procesamiento o comercialización ulterior."

Nótese que el principio enunciado impone sobre la empresa que tiene posición de dominio la carga de probar que la negativa tiene una "causa objetivamente justificada". Ello implica que probada la posición de dominio y la negativa, se presumirá que esta es injustificada salvo que la empresa denunciada demuestre fehacientemente cuál es la razón que justifica la negativa. Si bien el término "causa objetivamente justificada" es criticado por la doctrina como vago y difícil de definir, es importante apreciar cómo se ha establecido una carga de justificación en cabeza de la empresa denunciada.

En el caso United Brands[55] la Comisión estableció que la negativa de la empresa que gozaba de posición de dominio en el mercado de plátanos en la Comunidad Económica Europea de dejar de suministrar plátanos verdes al madurador y distribuidor danés Olensen constituía una práctica ilegítima. El Tribunal estableció en este caso el principio según el cual:

"...es aconsejable sentar positivamente desde el principio que una empresa con posición dominante en la comercialización de un producto -que goza de la reputación de una marca conocida y valorada por los consumidores- no puede dejar de suministrar a un cliente que lo es desde antiguo y que cumple con los términos usuales del comercio, si los pedidos de tal cliente no exceden de lo ordinario."

La negativa de United Brands para vender a Olensen se debió a que esta última había participado en una campaña publicitaria a favor de uno de sus competidores y que Olensen era el representante exclusivo del principal competidor de United Brands. El Tribunal consideró que si bien los intereses comerciales podían ser protegidos, ello solo comprendía "medidas razonables", calificando la decisión de United Brands de no suministrar a Olensen como una medida excesiva y por tanto abusiva. Señaló que las pequeñas y medianas empresas tenían el derecho de dar preferencias a los bienes de los competidores sin sentir que corren el riesgo que la empresa dominante les niegue los suministros correspondientes.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia europea es más restrictiva sobre lo que las empresas con posición de dominio pueden hacer, con relación a lo establecido por la jurisprudencia norteamericana. Por ello, es más sencillo encontrar casos en los que la negativa (y en general cualquier práctica predatoria) ha sido considerada ilegal[56].

[54] Decimotercer Informe sobre política de competencia (1984), punto 157.

[55] Asunto 27/76 [1978] Rep 207.

[56] En general puede decirse que la claridad con la que la doctrina jurídica y económica norteamericana ha definido la finalidad de la legislación de libre competencia, es decir, alcanzar el bienestar del consumidor por medio de la eficiencia económica, no es compartida por la jurisprudencia europea, que en muchos de sus razonamientos, como en el caso que reseñamos, deja traslucir su preocupación por los efectos de las prácticas en las pequeñas y medianas empresas. Así, United Brands trataba de generar incentivos para una fidelidad por su marca en sus distribuidores, lo cual es perfectamente eficiente y se ajusta a prácticas competitivas. Sin embargo, la decisión tomada reduce tales incentivos, elevando en consecuencia los costos del desarrollo de sistemas de distribución eficientes.

A continuación reseñamos tres casos en los que el Tribunal Europeo establece el principio de que no es suficiente el deseo de entrar en un nuevo mercado para sustituir al cliente para justificar la negativa de suministrar bienes o servicios a quienes serán sus competidores de ingresar a dicho mercado. Así, en estos casos, quien formula la negativa es una empresa que pretende entrar a competir con la supuesta víctima de dicha negativa.

El primer caso es Commercial Solvents[57]. Commercial Solvents tenía posición de dominio en el Mercado Común en el suministro de un insumo (nitropropano o aminobutanol). Este insumo era usado como materia prima en la fabricación de etambutol y otros fármacos especiales. La filial italiana de Commercial Solvents (Istituto Chemioterapico Italiano SpA.) vendía nitropropano y aminobutanol, y uno de sus clientes era la empresa Zoja. En 1970, Istituto comenzó a producir y vender sus propios fármacos basados en etambupol por lo que Commercial Solvents decidió no vender más nitropropano y aminobutanol a la Comunidad Económica Europea, suministrando en su lugar dextroamibutanol, un producto intermedio más avanzado que podía ser usado para los mismos fines, y que era utilizado y vendido exclusivamente a la filial para producir sus propios fármacos. Es así, como Zoja recibió en 1970, una negativa para la venta de aminobutanol por parte de Commercial Solvents. La Comisión, en decisión confirmada por el Tribunal, consideró ilegal la práctica. El Tribunal estableció que la Commercial Solvents:

"...había decidido limitar o cesar totalmente el suministro de nitropropano y aminobutanol a determinados clientes para facilitar su propio acceso al mercado de los productos derivados. Sin embargo, una empresa con posición dominante en relación a la producción de la materia prima y por tanto capaz de controlar la oferta de fabricantes de productos derivados, no puede simplemente porque decida empezar la fabricación de tales derivados (en competencia con sus antiguos clientes) actuar de manera tal que elimine la competencia que procedería de tales clientes, lo que en el caso objeto de este procedimiento significaría eliminar uno de los principales fabricantes de etambutol en el Mercado Común."

La jurisprudencia europea estableció así una "obligación" de cooperar con un competidor por la vía de suministrarle la materia prima necesaria para llevar a cabo esa competencia, si es que la empresa en cuestión tenía posición de dominio en el mercado relevante.

El segundo caso es Hugin[58]. Liptons había sido un distribuidor de máquinas registradoras marca Hugin en el Reino Unido y tenía un negocio simultáneo de reparación y venta de piezas de recambio. En 1972, Hugin estableció su propia filial en el país por lo que resolvió el contrato de distribución que tenía con Liptons, quien continuó con su negocio de reparación y venta de repuestos de las máquinas Hugin. Posteriormente Hugin se negó a seguirle vendiendo repuestos a Liptons. La Comisión estableció que Liptons tenía posición de dominio en la venta de sus propios repuestos[59] y que negarse a continuar suministrando los repuestos a Liptons era un caso de abuso de dicha posición. No pudo probarse una "justificación objetiva" según la cual la negativa se basaba en la complejidad técnica de los productos Hugin[60]. El Tribunal luego anuló la resolución de la Comisión, pero sobre la base de que el caso no afectaba el comercio interestatal y por tanto la Comisión no era competente. Sin embargo, el criterio

[57] Asuntos 6 y 7/73 [1974] Rep 223, 250, 251.

[58] Asunto 22/78 [1979] Rep 1869.

[59] En realidad la calificación hecha de cuál es el mercado relevante, es bastante pobre en el caso. Considerar que una empresa goza de posición de dominio en la venta de sus propios bienes es, además de una sobresimplificación, una mala medición de lo que puede ser el poder de mercado. Si Hugin sube mucho el precio de sus repuestos, se elevarán los costos de tener sus máquinas registradoras, con lo que los consumidores pueden girar sus preferencias hacia otras marcas que tengan costos de reparación más bajos. Es discutible por tanto que una definición de poder de mercado obtenida de tal razonamiento pueda resistir una crítica económica seria. En todo caso, estos criterios desarrollados en el seno de la Comunidad Económica Europea, parecerían reflejar en parte decisiones de política económica dirigidas a reforzar la capacidad de las empresas de la Comunidad de competir con empresas de fuera de ella.

[60] Es interesante comparar este caso con un célebre caso norteamericano. En el caso IBM (Posner & Easterbrook, op cit, pp.794 y ss) se discutió si una cláusula de atadura que obligaba a quienes compraban equipos de cómputo IBM a adquirir las tarjetas perforadas a la misma IBM era ilegal. Lo interesante es anotar cómo los comentaristas del caso justificaron la atadura en el desprestigio que podrían sufrir los productos IBM si se permitía a los usuarios adquirir tarjetas de terceros que podrían no tener la misma calidad. Si la máquina fallaba como consecuencia del uso de tarjetas no adecuadas, los costos de brindar el servicio de garantía se elevarían y el prestigio de IBM se afectaría, pues dada la complejidad de las computadoras los usuarios no podrían distinguir si las fallas eran atribuibles a las máquinas o a las tarjetas. En el caso Hugin la argumentación de la empresa seguía una línea parecida. Si los servicios de reparación y venta de repuestos eran brindados por terceros en condiciones no idóneas, las fallas serían atribuidas a Hugin mismo y no necesariamente al servicio.

utilizado ha sido confirmado en otros casos que sí han llegado al Tribunal y donde se sancionó la negativa arbitraria de suministrar repuestos a talleres independientes, por ser un caso de abuso de posición de dominio[61].

El tercer caso es Telemarketing[62]. En este caso Centre Belgue se dedicaba al Telemarketing, es decir, a colocar anuncios en la televisión de Luxemburgo dirigidos a promocionar teléfonos a los que se podía llamar para adquirir información sobre una serie de productos. Compaigne Luxemburgueise, que gestionaba la televisión de Luxemburgo, se negó a aceptar la colocación de nuevos anuncios salvo que se promocionaran por el teléfono de su propio agente exclusivo, Information Publicité. Está práctica excluyó a Centre Belgue. El Tribunal estableció que Compaigne Luxemburgueise había abusado de su posición de dominio al negar el acceso a antena a otras compañías distintas, no existiendo justificaciones objetivas demostradas en el expediente. Así el Tribunal estableció que:

"...se comete un abuso en el sentido del artículo 86 cuando, sin necesidad objetiva, una empresa que se halle en una posición dominante en un mercado particular se reserve a sí misma o a una empresa perteneciente al mismo grupo, una actividad auxiliar que podría ser llevada a cabo por otra empresa como parte de sus actividades en un mercado vecino aunque separado, con la posibilidad de eliminar toda competencia de tal empresa."[63]

Como se puede ver, en el sistema europeo la negativa de una empresa con posición de dominio en el mercado se presume ilegal, salvo que el denunciado demuestre la existencia de una justificación objetiva que explique la negativa. Dicho criterio parecería tener alguna base de razonabilidad. A fin de cuentas sería imposible para la autoridad determinar cuáles son las causas que justifican la negativa, pues existe una notoria asimetría en lo que puede saber o intuir la autoridad y lo que puede saber la propia empresa que formula tal negativa.

El Decreto Legislativo 701 establece en el artículo 5 "a" como un caso de abuso de posición de dominio "la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios".

La norma establece que la negativa debe ser injustificada, pero no define qué debe entenderse por injustificada. Sin embargo, recogiendo lo que establece la doctrina y la propia práctica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, pueden establecerse cómo existen algunos casos que justifican la negativa tales como la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del producto o bien solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda; la escasez de insumos o materias primas requeridas para producir el bien o brindar el servicio; el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente; u otras de naturaleza similar.

Por ejemplo, en el caso Florencio Daga Salgado vs. Cemento Andino S.A.[64], la Comisión estimó que la negativa de vender directamente al señor Daga basada en la práctica comercial de comercializar el cemento a través de su cadena de distribuidores y no directamente a las ferreterías, sumada al hecho de que el denunciante en una oportunidad anterior se había valido de argucias para conseguir un descuento por venta directa que sólo se aplicaba a los caso de adquisiciones para ofertas públicas, hacía que la negativa estuviera plenamente justificada, por lo que no había abuso de posición de dominio.

No es necesario probar subjetivamente la intención de depredar el mercado con la práctica, siendo suficiente que tal intención se pueda derivar del efecto económico de la conducta, es decir, que se pueda determinar que la conducta global e integralmente analizada de la empresa está dirigida a eliminar o limitar la acción de los competidores por medios distintos a la leal y libre competencia.

Evidentemente, la negativa puede darse de manera abierta y directa, o de manera indirecta, a través de omisiones o silencio, evasivas o recortes de información al solicitante. Incluso la depredación de calidad, además de un caso de discriminación,

[61] Ver, por ejemplo Asunto 53/87 Consorcio Italiano Della Componetistica Di Recambio per Autoveicoli et Mexican vs. Renault, sentencia del 5 de Octubre de 1988.

[62] Asunto 311/84 [1986] CMLR 558.

[63] Nótese la similitud de este caso con Lorein vs United States, en la que un periódico se negaba a publicar anuncios publicitarios de empresas que hubiesen puesto publicidad en una radio que competía con él en el mercado de publicidad. Como se recordará las Cortes Norteamericanas consideraron ilegal la práctica basándose en la existencia de una clara intención de depredar el mercado.

[64] Resolución 018-95-INDECOPI/CLC.

podría ser considerada un caso de negativa indirecta de brindar un servicio adecuado. Lo importante es más el efecto que la forma que se usa para conseguirlo.

Sin embargo, como ya hemos visto, estamos frente a otro caso donde los límites entre prácticas eficientes y adecuadas y prácticas abusivas e ilegales tampoco aparecen claros. La negativa de venta (o de compra) puede ser una herramienta muy útil para aprovechar los esfuerzos hechos por una empresa para consolidar una posición de dominio, y en consecuencia su prohibición puede tener efectos negativos en la competencia. Un caso en el que esto es muy claro es el de las "facilidades esenciales" mencionado cuando analizamos los casos de discriminación de precios y condiciones. Si una empresa goza de una facilidad esencial, es decir de la titularidad en posición de dominio de un bien o servicio necesario para que su competidor produzca bienes o preste servicios, entonces podría ser forzado por la legislación antimonopolios a contratar con su competidor el suministro de dicho bien o servicio.

Así, recordando el ejemplo citado líneas arriba, veamos el caso de dos empresas ferroviarias que compiten en una ruta, pero sólo una tiene un puente sobre un río. La pregunta que surge es si la empresa que no es propietaria del puente puede forzar, de acuerdo a la Ley Antimonopolios, a la que es propietaria del puente a brindarle acceso al mismo. La idea es que la construcción de dos puentes implica incurrir en una duplicación de costos que puede aliviarse compartiendo el único puente existente.

Nuevamente vemos como aparece el "dilema de la competitividad". Forzar a compartir el puente puede incentivar la competencia. Pero también puede generar incentivos malévolos en cuanto, al forzar a compartir la inversión de una empresa con su competidor, reduce los incentivos para que ese tipo de inversiones se dé ¿Quién construiría un puente si sabe que su competidor puede forzarlo a compartirlo? Ello reduce la competitividad porque relativiza los derechos de propiedad sobre mi inversión. El dilema aparece nuevamente al impedir a una empresa apropiarse, por medio de los resultados del proceso competitivo, de los resultados de su inversión y de asumir sus propios riesgos.

Al igual como ocurre con los otros supuestos analizados, la autoridad debe ser sumamente cuidadosa para sancionar a una empresa por negativa injustificada de contratar. Sólo aquellos casos donde resulte muy claro el efecto anticompetitivo deben ser considerados ilegales.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En términos generales las denuncias o los casos de prácticas predatorias deben ser observados y analizados bajo cierta sospecha por la autoridad que debe resolverlos. En la mayoría de los casos serán simplemente una manifestación de competencia agresiva lícita. Así, quien no se siente seguro de poder competir denominará a su propia incapacidad "abuso del competidor". Pero como ya hemos visto, no es función de las autoridades encargadas de promover la competencia proteger a empresas pequeñas o limitar los medios por los que las empresas pueden competir.

La eficiencia es un bien para la sociedad, pero un mal para quienes no pueden enfrentarla. Por ello una política de competencia moderna exige cautela y escepticismo sobre aquellas demandas que exigen limitar al más grande por el solo hecho de serlo, y no por lo que hace.

Algunos principios básicos, pueden, sin embargo, extraerse para ayudar en la labor de discernir entre la habilidad y el abuso. Así, una vez determinada la existencia de una posición de dominio, es importante considerar los siguientes elementos para establecer si existe o no un caso de predación, es decir que se trate de un acto abusivo de una posición de dominio:

a) Costos de la práctica predatoria.

Esto implica evaluar los posibles costos en que deberá incurrir la empresa con posición de dominio para financiar la predación (ventas a pérdida, perdidas de contratos, pérdidas de clientes, etc.). Debe incluirse la evaluación de la capacidad para financiar estas pérdidas (subsidios cruzados, uso de rentas monopólicas, etc.) Si los costos son muy elevados, las probabilidades de que la práctica sea viable serán menores.

b) Capacidad e idoneidad de las prácticas para lograr eliminar competidores.

Esto implica evaluar el daño que las prácticas pueden eventualmente causar al competidor y la capacidad de éste para resistirlas. Por ejemplo, la posibilidad de recurrir a otros proveedores en caso de negativa, o las pérdidas que le puede producir una política de precios predatorios sin alternativas para enfrentar o mitigar el problema, o la fidelidad a la marca que hace que la predación, por ejemplo, por precios, no sea efectiva, deben ser evaluadas.

c) Posibilidades de que, luego de obtenido el éxito de la práctica, los beneficios de la situación obtenida sean substanciales.

Así, debe evaluarse si la estructura de mercado permitirá retrasar el acceso de nuevos competidores que socaven la posición de dominio consolidada (costos de acceso, limitaciones legales para participar en el mercado, etc.) y si las ganancias que se pueden obtener en el período en que se mantiene la situación lograda con la práctica son elevadas. Si los costos de acceso son altos y, las ganancias extraordinarias a obtenerse no son muy elevadas, es poco probable que la práctica pueda ser considerada ilegítima.

d) La relación entre las ganancias y las pérdidas de las prácticas debe arrojar que la conducta sea claramente rentable.

Altas ganancias con pocas pérdidas indican una mayor posibilidad de que la práctica exista. Por el contrario, bajas ganancias y altas pérdidas hacen que la práctica se torne en una alternativa poco probable. Incertidumbre en el resultado favorable debe tomarse como un elemento que indica menor posibilidad de que estemos ante una práctica ilegal.

e) Intencionalidad.

Esto implica que de los resultados objetivos y posibles de la práctica, pueda derivarse razonablemente la intención de depredar el mercado sin que se encuentren razones de eficiencia económica que expliquen la práctica de una manera que pueda redundar en beneficio del bienestar del consumidor.

Estos elementos deben aplicarse partiendo de la presunción de que toda práctica es legal hasta que se demuestre lo contrario. Por tanto, en caso de duda, debe estarse por la legalidad de la conducta. Siempre quedará la posibilidad de que el mercado corrija la inacción de la autoridad, pero la acción de la autoridad que prohibe o sanciona una práctica válida que genera eficiencia productiva, que favorece a los consumidores, producirá pérdidas que no serán fáciles de recuperar, no sólo en el caso concreto, sino como consecuencia del mensaje para el desarrollo de conductas futuras.

Las normas de competencia no solo tienen que ver con las estrategias de las empresas. Las normas de competencia cambian los límites de los derechos de propiedad y cambian el marco de lo que es válido pactar o dejar de pactar en el marco del Derecho Contractual. Bajo tal perspectiva la acción equivocada o poco técnica de la autoridad podría convertirse en una afectación de estos derechos. Los casos de predación son quizás los más sensibles a este problema y por ello el tener un marco claro es fundamental para proteger a los consumidores sin estar, a fin de cuentas, perjudicándolos.

Así la cuestión a resolver por las empresas no es sólo "Competir o no Competir", sino para las autoridades encargadas de aplicar la Ley: "Dejar Competir o no Dejar Competir". Ese es el dilema.



NOTARIA
BERROSPI POLO

SERGIO ARMANDO BERROSPI POLO

ABOGADO
NOTARIO DE LIMA

AV. FELIPE ARANCIBIA Nº 685 3ER. PISO OF. C
(ANTES AV. TARAPACA) RIMAC - LIMA
TELE/FAX: 483-1380 - 482-8643

ESTUDIO
FERRERO COSTA & PEREZ VASQUEZ
ABOGADOS

Las Camelias Nº 141 San Isidro, Lima 27, Perú
fonos (511) 4429591 - 4429083 - 4428932 Fax (511) 4424109
e-mail: estefcab@amauta.rcp.net.pe

EL CONTROL DE ADQUISICIONES Y FUSIONES EN LA NUEVA LEY ANTIMOPONOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO: UNA RAYA MÁS AL TIGRE DEL INTERVENCIONISMO

Alberto Rebaza T.
Master en Derecho
Universidad de Virginia,
Profesor de Titularidades Patrimoniales
Pontificia Universidad Católica del Perú
Ex-miembro del Comité Directivo
THĒMIS-Revista de Derecho

Es un lugar común relacionar las fusiones y adquisiciones con prácticas restrictivas de la libre competencia, pues se considera que la reducción del número de participantes en el mercado es un factor que "oligopoliza" el mercado y facilita la existencia de prácticas colusorias entre las empresas. Esta idea suele traer como lógica consecuencia un acendrado temor a los efectos negativos que los monopolios -y demás formas de concentración económicas y empresariales- pueden generar en la economía.

Según el autor, el más reciente fruto de esta paranoia es la Ley 26876, "Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico", que otorga a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI la función de supervisar las funciones y adquisiciones que puedan producirse en el mercado eléctrico. Esta norma resulta, de acuerdo a lo expuesto por el doctor Rebaza, no sólo inútil, puesto que el mercado de las empresas eléctricas se encuentran ya supervisado por otros organismos administrativos, sino también contraproducente, pues aleja a los inversionistas quienes pueden verse sancionados por el sólo hecho de crecer.

La paranoia existente con respecto a presuntas y terribles consecuencias que pueden generar los monopolios en la economía ha ganado una nueva batalla. Esta ha ocurrido en el campo del sector electricidad y han sido cómplices la incomodidad y el temor originados por la presencia extranjera en las empresas de generación y distribución eléctrica. El trofeo ha sido la recientemente promulgada Ley 26876, última y fundamental pieza de una estructura que otorga más poder al Estado en sus funciones de control sobre las empresas eléctricas.

En efecto, la recientemente promulgada Ley 26876, «Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico», en adelante la Ley, establece que la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI habrá de autorizar, de acuerdo a ciertos supuestos que más adelante veremos, las fusiones, las adquisiciones directas o indirectas del control o de los activos productivos de otras empresas, o cualquier otra figura jurídica entre agentes económicos en virtud de la cual se concentren sociedades, acciones o activos en general de las empresas que desarrollan actividades en el sector eléctrico [1].

Conforme a lo que la Ley establece expresamente, su objetivo consiste en evitar aquellos actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en

[1] Adicionalmente, la Ley comprende a las empresas de energía eléctrica, dedicadas a la generación y/o transmisión y/o distribución de energía, dentro de los alcances de la Ley 26844 llamada Ley de Acciones Doradas de Hidrocarburos. En dicha Ley se establece que el Estado mantendrá una participación minoritaria en el capital social de las empresas, constituida por la propiedad de una o más acciones que tendrán una serie especial y que le otorgan al Estado voto determinante en determinadas decisiones de la empresa, tales como: cierre de la empresa, incorporación de nuevos accionistas (lo que sólo puede ser rechazado por razones de interés nacional), reducción de capital, emisión de obligaciones, transformación, fusión, y constitución de garantías reales sobre bienes sociales, para respaldar obligaciones distintas a las de la propia empresa. Asimismo, da el derecho al Estado a elegir cuanto menos a un director. Sin embargo, no trataremos este aspecto pues escapa a la teoría antimonopólica que es objeto del presente trabajo.

los mercados de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica o en los mercados relacionados.

El presente artículo tiene por finalidad demostrar lo siguiente: i) que la referida paranoia es infundada; ii) que la Ley contradice los principios establecidos por el Decreto Legislativo 701[2], y iii) que la ley es contraproducente, pues debilitará en vez de fortalecer la libre competencia.

1. EL CONTROL DE ADQUISICIONES Y FUSIONES DE LA LEY

La Ley regula las concentraciones de tipo vertical y horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica. Como veremos a continuación, y en términos claros, lo que hace la Ley es consagrar el control sobre las adquisiciones y fusiones de empresas en el sector eléctrico. Las fusiones y adquisiciones, si bien son dos figuras jurídicas distintas, tienen en común la concentración, en una sola empresa, de la capacidad de control de una parte del mercado que anteriormente estaba bajo la dirección de dos o más empresas[3]. Debido a lo anterior, los términos fusión y adquisición serán indistintamente utilizados para los efectos del presente trabajo.

1.1. Lo que no se quiere: las concentraciones económicas-empresariales en el mercado eléctrico.

Según lo dispuesto por la Ley, las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se deberán sujetar a un procedimiento de autorización previa por parte de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en adelante la Comisión.

Para tales efectos, la Ley entiende por concentración económica toda modalidad gracias a la cual una empresa eléctrica podría integrarse en términos empresariales con otra. Específicamente, se mencionan como supuestos de concentración económica, la fusión, constitución de una empresa en común, adquisición de acciones, participaciones, o cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa[4], incluyendo contratos de asociación, *joint venture*, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares[5].

Asimismo, la Ley sujeta a la autorización previa por parte de la Comisión, la adquisición, por parte de una empresa del sector eléctrico, de activos productivos pertenecientes a otra empresa del mismo sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica, incluyendo legados, que permita la transferencia de dichos activos. Naturalmente, la Ley exceptúa los casos en que el control es adquirido por mandato conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial, entre otros.

A partir de lo expuesto, se puede apreciar que la Ley se inspira en el principio de *rule of reason* o «regla de la razón», según el cual los actos denominados «de concentración económica» no se prohíben por sí mismos, sino que se establece que dichos actos estarán sujetos a una autorización que será otorgada dependiendo de los efectos que vayan a generar sobre la libre competencia.

Ciertamente, la Ley permite la posibilidad de que existan concentraciones horizontales y verticales. No obstante, éstas habrían de ser autorizadas por la Comisión, la misma que deberá evaluar si existe la **posibilidad** de que disminuya, dañe, o impida la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica.

1.2. Lo que se perdona: porcentajes no sujetos a control.

La Ley establece que la autorización de la Comisión deberá ser solicitada respecto de los actos de con-

[2] Ley sobre Eliminación de Prácticas Monopólicas y Restrictivas de la Libre Competencia.

[3] GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William. *Antritust Law and Economics*; West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1994.

[4] Cabe destacar también el hecho de que la norma incluye, de manera general, todo acto que otorgue a una empresa del sector electricidad un control directo o indirecto en otra empresa del sector. Dentro de este último podría considerarse todo acto que otorga a una persona natural o jurídica, mayoría en el directorio, facultades para nombrar gerente general o alta gerencia, determinados privilegios materializados en los convenios de accionistas, etc.

[5] Debe señalarse que también se incluye dentro del ámbito de la Ley los actos de concentración que, no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

centración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean, previa o posteriormente al acto de concentración, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal[6].

Para el caso de concentración vertical[7], la referida autorización es requerida respecto aquellos actos en los que participen, directa o indirectamente, empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean, previa o posteriormente al acto, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

A efectos de poder hacer posible el cálculo de los porcentajes de participación de las empresas en el mercado, se encomienda al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, OSINERG, la determinación semestral de los mismos en las actividades de generación y/o transmisión y/o de distribución de energía eléctrica, sobre la base de las declaraciones juradas que semestralmente deberán presentar las empresas.

Los porcentajes que la Ley establece para delimitar aquellas concentraciones que necesitan de autorización previa, se calculan en relación al «mercado» o «mercados involucrados», según se trate de concentración horizontal o vertical, respectivamente. Sin embargo, no se define el concepto de mercado.

Debemos señalar que una primera toma de posición sobre qué debe entenderse por mercado, la encontramos en las Bases de la Pivatización de Electro Sur Medio S.A., en donde se entendió por mercado de distribución el número de suministros. El criterio para definir el «mercado» a que se refiere el párrafo anterior podría ser recogido por el reglamento de la Ley. Sin embargo, también se podría utilizar como criterio la cantidad de energía que se distribuye, para lo cual se tomaría en cuenta las ventas totales de la empresa, o, en el caso de la generación, podría usarse como referencia la potencia instalada de las empresas[8].

En relación a la transferencia de activos entre empresas del sector eléctrico, la autorización de la Comisión no será necesaria si los activos productivos tienen un valor inferior al 5% del valor total de los activos de la empresa adquirente. Los criterios para su cálculo serán regulados en el Reglamento[9].

En los casos de transferencia de acciones entre empresas del sector eléctrico, tampoco será necesaria la autorización si la transacción implica la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10% del total de las acciones o participaciones con derecho a voto de otra empresa, salvo que la transacción permita adquirir el control directo o indirecto de una empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas.

1.3. El castigo.

La Ley establece sanciones por incumplimiento que pueden alcanzar un importe no mayor a 500 UIT y una multa de hasta 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos el año anterior a la decisión de la Comisión.

Adicionalmente, la Comisión puede adoptar las siguientes medidas:

a) Sujetar la realización del acto de concentración al cumplimiento de las condiciones que determine;
b) Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.

[6] La concentración horizontal se produce cuando dos o más empresas de un mismo ramo, por ejemplo, generación, se fusionan o una adquiere a la otra.

[7] Existe concentración vertical cuando dos o más empresas de distintos ramos, por ejemplo, generación y distribución, se fusionan o una adquiere a la otra.

[8] En cuanto a la integración vertical, no sólo no se ha definido qué se entiende por mercado, sino que tampoco queda claro cuál de las actividades será tomada como referencia para el cálculo del 5% del mercado: el mercado del cual se parte o el mercado al cual se accede. En otras palabras, si una empresa de distribución intenta adquirir el control de una empresa de generación, no queda claro si el 5% es respecto del mercado de distribución o de generación.
Debe tenerse en cuenta también que una de las consideraciones más importantes al momento de definir si una empresa cuenta con una posición dominante en el mercado es determinar cuál es el mercado relevante donde se desarrolla su actividad, para lo cual es necesario tener en cuenta el área geográfica. El Decreto Supremo 27-95-ITINCI hacía referencia al sistema interconectado dentro del cual no podrían darse los actos de concentración, y con respecto al cual tendría que efectuarse el cálculo de la posición de dominio en el mercado. La modificación al artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas hace referencia al Sistema Principal. La Ley no recoge expresamente dicho criterio.

[9] Resulta interesante el hecho de que se considere como posible acto de concentración la adquisión de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector. Debemos entender que con su inclusión se pretende evitar que se incumplan los objetivos de la ley, sustituyendo la compra de acciones de una empresa competidora por la compra de los activos de esta última.

1.4. Los antecedentes.

1.4.1. La Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 25844

El artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas estableció que las actividades de generación, de transmisión pertenecientes al sistema principal y de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular.

Esta disposición perseguía impedir la integración vertical, es decir, que una empresa prestase simultáneamente los servicios de generación y/o transmisión y/o distribución. Como se puede apreciar, dicha prohibición era «*per se*», es decir, no había excepción alguna basada en términos de eficiencia, beneficios para los consumidores o fortalecimiento incluso de la libre competencia.

De esta manera, si bien las tarifas que pueden cobrarse por los servicios «eléctricos» deben ser aprobadas, como veremos más adelante, por la Comisión de Tarifas Eléctricas, la misma que debe tomar en cuenta los costos asumidos por la empresa eléctrica y un margen de utilidad razonable, el legislador consideró conveniente prohibir la integración vertical como un mecanismo que impidiese a las compañías inflar sus costos y, por tanto, esconder sus ganancias.

La Ley ha modificado el artículo 122 del Decreto Ley 25844 en los siguientes términos:

«Las actividades de generación y/o transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.

Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución que no supongan una disminución, daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados».

Como puede apreciarse, la modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas significa el tránsito de la prohibición *per se* a la *rule of reason*, es decir, ahora se acepta que el desarrollo simultáneo de actividades de generación y/o transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o distribución de energía eléctrica, no necesariamente suponen una disminución, daño o restricción a la competencia.[10]

1.4.2. Reglamento de supuestos de infracción a la libre competencia en las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Decreto Supremo 27-95-ITINCI

El Decreto Supremo 27-95-ITINCI consideró como infracción al artículo 3 del Decreto Legislativo 701 cuando en un mismo sistema interconectado, una empresa titular de una concesión o autorización de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica cuya posición sea dominante en el mercado, o una o más personas que ejercen el control de dicha empresa, llevaban a cabo una de las siguientes acciones:

a) Adquirir el control sobre la totalidad o parte de otra empresa dedicada a actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica;
b) Fusionarse con otra empresa dedicada a actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica; o
c) Asociarse con otra empresa dedicada a actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica.

Como se puede advertir, este Decreto Supremo fue más allá de la propia Ley de Concesiones Eléctricas, pues prohibió no sólo la integración vertical, sino también la integración horizontal, en forma directa o indirecta. Al igual que el texto original de la Ley de Concesiones Eléctricas, siguió el principio *per se*, aunque no se preocupó en indicar cuándo una empresa tenía una posición dominante en el mercado, con lo cual se permitía un amplio margen de discrecionalidad.

2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Siendo elemento indispensable en el análisis crítico de una Ley la constitucionalidad de la misma, es preciso remitirnos a ciertos artículos que, en principio, podrían permitir la regulación que la Ley contiene.

El artículo 58 de la Constitución establece que «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

[10] Si bien la modificación del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas no indica expresamente quién habrá de decidir si hay o no daño a la competencia, colegimos -dado la clara intención que se manifiesta a través de la Ley- que se trataría de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

Si bien es cierto que el mencionado artículo menciona a los servicios públicos, es preciso aclarar que el supuesto de la norma no es la actividad regulatoria del Estado, sino su participación directa en ciertos, específicos y limitados sectores de la economía de forma subsidiaria a la actuación del sector privado[11].

En materia de facultades otorgadas al Estado para regular la economía, el artículo fundamental del texto constitucional es el 59. En este artículo se dispone que «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública (...)».

Como puede apreciarse, la Ley es ajena a los supuestos del artículo 59. La seguridad nacional en el caso del sector eléctrico podría incluso permitir la toma de la posesión de las instalaciones de una empresa eléctrica en el supuesto que se considere que puedan ser objeto de sabotaje, paralización, o destrucción debido a un conflicto armado externo o interno. Sin embargo, como resulta evidente, éste no es el propósito de la Ley. La Ley procura fortalecer la libre competencia evitando la disminución de las empresas independientes del sector eléctrico, por lo que la actividad regulatoria del Estado debe tener necesariamente otra base constitucional.

Podría sostenerse que la base para legitimar la intervención del Estado a través de la Ley se encuentra contenida en el artículo 61 de la Constitución, que consagra la actuación del mismo como protector del mercado y de su correcto funcionamiento en beneficio de los consumidores. Ciertamente, el referido artículo establece que: «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (...)».

El texto constitucional, como no podría ser de otra manera, resulta ser sumamente general. Ciertamente, en el caso de la posición de dominio en el mercado o monopolios, queda claro que no se combate ni se sanciona la situación por sí misma -línea que es seguida, como veremos más adelante, por el Decreto Legislativo 701-, sino el abuso producido por dicha posición. Sin embargo, la Constitución también establece que el Estado deberá combatir toda práctica que limite la libre competencia, instrucción que al parecer es recogida por la Ley, pero que carece de precisiones permitiendo una interpretación extensiva y una regulación frondosa.

La Constitución no se pronuncia con respecto a si la actividad sancionadora del Estado en materia de prácticas que limiten la libre competencia (prácticas restrictivas) debe sostenerse en el principio *per se* -es decir, sancionar la acción por sí misma, sin interesar sus efectos en el mercado- o en el principio de la *rule of reason* o «regla de la razón» -donde sólo se sanciona en la medida que haya un perjuicio a los competidores y a los consumidores. Esta tarea, en realidad, le compete a la legislación que desarrolle el texto constitucional.

3. EL CONTROL DE FUSIONES Y ADQUISICIONES

El control de fusiones y adquisiciones no fue incluido de manera expresa en el Decreto Legislativo 701, Ley sobre Eliminación de Prácticas Monopólicas y Restrictivas de la Libre Competencia. La fusión o adquisición puede dar lugar a un monopolio o a una posición de dominio, pero no necesariamente al abuso de dicha posición, pues éste es un efecto posterior y contingente. En consecuencia, el control previo de las fusiones y adquisiciones no puede estar contemplado dentro de la sección referida a restricciones verticales a la libre competencia, es decir sobre abuso de posición de dominio de mercado.

Debido a lo anterior, las fusiones y adquisiciones son relacionados con las prácticas restrictivas de la libre competencia, pues se considera -equivocadamente, en mi concepto- que la reducción del número de participantes en el mercado es un factor que puede reducir el marco competitivo que el sistema jurídico considera como indispensable y saludable. Más aún, se considera que las fusiones y adquisiciones facilitan futuras prácticas colusorias entre competidoras pues, al reducir el número de empresas, se «oligopoliza» el mercado en donde operan.

Tomando en cuenta lo anterior, es preciso comprobar si la Ley es coherente con los supuestos del Decreto Legislativo 701, o si se trata de un nuevo cambio de rumbo en el intento de mantener el ambiente competitivo en el sector eléctrico.

[11] El artículo 58 de la Constitución debe ser concordado con el segundo párrafo del artículo 60, el mismo que establece expresamente que «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».

3.1. Los presupuestos del abuso de la posición de dominio en el mercado y de las prácticas restrictivas de la Libre Competencia

El artículo 3 del Decreto Legislativo 701 prohíbe y sanciona dos actuaciones cuando su ejercicio genere perjuicios para el interés económico en el territorio nacional:

a) El abuso de una posición de dominio en el mercado; y
b) Las prácticas restrictivas de la libre competencia.

En materia de posición monopólica o de dominio de mercado, queda claro que, siguiendo con el principio establecido en la Constitución, el Decreto Legislativo 701 no la sanciona por sí misma, sino por su aprovechamiento inequitativo, desmedido, ineficiente, es decir, su abuso. En consecuencia, la aplicación de la norma legal requiere necesariamente de dos pasos: determinar que la empresa ostenta posición de dominio en el mercado y comprobar que ha habido abuso de dicha posición.

Según el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, existe una posición de dominio cuando «...una o varias empresas pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes y servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como redes de distribución.» Por su parte, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 señala que el abuso de posición de dominio se configura cuando una o varias empresas que gozan de dicha posición, la ejercen de manera ilícita, obteniendo ventajas y causando perjuicios indebidos a terceros que no hubieran sido posibles de obtenerse de no haber tenido tal posición.

De acuerdo a las definiciones legales que se acaban de exponer, resulta claro que, en esta materia, la regla aplicable es la *«rule of reason»* o «regla de la razón». En tal sentido, deberá existir una sanción únicamente en tanto y en cuanto se compruebe i) que se ha perjudicado a los consumidores al «obtener ventajas» que no hubiesen sido susceptibles de ser adquiridas sin el monopolio o la posición de dominio existente[12], y ii) que se ha dañado indebida e ilegalmente a los competidores, es decir, que ha existido un «perjuicio a terceros».

Por su parte, en lo que concierne a las prácticas restrictivas a la libre competencia -restricciones horizontales, esencialmente cárteles-, el Decreto Legislativo 701 no resulta ser claro al escoger entre el principio *per se* y el *rule of reason*. De hecho, esa falta de claridad ha permitido que la Comisión de la Libre Competencia haya establecido, equivocadamente en mi opinión, que la concertación de precios, práctica heráldica en materia de restricciones a la libre competencia, es una que debe ser sancionada *per se*[13].

Mi posición se sustenta en el hecho de que el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, al establecer de manera general la prohibición/castigo al abuso de la posición monopólica y a las prácticas restricitivas, las describe como aquellas que generan »perjucios

[12] Dichas ventajas se conocen como «superutilidades».

[13] Al respecto, véase las últimas resoluciones de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI que versan sobre el particular: Resoluciones 001-97-INDECOPI-CLC y 003-97-INDECOPI-CLC, publicadas el 21 y el 25 de noviembre de 1997, respectivamente.
Cabe tener en consideración que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI se ha pronunciado a través de la Resolución 276-97-TDC publicada el 17 de noviembre de 1997 ratificando la Resolución 001-97-INDECOPI-CLC a que se hace referencia líneas arriba e incidiendo directamente sobre el tema que se ha tenido ocasión de tratar. Concretamente, dicha Sala señala, amparándose en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807, que -lamentablemente- el Decreto Legislativo 788 se ocupó en derogar el artículo 7 del Decreto Legislativo 701 (norma que contemplaba la posibilidad de autorizar a las empresas que vayan a ejercer las concertaciones prohibidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del mismo Decreto Legislativo 701 y que, con ello, consagraba la *rule of reason* o «regla de la razón»), pero olvidó eliminar el término «injustificada» del inciso a) de este mismo Decreto, referido a las concertaciones de precios. De acuerdo al parecer de la Sala, dicho error habría sido la fuente de las confusiones y de las diversas interpretaciones que se han venido propalando.
Así, en opinión de la referida Sala, cuando el legislador, a través del Decreto Legislativo 807, se ocupó en eliminar el término «injustificada», habría descartado la posibilidad de interpretar que existe cabida para las concertaciones justificadas. En tal sentido, las concertaciones de precios habrían sido concebidas por el legislador como prácticas sujetas al principio de prohibición *per se*. Para tales efectos, la Sala respalda su posición en la circunstancia de que el mismo Decreto Legislativo 807 habría modificado también el inciso d) del artículo 6, referido a las concertaciones sobre la calidad de los productos, subrayando que éstas estarían prohibidas únicamente en tanto y en cuanto "afecten negativamente al consumidor", por lo que -para este caso- se habría consagrado la «regla de la razón».
Ciertamente, la Sala alega que debe interpretarse que el legislador ha pretendido establecer la «regla de la razón» para sólo algunos casos y la prohibición *per se* para todos los demás, salvo que se quiera sostener que el legislador ha sido inconsistente en su posición.
A mi modo de entender, la premonición advertida por la Sala ha tomado cuerpo. En efecto, bajo la sombría interpretación de la Sala, la gruesa inconsistencia del legislador resulta ser evidente: mientras se reconoce que las concertaciones sobre la calidad de los productos pueden en ciertos casos no afectar negativamente a los consumidores, la concertación sobre los precios sí será en todos los casos

para el interés económico general, en el territorio nacional».

La aplicación de la Ley no debería ser de otra manera. Prácticas colusorias entre empresas cuya participación en el mercado es irrelevante -es decir, lejana a la posición de dominio que se requiere para afectar el marco competitivo-, son intrascedentes para el funciomiento de la economía, no afectan los precios, no debilitan a los competidores y no perjudican a los consumidores. Adicionalmente, habría que preguntarse qué sentido tendría utilizar recursos escasos del Estado en perseguir y sancionar prácticas que -en términos reales- no dañan.

En consecuancia, en cualquier caso, considero que debe probarse el perjuicio al interés económico general, que no debe ser otra cosa que el perjuicio a competidores y consumidores.

3.2. La Inclusión del Control de Fusiones en la Legislación Antimonopolio.

Como hemos señalado anteriormente, la recientísima legislación en materia de control de fusiones y adquisiciones ha pasado de la prohibición ciega *per se* a la de *rule of reason*, materializada en la autorización que deberá dar la Comisión de Libre Competencia. Este cambio de dirección no es el único. Durante los últimos tiempos, funcionarios del INDECOPI han defendido entusiastamente la sanción a las concertaciones de precios y, simultáneamente, han señalado que no debe haber control sobre las fusiones y adquisiciones. Esto, en mi opinión, resulta ser manifiestamente contradictorio, toda vez que la fusión podría ser entendida, para estos efectos, como la concertación máxima entre dos empresas. Mi opinión apunta no precisamente a expandir el control, sino a demostrar que perseguir a las unas es tan innecesario y contraproducente como hacerlo con las otras[14].

Estas contradicciones y cambios de rumbo se deben, en mi concepto, a una errónea concepción de lo que es la «libre competencia» y a su confusión, como lo ha señalado con impecable claridad Henry Lepage[15], con la «perfecta competencia». En efecto, cuando se piensa en el mercado que el INDECOPI debe proteger, se tiene en mente uno ideal, en el que competidores concurren en igualdad de condiciones y en que la lucha entre ellos sólo se da en el área de la producción de bienes mejores y más baratos; se sueña con el consumidor que ingresa a un mercado paradisíaco en el que, al igual que en un supermercado, puede comparar diversos productos, recibir información completa, pagar en relación directa a factores precio/calidad, prever modificaciones de precios, etc.

Ese no es el mercado que en realidad se debe proteger, porque sencillamente no existe. La competencia entre las empresas se extiende a sus capacidades para acceder a fuentes de financiamiento, a sus habilidades de negociación, a las guerras de precios que puedan iniciar y detener, a las alianzas que desarrollen, a la asociación con socios estratégicos, a la fusiones que se efectúen, a la compra de otras empresas, etc. La libre competencia no es un jardín de infancia donde niños juegan a la ronda, sino por el contrario, uno en donde el ambiente es agresivo, donde se perpetran estrategias que apuntan no solamente a mejorar la calidad del producto, sino también a vencer a los competidores. El consumidor, por su lado, no siempre cuenta con toda la información necesaria, se equivoca, pierde.

El mercado que el INDECOPI debe proteger es uno imperfecto, basado en la iniciativa privada que también es imperfecta. El error de quienes promueven la actuación «salvadora» del INDECOPI es pensar que su intervención sí es perfecta e inmaculada, que no altera perjudicialmente al mercado, sino por el contrario, que siempre lo beneficia. Como lo he señalado en anteriores oportunidades, el mercado

perjudicial para ellos. Nada más absurdo, sobre todo cuando hoy en día es plenamente admitido como una certeza absoluta que las empresas compiten en el mercado tanto a través de sus precios como de la calidad de sus productos. Dentro de este escenario, el precio de los bienes esta íntimamente ligado a la calidad de éstos. Como es sabido, la reducción o el aumento en la calidad de un bien se refleja en el incremento o disminución del precio que dicho bien representa para el consumidor. De esta manera, es inconcebible que una concertación sobre la calidad de los productos no se traduzca en una modificación de precios con efectos similares a los de la concertación. Por otro lado, la Sala debería lamentarse nuevamente de otra omisión, consistente en que al legislador se le olvidó también modificar, a través del Decreto Legislativo 807, el artículo 3 del Decreto Legislativo 701.
En efecto, la legislación antimonopolio en el Perú debe ser interpretada a la luz del artículo 3 del Decreto Legislativo 701, norma que, sin lugar a dudas, consagra la "regla de la razón".

[14] Ver al respecto: REBAZA, Alberto. "Los monopolios y los cárteles: las nuevas excusas para la intervención estatal". En: Revista "Pauta". Lima. Instituto de Economía de Libre Mercado, 1994 y REBAZA, Alberto. "Los contratos de distribución frente a las normas de libre competencia" En: Revista de Estudios Privados. Año 2, No 2. Junio, 1997.

[15] LEPAGE, Henry. Mañana el Liberalismo. Madrid. Espasa Calpe, 1982.

es imperfecto, pero tiene la gran ventaja de ser sencillamente mejor a los demás sistemas de asignación de recursos. Ciertamente, la intervención del Estado es también imperfecta, pero adicionalmente su actuación trae más costos que beneficios[16]

3.3. Control de fusiones en los Estados Unidos de América.

Tomando en cuenta lo reciente de la Ley, es preciso acudir a otras experiencias en donde el control de fusiones, a diferencia del caso peruano en que está limitado al sector eléctrico, se aplica a todos los sectores de la economía.

La legislación antimonopolio de los Estados Unidos se remonta a la Sherman Act, aunque en materia de fusiones fue tratada de manera más completa por la Clayton Act[17], la misma que fue modificada en 1962. Las principales materias objeto de modificación fueron la prohibición de fusiones que pudieran reducir la competencia, es decir, se eliminó la necesidad de probar que la fusión habrá de reducir inexorablemente la competencia en el mercado en donde operan las empresas[18]. También se expandió el control a la compra de activos, presupuesto que sí es contemplado por la Ley. Finalmente, se permitió impedir fusiones entre empresas que no eran competidoras directas, sino posibles competidores en el futuro[19].

El análisis y pronóstico de si una fusión reduce o no, o mejor dicho pueda reducir o no, la competencia, no es asunto sencillo. No sólo requiere de economistas adecuadamente entrenados, sino de expertos en los mercados involucrados que dominen las características propias de los productos o servicios bajo examen, de las empresas que participan, de los productos sustitutos, etc. El despliegue y utilización de un adecuado equipo técnico no sólo es oneroso, sino que además no garantiza la objetividad del resultado. En efecto, no sólo estamos frente a elementos con marcado contenido subjetivo, sino que nos encontramos ante situaciones que no son ajenas a la influencia política[20].

Se cree que la experiencia de los Estados Unidos es positiva en esta materia. Dudo de ello. La generalidad de las provisiones de la Sherman Act y de la Clayton Act ha permitido decisiones judiciales de todo tipo. La jurisprudencia en dicho país dista de ser coherente, consistente y previsible. Difícilmente puede sustentarse que la seguridad jurídica sea uno de los aspectos sólidos del régimen antimonopolio allí existente.

El caso de United States vs. Philadelphia National Bank es particularmente útil para tener una impresión general de las aguas profundas en las que se tendrá que navegar para pronunciarse sobre la procedencia de una fusión. En dicho caso, la Corte Suprema señaló determinados criterios para determinar si una fusión debiera ser prohibida o no: i) que exista la posibilidad de que se reduzca la competencia, ii) que la fusión se produzca en el mercado del mismo producto («*the same line of commerce*») y en el mismo ámbito geográfico («*section of the country*»)[21]; y, iii) que sea legal, entendiendo por esto que no se produzca un control sobre un porcentaje indebido del mercado relevante, es decir, que no se dé una aumento significativo de la concentración de empresas en ese mercado.

No es difícil apreciar lo etéreo y vago de los criterios para pronunciarse sobre la validez de las fusiones, así como sobre los argumentos de eficiencia, dado que estamos bajo el ámbito de la *rule of reason*, que las empresas demandadas pueden esgrimir. En efecto, las fusiones pueden traer sinergías que al colocar en mejor posición a una empresa pueden permitir el mejoramiento del producto, la reducción de pre-

[16] Una mayor aproximación acerca de las negetivas consecuencias del intervencionismo estatal podría ser recabada en: REBAZA, Alberto. «No me defiendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de publicidad y de protección al consumidor» en: THĒMIS- Revista de Derecho. Segunda Época. No. 32, págs 23-33.

[17] La Clayton Act fue publicada en 1914. Ver sección 7 sobre fusiones.

[18] Al parecer, el texto del artículo 5 de la Ley sigue este criterio.

[19] Notas del curso *Antitrust* dictado por el profesor Charles Goetz, en University of Virgina School of Law.

[20] Basta recordar los "indicios", para utilizar los términos de las resoluciones del INDECOPI, que revelan la presión que ejerció el Gobierno al INDECOPI en los conocidos caso de las molineras y de las avícolas para iniciar los procedimientos que todos conocemos. Pero el Perú no es la excepción, sino un ejemplo más de los que siempre sucede cuando el Estado interviene.
En Estados Unidos, es conocido que la participación del Departament of Justice y de la Federal Trade Commission varía considerablemente dependiendo de quiénes estén detentando el poder político, es decir, el Partido Democrático o el Partido Republicano.

[21] Ver más adelante la referencia al término "mercado disputable".

cios, u otra consecuencia que resulte favorable a los consumidores o al régimen económico general[22].

Las dificultades en el análisis han determinado en los Estados Unidos sentencias de diverso calibre, habiendo alguna de ellas aplicado el principio *per se* al control de fusiones. Así, en United States vs. Von's Grocery, prácticamente se consideró que la reducción del número de unidades competitivas era suficiente para demostrar la reducción del marco competitivo e invalidar la fusión producida. La dación de esta sentencia no estuvo libre de polémica. De hecho, el dictamen en minoría fue el inicio de un gran debate sobre lo pernicioso de un control tan arbitrario sobre las empresas. Los jueces supremos, Stewart y Harlan, disentieron de la sentencia en mayoría señalando que era contraria a las decisiones previas de la Corte Suprema, opuesta al texto y a los antecedentes de la legislación antimonopolio y manifiestamente atentatoria contra la realidad económica de las empresas.

Existen otros elementos que deben ser tomados en cuenta al resolver sobre fusiones. Como señala Charles Goetz[23], es necesario analizar el "mercado disputable" (*"contestable market theory"*). Si el acceso al mercado relevante es libre e inmediato, debe haber poca preocupación por las actuaciones monopólicas y por las concentraciones económicas producidas, porque tan pronto como se pretenda imponer precios "monopólicos", nuevos competidores podrán entrar en el mercado. En relación al mercado, como se sabe, no debe dejarse de evaluar factores como la existencia de bienes sustitutos, los costos de entrada al mercado relevante, etc.

El sistema norteamericano es más corrosivo incluso, pues permite el cuestionamiento a las fusiones y adquisiciones en cualquier momento, como en efecto sucedió en el caso de United States vs. Du Pont, en donde se demandó a la empresa años después de haberse efectuado la operación de concentración económica. Ni la Ley, ni el Decreto Legislativo 701 contemplan esta posibilidad. Ojalá que nuestros imaginativos legisladores y abnegados funcionarios del INDECOPI no sigan el mismo rumbo.

4. COMENTARIOS ADICIONALES SOBRE LA LEY

4.1 La Ley produce una real reducción de la libre competencia en el mercado.

Como he señalado, el artículo 61 de la Constitución, garantiza la libre competencia en el mercado como principio fundamental a partir del cual se desarrolla la actividad económica de nuestro país.

En consecuencia, al prohibir que las empresas que actualmente operan puedan seguir compitiendo en el mercado de electricidad, se está limitando seriamente la libre competencia por cuanto se disminuye notoriamente la posibilidad de que inversionistas nacionales y extranjeros que cuentan con una probada capacidad técnica se enfrenten lealmente por la prevalencia por un sector de la economía. Es en realidad una reducción a la libre competencia el hecho de que ellas no puedan fusionarse, adquirir otras empresas o activos de éstas. Al estar excluidas, por ejemplo de las próximas privatizaciones, la competencia por las empresas que faltan ser vendidas se verá reducida considerablemente.

Debe repararse en que el mayor peligro a la libre competencia no está en la actuación de las empresas que raramente pueden detentar una posición de dominio en el mercado, sino más bien en la actividad regulatoria-discriminatoria del Estado.

4.2. El control ya existente sobre las empresas eléctricas

El Decreto Legislativo 701 no sanciona la posición de dominio del mercado, sino el abuso de dicha posición. La Ley asume que una empresa que logre una concentración horizontal de al menos 15% del mercado o una vertical de al menos 5%, habrá de abusar de la posición que ostenta y por lo tanto se le obliga a obtener una autorización previa. El artículo 4 del Decreto Legislativo describe la posición de dominio en el mercado como aquella que otorga a quien la detenta la capacidad de actuar de modo independiente debido a una serie de factores antes mencionados[24].

[22] Ver MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, Juan. Manual de fusiones y adquisiciones de empresas. McGraw-Hill. Madrid, 1996. Este autor describe las ventajas de las fusiones y adquisiciones, resaltando entre ellas: la obtención de economías de escala; reducción de costos de transacción; eliminación de ineficiencias en las empresas adquiridas o absorbidas; aprovechamiento de ventajas fiscales; utilización de fondos excedentes; combinación de recursos complementarios; diversificación del riesgo; incremento de beneficios por inversión capital; reducción de costos de financiamiento; etc.

[23] Notas del curso *Antitrust* dictado por el profesor Charles Goetz, en University of Virgina School of Law.

[24] Ver punto 3 del presente trabajo.

Ahora bien, debemos recordar que en el Perú el abuso es ciertamente difícil de lograr en un sector tan celosamente regulado por el Estado como es el de la electricidad, donde se deben aprobar las tarifas que se cobran a los consumidores así como otros aspectos vinculados a la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Esta es precisamente la función de organismos como la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas (DGE), la Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE) y el recientemente creado Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

Es claro que el presupuesto del Decreto Legislativo 701, es decir, la existencia de la posición de dominio, no se aplica fácilmente a las empresas eléctricas, pues ellas no pueden actuar de modo independiente para establecer, por ejemplo, sus precios, dado que requieren de autorizaciones administrativas previas.

A continuación, detallaremos ciertos aspectos concretos que materializan la supervisión e intervención del Estado en el mercado de electricidad, y que reflejan claramente que una empresa eléctrica, fusionada o no, con una concentración del 5%, 15% o más del mercado, simplemente no puede actuar independientemente para fijar sus precios, situación que precisamente la Ley busca impedir:

4.2.1. Control de las tarifas del servicio de distribución de electricidad

En primer lugar, debemos recalcar lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada:

«La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República».

Tomando en consideración lo señalado por esta norma, encontramos que la legislación relativa al Servicio Público de Electricidad, prevé mecanismos y entidades que regulen y controlen las tarifas de este servicio.

El artículo 10 de la Ley de Concesiones Eléctricas, LCE, refiere que la Comisión de Tarifas Eléctricas, CTE, es la responsable de fijar las tarifas de energía eléctrica de acuerdo a determinados criterios. El inciso d) del artículo 43 de la LCE dispone que estarán sujetas a regulación de precios, las ventas a usuarios del Servicio Público de Electricidad.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 63 de la LCE, las tarifas a usuarios finales de Servicio Público de Electricidad, comprenden las Tarifas de Barra y el Valor Agregado de Distribución. Este Valor Agregado de Distribución conjuntamente con las Tarifas de Barra que correspondan, sirven de base para que la CTE establezca un conjunto de Precios Básicos para cada concesión[25].

En atención a lo anterior, resulta absurdo sostener que las empresas concesionarias de distribución del Servicio Público de Electricidad podrían actuar de manera arbitraria e individual para fijar las tarifas que cobren a sus clientes.

4.2.3. Fiscalización y supervisión de las empresas eléctricas

El Título VII de la LCE y los artículos 192 y siguientes del Reglamento de la LCE, Decreto Supremo 009-93-EM, determinan la obligación permanente del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, OSINERG, de fiscalizar las actividades de las empresas eléctricas de generación, transmisión y/o distribución.

Por ejemplo, el artículo 197 del Reglamento faculta al OSINERG a efectuar revisiones e inspecciones en las instalaciones de los concesionarios del servicio de eletricidad. Incluso, el OSINERG está en capacidad de ordenar la inmediata suspensión de las actividades de las concesionarias, o el corte del servicio eléctrico, en caso se verifique la existencia de riesgos contra la colectividad, las cosas o el medio ambiente.

Por otro lado, los articulos 58 y 59 del Reglamento establecen determinadas obligaciones que deberán

[25] De acuerdo al artículo 43, están sujetos a regulación de precio:
a) La transferencia de potencia y energía entre generadores.
b) Las compensaciones a titulares de sistemas de transmisión;
c) Las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al Servicio Público de Electricidad; y
d) Las ventas a usuarios del Servicio Público de Electricidad.
En realidad, el único aspecto importante que no se encuentra regulado es el suministro de energía a usuarioa que no tenga el carácter de Servicio Público de Electricidad. No obstante a ello, las empresas que atienden a estos últimos igualmente están sujetas al la supervisión de la Administración Pública para garantizar la prestación adecuada del servicio.

ser cumplidas por las empresas eléctricas -concesionarias- y titulares de autorizaciones.

El artículo 58 señala que los concesionarios están obligados a presentar ante la Dirección General de Electricidad, DGE, en forma mensual lo siguiente:

(a) Información de producción.
(b) Información comercial.
(c) Pérdidas de potencia y energía.
(d) Otras informaciones que la DGE considere pertinentes respecto al servicio.

Por otro lado, el artículo 59 del Reglamento sanciona la obligación de los concesionarios cuyos precios sean regulados, de presentar a la CTE, dentro de los 30 días calendario del cierre de cada trimestre, la siguiente información:

(a) Balance General.
(b) Estado de Ganancias y Pérdidas por naturaleza y destino.
(c) Flujo de fondos.
(d) Otras que la CTE considere convenientes.

Asimismo, esta norma señala también otra obligación para los concesionarios del servicio de electricidad: dentro de los 20 días calendario del mes de abril de cada año, deberán presentar a la CTE, los estados financieros del ejercicio anterior, debidamente auditados.

Finalmente, cabe anotar que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones referidas en las líneas precedentes conlleva el pago de una multa, que será impuesta por OSINERG, dentro de un rango equivalente al importe de 10,000 a 20,000 kilovatios-hora (inciso b. artículo 201 del Reglamento).

4.3 La Ley perjudicará a los consumidores

Las restricciones contenidas en Ley devienen en ineficientes ya que pretenden excluir a las empresas que, debido a su economía de escala, capacidad de inversión, conocimiento técnológico, fuentes propias de financiamiento, entre otros, pueden ofrecer un mayor precio por la empresas eléctricas a privatizarse y un mejor servicio a los consumidores finales a cambio de un menor precio.

Es incuestionable que en un país como el Perú, la vía lógica y natural a ser utilizada por las empresas eléctricas ya existentes para continuar con su crecimiento es la participación en las privatizaciones de las empresas regionales de electricidad. Es un absurdo total impedir el crecimiento económico de las empresas eléctricas a través de la adquisición de empresas en privatización, pues las obligaría a adquirir directamente nuevas concesiones en otras partes del país, lo que desde el punto de vista económico no siempre es eficiente. En efecto, los altos costos de instalación, de lanzamiento de una nueva empresa, de adquisición de activos, de contratación de personal, etc., evidentemente habrán de verse reflejados en el precio en perjuicio del consumidor. O, peor aún, en caso de no obtenerse la concesión, los consumidores simplemente se verían privados de contar con una empresa que, debido a sus ventajas comparativas, podría haberles ofrecido un mejor servicio.

Otra consecuencia negativa es que al impedir que las empresas eléctricas puedan invertir sus excedentes en la compra de nuevas empresas se les presiona a que inviertan sus excedentes en otros países, perjudicando ahora sí al "régimen económico general" peruano.

Disposiciones restrictivas y limitativas como las contempladas por la Ley reducen, en buena cuenta, los atractivos para la inversión privada en el país.

CONCLUSIÓN:

La Ley es, en mi opinión, innecesaria; su aplicación exitosa, improbable; y, sus consecuencias, como mensaje a los agentes económicos, contraproducentes.

Es innecesaria, porque se trata de una Ley sobre un mercado regulado, en donde las empresas eléctricas están sujetas a la autorización y supervisión de la Administración Pública.

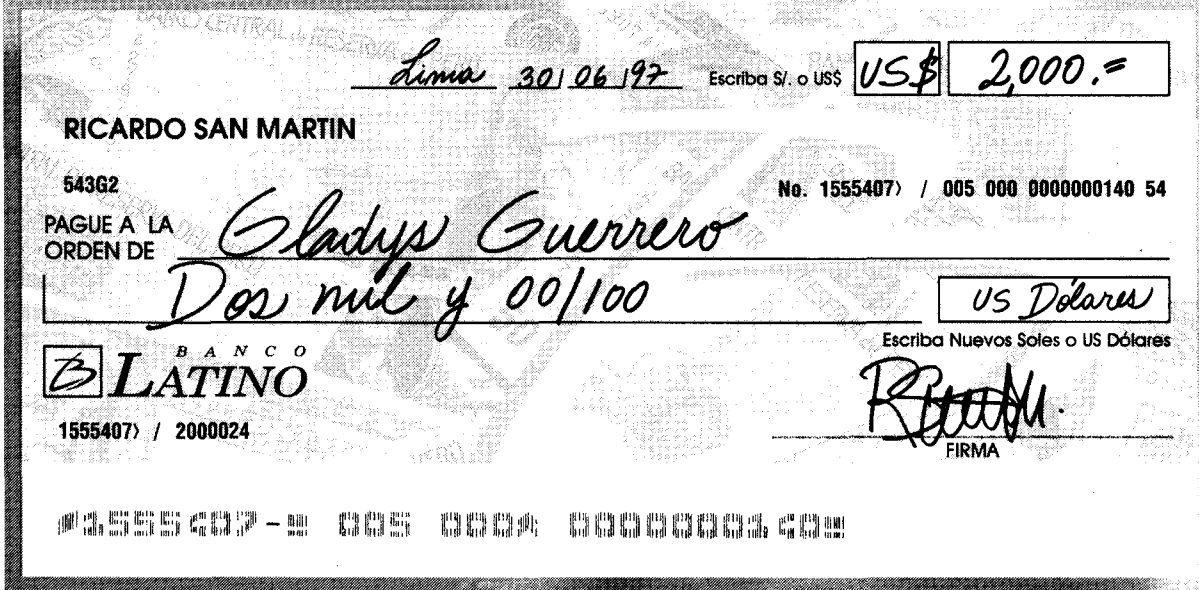
Es de pronóstico reservado, porque se está entregando facultades y creando obligaciones a una administración pública que quizás no se encuentra aún en capacidad de asumirlas con suficiencia.

Es contraproducente, porque no atrae, sino aleja a los inversionistas quienes pueden ser sancionados por el simple hecho de crecer.

Es doblemente contraproducente, porque -además- persuade con respecto a la inexistencia de límites en la capacidad del Estado de controlar a las empresas, ahora con la excusa de proteger el libre mercado.

Como decía al inicio de este artículo, la paranoia con respecto a los monopolios ha ganado una nueva batalla. Esperemos, por el bien de la economía de mercado y, sobre todo, por los consumidores que dan la razón de ser a aquélla, que no gane la guerra. Por lo menos, los que creemos en la libre competencia, en la iniciativa privada y en los límites de la actuación estatal debemos esforzarnos para que eso no ocurra.

UNA SOLA CHEQUERA PARA GIRAR EN SOLES O DOLARES.



NUEVA CHEQUERA DUAL

EL LATINO CREA AHORA LA CHEQUERA DUAL, LA ÚNICA QUE LE PERMITE GIRAR TANTO EN SOLES COMO EN DÓLARES.

SOLICITE HOY SU CHEQUERA DUAL. LA PRIMERA ES GRATUITA.

USELA CON TODA SEGURIDAD Y COMODIDAD.

BANCO LATINO

NUESTROS CLIENTES, NUESTRA FUERZA

LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

José Massaguer
Catedrático de Derecho Mercantil,
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

El Derecho de la Competencia Desleal en nuestro país, que cada día cobra más importancia -y complejidad- toma, como se sabe, muchos elementos y criterios de la legislación y la jurisprudencia española. De ahí la importancia de conocer sus planteamientos, sus experiencias, sus errores y sus aciertos.

En este artículo, el autor realiza una descripción sistemática de la legislación española concerniente a la Competencia Desleal y su represión, que, en su opinión, es acertada, y ha ayudado a combatir una práctica cada vez más usual y sofisticada.

El Derecho contra la competencia desleal constituye en la actualidad el ordenamiento general de la conducta de los agentes económicos profesionales en el mercado. Tiene por bien jurídico protegido la competencia económica como principio político-institucional e integra en su defensa los intereses de todos los sectores y grupos cuya actividad y necesidades económicas y sociales han de encontrar su satisfacción en un eficiente funcionamiento del mercado -incluido por lo tanto también el interés de la generalidad o interés público. Así concebido, el Derecho español cuenta con un moderno sistema jurídico de protección contra la competencia desleal. La pieza normativa fundamental de este sistema es la Ley de Competencia Desleal (que abreviaré, LCD)[1], con la que concurre la Ley General de Publicidad (que abreviaré, LGD), de aplicación restringida a su ámbito de vigencia propio del que no desplaza, sin embargo, a la Ley de Competencia Desleal, que por ello podrá ser aplicada a la actividad publicitaria de forma conjunta o alternativa a la Ley General de Publicidad.

La promulgación de la Ley de Competencia Desleal ha supuesto un hito histórico en el ordenamiento jurídico español: encierra la primera regulación sistemática, completa y en términos generales satisfactoria de esta materia en España. En un plano técnico y de acuerdo al modo en que avanza la doctrina[2], la

[1] Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal = BOE 1991/10. Hasta la fecha, la bibliografía general sobre la nueva regulación contra la competencia desleal es relativamente rica, y entre ella merece ser destacado A. Bercovitz (coordinador), La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, Grupo español de la AIPPI, Informe sobre la cuestión 115: Protección efectiva contra la competencia desleal con arreglo al artículo 10 bis del Convenio de París de 1883, remitido a la AIPPI en julio de 1993 con miras al Comité Ejecutivo de Copenhague de 1994, en Grupo español de la AIPPI, Informes sobre propiedad industrial 1979-1995, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1995, p. 357 ss., C. Fernández Novoa, «Reflexiones preliminares sobre la Ley de competencia desleal», La Ley 1991-2, p. 1179 ss., J. M. Otero, «La nueva Ley sobre competencia desleal», La Ley, 1991-4, p. 1053 ss., F. Vicent, «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», RGD, núms. 589-90, 1993, p. 9975.

[2] A. Menéndez, La competencia desleal, Civitas, Madrid, 1988, pp. 147 a 159.

Ley de Competencia Desleal se ha configurado como una ley general, moderna y efectiva. Como ley general, la Ley de Competencia Desleal es de aplicación a toda actividad económica realizada en el mercado con fines concurrenciales, lo que ha permitido superar la tendencia parceladora que tradicionalmente ha seguido la regulación de la competencia desleal en España; como una ley moderna, la Ley de Competencia Desleal, de un lado, hace plena justicia a la entronización constitucional de la competencia económica como principio clave del orden económico, político y social y, de otro lado, incorpora en su estructura y tenor la experiencia habida en otros ordenamientos, especialmente en los ordenamientos alemán y suizo; y, en fin, como una ley efectiva, la Ley de Competencia Desleal está dotada de las acciones e instrumentos procesales necesarios para asegurar su mayor operatividad. La Ley de Competencia Desleal, en efecto, tiene el mérito de haber establecido y articulado una completa y satisfactoria regulación de la acción de competencia desleal (artículos 18 a 21 LCD). Este trabajo se dedica al estudio de este elemento clave de todo sistema de represión de la competencia desleal.

1. LAS ACCIONES (PRETENSIONES) DERIVADAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La acción de competencia desleal comprende una pluralidad de pretensiones típicas, en la terminología legal «acciones»: mera declaración de la deslealtad del acto, cesación del acto desleal, remoción de efectos del acto desleal, rectificación de informaciones falsas o engañosas, resarcimiento de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto (artículo 18 LCD)[3].

a) La acción de declaración de la deslealtad

La acción de declaración de la deslealtad (artículo 18.1 LCD) persigue la constatación de la comisión de un acto de competencia desleal y la proclamación judicial de que el acto examinado constituye un acto de competencia desleal. Para ello se exige, de un lado, que el acto de competencia desleal objeto de la acción se haya realizado efectivamente o bien que sea de inminente realización y, de otro lado, que en el momento de presentación de la demanda subsista la perturbación o persistan los efectos que dicho acto ocasiona. Este segundo presupuesto sólo puede entenderse válido para los casos en que la pretensión de declaración se sustancie con carácter principal (autónomo o independiente). No habrá de impedir, por el contrario, que se compruebe con carácter previo la deslealtad del acto combatido cuando ello sea necesario para acoger otras pretensiones integrantes de la acción de competencia desleal que, en cambio, no requieren la continuidad de los efectos (y que tampoco requieren el ejercicio conjunto, con carácter adjetivo o complementario, de la acción de declaración)[4]. No es presupuesto de la acción de declaración de deslealtad en ninguno de los casos el dolo o negligencia del sujeto agente.

La única acción de declaración prevista legalmente es de carácter positivo. No ha encontrado reconocimiento en la Ley de Competencia Desleal la pretensión de una declaración de carácter negativo, esto es, de que un determinado acto no constituye un acto de competencia desleal. La general exigencia de reconocimiento legal de las pretensiones ejercitables en juicio hace especialmente difícil que esta acción negatoria acabe siendo reconocida por los tribunales, aunque quizás no falte apoyo a favor de su admisibilidad, como es su expreso establecimiento para la violación de patentes y, por extensión, para otras modalidades de propiedad industrial (artículo 127 y DD LP y artículo 41 LM).

b) La acción de cesación

La cesación del acto de competencia desleal comprende de forma unitaria no sólo la cesación en sentido estricto o paralización del acto que efectivamente se ha ejecutado, sino también la prohibición del que todavía no ha sido puesto en práctica; a su vez, la cesación en sentido estricto comprende tanto la prohibición de continuación como la de repeti-

[3] Artículo 18 LCD: Acciones.- Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones:
1. Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste.
2. Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.
3. Acción de remoción de los efectos producidos por el acto.
4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.
6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

[4] En ningún caso fue voluntad del legislador que la exigencia de que persistiera la perturbación en el mercado impidiera el ejercicio de las demás pretensiones del artículo 18 LCD, sino todo lo contrario; vide la intervención del Senador Galén Pérez del Grupo Socialista del Senado en contra de la enmienda presentada por el Grupo Mixto en el Senado para la supresión de la frase «si la perturbación creada por el mismo subsiste»: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 27-XI-90, p. 23.

ción (artículo 18.2 LCD)[5]. Como se ha destacado con frecuencia, la pretensión de cesación del acto de competencia desleal constituye el objeto nuclear de la acción de competencia desleal, encaminada como está a poner fin o a impedir el falseamiento de la competencia, las perturbaciones, disfuncionalidades y perjuicios que comporta el acto de competencia desleal. Y ello es así, cualquiera que sea el interés afectado en particular por el acto de competencia desleal combatido (sin perjuicio de que en cada caso el acento pueda ponerse en uno u otro aspecto).

Presupuestos de la cesación son la realización efectiva o inminente del acto de competencia desleal y, en caso de efectiva realización, un riesgo objetivo de repetición o continuación. Aunque este segundo requisito no aparece expresamente mencionado en el texto legal, su vigencia viene impuesta por la naturaleza misma de las cosas. Compete al actor la prueba de que en el caso concurren los presupuestos exigidos para que la acción de cesación sea acogida; en particular, el actor deberá proporcionar la prueba de la realización del acto o, en su caso, de la inminencia de su realización (de común a través de la prueba de actos de preparación), así como de las circunstancias fácticas determinantes de su deslealtad, sin perjuicio de que en ciertos supuestos el juez pueda imponer al demandado la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones que hayan motivado la contienda (artículo 26 LCD). Asimismo, en caso de realización efectiva del acto de competencia desleal, compete al actor probar la existencia de un riesgo objetivo de repetición (o continuación, según las características fácticas del supuesto en cuestión); en este sentido, el actor habrá de aportar los medios de prueba necesarios para acreditar que el acto combatido también será desleal en el futuro, que por su naturaleza y por las circunstancias del caso es susceptible de ser repetido o de tener continuidad en el tiempo, sea de la misma forma o de una forma sustancialmente idéntica; y, en fin, de que es objetivamente esperable la repetición o continuación. Esto último, con todo, quizás pueda presumirse con carácter general[6], excepción hecha de los supuestos en que el acto considerado sea de ejecución única o limitada a un tiempo transcurrido ya cuando se presenta la acción (en efecto, no resulta fácil presumir que en el futuro se repetirá una oferta engañosa hecha para un día determinado: uvas el 31 de diciembre); en que el autor no se halla en condiciones de repetirlo o continuarlo (ad ex. terminación de actividad); en que la actuación denunciada constituyera una medida de legítima defensa[7]; o que se avino de buena fe e íntegramente a los términos de una admonición o requerimiento extrajudicial de cesación. En este sentido y como regla general no parece del todo acertado exigir en todos los casos que la persona que haya realizado un acto de competencia desleal deba formular una «declaración inhibitoria reforzada con pena» para entender excluido el riesgo de repetición, por muy fundada que esté la práctica conocida en otros países. En efecto, no puede olvidarse que los términos de un requerimiento de cese son libremente decididos por el eventual actor (actual perjudicado o amenazado), en cuyas manos está, por lo tanto, exigir en su requerimiento que el requerido acepte la pena convencional; si no lo considera necesario, esto es, si el requerimiento no comprende la previsión de una pena para el caso de repetición, no es tampoco razonable acoger la ulterior acción de cesación del requirente cuando haya mediado una aceptación del requerimiento en todos sus términos y un cumplimiento efectivo de los mismos (incluida la abstención en los preparativos).

Por el contrario, no son presupuesto para la cesación, en ninguna de sus modalidades, el dolo o la negligencia del sujeto agente, ni la causación de un daño efectivo o la idoneidad para ocasionar un daño efectivo.

La condena a cesar podrá comprender, según sean unas u otras las circunstancias del caso, una orden de cesación en sentido estricto, que incluya tanto la paralización del acto de competencia desleal que se estaba realizando al tiempo de la presentación de la demanda como la prohibición de la repetición de su realización, o bien una prohibición de poner en práctica el acto de competencia desleal que se estaba preparando al tiempo de interponer la acción. La condena deberá fijar con precisión los términos de la cesación, y, en su caso, de la prohibición, indicando si proceden los extremos o elementos determinan-

[5] Por la interpretación aquí propuesta, con revisión de los antecedentes de Derecho comparado, S. Bacharach, La acción de cesación para la represión de la competencia desleal, ob. cit., pp. 115 y 116. Vide también F. Pantaleón, «La acción de cesación o de prohibición en la Ley de Competencia Desleal», en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, T. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 952 ss., pp. 952 a 957.

[6] Sobre la prueba del riesgo de continuación o repetición, con algún detalle S. Bacharach, La acción de cesación para la represión de la competencia desleal, ob. cit., pp. 117 a 119.

[7] Así ya, F. Pantaleón, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, ob. cit., T. I, pp. 959 y 960.

tes de la deslealtad del acto combatido, cuya supresión o modificación permitiría su continuación. El contenido de la cesación se presenta normalmente revestido de carácter negativo, esto es, consiste normalmente en un no hacer, incluido el tolerar (no impedir o no entorpecer) las actuaciones del actor o de terceros o el tolerar determinadas situaciones de hecho. Ello no obstante, no han de faltar supuestos en los que el cumplimiento de la cesación exija del condenado un obrar positivo, en especial cuando se trata de evitar un particular efecto (la cesación de una determinada publicidad sólo se logra mediante la dación de las instrucciones necesarias para que deje de emitirse o publicarse un anuncio, o para que se retiren las vallas publicitarias instaladas); en estos supuestos, la cesación se aproxima a la remoción de los efectos, si no llega a coincidir materialmente con ella.

La eficacia práctica de la condena de cesación sólo se puede asegurar, en su caso, mediante la remoción de los efectos o rectificación de las informaciones, medidas que, ellas mismas, son objeto de sendas acciones de competencia desleal (artículo 18.3 y 4 LCD). *De lege data* no parece posible acudir con este fin a la imposición de multas coercitivas o medidas similares, que no pueden fundarse ni en una norma general ni en la extensión por analogía de lo previsto en materia de defensa de la competencia.

c) La acción de remoción

La acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal (artículo 18.3 LCD) tiene un carácter autónomo respecto de la acción de cesación: no sólo permite el aseguramiento de la condena a cesar, sino también y principalmente la eliminación de aquel estado de cosas contrario a Derecho traído por el acto de competencia desleal que sea duradero; eso es, de aquel estado de cosas que pueda persistir igualmente cuando no existe riesgo de continuación o de repetición del acto de competencia desleal. A diferencia de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, la acción de remoción está orientada por criterios estrictamente concurrenciales, por lo que su objetivo consiste en la eliminación de una distorsión actual de la competencia, y no en la reparación de los efectos dañosos producidos en el pasado por el acto combatido.

Las medidas de remoción de efectos sólo pueden alcanzar al demandado -esto es, su ejecución sólo ha de incidir en la esfera personal o patrimonial del demandado-, no a los terceros. Para ello es preciso que la condena de remoción sea dictada en un proceso en el que hayan sido demandados, lo que presupone que ellos mismos sean autores del acto de competencia desleal denunciado, que hayan cooperado a su realización, que sean trabajadores o colaboradores de los anteriores (artículo 20 LCD), o bien que hayan realizado un acto de competencia desleal distinto pero relacionado con el anterior. En este mismo orden de cosas, podrán ser objeto de ejecución *in natura* las medidas de remoción acordadas judicialmente que consistan en un hacer que no pueda calificarse de hacer personalísimo.

Para que sea acogida la acción de remoción se requiere que el acto de competencia desleal produzca efectos distorsionadores de la competencia, así como también, aunque el texto legal guarde silencio en este punto, que tales efectos persistan no obstante la cesación. No parece exigible con carácter general, en cambio, la plena realización del acto de competencia desleal. Resultan, en efecto, fácilmente imaginables hipótesis en las que pueden existir efectos potencialmente distorsionadores de la competencia sin que todavía se haya realizado el acto de competencia desleal (material publicitario con indicaciones engañosas que aún no se ha distribuido). En estos casos, y del mismo modo en que se admite para la acción de cesación preventiva (prohibición del acto no realizado pero inminente), debe acordarse la remoción, como necesario complemento y desarrollo de la cesación cuando no sea suficiente por sí misma para asegurar que el acto desleal no se realizará (sin merma de su respectiva autonomía). No son presupuestos de la acción de remoción, ni el dolo o culpa del demandado, ni el riesgo de repetición, ni la producción de una lesión patrimonial.

El contenido y extensión de la remoción sólo podrá determinarse caso por caso, en atención a los efectos que produce (o que podría producir) el acto que motiva la demanda y de cuya eliminación se trata. En cualquier caso, puede avanzarse que las medidas de remoción que se acuerden han de ser objetivamente adecuadas para eliminar los efectos del acto de competencia desleal y, además, han de ser proporcionadas. Por otro lado, y ahora con un carácter particular, la remoción puede actuar sobre los objetos en que se materializa el acto de competencia desleal (ellos mismos fuente de ulteriores perturbaciones concurrenciales en cuanto susceptibles de ser utilizados o explotados en el mercado: material publicitario, productos imitados, documentos, moldes, patrones, envoltorios, envases, etiquetas...) mediante su modificación, restitución (secretos empresariales), retirada del tráfico o incluso destrucción; sobre los registros en que se ampara un derecho (patente, modelo de utilidad, diseño industrial, marca, nombre comercial, rótulo...) cuya obtención o utilización sea desleal, mediante su cancelación o modificación; sobre las informaciones

contenidas, manifestaciones o indicaciones desleales, mediante su rectificación (que ha sido objeto de una regulación particular y de la que se trata infra d)); sobre los contratos realizados o establecidos a raíz del acto de competencia desleal (captación desleal de clientes o de colaboradores), mediante su suspensión temporal o incluso mediante la declaración de su ineficacia.

d) La acción de rectificación

Con la acción de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas y falsas se da cabida a la pretensión de corrección (publicitaria o no) entre las acciones derivadas de la competencia desleal (artículo 18.4 LCD). Así se había hecho ya, de modo expreso, para la publicidad ilícita [artículo 31.d) LGP]. Si bien la determinación judicial (negativa) de la configuración de un acto que se ha considerado desleal no parece en absoluto superflua (que es el otro contenido que en principio podría atribuirse a la acción de rectificación), este extremo no deja de ser propio del contenido de la condena de cesación. La relativa novedad y, sobre todo, la excepcionalidad y rigurosidad de sus presupuestos, en cambio, no hacen obvio que la corrección del acto desleal quede comprendida, sin una previsión expresa, en la acción de remoción. De ahí que parezca preferible entender que la acción de rectificación derivada de la competencia desleal es, en realidad, una acción que tiene por objeto la corrección de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Aunque no deja de ser una especie de la acción de remoción, debe valorarse de forma positiva que, así entendido, la acción de rectificación se haya reconocido en forma separada respecto de la acción de remoción, precisamente por la diferencia en sus respectivos presupuestos (en particular, y como se verá, no basta que perduren los efectos del acto de competencia desleal para dictar una condena de rectificación).

Cualquiera que sea el *nomen iuris* asignado legalmente a esta acción, no puede pasarse por alto que la difusión de informaciones incorrectas o falsas no constituye *per se* un acto de competencia desleal. En este sentido, la acción de rectificación está reservada a remover los efectos de los actos cuya deslealtad pueda basarse en la difusión de informaciones engañosas, incorrectas o falsas: actos de engaño y de comparación engañosa, así como, aunque quizás en menor medida, actos de denigración y de comparación denigratoria. Pero no a cualquier supuesto de acto de engaño, de denigración o de comparación desleal, sino sólo a aquellos cuya ilicitud derive de la presencia de informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Ello da lugar a dos consecuencias de distinto sentido. En primer término, no podrá pretenderse la rectificación cuando la deslealtad de estos actos tenga un sustento fáctico diverso, como sucede cuando la denigración es desleal por no ser pertinentes o por tener un carácter estrictamente personal las manifestaciones realizadas o difundidas, o bien cuando la comparación es desleal por no ser análogos o relevantes los extremos comparados, o incluso por no haberse podido comprobar si es que no se ha demostrado su inexactitud o falsedad. En segundo término, no podrá pretenderse la rectificación cuando la deslealtad del acto considerado se base en la omisión de indicaciones o manifestaciones verdaderas, o bien, ahora desde un ángulo negativo, cuando no radique en una información difundida mediante indicaciones o manifestaciones, sino v. gr., en la misma forma de presentación de las alegaciones, indicaciones o manifestaciones (publicidad encubierta).

Por la extremada trascendencia de sus repercusiones, la condena de rectificación debe exigir la concurrencia de ciertos presupuestos especialmente rigurosos: de un lado, se requiere que los efectos residuales (que se manifiesten más allá de la cesación) del acto de competencia desleal sean graves y extraordinariamente duraderos y, de otro lado, se requiere que la rectificación sea un remedio proporcionado y eficaz. En el primer sentido, la adopción de la condena a rectificar exige una comprobación cuidadosa de la efectiva persistencia de los efectos del acto de competencia desleal y de los riesgos que ello comporta. Así, la rectificación debe reservarse para los casos en que, por el contenido de los mensajes falaces y por la duración e intensidad con que circularon, se haya inculcado a los consumidores un convencimiento erróneo acerca de la naturaleza, características, condiciones o utilidad, de determinadas actividades, prestaciones o establecimientos, o bien se haya provocado entre los consumidores un descrédito de la persona, actividades, establecimiento o prestaciones del demandante o de un tercero tan acendrados (engaño y denigración) que no sólo no vayan a desaparecer con la cesación del acto desleal (es más, pudieran ser reavivados por nuevos mensajes del todo veraces[8]), sino que vayan a seguir influyendo decisiva y efectivamente en las decisiones de los consumidores (de ahí que pueda descartarse su aplicación en los supuestos de ofertas promocionales, que por definición tienen una reducida duración). Esta influencia decisiva y efectiva ciertamente podrá ser modulada y exigirse con una intensidad diversa en función de los riesgos deriva-

[8] Como destaca C. Fernández-Novoa, Estudios de Derecho de la publicidad, ob. cit., p. 280.

dos de la contratación de las prestaciones promocionadas para los consumidores. Asimismo, y sobre lo anterior, es necesaria una comprobación de la gravedad de tales efectos, hecha a partir de una valoración de los intereses involucrados, especialmente atenta a los riesgos que para los intereses de los consumidores (en particular para su seguridad y su salud[9]) pudieran comportar los efectos residuales del acto de competencia desleal (por ejemplo, contratación de las prestaciones promocionadas mediante el acto desleal). En el segundo sentido, se requiere no sólo que la cesación sea insuficiente para la eliminación de los efectos del acto desleal, sino, también, que la rectificación sea el único remedio posible para deshacer la situación creada por el acto desleal, que sea proporcionada y, además, que sea realmente eficaz para ello. La prueba de la concurrencia de todos estos requisitos compete al demandante que exige la rectificación. No son presupuestos de esta acción ni el dolo o culpa del sujeto agente, ni la producción de un daño.

La rectificación consiste en la difusión de una comunicación que deberá advertir de forma expresa y clara de la inexactitud o falsedad de las indicaciones o manifestaciones difundidas con anterioridad y que, si fuere imprescindible para poner término a los efectos residuales del acto de competencia desleal, deberá proporcionar también la información exacta y veraz que resulte pertinente. En todo caso, la rectificación deberá incluir una referencia expresa al hecho por el que se realiza en cumplimiento de una sentencia dictada por competencia desleal. La rectificación no consiste, por tanto, en la mera publicación de la sentencia de condena, que acertadamente se ha configurado como modalidad de reparación *in natura* de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de competencia desleal (artículo 18.5 LCD). Lo extraordinario de este remedio obliga a que la sentencia de condena fije cuidadosamente tanto el contenido de la rectificación, como las condiciones en que habrá de difundirse: el medio (en esencia, comunicaciones individualizadas orales o escritas a los afectados y/o publicación en medios de comunicación social) y la duración. El criterio determinante al respecto es el aseguramiento de que la rectificación llegue al público que en su día recibió las informaciones engañosas, inexactas o falsas y de que efectivamente elimine los efectos residuales del acto de competencia desleal.

La condena a rectificar únicamente puede imponerse de modo directo al autor de la difusión de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas en que se funde el acto de competencia desleal considerado en cada caso. No puede imponerse, en cambio, a quienes hayan cooperado en su realización, como editores, entidades de radiodifusión, etc. salvo que hayan hecho propias tales informaciones. A estos sujetos, y siempre que fueran igualmente demandados (artículo 20 LCD), habrá de condenárseles, de un lado, a hacer público su distanciamiento respecto de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; y, de otro, a difundir a su costa la rectificación en los términos establecidos judicialmente.

e) La acción de resarcimiento de daños y perjuicios

La acción de resarcimiento de daños y perjuicios (artículo 18.5 LCD) no ocupa un lugar central en el sistema de acciones contra la competencia desleal, ni desde un punto de vista funcional ni desde un punto de vista económico. Como se ha advertido anteriormente, este rol principal corresponde a la acción de cesación y, en menor medida, a la acción de remoción. La función de la acción de resarcimiento es triple. Si por un lado tiene una función resarcitoria, por otro no deja de cumplir una función disuasiva o preventiva de nuevos actos de competencia desleal y, en conjunto, una función aseguradora del mantenimiento del orden concurrencial libre y no falseado.

El resarcimiento de los daños y perjuicios procede si el acto de competencia desleal ocasionó una lesión patrimonial (daño emergente y lucro cesante) efectiva y, de otro lado, si su autor procedió con dolo o culpa.

Dolo y culpa fundan en igual medida la responsabilidad por daños y perjuicios, si bien en este último caso se abre la posibilidad de moderar la responsabilidad en atención a una eventual conducta igualmente culposa del actor (omisión de un requerimiento o de otras medidas que hubieran podido evitar o aminorar el daño). El dolo consiste en el conocimiento efectivo de la deslealtad de la propia actuación, pero también en la consciente aceptación de la deslealtad o no comprobación de la deslealtad cuando ya se ha decidido la actuación y la ilicitud concurrencial se tiene por posible; no se exige, en cambio, voluntad de ocasionar un daño o aceptación de un daño como consecuencia de la actuación desleal. Por su parte, la culpabilidad consiste en el conocimiento debido de la deslealtad de la propia

[9] Extremo que ya apuntara, mediante una referencia al artículo 8 LGP en este contexto, C. Fernández-Novoa, Derecho de los Negocios, núm. 7, 1991, p. 2.

actuación, y no sólo en el conocimiento de las circunstancias de hecho en que se funda su deslealtad (necesario como regla general para que la actuación constituya un acto de competencia desleal); como en el caso anterior, tampoco es preciso que dicho conocimiento debido se extienda a los daños y perjuicios ocasionados a terceros. En la apreciación de la culpa debe procederse de un modo estricto. Como regla general la culpa se puede afirmar en todos los casos en que un examen diligente de la propia actuación y de las circunstancias del caso (extremo que ha de valorarse en atención a las condiciones del demandado, que no necesariamente es un empresario) hubiere permitido pronosticar la deslealtad o hubiere permitido superar un error acerca de su calificación jurídica como acto de competencia desleal; por el contrario, sólo parece posible negar la culpabilidad, incluso cuando haya mediado un requerimiento de cese, en los casos en los que existan dudas acerca del enjuiciamiento (calificación jurídica) de una determinada conducta, sea por el carácter novedoso (falta de precedentes) y complejo del supuesto, sea por la existencia de precedentes contradictorios, si en cualquiera de estas circunstancias se ha obtenido un asesoramiento externo independiente que ofrezca razones serias y fundadas para entender que la actuación considerada es conforme a Derecho. Observa igualmente una conducta dolosa o culposa quien inicialmente no procedió con dolo o culpa si con posterioridad se encontró en cualquiera de las situaciones expuestas y, ello no obstante, continuó en la realización del acto de competencia desleal.

El actor habrá de probar cumplidamente todos estos presupuestos, así como la relación de causalidad. Aunque resulte ciertamente discutible, quizás no pueda descartarse que juzgados y tribunales acaben por aceptar una extensión de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por riesgo u objetivación de la responsabilidad extracontractual del que causa daño a otro en ejercicio de una actividad empresarial[10]. A mi modo de ver, y considerados sus fundamentos y antecedentes, sólo estaría justificado que prosperara esta doctrina en relación a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores; en cambio, no existen razones que puedan avalar su aplicación en relación con los daños y perjuicios causados a otros competidores[11].

El resarcimiento puede consistir tanto en la reparación por equivalente o pecuniaria, como en la reparación específica o *in natura*. Aunque en un plano teórico a esta última corresponde prioridad sobre la primera, lo cierto es que la reparación específica juega un papel limitado en materia de competencia desleal. Ello se debe a que la restauración de la situación anterior es principalmente asumida por la acción de remoción y de rectificación. No obstante lo anterior, una de las modalidades de reparación específica ha sido objeto de una mención particular: la publicación de la sentencia a costa del demandado.

Como se desprende de lo anterior, la publicación de la sentencia no puede considerarse como un complemento de la reparación pecuniaria, sino como una alternativa. A ella se ha de recurrir en los supuestos, no precisamente escasos, en que la cuantificación de los perjuicios no sea posible en absoluto o no sea posible en parte; en este último caso, la publicación de la sentencia se suma, pero no completa, a la reparación del daño emergente. Nada ha dispuesto el legislador acerca del modo en que debe hacerse la publicación de la sentencia, en particular no ha precisado ni el lugar ni el contenido de la publicación. Son extremos que, como no podía ser de otro modo, se han confiado a jueces y tribunales, pues sólo pueden resolverse adecuadamente a la vista de las circunstancias del caso. En principio, debe ordenarse que la publicación se realice en los mismos medios de comunicación social en que apareció la publicidad desleal y, en los demás supuestos, que se realice de forma tal que la noticia de la sentencia llegue de modo suficiente y proporcionado a los clientes del afectado por el acto de competencia desleal, incluida la publicación en medios de comunicación social. El contenido de la publicación debe reducirse, en principio, a un extracto de la sentencia (elaborado por el juzgador) o a la parte dispositiva de la sentencia. No parece adecuado, por el contrario, que el objeto de la publicación sea el texto entero de la sentencia, que si puede ser de interés para los juristas no lo es en absoluto para el público en general, e incluso puede cuestionarse si tiene alguna utilidad como medida de resarcimiento cuando, por su extensión y más que necesaria complejidad, pasa inadvertida o no es comprendida por los destinatarios naturales de la misma. La previsión de una publicación de la sentencia a costa del demandado como sanción del acto de

[10] Con detalle acerca del proceso de objetivación de la responsabilidad extracontractual y especial delimitación de sus hitos para la responsabilidad del empresario, S. Cavanillas, La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia, Aranzadi, Pamplona, 1987, pp. 46 a 103.

[11] No obstante, STS 30-V-92, Construcciones Agrícolas Aguirre, S.L. c. Vicon España, S. A.È = RAJ número 4832, con nota crítica en este punto de J. Massaguer, CCJC , número 29, 1992, p. 610 ss., pp. 635 a 637.

competencia desleal no impide que el actor-victorioso la publique a su costa; las resoluciones judiciales, en efecto, son de libre publicación, dado su carácter de acto oficial público (artículos 24.2 y 120.1 CE, artículo 266.1 LOPJ[12]) y dada la licitud de la difusión de información veraz concurrencialmente desfavorable a un agente económico siempre que sea pertinente (arg. ex artículo 9 LCD[13]); el actor, pues, puede dar publicidad a la sentencia de forma íntegra o de forma extractada, pero sin alteraciones, mutilaciones, adiciones o comentarios denigratorios para la parte demandada-vencida.

A los efectos del resarcimiento por el equivalente, los daños comprenden la pérdida directamente producida por el acto de competencia desleal: aminoración del valor de la imagen y expectativas de negocio del actor (que no logren repararse con la cesación y, en su caso, rectificación, o con las medidas que hubiere podido adoptar el actor); valor de objetos sustraídos que no puedan recuperarse u objetos dañados; gastos para la prevención de los efectos sobre la clientela (publicación de anuncios, envío de comunicaciones...) que puedan considerarse necesarios y proporcionados en atención a los efectos del acto de competencia desleal así combatido o prevenido; investigación y acopio de pruebas, asesoramiento; paralización de la producción o comercialización... Entre los daños resarcibles no pueden contarse los daños morales: aunque sin duda un acto de competencia desleal puede ocasionarlos (denigración), se producen en un ámbito absolutamente ajeno al propio de la Ley de Competencia Desleal y, así, al margen de su finalidad y objeto, no son daños morales sino patrimoniales los relacionados con la pérdida de imagen y buen nombre del actor.

Los perjuicios, de su lado, son los beneficios dejados de obtener como consecuencia del acto desleal, la diferencia entre el valor actual del patrimonio del actor y aquel que habría tenido si no se hubiere realizado el acto de competencia desleal. La cuantificación de los perjuicios encuentra enormes dificultades en la práctica, que se manifiestan fundamentalmente, y como es obvio, en la reconstrucción del valor hipotético del patrimonio del actor, puesto que debe hacerse en atención a un también hipotético desarrollo de las cosas que obliga a considerar, en particular, circunstancias tales como la situación y tendencias del mercado, las medidas adoptadas para evitar los efectos del acto ilícito o la actuación de los demás cometidores. La complejidad de los factores que influyen en este proceso de cálculo, sumada a la diversidad entre las situaciones a que dan lugar los diferentes actos de competencia desleal impiden fijar reglas generales (al menos sin abandonar el esquema general del resarcimiento de una lesión patrimonial extracontractual): *ad ex.*, la consideración de la cifra de negocios del autor del acto de competencia desleal en relación con los productos afectados podría servir para reparar los perjuicios que ocasiona una imitación idónea para generar asociación, pero no lo es de ninguna forma para reparar los que produce esa misma imitación si comporta un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, como en general no lo es en ningún caso en que el perjuicio, del modo en que sucede en una buena parte de los actos de competencia desleal, consista en la desviación de clientela. Lo cierto es que no existe ninguna norma que proporcione al juzgador específicos criterios para la determinación de los perjuicios y que, de otro lado y por ello mismo, facilite al actor la prueba de la cuantía de los perjuicios, en particular acerca de la hipotética evolución de sus ingresos y gastos en el caso de que no se hubiere realizado el acto de competencia desleal. Finalmente y como consecuencia obligada del principio de territorialidad que rige en esta materia, sólo son resarcibles los daños y perjuicios ocasionados en el mercado español.

f) La acción de enriquecimiento injusto

Finalmente, la acción de enriquecimiento injusto (artículo 18.6 LCD) procede si el acto de competencia desleal comporta la intromisión en la esfera de exclusiva asegurada por el ordenamiento al actor, sea de modo directo mediante un derecho de exclusiva (*ius prohibendi*) o indirectamente (situación de contenido económico análogo a un derecho de exclusiva)[14]. Su previsión viene a llenar el hueco que, en estos supuestos, dejan algunos de los elementos característicos de la acción de resarcimiento, como son, de un lado, la exigencia de dolo o culpa y, de otro, la limitación de la reparación a los daños y perjuicios efectivamente sufridos (condición que no tienen ni el daño cesante ni el lucro emergente

[12] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial = BOE 1985/157.

[13] En esta línea, STS 28-VII-95 = RAJ 1995/2791.

[14] Vid. C. Fernández Novoa, El enriquecimiento injusto en el Derecho Industrial, Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia, La Coruña, 1996, passim. En general, para los bienes inmateriales, L. Diez-Picazo, en M. De la Cámara y L. Diez-Picazo, Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa, Civitas, Madrid, 1988, pp. 124 y 125.

logrados a través de la invasión de una esfera de exclusiva ajena).

El condicionamiento de la acción de enriquecimiento a la lesión de una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva, y no del propio derecho de exclusiva, o de una situación económica análoga, no añade un presupuesto particular a los presupuestos propios de esta acción según el Derecho común. Tampoco constriñe de otro modo el campo operativo de la acción de enriquecimento injusto. Al contrario, con aquella previsión se define el supuesto de hecho, especificando el alcance propio de esta acción (el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro) en materia de represión de la competencia desleal. Para que se produzca dicho tránsito, en efecto, es preciso que exista algún tipo de título jurídico o de hecho (pero también éste jurídicamente protegido) sobre el bien económico afectado por la acción ilícita de un tercero (en este caso, por el acto de competencia desleal), título que justamente se identifica como «posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico». Entre las posiciones amparadas por un derecho de exclusiva se cuentan los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual (en el bien entendido de que la pretensión de enriquecimiento injusto comprendida en la acción de competencia desleal no se basa en la mera violación del correspondiente *ius prohibendi*). Entre las posiciones de análogo contenido económico, se deben contar las posiciones activas en la relación entre un sujeto y un determinado bien económico, en que el ordenamiento reserva a su titular la explotación de dicho bien económico en ciertas circunstancias a través de cualquier mecanismo, incluido el Derecho contra la competencia desleal, que le legitime para impedir a los terceros su aprovechamiento (no necesariamente en todos los casos y bajo cualquier condición), salvo que cuenten con su autorización. Entre los bienes que son objeto de esta clase de posiciones de contenido económico análogo a los derechos de exclusiva se deben mencionar los signos distintivos no inscritos, los elementos y rasgos identificativos de una persona, los secretos empresariales, y las prestaciones protegibles frente a la imitación desleal.

La acción de enriquecimiento injusto por actos de competencia desleal, en suma, no es una acción conferida a los titulares de derechos de propiedad industrial o intelectual en casos de violación llana de estos derechos, sino a éstos por actos o aspectos de actos que no constituyen propiamente una violación de los mismos sino actos de competencia desleal (aprovechamiento indebido de la fama mediante utilización de una marca renombrada) y a los titulares de ciertos bienes económicos protegidos por el ordenamiento mediante mecanismos distintos también en casos de propia competencia desleal (confusión con signos distintivos no registrados, imitación de creaciones industriales o estéticas no protegidas mediante derechos de exclusiva que implica confusión, aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajenos, aprovechamiento indebido de la reputación ajena mediante la utilización de signos distintivos no registrados, de nombres, de elementos o rasgos de la personalidad de otro, explotación de secretos empresariales, etc). Así las cosas, el tránsito patrimonial que constituye el supuesto de hecho del enriquecmiento injusto no puede producirse de común en los supuestos de engaño, publicidad en especie, denigración, comparación, inducción a la infracción contractual, infracción de normas, discriminación o venta a pérdida; sino sólo en algunos casos de confusión, imitación, aprovechamiento de fama ajena y violación de secretos, así como quizás en algún supuesto de inducción a la infracción contractual.

Los presupuestos de la acción de enriquecimiento injusto y el contenido de la restitución pretendida con ella son los generales del Derecho Común, en cuyo seno la teoría del enriquecimiento injusto no es construcción legislativa, sino jurisprudencial. Estos presupuestos son, en primer lugar, el enriquecimiento patrimonial del autor del acto de deslealtad, que puede consistir tanto en la obtención de determinadas ganancias como, lo que aquí puede ser de un especial interés, en el ahorro de ciertos gastos que reporta el aprovechamiento de las prestaciones ajenas amparadas por un derecho de exclusiva o posición económicamente análoga; en segundo lugar, el empobrecimiento del que sufre el acto de competencia desleal, resultado de la usurpación de una posibilidad de uso o disfrute atribuida por el ordenamiento al actor, de modo que el enriquecimimento que experimenta el tercero se obtiene a costa del actor, en el sentido de que se logra mediante el aprovechamiento ilegítimo de su posición para el desarrollo de la propia actividad, y no en el sentido de que le ocasiona daños y perjuicios; finalmente, la falta de causa que justifique el enriquecimiento, extremo que se cumple en todos los supuestos en que pueda afirmarse la comisión de un competencia desleal. No son presupuestos de la acción de enriquecimiento ni el dolo ni la culpa del autor del acto desleal.

El objeto material de esta acción no es la restitución de la integridad de la posición jurídica amparada por el derecho de exclusiva u otra económicamente análoga lesionada por el acto de competencia desleal (de ello se ocupan las acciones de cesación y

remoción), sino sólo la reintegración del equivalente. La condena, por tanto, consiste en la compensación por el indebido aprovechamiento de un elemento patrimonial ajeno y, así, tiene por objeto la suma de dinero en que se evalúa el enriquecimiento. Dicha suma puede consistir en el ahorro de costes que el acto de competencia desleal ha reportado a su autor, esto es, en el valor de uso del bien económico usurpado, que normalmente se fijará como porcentaje sobre ingresos obtenidos como consecuencia de la realización del acto de competencia desleal (importe de una licencia por el uso del bien económico deslealmente apropiado). Su determinación ha de hacerse en forma objetiva y según los parámetros ordinarios del sector (es decir, prescindiendo de que la política del actor no sea la concesión de licencias, pero atendiendo al valor de uso que tenga en el mercado el bien económico de que se trate). No puede eludirse esta condena en el caso de que la realización del acto de competencia desleal no hubiese permitido la obtención de una ganancia. De otro lado y para los casos en que la ganancia exceda del importe del ahorro de costes, la suma a cuyo pago ha de condenarse al autor del acto de competencia desleal que se haya enriquecido, consistirá en el importe de la ganancia obtenida de este modo que sea reconducible a la utilización del bien económico deslealmente usurpado. La condena no puede tener por objeto en este caso el importe de los ingresos logrados mediante el acto de competencia desleal, puesto que en tal caso se le beneficiaría igualmente con la parte de ingresos destinada a cubrir los costes propios del infractor (distintos de los que corresponden al uso no autorizado del bien económico deslealmente usurpado) que no soporta el actor.

Así las cosas, la acción de enriquecimiento no tiene en materia de competencia desleal un carácter subsidiario, como tampoco lo tiene con carácter general; el objetivo que persigue no puede ser alcanzado a través de ninguna otra de las acciones de competencia desleal. En particular son distintas las nociones y el contenido de daños y perjuicios, de un lado, y, de otro, de enriquecimiento injusto. No obstante, la ganancia dejada de obtener puede coincidir conceptualmente con el empobrecimiento padecido, aunque no económicamente de modo necesario: en un caso de violación de secretos, por ejemplo, normalmente no coincidirán los beneficios dejados de obtener por el actor mediante su explotación con la ganancia del que adquirió y reveló el secreto a un tercero (el precio de la cesión que el titular del secreto pensaba conceder podría ser inferior al precio pagado al espía, o viceversa), ni con los beneficios obtenidos por éste con su explotación.

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de competencia desleal está reconocida no sólo a favor de las personas cuyos intereses se ven directamente afectados por el acto de competencia desleal, sino también a favor del conjunto de personas que, por hallarse en una misma situación, se ven afectadas de igual forma por el acto de competencia desleal (artículo 19 LCD)[15]. El respeto y salvaguardia de esta dualidad interés individual/interés público en el ámbito de la legitimación activa es exigencia sistemática, por lo demás, del modelo de tutela institucional de la competencia económica y de los presupuestos materiales del ilícito de deslealtad concurrencial. De ahí el reconocimiento separado de una legitimación activa a título individual y de una legitimación activa a título colectivo, concebida como medio de efectiva tutela de los intereses del conjunto (de una clase) de partícipes en el mercado.

A título individual, tienen reconocida legitimación activa las personas que participan en el mercado y resultan directamente perjudicadas o amenazadas en sus intereses económicos por el acto de competencia desleal (artículo 19.1 LCD). La acción de competencia desleal no se configura como una acción pública; de la fórmula normativa resulta patente, además, la voluntad del legislador de evitar esta evolución y, por ello, la necesidad de extremar la prudencia, que no es ineludiblemente lo mismo que ser restrictivos, en el reconocimiento de la legitimación activa a título individual. El ámbito subjetivo del reconocimiento de acción está delineado, ante todo, por las referencias a la condición de partícipe en el mercado y a los intereses económicos. Las personas que participan en el mercado son aquellas en cuyo interés se establece la represión de la competencia desleal (artículo 1

[15] Artículo 19 LCD: Legitimación activa.- 1. Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior.
La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.
2. Las acciones contempladas en los números 1 a 4 del artículo anterior podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:
a) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.
b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.

LCD), incluidos los consumidores (aunque en la práctica el reconocimiento de legitimación activa a título individual en favor de los consumidores tiene un simple valor simbólico), y no sólo aquéllas que forman parte del círculo de destinatarios de la prohibición de competencia desleal (artículo 3.1 LCD). Ello, sin embargo, no es óbice para exigir la condición real y efectiva de partícipe en el mercado, sea como consumidor o como operador económico profesional. En este último caso aquella condición se satisface tanto a través del desarrollo real y efectivo de una actividad de producción, mediación o prestación de bienes o servicios para el mercado (en España), como de la preparación de estas actividades (campañas de publicidad). En esta línea, se debe negar la legitimación activa a quien haya cesado su actividad en el mercado, si bien al respecto conviene proceder con prudencia y considerar cuidadosamente las posibilidades reales de reiniciar la actividad y la medida en que la actuación combatida afecta a dichas posibilidades. Los intereses económicos son los que, considerada la actividad que se lleva a cabo en el mercado, tiene cada partícipe en relación al aspecto del orden concurrencial afectado por el acto que se considere. La referencia al perjuicio o amenaza directa de los intereses económicos no ha de servir para introducir por esta vía la producción real o potencial de un daño patrimonial o la relación de competencia como presupuestos de la deslealtad de un acto concurrencial; de ahí que la legitimación activa no quede limitada a los competidores efectiva o potencialmente afectados por el acto de competencia desleal y, consiguientemente, de ahí que tampoco tenga mucho sentido entrar a considerar quiénes son competidores y quiénes no. En este sentido, el perjuicio y la amenaza directa de los intereses económicos sólo concretan el interés legítimo exigible para iniciar una causa de esta naturaleza. Por ello estas circunstancias concurrirán en las personas que resulten personal e inmediatamente alcanzadas por la repercusión que el acto de competencia desleal tenga sobre la estructura competitiva y/o el funcionamiento concurrencial del mercado, afectando negativamente a la propia posición o actividad en el mercado.

No concurrirán, en cambio, por el solo hecho de que se sufra o se pueda sufrir cualquier clase de perjuicio patrimonial o relativo a bienes o derechos no directamente protegidos por la represión de la competencia desleal a resultas de un acto de competencia desleal: el criterio de la causalidad no es bastante para aceptar una legitimación activa cuando el perjuicio o amenaza de los propios intereses sea ocasionado por el perjuicio o amenaza de los intereses de un tercero con el que se mantiene relación (como acreedor, socio, inversor interesado...), éste sí producido por el acto de competencia desleal.

A título colectivo, por su parte, están legitimados para ejercitar la acción de competencia desleal las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos (asociaciones de empresarios, colegios profesionales, gremios...) y las asociaciones de consumidores. Su legitimación activa no alcanza a todas las pretensiones propias de la acción de competencia desleal, sino sólo a las de declaración, cesación, prohibición, remoción y rectificación (artículo 19.2 LCD, artículo 25.1 LGP). Ello no obstante, estas entidades están legitimadas para interponer las acciones de resarcimiento y de enriquecimiento en los casos en que el acto de competencia desleal afecte a estas entidades en cuanto tales y, en su caso, propicie el aprovechamiento de un derecho de exclusiva o situación análoga propios de ellas.

Este reconocimiento de legitimación activa se efectúa en términos muy generosos, y no se ve limitada por ninguna norma particular que sancione específicamente los abusos de la misma. Desde un punto de vista formal, sólo se exige una forma jurídica que tenga reconocida capacidad para el ejercicio de acciones (artículo 7.3 LOPJ), un estatuto específico que les atribuya como finalidad la promoción de los intereses económicos de sus miembros, o en su caso, la defensa de los intereses de los consumidores. No es preciso requerir a estos efectos que sus normas de gobierno o sus estatutos contengan una expresa mención de la represión de la competencia desleal. Desde un punto de vista material, finalmente, se requiere que el acto de competencia desleal combatido caiga en el ámbito de actividades de sus miembros. Así sucede cuando sus miembros resultan directamente perjudicados o amenazados en sus intereses económicos. Atendidas la finalidad de tutela institucional de la competencia asumida por la ley y la supresión de la relación de competencia como elemento material del ilícito, nada puede oponerse a la legitimación activa de las asociaciones intersectoriales.

En particular, una asociación de consumidores tiene legitimación para ejercitar la acción de competencia desleal sin necesidad de estar constituida con arreglo a la Ley de Asociaciones o como una cooperativa de consumo e inscrita en el correspondiente libro de registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo. Ello sólo es requisito para gozar de los beneficios que la legislación de defensa de los consumidores otorga a las asociaciones de consumidores (artículo 20 LCU). Sin embargo, el ejercicio de acciones ante los órganos de la jurisdicción, y en particular, el ejercicio de la acción de competencia desleal, no tiene esta consideración; sí lo tiene, por el contrario, el beneficio de justicia gratuita. En la práctica, no

obstante, la exclusión de la posibilidad de ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios[16], de un lado, y, de otro, los costes que lleva aparejado el proceso por competencia desleal, en especial la fianza requerida para la adopción de medidas cautelares y los gastos que exige el acopio de pruebas, puede desembocar en que las asociaciones de consumidores prefieran, a pesar de ser menor su eficacia, las acciones por publicidad ilícita: el requerimiento extrajudicial les asegura un significativo protagonismo en la vida económica y política a un coste muy bajo les conviene, sobre todo, la denuncia ante los órganos de la Administración en los casos en que el acto de competencia desleal comporte un ilícito en materia de consumo, un ilícito de comercio interior o un ilícito *antitrust*: la tramitación del expediente y, por tanto, la investigación de los hechos compete a la Administración, que asume íntegramente los gastos que genera, y la asociación de consumidores tiene garantizada su intervención en el eventual procedimiento administrativo como parte interesada.

Carecen de legitimación activa para ejercitar la acción de competencia desleal tanto la Administración, como el Ministerio Fiscal. En relación a la primera, su omisión de entre los legitimados para interponer la acción de competencia desleal[17] contradice y deja sin contenido material efectivo las previsiones de buena parte de las normas autonómicas, que todavía atribuyen competencia para velar por el cumplimiento de la legislación estatal contra la competencia desleal a los órganos de la Administración autonómica encargados de aplicar las normas sobre prácticas comerciales. Ello no obstante, los órganos administrativos competentes, *rectius*: las Administraciones en que se encuadren tienen reconocida la legitimación para interponer la acción de publicidad ilícita (artículo 25.1 LGP, así como la extraña y probablemente vacía de efecto práctico Disposición Adicional Segunda LOCM, sin otra limitación en principio que la derivada de la exigencia general de que el particular supuesto de publicidad ilícita afecte a los intereses generales (artículo 103 CE). De ahí que, no obstante la falta de precisión que en este punto adolece la norma, los órganos administrativos competentes para el ejercicio de la acción de publicidad ilícita sean tanto aquellos que tienen expresamente atribuida la legitimación para el ejercicio de esta acción por disposición legal, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 94 II LMV[18]), el Banco de España (artículo 11.5 OM 12-XII-89[19]) o algunos organismos autonómicos (artículo 10 LAC del País Vasco), como aquellos otros organismos cuyas funciones legalmente establecidas comprenden de forma más o menos genérica el ejercicio de acciones en defensa de los intereses cuya tutela tienen específicamente encomendados, como es por ejemplo el caso de los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen. Con todo, debe tenerse en cuenta que la legitimación activa de la Administración no es en este caso emanación de su *imperium* sino una facultad de Derecho Privado. De ahí que la eventual concurrencia de diversos órganos administrativos competentes deba resolverse reconociendo a todos la legitimación, y no seleccionando a uno de ellos como el único órgano competente, en la medida en que el acto considerado tenga difusión nacional o no quede comprendido en el ámbito de competencias ejecutivas autonómicas.

De otro lado, para el ejercicio de la acción de publicidad ilícita no cuenta la Administración con ningu-

[16] Sobre la inviabilidad técnica de la reclamación de daños y perjuicios ocasionados a una pluralidad no determinada de personas, J. J. Marín, en R. Bercovitz y J. Salas, Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Civitas, Madrid, artículo 20.1, 2, pp. 569 a 573, con ulteriores referencias.

[17] Esta omisión se debe a la enmienda número 74 del Grupo Socialista en el Congreso, que trajo la supresión del artículo 20.2.c) PLCD: «Las acciones contempladas en los números 1+ a 4+ del artículo anterior podrán ejercitarse además por las entidades siguientes:... La Administración del Estado y, en su caso, la de las Comunidades Autónomas, respecto de aquellos actos que afecten al interés público o el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado... », con la lapidaria motivación que sigue: «Técnica. Tratarse de una eventualidad prevista en la Ley de Disciplina de Mercado», como si alguna vez la legislación estatal hubiera contado con semejante Ley. Otra cosa hubiera sido si de este modo se hubiera estimado que sólo los órganos de defensa de la competencia debían tener legitimación para actuar contra los actos de competencia desleal y ello de conformidad con el régimen de sanciones y según el procedimiento propios de la legislación de defensa de la competencia y, además, sólo en casos de grave afectación de un peligro para el mantenimiento de la competencia en el mercado que afectara gravemente a los intereses públicos, pues ello ya se había logrado con el artículo 7 LDC. Como se indica en el texto, aún en este caso la decisión de política legislativa quizás no fuera tampoco feliz, pues sin duda existe un buen número de supuestos, como pueden ser, por ejemplo, los relativos al engaño, en los que no concurren los requisitos del artículo 7 LDC pero está justificada la intervención de una administración pública, particularmente de los órganismos competentes en materia de comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios, estatales y autonómicos, que sin embargo carece de normativa y procedimiento administrativo de los que valerse para reprimirlos por tratarse de materias integradas en el ámbito de la defensa de la competencia, en el sentido amplio definido por la jurisprudencia constitucional.

[18] LMV: Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores = BOE núm. 181.

[19] Orden Ministerial (Ministerio de Economía y Hacienda) de 12 de diciembre de 1989 = BOE núm.

na previsión especial, lo que determina que también la Administración se vea sometida a la exigencia de previa reclamación. Sólo en el ámbito de la acción cautelar puede apreciarse algún trato privilegiado, como sin duda es la previsión de que (sólo) las medidas cautelares instaladas por la Administración puedan ser dictadas en las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda [artículo 30.1 a) II LGP], aunque tampoco en este caso se dispense expresamente a la Administración del requerimiento de previa reclamación extrajudicial de cese.

3. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva corresponde *prima facie* al autor material y al que coopera en la realización del ilícito (artículo 20 LCD)[20]. Si varias personas participan en la comisión de un acto de competencia desleal, una o unas como autor (es) y/o otra u otras como cooperador (es), cada una responde independientemente, según la naturaleza y efectos de su contribución, con la particularidad de la indemnización de los daños y perjuicios y de la compensación del enriquecimiento injusto cuando el acto de competencia desleal haya sido cometido por trabajadores y colaboradores (artículo 20.2 LCD).

Autor material del acto de competencia desleal es la persona que lo realiza u ordena: la persona que de forma voluntaria ejecuta o prepara la ejecución de un acto de competencia desleal, o a cuya decisión se debe su ejecución o su preparación por otro; no priva de la condición de autor a estos efectos el hecho de que se obre en representación de un tercero, incluso como miembro del órgano de administración de una persona jurídica (sin perjuicio de que ésta también sea autora como consecuencia de la imputación directa de la actuación de sus órganos). En todos los casos, la autoría está desvinculada respecto del aprovechamiento de la acción: igualmente merece la consideración de autor quien realiza u ordena la realización del acto de competencia desleal que únicamente beneficia a un tercero (cfr. artículo 2.2 LCD). El que coopera en la realización del acto de competencia desleal es la persona que, con medios materiales y personales propios, facilita o hace posible el comportamiento desleal de un tercero (como autor, quien decide por sí la realización del acto de competencia desleal) respecto del que no está subordinado jerárquica o técnicamente y, por esto mismo, con su negativa puede impedir la ejecución del acto de competencia desleal. En esta situación se encuentran, en particular, los medios de comunicación que difunden publicidad engañosa, denigratoria, parasitaria..., o a los distribuidores de imitaciones desleales.

Si en la realización o preparación de un acto de competencia desleal participan varias personas, como autores y/o como cooperadores, la acción podrá dirigirse, a elección del actor, contra todos, algunos o uno de ellos; no existe *litis-consorcio* pasivo necesario. Cuando la acción no se dirija contra todos los que hubieren participado en la realización o preparación del acto de competencia desleal, la elección de los demandados no está condicionada por su respectivo grado de implicación. Por supuesto, y a los solos efectos de la acción de cesación, deberá tenerse en cuenta la posibilidad de que haya desaparecido el riesgo de repetición respecto de alguno de los autores y/o cooperadores. Por otro lado, la precisa determinación de la condena, en particular en relación con la cesación, remoción, rectificación y enriquecimiento injusto, habrá de efectuarse a la luz de la forma de intervención en la realización o preparación de cada uno de los posibles demandados. La responsabilidad por daños y perjuicios, por el contrario, es solidaria (en el bien entendido de que se hayan logrado probar los requisitos exigidos para que sea acogida, y de modo particular la relación de causalidad entre la contribución de los demandados a la realización o preparación del acto de competencia desleal y los daños y perjuicios que ocasiona).

Los actos de competencia desleal ejecutados materialmente por trabajadores y colaboradores son imputados a su principal (artículo 20.2 LCD), esto es, a la persona por cuya cuenta y bajo su dirección obran. Lo aquí dispuesto no deja de ser una concreción y, al mismo tiempo, una parcial adaptación de la llamada responsabilidad por hecho ajeno. La relación laboral es una relación típica, ya de por sí considerablemente extendida por legislador y jurisprudencia. La relación de colaboración, por su parte, nace de un acuerdo, sea cual fuere su naturaleza, por el que una de las partes (colaborador) se obliga frente a la otra (principal) a prestar unos servicios o a realizar una obra bajo su poder de dirección y supervisión, sea de forma permanente o no, sea de

[20] Artículo 20 LCD: Legitimación pasiva.- 1. Las acciones previstas en el artículo 18 podrán ejercerse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.
2. Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en los números 1 y 4 del artículo 18 deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho Civil.

forma retribuida o no. Esta condición puede atribuirse, en particular, a las agencias de publicidad. Para que el acto de competencia desleal efectuado por trabajadores y colaboradores pueda ser imputado al principal será preciso que aquéllos hubieren actuado en el ejercicio de sus funciones y/o deberes contractuales. Así ocurre siempre que su actuación halla una inserción causal y funcional en el marco de la actividad de su principal. Es irrelevante, pues, que haya extralimitación de funciones por parte del trabajador o colaborador, que el principal hubiere ordenado o conocido la realización del acto de competencia desleal, que dicha realización se deba a la sola iniciativa del trabajador o colaborador, o incluso que, esto desde luego sólo a efectos de declaración, cesación, remoción y rectificación, hubiere desatendido las indicaciones u órdenes impartidas por el principal[21]. La acción del trabajaor o colaborador sólo deja de imputarse al principal si es exclusivamente privada, si fue realizada únicamente en su beneficio propio, aunque se haya ejecutado en el marco espacial u organizativo de la actividad de su principal.

Las acciones de declaración, cesación, remoción o rectificación derivadas de un acto de competencia desleal realizado por un trabajador o un colaborador «deberán dirigirse contra el principal» (artículo 20.2 LCD). En este caso, el principal responderá de la misma forma y con la misma extensión que lo haría su trabajador o colaborador. Si algún significado se ha de atribuir a la literalidad de los términos empleados por el legislador («deberán», y no «podrán») así como a la sistemática del precepto (ulterior remisión al régimen de Derecho común para las acciones de indemnización y de enriquecimiento injusto), parece que cuando se interponga una acción de declaración, cesación, remoción o rectificación por competencia desleal será necesario demandar al principal. De ahí no debe seguirse, sin embargo, que estas acciones sólo puedan entablarse contra el principal, esto es, que sus trabajadores o colaboradores no deban afrontarlas como autores materiales del acto desleal, sino sólo que de ser demandados habrán de serlo conjuntamente con el principal, mientras que de ser demandado éste no necesitan serlo también aquéllos. La legitimación previa del principal, por lo tanto, no comporta para trabajadores y colaboradores pérdida de su condición de autores materiales y, por ello mismo, de su legitimación pasiva para soportar la acción de competencia desleal. Del texto legal no se sigue tal exoneración. Tampoco es ésta consecuencia que se concilie con los principios generales en materia de responsabilidad por hecho ajeno: se admite la interposición de acción contra el autor material también si de sus actos responde otro[22]; ni con la razón práctica: en el caso de que el acto sea realizado por colaboradores no sometidos jerárquicamente al principal, la condena de cesación impuesta a éste, pensemos particularmente en una orden de cesación provisional, no asegura la efectiva paralización de la publicidad. Esta depende de que el demandado/condenado les comunique la condena o medidas cautelares, ordenándoles que se abstengan de continuar la ejecución del acto desleal: si el anunciante no procede de este modo, nada asegura la efectiva cesación de la publicidad ilícita. Seguidamente, la desvinculación de la antijuridicidad del acto de competencia desleal respecto de la diligencia de la conducta de su autor trae una doble derogación del régimen de Derecho común de la responsabilidad por acto ajeno: para el buen éxito de las acciones de declaración, cesación, remoción y rectificación no es condición la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal[23], ni la culpa *in operando* del trabajador o colaborador[24].

Si las acciones interpuestas contra un acto de competencia desleal efectuado por trabajadores o colaboradores son la de resarcimiento de daños o la de enriquecimiento injusto, son de aplicación las normas y principios de Derecho común (artículo 20.2 *in fine* LCD). En consecuencia, la acción de resarcimiento podrá ser interpuesta directamente contra el principal, sin necesidad de demandar a los trabajadores o colaboradores que llevaron a cabo el acto de competencia desleal, únicamente habrá de ser acogida si media culpa en la elección de los trabajadores o colaboradores o en su dirección o supervisión y, finalmente y a la vista de la jurisprudencia dominante, difícilmente podrá esperarse que el principal se exonere demostrando que obró con la diligencia debida en la elección o dirección y supervisión de sus trabajadores y colaboradores. Más difícil parece estar a «lo dispuesto por el Derecho Civil» para la acción de enriquecimiento injusto, que conocidamente carece de regulación. Con todo, y a partir de

[21] Con derogación, pues, del principio vigente en Derecho de Daños SSTS 24-II-69 = RAJ 1969/995, 27-V-83 = RAJ 1983/2916.

[22] SSTS 2-IV-86 = RAJ 1986/1788, 1-XII-87 = RAJ 1987/9171.

[23] Principio vigente en el Derecho común de daños: SSTS 26-III-81= RAJ número 1076, 9-V-86 = RAJ número 2675, entre otras muchas.

[24] Principio vigente en el Derecho común de daños: SSTS 7-XI-85= RAJ 1985/5516, 8-II-89 = RAJ 1989/756, entre otras muchas.

la regla de imputación de lo hecho por dependientes a su principal prevista para la responsabilidad extracontracual (artículo 1903 IV CC), el principal habrá de soportar directamente la acción y ésta deberá ser acogida, con independencia de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, en los casos en que lo hecho por trabajadores o dependientes haya comportado la invasión de una esfera de exclusiva ajena que le haya procurado un enriquecimiento patrimonial (ahorro de gastos u obtención de ganancia).

4. LA PRESCRIPCIÓN

Para el ejercicio de la acción de competencia desleal, y por tanto para el ejercicio de cualquiera de las pretensiones que constituyen su contenido, se ha fijado un plazo de prescripción complejo, que consta de un primer tramo de un año cuyo momento inicial se determina subjetivamente: desde la fecha en que pudo ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de quién realizó el acto de competencia desleal, y de un segundo tramo de tres años, que se superpone al anterior y cuyo momento inicial tiene carácter objetivo: desde la fecha de realización del acto (artículo 21 LCD)[25]. Sin duda, esta previsión se halla fuertemente inspirada por razones de seguridad jurídica y, de otro lado, responde a una tradición muy arraigada en el Derecho español. A mi modo de ver, sin embargo, no deja de suscitar algunos problemas. En efecto, no puede pasarse por alto que la represión de la competencia desleal no se establece únicamente en interés de quienes resultan directamente amenazados o perjudicados por los actos de competencia desleal, y en particular, de los competidores, sino también en interés de los consumidores y de la generalidad. Con la prescripción, y a decir verdad, con unos plazos tan breves se deja la tutela de los intereses públicos en el mantenimiento de un sistema competitivo en manos de la diligencia de los particulares (no se olvide la muy limitada legitimación activa de las administraciones públicas) y, en consecuencia, se acepta que resulte imposible reprimir ciertos actos de competencia desleal, cualesquiera que fueren los intereses afectados. Aunque más costosa en términos operativos, los objetivos de la ley habrían resultado mejor servidos por una norma que hiciera del abuso la causa de la pérdida de la acción de competencia desleal.

El dies a quo correspondiente al primer plazo de un año es «el momento en que pudieron ejercitarse (las acciones) y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal». De esta forma no se han establecido dos momentos iniciales diversos, sino sólo se ha incorporado la regla general relativa el comienzo de los plazos de prescripción en los casos de reclamación de daños causados por culpa o negligencia (artículo 1968.2 CC) tal y como reiteradamente ha interpretado la jurisprudencia[26]: conocimiento del acto de competencia desleal, conocimiento de su autor y ausencia de obstáculos que impidan el ejercicio de la correspondiente acción. Los problemas de la norma no radican tanto en su construcción, cuanto en su aplicación. Ello se debe en particular a que la verificación de alguno de aquellos elementos, la identificación del autor y en especial el acopio de los medios probatorios necesarios para fundar las diversas pretensiones viables en el caso, depende, en mayor o menor medida según los supuestos, de la conducta que observe el legitimado tras conocer la realización del acto de competencia desleal. En consecuencia, la identificación del autor y la superación de los obstáculos que impiden el ejercicio de la acción de competencia desleal están vinculados a la diligencia con que se trató de establecer aquélla y lograr esto. Pero nótese que otro tanto debe decirse en relación con el acto de competencia desleal mismo: la valoración de un determinada acción como acto de competencia desleal no es automática, sino que exige asesoramiento y, por tanto, diligencia en la búsqueda del asesoramiento. Y nótese, finalmente, que estos problemas no son más graves que los planteados en Derecho común. De ahí que valga regla general según la cual corresponde al demandado la prueba de todos aquellos hechos en los que se funda su defensa de extinción de la acción.

Al lado de este plazo, y de forma superpuesta, se establece un segundo plazo, que, en este sentido, opera como norma de cierre con un momento inicial objetivo: cualquiera que sea el conocimiento que el afectado tenga de la realización del acto de competencia desleal y de la persona de su autor, y cualesquiera que sean los obstáculos que, no obstante el conocimiento de tales extremos, pudieran impedir el ejercicio de la acción, la acción de competencia desleal prescribe transcurridos tres años desde la

[25] Artículo 21 LCD: Prescripción.- Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal: y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto.

[26] Por cierto, la invocación del artículo 1.968.2+ CC en este contexto (así, A. Wirth, "Supuestos procesales de la nueva Ley de competencia desleal", Derecho de los Negocios, número 24, 1992, p. 1 ss., p. 6 es del todo acertada), como revela la intervención del Senador Galán Pérez en defensa de la redacción vigente del artículo 21 LCD por el Grupo Socialista del Senado: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 27-XI-90, p. 23.

realización del acto en cuestión. Ello no obstante, este segundo plazo no obvia todos los inconvenientes prácticos del primero: entre la expiración de uno y otro pueden mediar hasta dos años en el supuesto de que la realización del acto y el conocimiento de todas las circunstancias se produjeran el mismo día. En este caso se hace patente la conflictiva situación que rodea a la prescripción de la acción de competencia desleal en relación con actos de competencia desleal que produzcan efectos duraderos. Bajo este aspecto conviene diferenciar dos supuestos: Si el acto de competencia desleal considerado es un acto instatáneo cuyos efectos, sin embargo, se prolongan a lo largo del tiempo, el *dies a quo* para el cómputo de los tres años debe ser el dia de ejecución o consumación. En cambio, si se trata de un supuesto de repetición de un acto de competencia desleal a lo largo del tiempo, a mi modo de ver, el *dies a quo* no ha de ser la fecha de su primera ejecución, sino la fecha de la última o, en su caso, la del momento en que finalizara el peligro de ejecución o de repetición. Como consecuencia de ello, el transcurso de tres años desde la primera ejecución de un acto desleal repetido de forma continua no sana la deslealtad de la conducta ni impide el ejercicio de cualquiera de las pretensiones comprendidas en la acción de competencia desleal. Una interpretación distinta, a mi juicio, traicionaría la finalidad institucional que preside la represión de la competencia desleal. De prevalecer la tesis de que el *dies a quo* es en este caso el día de realización o consumación acabaría por tolerarse la permanencia de los efectos indeseables para el sistema de competencia y, en la práctica, para los consumidores, agudizando los problemas que de por sí trae el establecimiento de una regla de prescripción de la acción de competencia desleal. Si al cabo de tres años de su inicio la difusión de una determinada indicación o manifestación sigue siendo, por ejemplo, engañosa y, con ello, determina la formación de preferencias y la toma de decisiones sobre bases que no son racionales, no son fáciles de entender las razones que pueden mover a aceptar eternamente este estado de cosas. Y desde luego, la estructura de la norma relativa a la prescripción no facilita un elemento que permita tratar diferenciadamente aquellos supuestos en los que la realización del acto de competencia desleal sólo afecta a intereses privados de los competidores, de aquellos otros que afectan a los intereses de los consumidores o al interés público.

La prescripción se interrumpe por las causas generales de Derecho común (artículo 1.973 Código Civil), debidamente adaptadas al contexto[27]: presentación de la demanda por competencia desleal, reclamación extrajudicial que solicite, al menos, la cesación del acto, y, por último, el reconocimiento de la realización del acto de competencia desleal acompañado de un compromiso, al menos implícito, de cesación.

[27] No obstante, vide la intervención del Senador Galán Pérez en defensa de la redacción vigente del artículo 21 LCD por el Grupo Socialista del Senado: Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 27-XI-90, p. 23, donde se pronuncia por la aplicación del artículo 944 CCom. en lugar del artículo 1.973 CC; ahora bien, en esta ocasión sólo se emitió un parecer personal (equivocado), no un juicio que condicione al intérprete: ni la enmienda discutida entonces afrontaba tan siquiera de modo indirecto el problema de la interrupción del plazo de prescripción ni ésta es cuestión que haya abordado la LCD en ningún otro punto. Así las cosas, la extensión analágica del artículo 944 CCom. a la acción de competencia desleal es imposible: la competencia desleal no es estructuralmente un acto de comercio y, además, la represión de la competencia desleal ha abandonado el marco mercantil, pues no sólo afecta a los empresarios en el ejercicio de una actividad formalente mercantil, para establecerse como Derecho general del mercado.

DE LA PUBLICIDAD Y OTROS DEMONIOS*

Jose A. Delmar
Abogado.
Pontificia Universidad
Católica del Perú.

"Los investigadores no han encontrado todavía una manera de cuantificar la eficacia de la emoción, pero yo he llegado a creer que los anuncios publicitarios con gran contenido de nostalgia, encanto, y hasta sentimentalismo, pueden ser enormemente eficaces... y me apresuro a agregar que los consumidores necesitan una excusa racional para justificar sus decisiones emocionales"
David Ogilvy**

En una economía de libre mercado, en que las empresas muchas veces ofrecen productos similares - cuando no idénticos-, el uso de la publicidad para captar un mayor número de clientes, diferenciándose de la competencia se vuelve cada vez más importante. Sin embargo la publicidad muchas veces es utilizada no sólo para cumplir con sus clásicos fines de informar y persuadir, sino para desprestigiar a la competencia o aprovecharse de su reputación. Así, un marco legal que regule la publicidad comparativa y el uso de marcas parece ser un tema suceptible de ponerse cuanto antes sobre el tapete.

El autor, tras darnos una visión más amplia que la tradicionalmente aceptada sobre la publicidad, analiza las cuotas, normas y conceptos de la misma, buscando presentar al lector una nueva interpretación que le permita obtener una visión menos limitada del fenómeno.

El presente artículo trata sobre la publicidad, centrándose en particular sobre la publicidad comparativa, el aprovechamiento de la reputación ajena y el uso indebido de marcas, entre otros temas. Al redactar este artículo pretendo que el lector advierta la necesidad, casi urgencia, de tender hacia una lectura diferente del Derecho. En este sentido, intento bosquejar una manera (la mía) de escapar a la sequedad proveniente de contemplar reiteradamente la interpretación que se viene efectuando de ciertas normas jurídicas. Trágicamente, pareciera que esa sensación, que sigilosamente se va empozando, no nos preocupa; y esto ocurre, según creo, por la comodidad y contento que nos produce conocer o intuir el contenido y los límites de un sistema que, entonces, pareciera haberse creado sólo con tal fin.

Si el presente artículo genera suficiente inquietud en el lector como para lograr que se aleje, siquiera por un instante, de la lectura y ejercicio usuales del Derecho, entonces habrá cumplido su objetivo.

* Naturalmente, a los buenos amigos.

** OGILVY, David, *Ogilvy on Advertising*, Nueva York, Crown, 1983, página 109. Citado por John Philip Jones, Cuando la publicidad funciona. Nuevas pruebas de que anunciar dispara las ventas, Grupo Editorial Norma, 1997, 101.

Introducción

Desde la perspectiva del Derecho, el tema de la publicidad ha sido abordado ya por un importante número de autores.[1] No obstante, parecen ser pocos los que han logrado escapar del marco de lo jurídico al momento de analizar las normas que se relacionan con esta materia. Tal es el reto que me he impuesto en el presente artículo.

Teniendo presente lo anterior, sin embargo, me encuentro con una primera dificultad derivada del hecho de que la publicidad, es una disciplina cuyos múltiples linderos son difíciles de abarcar en un solo golpe de vista. Por ello, me he visto forzado, en este primer ejercicio, a limitar el campo de mi análisis al tema de la publicidad comparativa.

De todas formas, confío en que el lector encontrará interesante esta primera aproximación, por cuanto, como verá luego, el investigar el tema de la publicidad comparativa no sólo nos conduce casi de la mano hacia temas de otras disciplinas vinculadas, tales como la competencia desleal o el derecho de marcas, sino que nos fuerza además a desarrollar un análisis, del cual aquí sólo se efectuará un esbozo, respecto de la forma en la cual los consumidores perciben los anuncios y la persuasión que éstos pueden (y de hecho logran) ejercer sobre ellos. Creo que ser concientes de esto, al margen de si decidimos o podemos adoptar alguna medida tendiente a cambiar la situación, resultará sumamente provechoso.

PRIMERA PARTE

Primera reflexión sobre la publicidad

Sánchez Guzmán nos proporciona una visión interesante de la publicidad al explicarnos que ésta "es un proceso complejo de comunicaciones a través del cual se emiten mensajes motivantes a un receptor mediante unos canales de difusión seleccionados."[2,3]

La definición anterior me sugiere una serie de preguntas. ¿Qué significa aquello de emitir mensajes "motivantes"? ¿Acaso la publicidad puede fomentar el consumo de un determinado producto? ¿Qué importancia tienen, en este proceso de motivación, los canales de difusión (aparentemente tendrían una muy grande toda vez que el autor citado los incorpora en su definición)? Finalmente, ¿cómo influyen en este proceso las especiales características o el grado de sofisticación de los consumidores (receptores del mensaje publicitario)? En las líneas que siguen trataremos, muy brevemente, de dar respuesta a éstas y otras interrogantes.

La publicidad como actividad interdisciplinaria

Estimo que para cualquier lector es claro que la publicidad ha evolucionado significativamente en los últimos años. Al margen de la cada vez mayor importancia económica que tiene esta actividad (saque el lector sus propias conclusiones respecto

[1] Creo que es conveniente, por el hecho de haber sido consultados para la elaboración del presente artículo, mencionar a algunos. Así, PASQUAU LIAÑO, Miguel, El Control Jurídico de la Actividad Publicitaria. Comentario al artículo 8º de la Ley 26/1984, En: Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios Española, BERCOVITZ, Rodrigo y SALAS, Javier, Coordinadores, Civitas, 1992; ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, Medios Distintivos y Publicidad Comparativa en el Derecho Argentino, En: Actas de Derecho Industrial, Instituto de Derecho Industrial de la Universidad Santiago de Compostela, Tomo 13, Año 1989-1990; HARTMAN, Steven H., *Subliminal Confusion: The Misappropiation of Advertising Value*, En: *The Trademark Reporter*, Volumen 78, Número 4, julio-agosto 1988; FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad, En: Estudios de Derecho de la Publicidad, Homenaxe da Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, Universidad Santiago de Compostela, 1989; DÍAZ RUIZ, Emilio, Competencia Desleal a través de la Publicidad Comparativa, En: Revista de Derecho Mercantil, Número 215, Enero-Marzo 1995; PÉREZ, Rafael A., El Concepto Jurídico de la Publicidad, Ponencia efectuada en las Jornadas de Derecho de la Publicidad y publicada por el Instituto Nacional de la Publicidad, Madrid, 1980; TATO PLAZA, Anxo, Publicidad Comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el derecho comparado, En: Revista de Derecho Mercantil, Número 206, Año 1992; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Publicidad y Consumidores, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, número 5, enero-abril 1994; GARRIGUES, Joaquín, Publicidad y Competencia Ilícita, Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, Madrid, 1978; entre otros.

[2] SANCHEZ GUZMAN, José Ramón, Teoría de la Publicidad, Editorial Tecnos S.A., 1993, página 79. Esta definición, que se estructura sobre la base de entender a la publicidad como un fenómeno comunicativo, no es, sin embargo, la única que hace alusión a la función netamente motivadora de la publicidad. Así, SEYFFERT define a la publicidad como aquella "forma de influir que pretende sugerir la aceptación, el cumplimiento, la divulgación del fin ofrecido en ella misma". Por su parte, STARCH sostiene que la publicidad es un "ofrecimiento de una propuesta pagada por personas o empresas que se dan a conocer, destinada a influir en la opinión o en la actitud de aquellos a quienes se dirige el mensaje". Para LALOIRE, la publicidad es el "conjunto de medios adecuados para impresionar al público con vistas a la venta de un producto o la utilización de un servicio" mientras que, para DURÁN, la publicidad es el "fenómeno a través del cual alguien intenta comunicar algo a un conjunto de personas, que llamaremos **población objetiva**, con objeto de persuadirles a actuar en un sentido determinado". Estas y otras definiciones acerca de la publicidad pueden ser consultadas en el trabajo de DÍEZ DE CASTRO, Enrique Carlos y ARMARIO, Enrique Martín, Planificación Publicitaria, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1993.

[3] En nuestra legislación no existe, a diferencia de lo que ocurre en la legislación española, por ejemplo, una definición de "publicidad". En efecto, el Decreto Legislativo 691 utiliza la palabra "publicidad" sin definirla y dándole, en cada caso, connotaciones diversas. Por el contrario, el artículo 2 de la Ley 34/1988, Ley General de Publicidad Española señala que, a los efectos de la Ley, se entiende por

del monto que ciertas empresas invierten en publicidad apreciando cuántos anuncios de una determinada empresa ha visto en el día), es particularmente interesante advertir la tan sorprendente como inusitada variedad de formas a través de las cuales los mensajes publicitarios nos alcanzan a diario.[4]

En el mismo sentido, recuérdese la cada vez mayor importancia que, dentro de los mensajes publicitarios, vienen ocupando factores ajenos a aquello que se connota. En efecto, tan o más importante que las especiales características del producto que se anuncia resulta siendo la manera particular en que dicho producto es anunciado.

La evolución de la publicidad a la cual aludimos, y de la cual somos testigos todos los días (para nuestro desconcierto, enfado o deleite, según nuestro humor de turno y las especiales características del anuncio) se apoya, sin lugar a dudas, en las relaciones que mantiene esta disciplina con otras de las cuales extrae los elementos y métodos de investigación más importantes, a fin de construir, sobre ellos, sus propios elementos y métodos.

Así, ha sido un factor fundamental para el desarrollo de la publicidad, y para su caracterización por algunos como disciplina científica, su interrelación con la Psicología, la Sociología, la Lingüística y la Economía. Además, cabe considerar, como resalta Sánchez Guzmán, que "al desarrollar la publicidad sus propios procedimientos tras su intromisión en las disciplinas científicas que le interesan, establece con ellas una relación dialéctica de enriquecimiento mutuo".[5]

La convergencia de tantas disciplinas alrededor de un solo tema no encontraría justificación alguna si asumiésemos que la publicidad tiene como propósito único o fundamental reducir los costos de búsqueda de los consumidores. Si bien no puedo dejar de reconocer que éste es un efecto importante del mensaje publicitario, no me atrevería a desligarlo del efecto persuasivo que dicho mensaje también posee y, menos aún, a incidir en dicho aspecto de tal modo que parezca que es la principal función de la publicidad en general.[6]

En mi opinión, la publicidad tiene, persigue, en grados diferentes y según el caso concreto, dos funciones o propósitos fundamentales: informar y persuadir a los consumidores.[7]

La función informativa de la publicidad se pone claramente de manifiesto, por ejemplo, cuando un determinado productor pretende colocar en el mercado un producto nuevo. En tal supuesto, la publicidad constituye, efectivamente, el mecanismo más eficiente para informar a los consumidores de la existencia de una alternativa diferente de consumo.

Sin embargo, es claro que la segunda de las funciones de la publicidad es la más importante, siendo, además la que, ha gestado el acercamiento de la publicidad a otras disciplinas. Y es que convencer, persuadir, encauzar al consumidor hacia la adquisición del producto objeto del anuncio constituye, en mi opinión, la quintaesencia de la publicidad, tanto así que el desarrollo alcanzado por esta disciplina no se explica sin la necesidad vehemente de alcanzar dicha finalidad.

publicidad "Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". Algunos comentarios interesantes respecto de la Ley, y en especial respecto de este artículo, pueden ubicarse en CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, Comentarios a la Ley de Publicidad, Bosch Casa Editorial, S.A., 1993, páginas 25 a 34. Otras definiciones que, en legislación comparada se ha dado al término publicidad, pueden ser consultadas en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Ob. Cit., páginas 71 a 74.

[4] AAKER y MYERS hacen referencia a dos estudios sumamente interesantes respecto a la cantidad de anuncios que recibimos en un día. El primero de tales estudios arrojó como resultado que nos encontramos expuestos a 560 anuncios al día mientras que el segundo indicó que este número era, en realidad, de 300. Como sea, el número es considerable. Sin embargo, como podrá intuir el lector, sólo una pequeña porción de tales anuncios penetran en nuestra mente ya que la "atención" (palabra que alude a una etapa dentro del proceso cognitivo humano) actúa como filtro que controla la cantidad y la naturaleza de la información que recibimos. Como señala DURÁN, "la atención consiste fundamentalmente en una fijación, es decir, en preparar la mente para responder a los estímulos que se le presenten.". DURÁN, A., Psicología de la publicidad y de la venta, Barcelona, CEAC, 1982, páginas 72-73; citado por DÍEZ DE CASTRO, Enrique C. y ARMARIO, Enrique M., Ob. Cit., página 398.

[5] SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, Ob. Cit., página 42.

[6] En este sentido, afirmaciones como: "La publicidad es el medio principal mediante el cual el productor informa al consumidor sobre las cualidades de su producto, proporcionándoles los datos requeridos para efectuar decisiones de mercado", de Alberto Rebaza, pueden sonar demasiado sesgadas o inexactas. Véase, REBAZA TORRES, Alberto, ¡No me defiendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de publicidad y protección al consumidor, En: Themis, Número 32, año 1995, página 30.

[7] En esta primera parte efectuamos un primer acercamiento al tema. La discusión acerca de la doble naturaleza de la publicidad será retomada en la segunda parte del presente artículo cuando hablemos de la publicidad comparativa.

Quizá resulte interesante citar a Vanzetti quien, al respecto, sostiene apasionadamente que "el Derecho del Consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas se vulnera sistemáticamente mediante las distintas técnicas de comunicación (difusión, divulgación) y en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas a la persuasión, como mecanismos motivantes e incentivadores del consumo, incluso más allá de la satisfacción de necesidades. La publicidad se ha convertido, lisa y llanamente, en la industria de la persuasión.".[8]

La publicidad es, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos o mecanismos de persuasión (o de manipulación, visto desde otra perspectiva) más eficaces que conozco. En contra de la anterior afirmación alguien podría alegar que la capacidad del ser humano para asociar ideas es infinita y, por lo tanto, la sugestión del anuncio, o la intención de conducir a los consumidores hacia determinada asociación (producto-atributo), no necesariamente se concretará. Podrá indicarse, asimismo, que no debe subestimarse la capacidad del consumidor para reconocer y, consecuentemente, protegerse de la pretendida manipulación. Finalmente, podría sugerirse que el consumidor, mientras más sofisticado sea, menos expuesto se encontrará a la persuasión producida por la publicidad[9] y, en todo caso, si no es lo suficientemente diligente como para adoptar una decisión de consumo basada estrictamente en consideraciones racionales, no merece ser tutelado por el Derecho.

En mi opinión, tales argumentos son errados. Y estimo que ello es así, porque tales argumentos no han reparado que la manipulación que efectúa la publicidad no actúa sobre la esfera racional del consumidor. Debido a ello, la asociación que en la mente del consumidor se produce entre un determinado producto y una particular característica o atributo no es algo sobre lo cual éste pueda ejercer alguna clase de control.[10]

Particularmente ilustrativas son las palabras de Sánchez Guzmán, quien nos recuerda que si bien no existen leyes que expliquen cuál va a ser la reacción del consumidor ante un mensaje publicitario sí existe, por el contrario, la probabilidad de que, dada la tendencia del individuo a seguir la pauta que marque el grupo y dada la estabilidad de la conducta de éstos, el mensaje provoque una reacción determinada en el grupo y, por derivación, en el consumidor individual. Esta reacción, por supuesto, es ajena a la voluntad del consumidor.

El mismo autor, en un esfuerzo por justificar la naturaleza de disciplina científica de la publicidad, señala que "la concepción puramente artística de la publicidad (que la convierte en técnica) o su carácter imaginativo (que la hace depender de la personalidad creadora del individuo) resultan rebasados cuando son objeto de planteamientos científicos apoyados en el cálculo de probabilidades para poder pronosticar el resultado de su actividad con el mínimo error posible."[11].

La publicidad, al relacionarse con otras disciplinas, ha encontrado mecanismos a través de los cuales alcanzar al consumidor, motivarlo, inducirlo a efectuar asociaciones deseadas, entre otras cosas. En definitiva, la publicidad puede influir en el consumidor de modo tal que, al momento de adoptar su decisión de consumo, tome en consideración atribu-

[8] VANZETTI, Adriano, *La repressione della pubblicità "menzognera"*, En: *Rivista di Diritto Civile*, anno X, Cedam, Padova, 1964-I-589, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Ob. Cit., página 67. Puede cotejarse, adicionalmente, lo señalado por DURANDIN, Guy: "El papel de la propaganda y la publicidad es ejercer una influencia sobre los individuos y grupos a los que se dirigen: por ejemplo, en materia de propaganda, conseguir que se apoye a un candidato, lograr adhesión a un partido, despertar ardor para el combate; en publicidad, hacer comprar un producto, obtener una suscripción, *etcétera*.". DURANDIN, Guy, La mentira en la propaganda política y en la publicidad, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1995, página 21. Existen autores como FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, Ob. Cit., página 58, quienes no comparten tal afirmación y, por el contrario, se pronuncian a favor de una comunión equilibrada de ambas funciones.

[9] Esto es sostenido, ciertamente con tal amplitud, por GHIDINI, Gustavo, *La réclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, En: *Rivista di Diritto Civile*, anno XIII, Cedam, Padova, 1967-I-406, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Ob. Cit., página 67. Al respecto, el indicado autor sostiene que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información.

[10] Habrá que aclarar, por cierto, que para que la publicidad pueda alcanzar este efecto persuasivo, primero ha de poder captar la atención del consumidor que, según hemos visto en una nota precedente, actúa como un filtro a los múltiples estímulos que, por el hecho de vivir en sociedad, recibimos a diario. En este sentido, DÍEZ DE CASTRO, Enrique Carlos y ARMARIO, Enrique Martín, Ob. Cit., página 398.

[11] SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, Ob. Cit., página 41.

tos que no necesariamente se desprenden de las características objetivas del producto.[12, 13]

Lo dicho hasta ahora no tiene connotación alguna (ni positiva ni negativa). Y es que, en principio, no encuentro nada de malo en el hecho de que un productor desee que los consumidores asocien su producto con algún atributo que haga del mismo algo deseable (y por lo tanto vendible). De hecho, no me imagino a nadie comprando algo porque le parece feo o desagradable. Se trata, pues, de generar en los consumidores la idea de que aquello que van a comprar les generará determinada clase de satisfacción, cualquiera que ésta sea (esto resulta de fundamental importancia para aquellos supuestos en los cuales el consumidor no hubiese probado antes el producto).

Sin embargo, como veremos adelante, existen algunos casos en los cuales la comentada intención del productor no se materializa o traduce en un esfuerzo creativo sino en un intento por apropiarse de atributos positivos ya asociados (sobre la base de una importante inversión publicitaria, por ejemplo) con un producto determinado (como ocurre en ciertos supuestos de publicidad comparativa).

Dichos casos serán analizados en la segunda parte del presente artículo. Por el momento, me parece oportuno dedicar unas cuantas líneas más a desarrollar el tema de la estrecha vinculación que existe entre la publicidad y la psicología, a fin de que pueda percibirse con claridad cómo la primera hace uso de la segunda a fin de alcanzar el objetivo de persuasión anotado.

El carácter persuasivo del mensaje publicitario

En el punto precedente he hablado acerca de la función persuasiva de la publicidad y, al hacerlo, he anotado algunas ideas acerca de la vinculación que dicha disciplina tiene con otra de la cual, a todas luces, se alimenta. Me refiero a la Psicología.

Siguiendo esta línea, creo que el hecho de apreciar que la publicidad procura persuadir al consumidor pone de manifiesto, de modo inmediato e irrefutable, la existencia de una íntima vinculación entre tal disciplina y la Psicología. Redactar un texto publicitario, por poner un ejemplo, requiere el conocimiento de los principios psicológicos involucrados en el proceso de persuasión comercial.[14]

Y claro, como bien afirma Sánchez Guzmán, la publicidad, de modo genérico, ha de tener siempre en cuenta los procesos mentales de la atención, la percepción, la memoria, el recuerdo, la imaginación y la sugestión, así como el origen y formas de modificación de la conducta y la actitud del ser humano para lograr que sus mensajes produzcan el efecto deseado.

El citado autor señala que "La Psicología y, en particular, el psicoanálisis, han permitido a la publicidad avanzar en el terreno científico creando las bases de su más genuina parcela del conocimiento -la investigación motivacional- y de la característica contemporánea más acusada del mensaje publicitario -la sugestión-"[15].

Encontrándose la psicología y la publicidad tan relacionadas, no es coincidencia que, dentro del

[12] Dichas características pueden ser incorporadas en análisis como los que efectúa la escuela de Análisis Económico del Derecho (aunque no estoy seguro de la precisión que puedan alcanzar los mismos). Véase, por ejemplo, LANDES, William M. y POSNER, Richard A., El Contenido Económico del Derecho de Marcas. En: Ius et Veritas N° 13, año VII, páginas 71 y siguientes. En este sentido, creo que resulta sumamente gráfico el reproducir un párrafo del referido texto en el cual, reflexionando acerca de la protección de las marcas, LANDES y POSNER terminan hablando de la motivación de los consumidores. Así, señalan que: "La última razón económica para la protección de las marcas, sobre la base de la dilución, se relaciona con las copias baratas y es sugerida por Higgins y Rubbin, quienes notan que "muchas personas compran productos de marca para demostrar a otras personas que son consumidores de dichos productos en particular" –en otras palabras, para impresionar al resto. Higgins y Rubbin tratan esto como una pura preferencia de consumo, pero nosotros preferimos verla como una inversión en capital de reputación. Así como las personas esconden sus indeseables características a fin de crear o proteger su capital, ostentan sus características deseables a fin de desarrollarlo. Las personas se publicitan a sí mismas (tanto como los vendedores publicitan sus productos) usando ropas, joyas o accesorios que dicen al mundo que son personas de gusto refinado (o rimbombante) o de altos ingresos. Si otros pueden comprar y vestir copias baratas, la "señal" que emiten los compradores de los originales se vería empañada". Cita de la página 98.

[13] Algo más sobre el carácter persuasivo de la publicidad. Numerosos estudios han demostrado cómo la publicidad difundida a través de medios de comunicación masivos no sólo sirve para reforzar las ideas o actitudes iniciales de los receptores (esta hipótesis, denominada "del refuerzo", fue desarrollada a mediados de la década del '40) sino que puede llegar a producir incluso un cambio de los mismos. Véase al respecto el excelente trabajo de CLEMENTE, Miguel y SANTALLA, Zuleyma, El documento persuasivo. Análisis de contenido de la publicidad, Ediciones Deusto, S.A., Bilbao, 1991.

[14] Véase SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, Ob. Cit., página 42.

[15] Ibidem.

ámbito de la primera, haya surgido una rama de especialización a la cual se ha denominado "psicología social publicitaria" mientras que, en el terreno de la segunda, ante la necesidad de que los anuncios tengan cada vez un mayor efecto persuasivo, se haya iniciado (hace algún tiempo ya) el reclutamiento de profesionales especializados precisamente en esta materia y, como es obvio, los psicólogos son los que mejor preparados se encuentran para tal fin. Creo que ésta es una valiosa prueba de cómo la interacción de diferentes disciplinas puede constituir una eficaz manera de resolver necesidades comunes.

Son pues los psicólogos quienes han efectuado importantes contribuciones a la publicidad al proporcionar importantes explicaciones acerca del comportamiento humano. El entendimiento de los procesos cognitivos ha resultado de vital importancia para la adecuada construcción de los estímulos que han de servir al propósito fundamental de la publicidad: la persuasión.

Algo más sobre la psicología publicitaria: A propósito del mensaje publicitario, el receptor y las motivaciones psicológicas de su comportamiento

Se ha dicho ya que la publicidad es un proceso complejo de comunicación a través del cual se emiten mensajes motivantes a un receptor mediante unos canales de difusión seleccionados.[16] No obstante existir el riesgo de distraer al lector, considero que puede resultar valioso efectuar un breve (y ciertamente incompleto) análisis de algunas de las etapas del proceso de comunicación publicitario.

Dos aspectos sobre el mensaje publicitario merecen ser destacados ahora. El primero es la dualidad de su función. El segundo, la importancia que tiene en el proceso de comunicación publicitaria la utilización selectiva de los medios a través de los cuales habrá de difundirse el mensaje.

Respecto del primero de los aspectos anotados, y en la imposibilidad de añadir algo a lo expuesto por Sánchez Guzmán, me limito a citar una reflexión adicional que éste practica acerca de la doble función del mensaje publicitario. Al respecto, el citado autor señala que "Un mensaje sólo informativo, aún cumpliendo una interesante función en los mercados sobresaturados de productos similares, no garantiza el resultado que se espera de él. Y precisamente el componente persuasivo que ha de llevar el mensaje publicitario es el que pone en marcha (...) toda suerte de recursos humanos y tecnológicos para lograr que el mensaje semántico tenga una sobrecarga estética, que la información denotada incorpore una connotación, que en definitiva, la entropía probable de la información tome un valor negativo para transformarse en improbable y, por ello, tenga un grado de originalidad suficiente como para motivar al receptor."[17].

En relación con el segundo aspecto, creo que resulta interesante precisar que la utilización selectiva de los medios constituye una tarea fundamental dentro del proceso de comunicación del mensaje publicitario. La anterior afirmación encuentra sustento fundamentalmente en consideraciones económicas. En efecto, toda vez que la difusión de un mensaje publicitario importa para la empresa un costo, y reconociendo que la empresa tiene un presupuesto limitado, el escoger los medios a través de los cuales el mensaje habrá de ser difundido resulta sumamente importante.[18] Se trata de evaluar dónde invertir los recursos escasos con los que se cuenta a fin de alcanzar la mayor difusión del mensaje. Dentro del "lenguaje publicitario", al análisis anterior (ciertamente más complejo de lo que este pequeño párrafo ha logrado describir) se le denomina "Planificación de Medios".[19]

[16] SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, Op. Cit., página 79.

[17] Ibidem.

[18] No comparto la opinión de aquellos que piensan que un aumento de la inversión en publicidad importará, necesariamente, un aumento en el precio del bien, con el consecuente perjuicio para los consumidores. Una primera y sencilla observación que puede hacerse a tal lógica es que en un mercado competitivo la posibilidad de trasladar costos a los consumidores disminuye. De ello que no todo lo que se invierta en publicidad habrá de ser asumido por los consumidores. Además, recuérdese el siguiente argumento planteado por LANDES y POSNER: "En tanto que el precio total de un bien es la suma de su precio en dinero y los costos de búsqueda en los que incurren los consumidores, que son menores mientras más fuerte es la marca del vendedor, éste tendrá más incentivos para fortalecer su marca ya que dicho gasto, al reducir los costos de búsqueda de los consumidores, le permitirá elevar el precio en dinero de su producto.". LANDES, William y POSNER, Richard A., Op. Cit., página 79.

[19] Un completo estudio acerca del análisis o planificación de medios puede ser consultado en DÍEZ DE CASTRO, Enrique C. y ARMARIO, Enrique M., Op. Cit., páginas 253 a 394. El tema de la planificación de medios es interesante y a la vez complejo. Numerosas fórmulas matemáticas son utilizadas a fin de adoptar una decisión respecto del medio a utilizar, del número de veces que el anuncio deberá ser difundido a fin de que mantenga su fuerza persuasiva (luego de un número alto de repeticiones, necesarias para captar la atención del consumidor, el anuncio pierde eficacia de modo significativo), entre otras consideraciones.

Ahora bien, una vez difundido el mensaje publicitario es el mercado, resultará de fundamental importancia medir el impacto que el mismo pueda tener en el consumidor.

A fin de entender cómo afecta el mensaje publicitario al receptor del mismo, la publicidad ha recurrido nuevamente a la Psicología. Y es que, si bien es cierto que el comportamiento del consumidor debe también ser estudiado desde una perspectiva económica, no debe desconocerse que existen otras variables que influyen en la decisión de consumo del receptor del mensaje publicitario.

Así, en algunas ocasiones puede influir decisivamente en la decisión de consumo el significado íntimo y personal que el objeto por adquirir tiene para el consumidor. En otras ocasiones, habrá que tenerse presente que las personas adquieren productos siguiendo las pautas de comportamiento del grupo o clase social a la que pertenecen o aspiran a pertenecer. Finalmente, no debe desconocerse el hecho que, en muchas ocasiones, los consumidores se ven influenciados por otros consumidores, sean éstos reales o imaginarios.[20]

Para explicar el comportamiento del receptor del mensaje publicitario, la Psicología ha recurrido a diversas teorías. Así, la Teoría del Aprendizaje nos conduce a una explicación del comportamiento en función a condicionamientos (sean estos "clásicos" u "operantes"). La Teoría Cognitiva y el estudio de la percepción nos llevan hacia los determinantes externos (intensidad, repetición, movimiento, etc.) y los factores psíquicos que condicionan nuestra reacción ante determinados mensajes (por ejemplo, la sección económica de un diario será leída más por personas vinculadas al ámbito empresarial que por personas dedicadas al arte), entre otras.

Éstas y otras teorías permiten explicar cómo percibimos y reaccionamos ante un mensaje publicitario. Para comprender por qué decido comprar un determinado producto y no otro, la Psicología efectúa un análisis adicional respecto de las variables motivacionales de los individuos. Así, y de modo muy simple, lo que se hace es elaborar una suerte de tabla en la cual se recogen todas aquellas variables que pueden motivar un determinado comportamiento en el ser humano (las cuales deben relacionarse con extremo cuidado a palabras que, por efecto del uso, las evoquen rápidamente). Luego, ha de contrastarse dicha tabla con el producto a promocionar y ver si el anuncio elaborado efectivamente apela a las motivaciones de los individuos a los cuales se dirige.

Lamentablemente, incidir con mayor detenimiento sobre el presente tema distraería seguramente al lector respecto del contenido del presente artículo. Baste con reconocer que son múltiples las necesidades del ser humano y, consecuentemente, múltiples también las motivaciones. Conocerlas y entender cómo unas y otras se relacionan permite que la publicidad cumpla eficazmente con la función de persuasión a la que hemos venido refiriéndonos.

SEGUNDA PARTE

Acerca de la publicidad comparativa, el aprovechamiento de la reputación ajena y el uso indebido de marcas. Consideraciones preliminares

Todo lo expuesto hasta el momento sólo tiene una finalidad: mostrar al lector la importancia que debe darse, a fin de interpretar adecuadamente las normas que regulan la publicidad, al estudio interdisciplinario y, en especial, a las contribuciones que a este campo ha efectuado la Psicología.

Tratemos ahora de aplicar algo de lo visto al análisis del artículo 8 del Decreto Legislativo 691. El referido artículo señala que es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. A continuación, el mismo artículo preceptúa que toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Dicho artículo, a todas luces, consagra la licitud de la publicidad comparativa. Sin embargo, como veremos en un instante, la publicidad comparativa puede tener diferentes manifestaciones. Una primera pregunta que cabría formularse entonces es: ¿Consagra el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 la licitud de toda clase de publicidad comparativa? Sobre éste y otros temas se discute en lo que sigue de esta segunda parte.

[20] Respecto de efectuar un análisis preciso acerca de esta clase de variables, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, me remito a la nota 12 precedente. De cualquier forma, el lector debería consultar, para una excelente explicación acerca de aquello que puede motivar al consumidor a adoptar determinados comportamientos, a textos como los citados de SÁNCHEZ GUZMÁN, José R., y DÍEZ DE CASTRO, Enrique C. y ARMARIO, Enrique M., Ob. Cit.

Publicidad comparativa: un primer vistazo

La publicidad comparativa es, a no dudarlo, uno de los temas sobre los cuales se ha discutido más en materia del Derecho de Publicidad. Argumentos a favor y en contra existen muchos. Quizá valga la pena recordar algunos:

a. Principales argumentos a favor de la publicidad comparativa:

- Fomenta la transparencia del mercado en beneficio de los consumidores, quienes, de esta manera, podrán acceder a mayor información acerca de las diferencias no observables de los diversos productos comercializados (reducción de los costos de búsqueda).

- La publicidad comparativa tiene un efecto retroalimentador de la competencia ya que, si bien ésta es presupuesto para que aquélla se desarrolle, al hacerlo, la publicidad comparativa forzará a que los competidores mejoren sus productos para el beneficio de los consumidores.

- Favorece el ingreso al mercado de nuevos competidores (generalmente pequeños) o que desarrollan productos alternativos o sucedáneos.

b. Principales argumentos en contra de la publicidad comparativa:

- La información que puede ser transmitida a través de la publicidad comparativa nunca será suficiente a fin de que el consumidor adopte una decisión de consumo racional. La transparencia del mercado es una utopía por cuanto no se puede esperar que el mensaje publicitario de un comerciante informe a los consumidores acerca de las desventajas de su producto (la información es, en el mejor de los casos, siempre parcial).

- "La multiplicidad de las formas posibles de comparación –entre elementos que a menudo no son verdaderamente comparables- corre el riesgo de provocar una efervescencia de respuestas y de litigios que desorientarán al consumidor y no sanearán las prácticas del comercio."[21]

Existen muchos argumentos más tanto a favor y en contra de la publicidad comparativa. Sin embargo, y en mi opinión, la mayoría de ellos no inciden sobre el problema de fondo y, por lo tanto, bien puede calificárseles de ligeros o superficiales. En esta línea, estimo que los temas que deben discutirse al momento de analizar la publicidad comparativa y plantear argumentos a favor o en contra de su licitud son fundamentalmente dos: la compatibilidad de esta forma de expresión publicitaria con las normas que prohiben el aprovechamiento de la reputación ajena y el uso indebido de marcas; y el impacto que la determinación de su licitud pueda tener en el acceso al mercado de determinados productos.

No obstante, antes de iniciar un análisis desde dicha perspectiva, me parece importante desvirtuar la tesis que propugna la licitud de la publicidad comparativa sobre la base de la transparencia del mercado y la información a los consumidores ya que, como he podido comprobar, es la que más difundida se encuentra. A ello me dedico en el siguiente punto.

Publicidad comparativa y defensa de los consumidores

Desde hace algún tiempo el argumento de Fredericq en contra de la licitud de la publicidad comparativa, por configurar ésta una afectación al competidor, ha sido dejado de lado.[22] En este sentido es fácil apreciar cómo, en los últimos años, los argumentos que apoyaban la licitud de la publicidad comparativa sobre la base de consideraciones marcadamente individualistas han ido cediendo terreno ante el influjo de posiciones de tipo "macro" vinculadas con la defensa de los consumidores. Los argumentos expuestos por el movimiento de consumidores han tenido un gran impacto en la evolución del Derecho de Publicidad en numerosos países europeos[23] y son los que actualmente se utilizan a fin de justificar la licitud de la publicidad comparativa.

[21] ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, Op. Cit., página 121. El profesor ARACAMA ZORRAQUÍN sigue, al resumir los argumentos a favor y en contra de la publicidad a FRANCQ, Bernard, *La Publicité Comparative*, En: *Revue Internationale de la Concurrence*, Número 142-3, 1981, páginas 135 y siguientes.

[22] FREDERICQ decía que "El competidor tiene derecho a que no se hable de él, ni siquiera para decir la verdad". Frase citada por FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, La Publicidad Comparativa, En: Estudios de Derecho de la Publicidad, Homenaxe da Facultade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, página 215.

[23] Al respecto, consúltese a TATO PLAZA, Anxo, Op. Cit., páginas 864 y siguientes.

Según relata Fernández Novoa, sería Matter quien en 1951 habría formulado, por primera vez, una argumentación favorable a la licitud de la publicidad comparativa basada en la función informativa que ésta desarrolla en beneficio de los consumidores. MATTER señalaba que, "por ser a menudo escasos los conocimientos de los consumidores sobre el mercado y la calidad de las mercancías, es deseable todo aquello que les permita formarse un juicio más completo. En este punto –concluye-, el interés de los consumidores debe prevalecer sobre la pretensión del empresario (...)".[24]

Es la doctrina alemana la que con mayor detalle ha trabajado este tema. Siguiendo en esto a Fernández Novoa, quien efectúa un excelente resumen de las posturas que adoptan los diversos autores de esta corriente, podemos señalar que las principales razones por las cuales la publicidad comparativa ha de ser considerada lícita, desde la perspectiva de la protección a los consumidores, son:

- La existencia de una infinidad de productos diversos y el constante progreso de las diferentes ramas de la técnica, determinan que el consumidor medio se sienta confundido y corra el riesgo de equivocarse. La publicidad comparativa ayuda a paliar esto facilitando que los consumidores emitan juicios objetivos.

- El consumidor requiere contar con la mayor información posible sobre todas las ofertas existentes en el mercado, a fin de poder elegir el producto o servicio que satisfaga sus exigencias o necesidades. La publicidad comparativa permite que el consumidor obtenga rápidamente información sobre las diversas ofertas concurrentes y, mediante el cotejo de éstas, que decida cuál de ellas es la mejor. La publicidad comparativa ayudaría a que, a través de la comparación, la verdad se imponga en el mercado.[25]

Lamentablemente, los argumentos expuestos, como habrá advertido el lector, sólo permiten justificar una clase o manifestación particular de la publicidad comparativa: aquella que se limita o que fundamentalmente se encuentra dirigida a brindar información a los consumidores. Sin embargo, como se ha visto en la primera parte del presente artículo, la publicidad no tiene, en ningún caso, la exclusiva finalidad de informar a los consumidores[26] y, de entre las diferentes posibles formas de publicidad, quizá sea la comparativa la que en menor grado persigue tal propósito. En consecuencia, considero que los anteriores argumentos podrían ser válidamente dejados de lado, evitando así que sean utilizados para justificar la licitud de la publicidad comparativa en general.

Y es que, como veremos enseguida, la publicidad comparativa puede tener más de una forma de materializarse. En este sentido, resulta pertinente y a precisar qué ha de entenderse por publicidad comparativa. Para ello, preguntémonos primero qué significa comparar. De acuerdo a la definición que proporciona el Diccionario, comparar significa fijar la atención en dos o más objetos para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas.[27] Atendiendo a la definición transcrita, cualquier supuesto en el cual dos productos o servicios sean utilizados en un anuncio a fin de decir algo sobre las relaciones existentes o no entre ellos sería considerado como un caso de publicidad comparativa.

Esta visión amplia de la publicidad comparativa es compartida, sin embargo, por la unanimidad de la Doctrina y Jurisprudencia que he consultado. De manera expresa, Kemelmajer De Carlucci sostiene que la publicidad comparativa puede ser, en función a la referencia que se hace del competidor, implícita o explícita y, en función al contenido del mensaje, objetiva o subjetiva[28]. Publicidad comparativa explícita sería aquélla que hace referencia a la

[24] FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, La publicidad Comparativa, página 218. La cita de MATTER la extrae FERNÁNDEZ NOVOA de SCHOENHERR, Grur (sobre el cual no da mayores referencias).

[25] SCHWAMBERGER, NJW, citado por FERNÁNDEZ NOVOA, Op. Cit., página 220.

[26] En este sentido, de manera tajante sostienen DÍEZ DE CASTRO, Enrique C. y ARMARIO, Enrique M., Op. Cit., página 49 que "no existe una publicidad que pueda ser considerada únicamente competitiva o informativa" (por publicidad competitiva o combativa, los citados autores aluden a aquella que tiene por objetivo atraer, crear preferencias, fidelidad de compra, etc., hacia una marca en particular). Normalmente, concluyen, "toda publicidad puede ser considerada mixta, es decir, con parte informativa y parte combativa."

[27] Diccionario de la Lengua Española, elaborado por la Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, año 1992. Es particularmente interesante el comprobar que la Resolución del Tribunal a la cual aludimos en el siguiente punto del presente artículo utiliza la misma definición y la misma fuente (salvo que una edición anterior) pero, al citar, elimina curiosamente la referencia a la frase "descubrir sus relaciones".

[28] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Op. Cit., página 104. Por citar a otro destacado autor, aunque éste no realice un comentario explícito, consúltese a FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, La publicidad comparativa, página 207 y 231.

marca de un competidor (sea la de uno de sus productos o servicios) mientras que publicidad comparativa implícita sería aquélla en la cual se hace alusión a un competidor (y en especial a uno de sus productos o servicios) pero sin identificarlo. Por su parte, publicidad comparativa objetiva sería aquélla cuyo mensaje hace alusión a características verificables de ambos productos comparados (sea que el producto competidor sea explícitamente citado o simplemente referido).

Si procurásemos valorar la licitud de la publicidad comparativa en función de una interpretación estricta de la intención perseguida por el movimiento de defensa de los consumidores, llegaríamos a la conclusión de que esta expresión publicitaria habría de ser, en todos los casos, proscrita ya que, en realidad, las únicas comparaciones químicamente puras, y en consecuencia lícitas, son las efectuadas por asociaciones de consumidores o entidades con intereses distintos a los de las empresas involucradas.

Y, al respecto, no es que comparta a ciegas la posición sostenida por Kohler y luego por Leo de que en las comparaciones publicitarias el anunciante asume el papel de ser juez en sus propios asuntos o, lo que es lo mismo, el papel de juez y parte. Lo que ocurre es que, como he señalado, considerar que un empresario va a incurrir en un gasto que no le va a generar un beneficio (lo cual ocurriría en el supuesto que elabore un anuncio tan objetivo que incluso informe de las ventajas que el producto competidor tiene sobre el suyo) es francamente rozar el lindero de lo utópico. Si consideramos que alguna publicidad comparativa es "objetiva", no es porque asumamos que tal anuncio tiene como función informar a los consumidores. La función de la publicidad es siempre persuadir. Lo particular en estos casos, y en base a ello que se califique a la publicidad de tal modo, es que la persuasión se logra mediante la difusión de información verificable (la que, en tales casos, generalmente procuraría establecer diferencias).

Por ello, considero que los argumentos que pretenden radicar la licitud de la publicidad comparativa en general en la necesidad de una transparencia del mercado no son correctos, y, si se quiere ser realmente coherentes, habría que utilizarlos, con ciertas consideraciones adicionales, sólo para justificar la publicidad comparativa objetiva.

La publicidad comparativa en el Perú

Uno de los temas que me suscita mayor interés es descubrir si los flujos y reflujos interpretativos que sobre el tema viene mostrando el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de los Consumidores (INDECOPI) obedece a una sesuda reflexión o si, por el contrario, son la manifestación de un radicalismo ideológico francamente inaceptable.

A pesar de que no me atrevo a especular sobre tal tema, no puedo evitar señalar que la interpretación que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el "Tribunal") ha efectuado del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 es, cuando menos, insólita.

En efecto, mediante Resolución 163-97-TDC, del 2 de julio de 1997, el Tribunal ha determinado que el segundo párrafo del artículo 8, el cual expresamente señala que toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados, no constituye un listado de los requisitos que debe cumplir la publicidad comparativa a fin de ser considerada lícita (interpretación que es considerada adecuada por gran parte de la jurisprudencia y de la doctrina internacional) sino que, por el contrario, dicho párrafo sólo recogería las características de una clase particular de anuncios a los cuales (y sólo a ellos) reconoce como comparativos.

En este sentido, cabe recordar la interpretación planteada por el Tribunal. Según indican, "La característica singular de la publicidad comparativa o de las comparaciones expresas (no entiendo porqué hacen esta alusión aquí, salvo que pretendan inducirnos a una conclusión predeterminada), (...) es que en aquélla los anuncios son deliberadamente estructurados para confrontar dos o más bienes o servicios a fin de poner en manifiesto sus diferencias o semejanzas.". Más adelante señalan que "esto implica (no queda claro cómo), que el consumidor debe percibir que el anuncio contiene una comparación expresa cuyos datos son apreciados como objetivamente verificables. Así, el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 establece el principio general, siendo el segundo párrafo una precisión de las características que hacen que una publicidad deba ser analizada como comparativa.". En tal sentido, concluyen, "constituyen comparaciones expresas aquéllos (sic) anuncios que den a entender a un consumidor razonable, mediante una apreciación superficial, que se están confrontando de manera objetiva características de dos o más productos identificables.".

Así pues, según la interpretación del Tribunal, sólo constituiría publicidad comparativa la que cumpla

con los requisitos de especificidad y objetividad. De ello que si un anuncio fija la atención de los consumidores sobre dos productos o servicios, pero no cumple con los requisitos indicados ya que, por ejemplo, alude a aspectos no verificables tales como "mejor sabor", debemos aceptar que el mismo no es publicidad comparativa (¿qué es entonces?) y, por lo tanto no podría ser considerado *per se* como ilícito. En tal supuesto, la única apreciación que *a priori* podría formularse es que, al no encontrarmos ante un caso de publicidad comparativa el anuncio se encontrará sometido y obligado a cumplir con los requisitos exigidos a la publicidad común (veracidad, no denigración, etc).

Esta interpretación, que se apoya en una lógica confusa, ha sido considerada errada por otros autores[29], de manera acertada, según creo.

En mi opinión, la publicidad comparativa sólo podría considerarse lícita en nuestro país (y creo firmemente que es adecuado que así sea) siempre que cumpla con los requisitos que permitan considerarla como objetiva. Tales principios, como sabemos, han sido recogidos de manera expresa en el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691. Paradógicamente, la interpretación del Tribunal no sirve al propósito perseguido (flexibilizar y fomentar la utilización de esta forma de publicidad) pues, al entrar en conflicto con otras normas y transgredir muchos de los principios sobre los cuales se asienta el Derecho de la Competencia en el Perú, puede bien considerarse como ilegal. Veamos porqué.

La licitud de la publicidad comparativa constituye una suerte de excepción dentro de nuestra legislación. En este sentido, cabe recordar que existen reglas y principios consagrados en regulaciones complementarias que se encuentran en franca oposición a la existencia de una publicidad comparativa que no sea objetiva. Me refiero específicamente a la Ley sobre represión de la competencia desleal (Decreto Ley 26166 y, en particular, a los artículos 12 y 14 que regulan los actos de comparación y aprovechamiento de la reputación ajena, respectivamente) y a las normas que protegen los derechos de propiedad industrial (Decreto Legislativo 823). En las siguientes líneas veremos cómo la lectura de las citadas normas llevan a concluir de que la interpretación propuesta por el Tribunal es inaceptable.

Ley sobre represión de la competencia desleal

El artículo 12 del Decreto Ley 26122 señala que se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero cuando dicha comparación se sustente en afirmaciones falsas o **no comprobables**. Acto seguido, el mismo artículo indica que la comparación no deberá crear confusión, ser engañosa ni denigrante.

Por su parte, el artículo 14 señala que se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquiridas por otro en el mercado. En particular, añade, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Como puede apreciarse fácilmente, el artículo 12 del Decreto Ley 26122 entraría en clara oposición con la interpretación efectuada por el Tribunal al aceptar éste que la publicidad comparativa no se restringe a la confrontación de datos específicos y verificables (como, por ejemplo, a la comparación entre dos precios de venta). Recordemos, por lo demás, que el artículo 12 del Decreto Ley 26122, según señala Kresalja[30], "(...) está referido en su manifestación mayoritaria, si es que no única, a la publicidad comparativa.". Debido a ello, entiendo, la interpretación que se haga de la regulación de una debería guardar coherencia con lo regulado por la otra. Lamentablemente, ello no se ha logrado.

La historia del artículo 14 es, tristemente, más dramática. Hasta donde sé, este artículo se ha venido interpretando, y no sólo en nuestro país[31], como una suerte de cláusula general toda vez que, según se sostiene, a todo supuesto de confusión subyace un interés de aprovecharse indebidamente de la reputación ajena mientras que, visto al revés, siempre que se procure aprovecharse de la reputación ajena, se incurrirá en un acto de imitación o confusión.

[29] En este sentido, consúltese el Informe del Estudio Benites, Mercado & Ugaz, Número 32, año 1997.

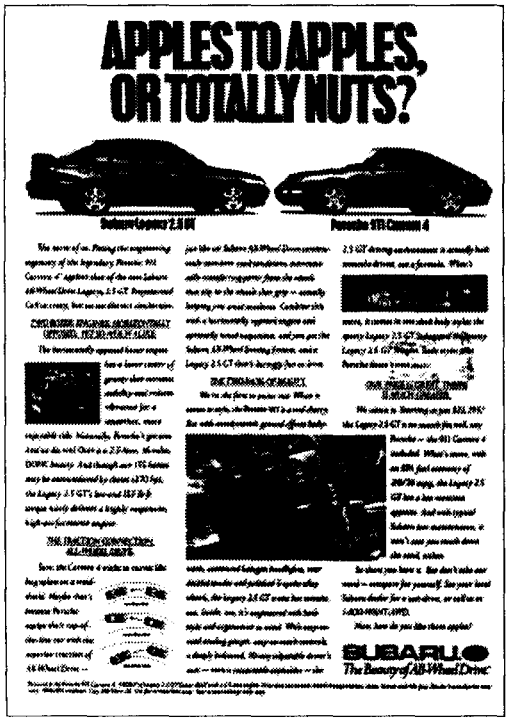
[30] KRESALJA R., Baldo, Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal, En: Derecho N° 47, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre 1993, página 42.

[31] DE LA CUESTA, José María, Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena, En: La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991, Coordinador Alberto Bercovitz, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992.

Tal interpretación no puede ser a mi juicio más errada. El error se habría generado, según parece, porque nuevamente se ha asumido que un razonamiento válido para un sentido lo ha de ser, por fuerza, también para el contrario. Si bien es verdad que a todo caso de confusión subyace el interés de aprovecharse de la reputación del competidor no lo es el que en todo supuesto de aprovechamiento de la reputación ajena exista o deba existir confusión. Desde mi perspectiva, ambos supuestos pueden presentarse de modo independiente. Es más, en mi opinión, el artículo 14 regula un supuesto de hecho absolutamente diferente al de la confusión (regulado en el artículo 8 del Decreto Ley 26122). Creo que el artículo 14 regula -y en esto precisamente radica su trascendental importancia- aquellos supuestos en los cuales, a pesar de no existir confusión, existe un aprovechamiento de la reputación ajena. Un ejemplo de estos casos es, qué duda cabe, la publicidad comparativa.

Cuando una empresa recurre a la publicidad comparativa no busca que los consumidores confundan su producto con el de su competidor. Todo lo contrario. Cuando se apela a esta forma de publicidad, lo que se pretende es que los consumidores claramente adviertan que los productos son diferentes. No obstante ello, en algunos supuestos, el empresario buscará que, además y a pesar de la diferencia, el consumidor traslade a su producto los atributos positivos que normalmente ha venido asociando con los productos de su competidor.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso del anuncio de Subaru que aparece en algunas revistas de autos americanas y que se muestra a continuación:



Dicho anuncio se titula: "De igual a igual, o totalmente locos" y lo que hace es comparar el nuevo modelo de Subaru Legacy 2.5 GT con un Porsche 911 Carrera 4. El anuncio habla de las grandes bondades del Porsche (ingeniería, diseño, velocidad, "agarre" en las curvas, etc.) para, tras citarlas, decir que el Subaru no se queda atrás. Me pregunto: ¿Era necesario que Subaru haga referencia a las bondades del Porsche para promocionar su nuevo modelo?

Creo que la respuesta es obvia. Lo que pretende Subaru es "colgarse" del prestigio de Porsche para convencer, a quienes no pueden acceder a comprar tal auto, que el Legacy podrá proporcionarles satisfacciones semejantes (tal es el mensaje del anuncio aunque, hasta donde sé, ello no sería posible). Es claro que la pretendida convicción no se produce de modo sencillo (por ejemplo, a mí me cuesta creer que el "agarre en las curvas" del Subaru Legacy sea tan bueno como el del Porsche 911 aunque, a decir verdad, no he manejado ninguno de los dos autos). Ciertamente ha de reconocerse que la sofisticación del consumidor jugará un papel importante al momento de evaluar el anuncio.

No obstante, nótese que el anuncio es tan audaz que, si bien no logrará convencer al lector de que el Subaru es igual al Porsche (la diferencia de precios es enorme), sí genera la sensación de que el Subaru comparte, aunque a menor escala, las mismas características tradicionalmente asociadas con el auto del fabricante alemán (características que yo y otras, seguramente, hemos asociado a dichos autos aunque nunca hayamos manejado uno. Curioso, ¿no?). Por lo demás, la reiteración del anuncio, la proximidad de ambos autos en el mismo (además, son exactamente del mismo color, tienen –casi- los mismos aros, son –casi- del mismo tamaño, etc.), entre otros factores, determinarán que, al cabo de un cierto tiempo, los consumidores vayan aceptando la idea de que, no obstante no poder equipar al Subaru con el Porsche (tal no ha sido el objetivo del anuncio), el Subaru es un carro cuyo manejo produce un placer enorme, que es un carro rápido, que tiene un excelente agarre en las curvas, entre otras características que el consumidor especializado ha venido asociando con Porsche. El hecho de que los consumidores vayan generando tal clase de asociación (producto (Subaru) atributo (carro deportivo)) constituirá, seguramente, un importante paso en el desarrollo de la imagen del auto japonés (lo que determinará un incremento en sus ventas entre el público aficionado a los carros deportivos que no puede acceder a un

Porsche[32]) e incrementará, de paso, el valor de su marca. Todo ello, gracias a que Subaru se ha colgado del prestigio ganado por Porsche (seguramente con mucho esfuerzo e inversión) mediante el uso de la publicidad comparativa.[33]

Otro caso en el cual se produce el aprovechamiento de la reputación ajena sin necesidad de encontrarnos con el elemento de la confusión es el de los medicamentos genéricos. Los laboratorios que venden medicamentos genéricos han venido utilizando la marca del medicamento conocido a fin de vender su producto (el cual, ciertamente, es mucho más barato). La marca conocida suele utilizarse al momento de efectuar cotizaciones. Así, el laboratorio que fabrica el medicamento genérico envía (a la farmacia u hospital) una cotización semejante a la que, a modo de ejemplo, plateamos:

a) Medicamento: Ciclosporina (Sandimun). Precio por unidad: S/. 10.00[34]

En casos como estos, al ser los consumidores sumamente especializados, la posibilidad de confusión no existe. Sin embargo, la reiteración del estímulo y la especial característica del mismo (proximidad de ambas denominaciones), determinará que incluso tales consumidores trasladen, de modo involuntario, los atributos positivos que han venido asociando con el producto de marca (Sandimun) al producto genérico (Ciclosporina) y, gracias a ello, adopten una decisión de consumo sobre la base de consideraciones tales como el precio (razón nada desdeñable, por cierto).

Si la asociación no se produce, el alto riesgo derivado del cambio a un medicamento desconocido (máxime cuando el adquirente del mismo es un hospital de prestigio), determinaría probablemente su rechazo, a pesar de que éste contenga el mismo componente activo que el producto conocido (de marca). Por lo demás, tal es el efecto deseado por el laboratorio que trata de colocar en el mercado un medicamento genérico-, sino, cómo explicar esa forma de cotizar.

Pues bien, si aceptamos que el aprovechamiento de la reputación ajena puede producirse incluso en el supuesto de que no se genere una confusión entre los productos o servicios anunciados (ni siquiera indirecta), la pregunta que deberíamos de responder es: ¿debe permitirse la publicidad comparativa? La respuesta es compleja. En principio, como se ha visto, la publicidad comparativa puede tener múltiples manifestaciones: objetiva, subjetiva, implícita o explícita. Sin embargo, cuando se analiza con algo más de detalle estos supuestos, puede verse que no todas estas manifestaciones de la publicidad comparativa pretenden aprovecharse de la reputación ajena. Es más, ello casi nunca ocurre cuando los anuncios efectúan comparaciones específicas y objetivas. Adicionalmente ha de considerarse el interés por formentar el desarrollo e introducción de nuevos productos al mercado (como en el caso de los medicamentos genéricos).

Atendiendo a esto, creo que puede afirmarse con sustento que, desde la perspectiva del artículo 14 del Decreto Ley 26122, la publicidad comparativa objetiva no sería considerada ilícita mientras que la publicidad comparativa subjetiva sí. A manera de ejemplo, cabe afirmar que el anuncio de Subaru sería considerado ilícito en nuestro país ya que procura aprovecharse de la reputación de Porsche (el anuncio tiene una apariencia objetiva aunque, si se aprecia bien, se advertirá que no lo es).

En suma, creo que la publicidad comparativa sólo podría ser aceptada en la medida que la misma no tenga por finalidad "colgarse" de la buena reputación del producto de un competidor. De aceptar otra interpretación, estaríamos desconociendo el costo que significa desarrollar una imagen para un producto, haber adquirido el reconocimiento de los consumidores, reforzar la marca, entre otros aspectos que, ciertamente, han de ser protegidos. Desconocer la necesidad de tal protección es equivalente a decir que todos tienen derecho a apropiarse del esfuerzo ajeno. El famoso "nadie sabe para quién trabaja" sería la regla y, al final, la competencia, lejos de fortalecerse, se debilitaría ante el desincentivo

[32] Nótese que el objetivo del anuncio no es que el público opte entre comprar un Porsche o un Subaru. Por el contrario, como se sabe, Subaru compite con otros fabricantes japoneses en esa categoría de precios, tales como Toyota o Nissan. Claramente, lo que pretende Subaru es escapar a la imagen que tradicionalmente tienen los americanos respecto a los carros japoneses (económicos) para vender una imagen que, por el contrario, siempre han tenido los carros europeos (deportivos). De este modo, Subaru se diferenciaría de Toyota o Nissan adquiriendo más posibilidades de venta en el segmento del mercado donde intenta posicionarse.

[33] En este sentido, las leyes de la *Gestalt*, tales como la de la proximidad, la de semejanza o igualdad, entre otras, definitivamente apoyan la posibilidad de que este traslado se produzca.

[34] La Ciclosporina es el componente utilizado para la elaboración del medicamento de marca "Sandimun". La Ciclosporina es vendida como medicamento genérico por Laboratorios Indufarma mientras que "Sandimun" es vendido como producto de marca por Sandoz Perú S.A.

derivado de la imposibilidad de internalizar, en exclusiva, los beneficios de tu esfuerzo. Por ello, desde la perspectiva de las normas que prohiben la competencia desleal en nuestro país, la interpretación (vinculante) del Tribunal es incomprensible.

La publicidad comparativa y el derecho de marcas.

Tradicionalmente, el Derecho de Marcas ha sido una de las ramas que mayor oposición ha formulado a la publicidad comparativa. En este sentido, se ha dicho que la utilización en la publicidad comparativa de una marca que no es la propia constituye una infracción grave e inaceptable al Derecho de Marcas y a todos los principios que lo inspiran.

No creo que las críticas más severas a la publicidad comparativa, inspiradas en el Derecho de Marcas, provengan de esa lógica. Y es que en mi opinión, el titular de una marca no tiene un derecho ilimitado respecto de la misma. Me explico.

El artículo 162 del Decreto Legislativo 823, Ley de Propiedad Industrial, establece que el derecho al uso exclusivo de una marca se adquiere por el registro de la misma ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI. Sin embargo, salvo el articulo 164, ningún artículo de dicho cuerpo normativo explica qué ha de entenderse por uso exclusivo. Recordemos que el artículo 164 preceptúa que el titular de una marca registrada podrá impedir que los comerciantes supriman del producto o envase, la referencia a la marca.

Partiendo de las normas citadas, creo que resulta válido sostener que el derecho exclusivo al cual se refiere el artículo 162 debe entenderse limitado por el objeto de la inscripción; este es, distinguir determinados productos o servicios en el mercado. De ello puede colegirse que, en el caso que yo utilice un signo distintivo registrado a favor de un tercero para distinguir productos o servicios diferentes, tal uso no podría ser considerado ilegal o, lo que es lo mismo sólo que dicho de otro modo, en tanto el uso que yo le dé a un signo distintivo registrado a favor de un tercero no genere confusión (directa o indirecta) entre nuestros productos o servicios, tal uso no podría ser considerado ilegal.

Como advertirá el lector, el Derecho de Marcas no concede al titular de una marca la facultad de prohibir a terceros la utilización de la misma si tal utilización no puede confundir a los consumidores. Si ello es así, la publicidad comparativa no podría ser objetada por el Derecho de Marcas por cuanto, como hemos visto, ésta no genera, en principio, confusión entre los consumidores.

He dicho "en principio" de manera intencional ya que, dependiendo del sentido o amplitud que otorguemos al término "confusión", nuestra conclusión respecto a la validez de la objeción podría cambiar. En efecto, resulta sumamente interesante citar, a fin de profundizar sobre este punto, lo que alguna Jurisprudencia americana viene interpretando por "confusión subliminal".

La "confusión subliminal" es un concepto desarrollado por la Jurisprudencia americana para solucionar el vacío de no contar con norma alguna que recoja un supuesto semejante al contemplado en el artículo 14 del Decreto Ley 26122. Toda vez que ello es así, y siendo concientes de la necesidad de proteger a los empresarios de la conducta desleal (*unfair*) de sus competidores, las Cortes han recurrido al Derecho de Marcas (ciertamente de una manera muy creativa) para establecer que tal esfuerzo por apropiarse de los atributos positivos asociados a una marca constituye una afectación o perjuicio para la misma y un engaño a los consumidores. Paso a explicar esto con mayor detenimiento.

Como explica Hartman, la teoría de la confusión subliminal presupone que una marca que termina siendo asociada con un producto o servicio muy difundido funciona como un símbolo que representa, en la mente de los consumidores, un nivel alto de calidad y satisfacción. Debido a ello, si un nuevo empresario se cuelga de las asociaciones positivas que tal marca genera podrá obtener una ventaja económica injustificada en la forma de un rápido acceso a un nivel de competitividad con la marca conocida. Sin la necesidad de generar una confusión por el origen, el nuevo competidor podrá beneficiarse de la inversión hecha por el titular de la marca para desarrollar una identidad o personalidad especial frente a los consumidores. El mismo autor indica que prohibir la confusión subliminal no tiene como objeto proteger la función distintiva del origen que poseen las marcas sino su valor publicitario entendido éste como su poder para vender o, dicho de otro modo, para atraer a los consumidores y vender los productos marcados. La confusión subliminal aludiría, pues, al mecanismo a través del cual se produce una apropiación indebida del valor publicitario de una marca sin que exista confusión sobre el origen.[35]

[35] HARTMAN, Steven H., Ob. Cit., página 508.

Como podrá advertir el lector, la función publicitaria de la marca es protegida en nuestra legislación mediante el artículo 14 del Decreto Ley 26122 de manera expresa.[36] Quizá por ello no se ha interpretado nunca el término "confusión" de la manera en que lo hace la Jurisprudencia americana. De cualquier forma, en el caso que aceptáramos tal interpretación, tendríamos que concluir necesariamente que la publicidad comparativa subjetiva, a la luz del Derecho de Marcas, sería considerada ilícita.

Un argumento adicional que apoya la idea de que la publicidad comparativa subjetiva debería ser considerada ilícita en todos los casos (con lo que la finalidad de tan extraña interpretación del Tribunal quedaría totalmente desvirtuada), proviene también del ámbito del Derecho de Marcas. Me refiero a la protección que este Derecho reconoce al titular de una marca para actuar en contra de aquéllos que, mediante su actuación, generen una dilución de la misma.

La protección contra la dilución de la marca se encuentra consagrada en el literal c) del artículo 187 del Decreto Legislativo 823. Dicha norma, recordemos, preceptúa que el titular de una marca notoriamente conocida tendrá la facultad de impedir que terceros utilicen su marca en cualquier caso en que dicho uso pueda causar la dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario del signo notoriamente conocido o pueda causar un descrédito o desprestigio de dicho signo.

Este artículo es de extrema importancia y de directa aplicación al tema de la publicidad comparativa, por cuanto, como resultará obvio para la mayoría de los lectores, la publicidad comparativa que venimos censurando hasta el momento (aquella de naturaleza "parasitaria", que pretende "colgarse" del prestigio de otro producto o servicio) generalmente involucrará una marca notoriamente conocida (como el ejemplo de Ciclosporina con Sandimun).

Me pregunto: ¿Si el Decreto Legislativo 823 protege al titular de una marca notoria contra los actos de terceros que puedan reducir el valor publicitario de la misma (lo cual ocurriría si los atributos normalmente asociados con dicha marca comienzan a ser inconcientemente trasladados –gracias a una publicidad bien elaborada- hacia una marca menos famosa,[37] sea cual fuese ésta), cómo aceptar una interpretación del Decreto Legislativo 691 en la cual ello se permita?

EPÍLOGO

Sobre el título y otras consideraciones no necesariamente finales

Humberto Eco[38] señala, al comentar acerca de los títulos de las novelas, que el narrador no debe facilitar interpretaciones de su obra. Sin embargo, agrega, "uno de los principales obstáculos para respetar ese sano principio reside en el hecho mismo de que toda novela debe llevar un título."[39] En este sentido, afirma además que un título constituye ya una clave interpretativa. Por ello, en el esfuerzo por confundir al lector con el título de la obra, concluye, habría que ser honestamente deshonestos, como Dumas, "porque es evidente que **Los Tres Mosqueteros** es, de hecho, la historia del cuarto.".[40]

La anterior reflexión me inspiró a utilizar "De la publicidad y otros demonios" como título para el presente artículo. Ello, con un doble propósito. El primero ha sido, de alguna manera, expuesto en la primera parte del presente artículo y en la última. El segundo es el que ahora paso a explicar.

Me parece particularmente notorio, e interesante por cierto, el que a partir de unos años atrás, los títulos de los artículos que se publican en las revistas de derecho sean cada vez más sugerentes y creativos. La intención que inspiró a cada autor a utilizar títulos como los que recuerdo (y confío que el lector

[36] Como veremos enseguida, la función publicitaria de la marca se encuentra también protegida de manera expresa en el Decreto Legislativo 823, Ley General de Propiedad Industrial, aunque sólo para aquellos casos de marcas notoriamente conocidas. Como el razonamiento expuesto no procuraba, por el momento, incidir sobre esta posibilidad, he preferido simplificar la lectura agrupando todo lo relacionado con la notoriedad de la marca para un momento posterior.

[37] No interesará que la marca menos famosa pertenezca a un competidor. Por lo demás, en el ejemplo de Subaru, vimos que ambos fabricantes no competían directamente y, sin embargo, ello no alteraba el hecho de la afectación al valor publicitario de la marca Porsche. El aprovechamiento indebido que se sanciona aquí tiene por objeto recompensar la creatividad y el esfuerzo de un empresario e impedir el enriquecimiento indebido del otro.

[38] ECO, Humberto, Apostillas al Nombre de la Rosa, Editorial Lumen, 1987.

[39] ECO, Humberto, Ob. Cit. Página 10.

[40] Ibidem.

también pues no creo pertinente citar ninguno de ellos aquí), naturalmente, es algo sobre lo cual no puedo especular. No obstante, y esto sí es relevante para efecto de lo que quiero explicar, es claro que dichos títulos tienen, cuando menos, un efecto evidente: captar la atención del lector.

Contrariamente, mi intención al elegir el título para el presente artículo no era captar la atención del lector. En realidad, lo que me propuse fue invitar al lector a participar de un juego que, probablemente, jugó de manera más o menos consciente aunque, seguramente, sin control alguno.

Pregúntese: ¿Qué fue lo primero en lo que "pensó" cuando leyó el título del presente artículo? Sé que las respuestas han de ser variadas y es claro que, en mucho, ellas dependerán de las especiales características de cada uno de los lectores. No obstante, mientras escribía el presente artículo asumí (y después he comprobado que así ha ocurrido en muchos casos), que de entre las múltiples asociaciones posibles, una podía resultar la más común.

En efecto, como algunos lectores habrán podido advertir, el título del presente artículo recuerda rápidamente a la novela de García Márquez titulada "Del amor y otros demonios". Reconozco que el juego era simple y el resultado, en apariencia, absolutamente previsible. Sin embargo, no pretendo discutir el rigor metodológico de mi experimento o de mis conclusiones; simplemente ansío mostrar cómo, no obstante ser la capacidad de asociación del ser humano ilimitada e involuntaria, puede ser objeto de previsión y, consecuentemente, de manipulación.

Y es que las asociaciones que efectúa el ser humano, al igual que su percepción, siguen patrones más o menos semejantes y se encuentran condicionadas por una serie de variables que pueden ser (y de hecho lo son) conocidas y, consecuentemente, estimuladas por aquella persona que quiera obtener un determinado efecto (como yo en el presente caso al utilizar un título casi idéntico al de la obra de García Márquez).

Es curioso que dicha asociación haya podido producirse a pesar de encontrarse el presente artículo incluido dentro de una revista de derecho y a pesar de que el lector, por obvias razones, no tenía porqué esperar que en un artículo como éste se cite a García Márquez o se utilice alguno de sus libros como referencia. Pareciera que, no obstante el grado de sofisticación del lector, esta clase de asociaciones pueden producirse. ¿Por qué? Creo que al margen de la utilización de casi las mismas palabras, las respuestas pueden ser diversas: el lector acababa de leer el libro; el libro le pareció excelente y por lo tanto lo recuerdan vivamente; etc.

Tal y no otro es el efecto que persigue y genera la publicidad. La asociación que en el inconsciente del consumidor se produce como consecuencia de la reiteración del mensaje publicitario determina que éste vincule, al igual que el lector de este artículo, el producto anunciado con la calidad, atributo o ventaja que el mensaje destaca.

La publicidad comparativa subjetiva persigue y logra, gracias a lo descrito, trasladar atributos positivos de un producto a otro, determinando que el consumidor, al equipararlos, adopte una decisión de consumo en función a consideraciones que, entonces, resultarán fundamentales (como el precio, en el caso de los medicamentos genéricos).

Como se ha indicado, esto es lo que han venido haciendo durante muchos años, con cierto éxito además, numerosas agencias de publicidad y empresas pequeñas a fin de introducir productos nuevos o sucedáneos al mercado. Por ello, no creo que resulte exagerado afirmar que inclusive el más frío, diligente o sofisticado de los consumidores racionales podría ser víctima de esta clase de manipulación.[41]

Teniendo esto claro, y luego de haber efectuado este primer análisis del tema, cabe preguntarse: ¿Queremos prohibir esta clase de publicidad? ¿Es conveniente que sea considerada ilícita?

Creo que la publicidad comparativa debería ser considerada lícita siempre y cuando sea objetiva. Según considero, el resto de manifestaciones de la publicidad comparativa atentarían contra la norma contenida en el artículo 12 y 14 del Decreto Ley 26122 y contra algunos principios del Derecho de Marcas como la dilución del valor publicitario de la misma. Por todo ello, al no encontrar justificación alguna para que tal perjuicio se consume (ya hemos visto que lo de la transparencia del mercado no sería

[41] REBAZA TORRES afirma que "...a mayor sofisticación del consumidor, es aconsejable una mayor libertad en la actividad publicitaria puesto que la posibilidad de engaño o defraudación se reduce de manera directamente proporcional." Si bien es cierto que el texto citado parece aludir a supuestos distintos a los tratados en el presente artículo, una lectura amplia del mismo, y sobre todo de la palabra engaño, podría llevarnos a concluir que un consumidor especializado no podría ser víctima de una manipulación como la que se deriva de ciertas clases de publicidad comparativa. Por lo expuesto en el presente artículo nos permitimos discrepar de tal interpretación, en el caso que ella hubiese sido la que el autor ha querido reflejar. REBAZA TORRES, Alberto, Ob. Cit., página 32.

aplicable para este caso), no veo porqué habría que tolerarse.

Acerca de algunos otros demonios y el Derecho. Una segunda lectura del título

Thomas Mann,[42] cuestionándose acerca de la pasión en Nietzsche, concluye que ésta sólo puede presentarse, en dicho autor, asociada con la duda.

El presente artículo ha sido para mi una perfecta excusa para, utilizando temas extrajurídicos, cuestionarme acerca de temas jurídicos. Creo que el no dudar respecto de interpretaciones concedidas a figuras como las analizadas seguramente extinguiría cualquier pasión que, en algún momento, pudo haberme suscitado el ejercicio del Derecho.

Quizá sea justo concederse unos minutos para reflexionar acerca del Derecho, para qué sirve, y, como consecuencia de ello, sobre cómo debemos ejercerlo. Tal vez sea hora ya de que dudemos acerca de lo que nos han dicho que el Derecho es y sobre cómo debe practicarse. Quizá sea ya hora de que procuremos plantear nuevas interpretaciones o lecturas a temas interpretados o leídos siempre de la misma forma. La regurgitación de tales demonios nos concedería, creo, una gran satisfacción.

[42] MANN, Thomas, Shopenhauer, Nietzsche, Freud, Editorial Brugera, S.A., Barcelona, 1984, página 105.

ESTUDIO
DE BELAUNDE & MONROY
ABOGADOS

Miguel de Cervantes 280 - San Isidro - Lima 27 - Perú
Teléfonos: 440-5704/440-2469/442-8896/442-8898

EL DUMPING EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

César Guzmán-Barrón S.
Profesor de Derecho Mercantil
Pontificia Universidad
Católica del Perú

A grandes rasgos, puede definirse al dumping como una práctica desarrollada en dos mercados independientes y sujetos a jurisdicciones distintas, donde el exportador vende sus bienes en el mercado externo a un precio inferior al que impone en su mercado doméstico. Esta conducta no solo genera una distorsión artificial en el país importador, sino que produce efectos dañinos en la economía internacional debido, fundamentalmente, a la creciente globalización y generalizada apertura de los mercados. Resulta claro, entonces, que la adopción de medidas tendientes a controlar el dumping resulta indispensable para salvaguardar el libre comercio y el funcionamiento normal del mercado.

En el presente artículo, el doctor Guzmán-Barrón analiza el fenómeno del dumping en el comercio internacional y las diversas medidas adoptadas para combatirlo. Resalta especialmente el tratamiento brindado al dumping en la legislación nacional, cuyas normas son aplicadas por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI, y los criterios para activar los mecanismos jurídicos antidumping.

I. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DUMPING.

En principio, dumping es una palabra propia del idioma inglés que no tiene equivalente en castellano, y designa toda aquella práctica desleal realizada por particulares que busca generar un detrimento en la industria nacional del país al cual exportan.

El dumping se produce cuando una empresa exporta a precios inferiores a los que vende en su propio mercado. Esta situación genera una distorsión artificial en el país importador, pudiendo generar daño a la industria local, por lo que surge el derecho antidumping como medida de reparación del daño. El dumping produce efectos dañinos en la economía mundial en la medida en que el comercio crece, y la competencia se desarrolla en mercados cada vez menos protegidos. De allí que será en EEUU donde se publica la primera ley antidumping en 1921.

En 1947, cuando se negoció el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) se advirtió que el dumping se constituía como una medida no arancelaria, que atentaba contra el libre comercio y alteraba el funcionamiento normal del mercado. Y, a fin de contrarrestrar o impedir el dumping, en el artículo VI, se autoriza a toda parte contratante a percibir un derecho antidumping que no exceda el margen de dumping relativo a dicho producto, entendiendo como margen la diferencia entre el valor FOB del producto exportado y su precio de venta en el mercado interno. Sin embargo, dicha facultad sólo es aplicable en la medida en que el dumping cause ó amenace causar un perjuicio económico importante a una producción existente o retrase la creación de una producción nacional en el país

importador. Es decir, el derecho anti-dumping, se justificará en tanto se de un nexo causal entre el dumping y el daño al producto similar del país importador.

El artículo VI es suficientemente preciso; sin embargo, varios países (que si bien mantenían sus mercados abiertos y habían adquirido este compromiso en el GATT), aplicaron los derechos antidumping de manera arbitraria y con legislaciones nacionales muy amplias, conviertiéndose dichos sistemas en nuevas medidas no arancelarias. De allí que fuera necesario negociar un código de conducta que estableciera los requisitos indispensables y los procedimientos a seguir a fin de aplicar de manera uniforme y objetiva dichos derechos. El primer código se adoptó con ocasión de la Ronda Tokyo (1973 - 1979). No obstante, debe aclararse que el Código solo se aplicaba a los países signatarios del mismo, siendo pocos los suscriptores. Nuestro país, si bien fue parte contratante del GATT desde 1951, no suscribió dicho Código. Recordemos que durante varios años nuestro país aplicó una política de sustitución de importaciones que suponían niveles de protección tanto arancelaria como no arancelaria, que diluían cualquier intención de introducir al país productos con precios dumping.

Considerando que a partir de los '80 y con más incidencia a fines de aquella década, los gobiernos han ido incorporando una política de apertura y libre comercio, por lo que los casos de dumping se han incrementado, de tal manera que en dicho período, según información del propio GATT, se abrieron 1456 procedimientos para la aplicación de derechos anti-dumping, la mayoría por Estados Unidos, la Unión Europea, Canadá y Australia.

Por otro lado, como consecuencia de la globalización y la generalizada apertura de los mercados, los países han ido incorporando legislación propia, sobre la base del código del GATT.

Por todo ello fue necesario revisar durante la Ronda Uruguay las normas del código antidumping, a fin de establecer un procedimiento más adecuado y exigente, y evitar la aplicación de derechos antidumping de manera arbitraria y con fines no de defensa de la competencia desleal, sino más bien de lograr una protección oculta.

En el caso del Perú, como es de todos conocido, la política del gobierno actual ha llevado a un cambio fundamental en materia de comercio, tanto a nivel nacional como internacional. En este último rubro es el Decreto Legislativo 668 el que marca la pauta de un mercado de apertura, libre de barreras de todo tipo en aras de mantener la libre competencia. Esta apertura al comercio internacional ha significado la eliminación de toda medida de protección y por tanto requiere de un marco normativo destinado a evitar que las importaciones se den a precios dumping ó de manera subsidiada y con ello se cause un perjuicio a la industria nacional, de forma tal que se puedan aplicar de manera eficiente, objetiva y oportuna los derechos antidumping o compensatorios cuando así se justifique.

Posteriormente, al adoptarse mediante Resolución Legislativa 26407[1], el acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) y los Acuerdos del Acta Final de la Ronda Uruguay entraron en vigencia desde el 1° de Enero de 1995, ratificándose el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping). Este Acuerdo contiene el procedimiento a seguir y los requisitos para determinar la existencia de prácticas de dumping, así como para establecer el daño o amenaza de daño que ocasionan las importaciones objeto de dumping.

En materia de legislación nacional, en nuestro país se dictó originalmente el Decreto Supremo 133-91-EF, el cual recoge los Acuerdos de la Ronda Tokyo de los años '80; y recientemente se ha dictado el Decreto Supremo 043-97-EF que derogando el anterior, adecúa la regulación nacional a las normas del Acuerdo adoptado en la OMC. Estas normas son aplicadas por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual -INDECOPI-, organismo descentralizado señalado por ley como autoridad nacional competente para conocer los casos de dumping y subsidios en primera instancia[2], y que por tanto resuelve las solicitudes de productores nacionales que consideran haber sido perjudicados por prácticas desleales en el Comercio Internacional, aplicando derechos antidumping. Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual es la autoridad administrativa encargada de revisar los procedimientos de dumping y subsidios en segunda instancia[3].

[1] Resolución dada por el Congreso publicada el 18 de octubre de 1994 con la cual se aprueban los acuerdos citados.

[2] Artículo 19-inc. b) y 22 del D.L. 25868

[3] Artículo 47° del D.Leg.807 que modifica el artículo 13° del D.L. 25868.

A través de estas líneas analizaremos cómo la regulación que hoy se encarga del dumping en nuestro país corresponde al contenido de los acuerdos internacionales que actualmente se encuentran vigentes. Para ello resulta necesario precisar el concepto de dumping, cómo se determina el margen y cuáles son las condiciones para la aplicación de derechos anti-dumping.

II. EL DUMPING EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Concepto de dumping

El dumping corresponde a una acción desleal que proveedores extranjeros realizan, generándose un margen diferencial entre el Valor Normal y el Precio de Exportación.

Por tanto, se entiende que un producto se encuentra a precio dumping cuando su Precio de Exportación (PE) es inferior al Valor Normal (VN), entendiéndose por este último el precio de dicho producto en su mercado de origen. El país al que es exportado dicho producto será el que determine si existe dumping o no.

La definición dada puede explicarse a través del siguiente ejemplo:

US$ 100		US$ 80
VN	mayor	PE
Precio Mercado origen	US$ 20)	Precio de Exp.
	margen de	
	Dumping.	

Pero, ¿por qué puede presentarse esta diferencia de precios? Ello se explica en razón de los múltiples factores que afectan la economía; toda vez que en dos mercados separados suelen operar diferentes ofertas y demandas ya que las circunstancias no necesariamente son idénticas. Estas diferencias se pueden dar inclusive dentro de un mercado nacional, de ahí que las barreras crezcan ante mercados diferentes.

Es pertinente diferenciar este concepto del de subvaluación, pues en ambos casos el valor de importación suele resultar más bajo que el precio de venta en el mercado de origen. En otras palabras, se confunde al dumping con la subvaluación, toda vez que en ambos casos se produce una variación sustancial en el precio de los productos exportados; sin embargo, existen claras diferencias entre ambas figuras. La subvaluación generalmente se relaciona con la intención del importador de pagar menos derechos de importación aprovechando situaciones favorables en los regímenes cambiarios, en el dumping la intención es dominar el mercado, pudiéndose dar en cualquier momento, pues el exportador busca un beneficio particular en el país en el cual se hace efectiva la exportación; la subvaluación es de naturaleza aduanera, se configura como un delito aduanero, mientras que el dumping es una decisión de la empresa de vender a un precio determinado. Pese a las diferencias señaladas, pueden darse casos en los que estas figuras sean difíciles de distinguir, toda vez que pueden presentarse conjuntamente.

Teniendo en cuenta la magnitud del margen de dumping se requiere adoptar medidas de solución con la finalidad de contrarrestar los efectos dañinos ocasionados en la industria nacional.

Existen varias explicaciones al respecto, entre las cuales destacan las siguientes:

- La diferencia de precios puede ser resultado de la existencia de una barrera en la entrada a este mercado que impide a las empresas analizar curvas de oferta y demanda. El que el exportador pueda cobrar más en su país puede tener razones varias, como por ejemplo, que el producto se encuentre protegido en el país de origen, lo cual no necesariamente se da en el mercado al cual se exporta, ya que en éste puede existir competencia.
- El PE con un precio inferior al VN no necesariamente se debe a una «buena voluntad» por parte del exportador sino a la intención del mismo de acabar con la industria nacional y lograr un monopolio en dicho país.

Sea cual fuere el fundamento del margen existente, su vigencia puede afectar a la industria local y por ello requiere ser determinado a fin de aplicar derechos antidumping, si se dan las condiciones que seguidamente pasamos a explicar.

2. Condiciones para activar mecanismos jurídicos anti-dumping

Son tres las condiciones que deben tomarse en cuenta para que proceda la aplicación de derechos antidumping.

a) Que el VN sea mayor que el PE, es decir, que exista propiamente dumping: en países como Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, entre otros, se usa, a efectos de dar contenido al VN del producto, el término «producto similar», entendiéndose por éste a un producto idéntico que sea igual en todos los aspectos al producto materia de investigación.
Ahora bien, si el producto no se vendiera regularmente en el mercado nacional, la comparación se

realiza con el precio de venta de exportación más bajo a terceros países. Y si aún así no se diera tal situación, procederá la comparación teniendo en cuenta el precio ex-fábrica del producto en origen más los gastos que permitan llegar al valor FOB. La comparación de precios se debe realizar a un mismo nivel comercial y deberán tomarse en cuenta las diferencias propias de una venta en el mercado interno y una exportación.

b) Que se cause un perjuicio a la rama de producción de la industria nacional: la OMC define como "rama de producción nacional" al conjunto de productores nacionales de los productos nacionales o aquellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos. La investigación no será iniciada a menos que un porcentaje importante del sector que se considere afectado lo solicite.

El perjuicio al que se alude puede reflejarse a través de pérdidas de participación en el mercado, márgenes de ganancia, niveles de deuda, etc. Es por ello que para estos efectos deben de tomarse en cuenta todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción, entre los cuales pueden considerarse:

- Disminución real y potencial de la producción, ventas, participación en el mercado, beneficios, productividad, rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad instalada de las empresas.
- Efectos de los precios internos.
- Efectos reales o potenciales en el flujo de efectivo, las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión.

La normativa internacional califica a este perjuicio como «importante», señalando que puede incluirse la posibilidad de que se presente una amenaza de perjuicio importante o incluso alegar la existencia de un retraso sensible en un proyecto para la industria nacional. En estos dos últimos casos ello aún resulta discutible, toda vez que no existen parámetros objetivos que permitan juzgar si estamos o no frente a dichas posibilidades.

En la legislación nacional la denuncia se presentará por los productores nacionales que se vean afectados, o podrán hacerlo a través de sus asociaciones ó representantes, debiendo representar por lo menos un 25% de la producción nacional. Este monto varía en la doctrina latinoamericana, oscilando los porcentajes entre el 25% y 40%. La rama de producción nacional se define como el conjunto de productores nacionales de productos similares, o como aquellos cuya producción conjunta constituye una parte principal de la producción nacional de dichos productos; a lo cual se suman criterios que considera la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios. En la solicitud deberá acreditarse el dumping y el daño consecuente, a fin de dar inicio a la investigación.

Para entender que el daño se ha configurado, las importaciones materia de dumping deben generar un impacto negativo en los precios y en otros indicadores económicos; en caso de amenaza se puede alegar aun cuando las importaciones no hayan ingresado al territorio nacional pero hay pruebas suficientes (a través de hechos) que llevan a tener certeza de su ingreso. Es evidente que determinar la presencia del daño y, por ende, aplicar los mecanismos anti-dumping para acabar con esta práctica, son una garantía de la libre competencia en forma leal en el mercado, conjuntamente con la protección de los consumidores de los productos que se ven afectados por dichas prácticas.

c) Causalidad, es decir, que el dumping sea el causante del daño a la industria: éste es un elemento difícil de demostrar toda vez que pueden coexistir elementos diferentes al dumping, como es el caso de la subvaluación ya explicada. Por tanto, la legislación exige acreditar esta relación causa-efecto de manera objetiva. Por ejemplo, cuando las ventas de la industria local se reducen en la medida en que ingresaron productos a precios dumping, generando un perjuicio que no es propio de un mercado de libre competencia.

III. EL DUMPING Y LA INDUSTRIA LOCAL

Es evidente que la producción nacional se ve perjudicada con la importación de bienes a precios dumping, más aún considerando que ésta se encuentra actualmente en una etapa de crecimiento y que se está incentivando su participación en el mercado a través de la creación de empresas mediante la captación de capital extranjero; ésto se refleja en la normativa existente y explica aún más el porqué es importante la existencia de un adecuado mecanismo antidumping.

El papel de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI se refleja en la determinación de los elementos que configuran el dumping denunciado por las empresas, que se ven afectadas por la importación a precios por debajo de los existentes en su mercado local; lo cual se da a través del establecimiento de los márgenes de dum-

ping para aplicar la tasa «derecho antidumping» sobre los precios de importación a fin de eliminar las distorsiones en los precios.

Sin embargo, la normatividad vigente se ha adecuado a los plazos y exigencias del Acuerdo de la OMC, los cuales, si bien son precisos y rigurosos, no impiden que la industria afectada pueda, por ejemplo, ser asistida a fin de obtener las pruebas del dumping, lo que a veces resulta muy complicado por lo difícil que es obtener información oficial ó privada que acredite en forma fehaciente los niveles de precios del valor normal o el de exportación. Por otro lado, no debieran considerarse los plazos como mínimos sino más bien como un límite, de manera que las medidas antidumping resulten oportunas y por tanto eficientes. Puesto que al Estado le corresponde facilitar y promover la libre competencia, el procurar evitar estas prácticas desleales supone estudiar la posibilidad de una acción más vigilante por parte de los organismos del propio Estado con el objetivo de evitar que la práctica desleal sea tal que la aplicación del derecho anti-dumping resulte inoportuna, dado que en este caso el daño a la industria puede resultar irreparable.

En consecuencia, si bien la legislación vigente puede resultar adecuada para mantener el equilibrio en el mercado a través de la libre competencia, requiere ser aplicada o en todo caso modificada, teniendo en cuenta la realidad de la industria nacional, sin que ello implique caer en el exceso de utilizarla como una forma de protección, que no es el medio más eficiente para lograr una protección competitiva.

NOTARIO - ABOGADO

Jaime A. Murguia Cavero

HORARIO CORRIDO
De Lunes a Viernes
9:00 am. a 5:45 pm.

Av. R. Rivera Navarrete 881 - San Isidro - Lima 27
☎ 442-0300 Fax: 442-0850



Alfredo Paíno Scarpati
Notario

Av. Aramburú N° 668 - Surquillo
Telf.: 422-7530 441-1791 Telefax: 422-6981

LA PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA

Manuel A. Abanto Vásquez
Profesor de Derecho Penal
Universidad de San Marcos
Profesor de Derecho de la Competencia
Universidad de Huancayo

Dentro del campo de las interrelaciones económicas y sociales de los agentes del mercado, se vuelve necesaria la actuación del Derecho Penal para proteger intereses básicos necesarios para el funcionamiento de un sistema de economía de mercado. Siguiendo esta línea, el autor muestra los intentos legislativos destinados a la protección de la competencia como bien jurídico, centrando dicho análisis en el Derecho de la Libre Competencia y su protección, tanto desde el ámbito penal (a través del Código Penal) como desde el ámbito administrativo (a través de la actuación del INDECOPI).

Finalmente, a manera de conclusión, el autor propone desarrollar un "auténtico Derecho Contravencional" peruano que ponga fin a la incertidumbre existente sobre los límites entre lo penal y lo administrativo, en lo que respecta a este tema.

1.- INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal moderno no se limita más a los tradicionales delitos «violentos». En la medida en que las sociedades actuales tratan de dar la mayor protección jurídica posible a ciertos intereses básicos para el funcionamiento del sistema de economía de mercado, se le encarga al Derecho Penal la persecución de las acciones más graves y dañosas contra determinados instrumentos de la vida económica. Estos instrumentos constituyen un sistema económico que, en última instancia, garantizan también el funcionamiento adecuado de un sistema político democrático, pues ofrecen el marco adecuado para el libre desarrollo de la libertad individual mediante un sistema competitivo capaz, al mismo tiempo, de elevar el bienestar general. Sin embargo, es precisamente este sistema económico, que pregona y recompensa la eficiencia económica incluso en desmedro de la moral pública, el que motiva también a los agentes económicos a tratar de conseguir ganancias a cualquier precio, valiéndose, de preferencia, de vías difusas o zonas grises que la legislación vigente muchas veces no alcanza a cubrir[1].

Ante esta dinámica de las relaciones económicas y sociales, el legislador en general, y el legislador penal en particular, están tratando de proteger adecuadamente los bienes jurídicos tradicionales, atacados por nuevas modalidades delictivas, y los nuevos bienes jurídicos económicos. Precisamente estos últimos son los que constituyen el «ordenamiento económico» que el Derecho Penal económi-

[1] Ver TIEDEMANN, en: Arroyo Zapatero/Tiedemann, «Estudios de Derecho Penal Económico», Universidad Castilla - La Mancha, España, 1994, p. 11.

co trata de proteger. Su característica básica es que son supraindividuales, es decir, por oposición a los bienes jurídicos individuales, no tienen substrato empírico inmediato. Tales bienes jurídicos son, por ejemplo, el «ambiente», el «sistema crediticio», el «sistema de otorgamiento de subvenciones», etc. Se presupone aquí que se entiende por bien jurídico aquellos «intereses», «valores» o, como se dice modernamente, aquellas «unidades sociales de función» recogidos y protegidos por el ordenamiento legal y penal[2]. Lo importante no es, en todo caso, la definición, sino el hecho de que los bienes jurídicos individuales pueden identificarse con el derecho subjetivo del sujeto pasivo que lo porta. El bien jurídico «vida», como valor, se identifica con la «vida concreta» del individuo cuya vida es atacada por el homicida. En cambio, en los bienes jurídicos supraindividuales no se da tal identificación: el bien jurídico «funcionamiento del sistema crediticio» no se identifica con el «patrimonio» del banco víctima del delito financiero[3].

2.- LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Segun lo anteriormente indicado, la competencia es en sí un bien, cuya protección legal es necesaria para el buen funcionamiento del sistema económico de economía de mercado. Pero esa «competencia» tiene dos aspectos: el referido a la libertad de los agentes económicos durante su actuación en el mercado y el referido a la (debida) lealtad entre los agentes económicos al momento de competir. En el primer caso estamos hablando del «Derecho de la Libre Competencia» o de sus sinónimos «Derecho *Antitrust*» o «Derecho contra las prácticas restrictivas de la competencia». En el segundo caso se trata del «Derecho contra la competencia desleal».

Ahora bien, la libertad de competencia como valor, dentro de una economía social de mercado, ha sido unánimemente reconocida como bien jurídico. Su importancia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado; la libre competencia es el instrumento que hace real la consecución, no solamente de fines económicos (aumento de bienestar), sino también de fines políticos: el permitir el máximo desarrollo posible de libertad individual[4]. No puede haber economía (social) de mercado sin libertad de competencia. Tampoco puede existir libertad de competencia, si ésta no tiene una mínima protección legal, pues se sabe por experiencia que un sistema, que en sus inicios puede ser competitivo, tiende a ser destruido por los propios agentes económicos mediante prácticas restrictivas, si éstas no son controladas administrativa y/o penalmente. Queda entonces claro que la protección de la competencia no interesa únicamente a los agentes del mercado y participantes directos en el proceso económico, sino a toda la colectividad.

Desde el punto de vista penal, la dañosidad social de algunas prácticas restrictivas de la competencia es tal que muchos autores constatan un merecimiento y una necesidad de pena y reclaman su criminalización. En Alemania, por ejemplo, país donde desde la vigencia de la «Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia» (GWB) de 1954 sólo existe un control civil y administrativo-contravencional de dichos ilícitos, la doctrina dominante es partidaria de la criminalización de las prácticas restrictivas más graves. Así, ya en 1975 una Comisión de Expertos había dado recomendaciones al Ministerio de Justicia en ese sentido. Sin embargo, el Ministerio de Economía, presionado fuertemente por los «*lobbies*» de la industria alemana, se opuso a esta importante reforma[5]. De todas maneras, esta insuficiencia preventivo-general en la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia se ve compensada con las fuertes sanciones económicas que impone el *Bundeskartelamt* alemán y el control efectuado por las autoridades comunitarias (la Comisión y el Tribunal Europeo).

El Derecho peruano de protección de la competencia es «*sui generis*». Trata de proteger la competencia desde muchas perspectivas. Así, el Derecho Administrativo peruano, a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), pretende una protección global de la competencia: contra las prácticas restrictivas, contra la competencia desleal, contra abusos en desmedro del consumidor, contra violacio-

[2] Ampliamente, y con más referencias bibliográficas, sobre las repercusiones de los cambios sociales y económicos en la dogmática y la legislación referidas al Derecho Penal económico, en ABANTO, «Derecho Penal Económico», Lima, 1997, p. 19 y ss.

[3] ABANTO, «Derecho Penal Económico», p. 50 y ss.

[4] GEERDS, «*Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*», Bayreuth, 1990, p. 39 ; TIEDEMANN, «*Kartellrechtsverstösse und Strafrecht*», Colonia, 1976, p. 104.

[5] TIEDEMANN, «Poder económico y delito», Barcelona, 1985, p. 74.

nes de los derechos de autor, etc. En realidad, esta concepción de «protección de la competencia» no es precisa, pues abarca muchos aspectos que no tienen que ver directamente con la competencia. Solamente en cuanto se trate de proteger la libre competencia y la competencia leal se está hablando de una protección de la competencia en sentido estricto. En el caso de la publicidad (en cuanto no implica una deslealtad), del derecho de los consumidores, de la propiedad intelectual y del control de las empresas en estado de quiebra, no se trata, en realidad, de una protección de la institución «competencia», sino de medidas de control o corrección de variadas distorsiones que afectan a la economía y a los consumidores o titulares de otros derechos.

No cabe duda de que la protección contra las prácticas restrictivas ocupa una posición clave dentro de este sistema, tal como se destaca en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807, reciente norma legal que introduce modificaciones materiales y procesales en la legislación del INDECOPI[6]. También, según esta última disposición legal, se ha ampliado la protección de la libre competencia mediante la creación de una nueva Comisión: la Comisión de Acceso al Mercado (artículo 50 del Decreto Legislativo 807).

Entonces, recapitulando, a nivel administrativo, la Competencia es protegida directamente por las Comisiones del INDECOPI: la libre competencia a través de la Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado; y la competencia leal a través de la Comisión contra la Competencia Desleal.

3.- LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Aunque de forma poco sistemática, el Código Penal peruano conoce también la distinción entre la protección de la libre competencia y de la competencia leal. Veamos cómo y en qué casos el Derecho Penal peruano ofrece una protección de estos bienes jurídicos, de manera adicional a la protección que brindan las respectivas leyes administrativas.

3.1 El abuso del poder económico (artículo 232 del Código Penal)

Artículo 232: «El que, infringiendo la ley de la materia abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil, o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2) y 4).»

El Decreto Legislativo 701 ha delimitado los alcances del tipo penal de «abuso del poder económico» del artículo 232 del nuevo Código Penal peruano. Según el artículo 19 de dicho Decreto, modificado por el Decreto Legislativo 807, sólo son perseguibles penalmente los supuestos específicos de abuso de posición dominante en el mercado y de prácticas colusorias de los artículos 5 y 6. Es decir, las cláusulas abiertas del artículo 5, inciso d) y del artículo 6, inciso j) (las que rezan: «Otros casos de efecto equivalente») no dan lugar a la aplicación del tipo penal. Esto está bien. En caso contrario, se atentaría contra el principio de certeza (determinación de las normas) y de legalidad (*nullum crimen, nulla pena, sine lege praevia*). Pero lo mejor sería, naturalmente, que tales cláusulas desaparecieran y que los principios mencionados sean aplicados a todo lo que constituya Derecho sancionatorio. La decisión de crear un sistema cuasi-jurisprudencial se aprecia claramente después de las últimas modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 807. Efectivamente, antes, las cláusulas abiertas de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701, los incisos f) y g) respectivamente, decían : «Otros casos de efecto equivalente que sean tipificados por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, de Justicia y de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración». Las nuevas cláusulas abiertas (inciso d) del artículo 5 e inciso j) del artículo 6) han reservado a la jurisprudencia de la Comisión la potestad de crear nuevos tipos administrativos mediante la institucionalización de la analogía («Otros casos de efecto equivalente»). La Comisión tendrá que tener en cuenta los alcances del principio de legalidad y la previsibilidad del destinatario de la norma antes de aplicar sanciones en virtud de un tipo nuevo. Aquí pueden ser de utilidad las experiencias de la jurisprudencia del Derecho Comunitario de cárteles.

El Decreto Legislativo 701 prevé dos elementos que dañan la conducta anticompetitiva de relevancia penal: el dolo y la dañosidad social («graves consecuencias para el interés económico general»). Ambos conceptos son de difícil comprobación. La «dañosidad» de la conducta, entendida en sentido

[6] «El Peruano», Normas Legales de 18-04-96, p. 9 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807.

cuantitativo, requiere de cuantías específicas que la ley, lamentablemente, no menciona. Estas deberán ser desarrolladas por la jurisprudencia o entenderse en sentido normativo (efecto espiral, tendencia a la imitación, grave desobediencia contra la vigencia del valor «competencia», etc.), con lo cual se pierde certeza. La jurisprudencia del Derecho ofrece aquí nuevamente valiosas referencias (el criterio del «efecto sensible»), sin embargo, no debe olvidarse que todo criterio cuantitativo tiene que ser reflejo del mercado para el cual se crea. En tal sentido, no pueden compararse las dimensiones del mercado europeo con el peruano.

El otro criterio, el «dolo», es quizás más problemático aún; un penalista se desconcertaría ante este requisito. En el Derecho Penal moderno se entiende por dolo el «conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto» (dolo natural)[7]. Entonces, el que concienta una restricción de la competencia o abuse de su posición de dominio en el mercado estaría siempre actuando con dolo. Es más, en muchas ocasiones lo estaría haciendo con dolo directo de primer grado. Por cierto que el legislador del Decreto Legislativo 701 y del Decreto Legislativo 807 no tuvo en mente criterios estrictamente penales al momento de elaborar ambas leyes. El «dolo» significa aquí algo más que el dolo penal. Se trata de un dolo en el sentido del Derecho Civil o Mercantil, parecido al «*dolus malus*» penal. Este último, como se sabe, presupone, además, del conocimiento y la voluntad de la realización de la situación objetiva, la conciencia de la antijuricidad[8]. En el Derecho Civil, el dolo es presupuesto del ilícito civil y designa «la intención de provocar daño, el propósito o voluntad de dañar a otro»[9]. En la práctica, la Comisión suele utilizar la amenaza de la denuncia penal para hacer cumplir sus resoluciones. Esto admite dos interpretaciones: o bien la Comisión considera que el dolo o intención de daño queda fehacientemente probado cuando el actor, debido a la resolución expedida, tenía pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta; o bien se trata de una política cautelosa inicial de la Comisión, quien, dada la novedad de la ley, intenta primero crear conciencia de antijuricidad durante un tiempo para después aplicar la ley con todo su rigor. La propia Comisión ha expresado su intención de «crear conciencia»[10], pero no ha aclarado definitivamente este punto. Tampoco el Decreto Legislativo 807 permite mayores interpretaciones. El énfasis que se pone en la exclusividad del inicio de la acción mediante denuncia penal de la Comisión, sólo reafirma la potestad definidora del injusto penal del ente administrativo. Esto es a todas luces criticable y atenta contra los efectos preventivo-generales del artículo 232 del Código Penal.

3.2 Los «cárteles de licitación» (artículos 241 y 384 del Código Penal)

Artículo 241 : «Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, quienes practiquen las siguientes acciones :

1. Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios;
2. Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio.
3. Conciertan entre sí con el objeto de alterar el precio.

Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años.»

Artículo 384: «El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.»

Como indica la doctrina, bajo la denominación usual de «cárteles de licitación», estas modalidades aluden principalmente a un acuerdo anticompetitivo (cártel) entre postores en un proceso de licitación o subasta pública. El bien jurídico afectado es, entonces, en primer lugar, la libre competencia dentro de dichos «procesos de selección» de contratantes con

[7] MIR PUIG, «Derecho Penal, parte general», Barcelona, 1990, p. 255.

[8] MIR PUIG, ídem, p. 255.

[9] CARRANZA, Jorge, «El dolo en el Derecho Civil y Comercial», Buenos Aires, 1973, p. 28 y ss.

[10] Memoria Anual 1993, capítulo «Labor proyectada para 1994», sin número.

el Estado para las adquisiciones de bienes o servicios o ejecución de obras.

Ahora bien, la regulación separada de esta modalidad de práctica restrictiva de la competencia no estaría justificada si no se tratara de algo distinto de la simple protección de la competencia. En efecto, hay consenso en la doctrina en señalar que no sólo se trata de la protección de un aspecto supraindividual como es la competencia, ni individual como el patrimonio del Estado o el de los intervinientes en la licitación, o a los consumidores, sino también en cuanto se trata del funcionamiento de la Administración Pública[11].

A través de la protección de la «pureza del proceso de subastas y concursos públicos» se protege todos estos intereses. Querer ver en el tipo penal únicamente la protección de alguno de estos intereses significaría no entender sus verdaderos alcances; así, por ejemplo, cuando se trata equivocadamente de vincular el tipo penal solamente en virtud de su supuesta protección a los consumidores[12]. Si sólo se tratara de proteger a los consumidores, el tipo penal tendría que exigir la probanza de un perjuicio de algún tipo contra ellos. O si se tratara del patrimonio del Estado, se tendría que probar que éste ha sido menguado de alguna manera. Esta última dificultad es justamente la que habría que superarse si, en ausencia de un tipo específico como el del Código Penal peruano, se tratara de subsumir las figuras de fraudes o cárteles en las licitaciones públicas como un delito común de estafa. El ejemplo alemán es bastante convincente como para demostrar que éste no debe ser el camino a seguir[13].

El objeto del delito es un «remate público», «licitación pública» o «concurso público de precios». En todos los casos se trata de procesos o convocatorias dirigidas a quienes puedan presentarse para la adjudicación de obras, servicios, suministros y otros (concurso o licitación pública) o para la adquisición de bienes o productos buscando al postor que pague el mejor precio (subasta). Debe entenderse que «licitación pública» y «concurso público de precios» no son sinónimos. La recientemente publicada «Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado», Ley 26850 (publicada el 3 de Agosto de 1997), establece diferencias entre los distintos «procesos de selección». Aparte de las modalidades de «adjudicación directa», esta ley distingue a la «licitación pública» del «concurso público» porque la primera está dirigida a la contratación de obras y a la adquisición de bienes y suministros (artículo 15), mientras que el segundo se refiere a la contratación de servicios y de consultoría (artículo 16).

En el caso de las licitaciones públicas (al igual que en el Código Penal español), se prevé como «consecuencia accesoria» en contra del individuo o de la empresa la exclusión de contratar con el Estado de 3 a 5 años (tercer párrafo del artículo 241). La «ley de contrataciones y adquisiciones del Estado» también contempla esta posibilidad, pero como «sanción» adicional para los postores (y no como «consecuencia accesoria»), cuando éstos realizan prácticas restrictivas de la libre competencia en un «proceso de selección».

Por el sujeto activo, también se puede tratar de dos grupos:

a. Que se trate de los participantes en los remates, concursos o licitaciones públicas. En este caso, las acciones típicas consistirán en alejar postores (mediante sobornos, amenazas o violencia), solicitar o aceptar dádivas o promesas para no participar, o simplemente integrar un cártel con otros participantes para alterar las ofertas («el precio» de las ofertas).
b. Que se trate de un funcionario público encargado de realizar y controlar el proceso del remate, concurso o licitación. En este último caso estaremos ante un delito contra la administración pública (artículo 384), además de una «infracción administrativa» sancionada por el artículo 47 de la «Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado».

Las modalidades delictivas son todas de «mera actividad». Efectivamente, no se exige ningún resultado, ni en la forma de un perjuicio patrimonial, ni que efectivamente se haya afectado a la competencia por verificarse el alejamiento de competidores. Ciertamente, la «competencia», preceptuada durante los concursos, subastas y licitaciones públicas, tiende a tratar de conseguir los mejores precios

[11] QUINTERO OLIVARES, en «Comentarios al Código Penal», Pamplona, 1996, p. 1195.

[12] Así parece haberlo entendido erróneamente LAMAS PUCCIO, «Derecho Penal Económico», Lima, 1996, p. 231 y s.

[13] Efectivamente, lo que impide hasta ahora una punición de los ejecutores de cárteles de licitación es la casi imposibilidad de probar un «perjuicio patrimonial» para el Estado. Véase al respecto: TIEDEMANN, Klaus, «*Submissionskartell als Betrug?*», ZPR 1992, p. 49 y ss.; BAUMANN, Jürgen, «*Endlich strafrechtliche BekNmpfung des Submissionsbetruges*», NJW 1992, p. 1661 y ss; y ABANTO, «El Derecho de la Libre Competencia», 1997.

en beneficio del subastador. Pero sería demasiada exigencia integrar al tipo penal el perjuicio económico. No sólo porque ello exigiría complicados cálculos y pronósticos al estilo de una «competencia hipotética», sino también porque no es sólo el patrimonio el que se protege. Aunque resulte paradójico, el precio hipotético podría resultar menor que el manipulado (con lo cual no habría perjuicio económico); esto es plenamente posible en aquellos casos en los que en el ramo económico de que se trate se esté dando una competencia ruinosa.

En el caso de las subastas convocadas por la Administración de Justicia, puede darse un concurso con la estafa procesal del artículo 197, numeral 1.

La protección del proceso de la competencia en el marco de licitaciones públicas se da también de manera indirecta a través de la protección del correcto funcionamiento de la administración pública. Por eso se prevé dentro de los supuestos de «concusión» un tipo destinado a reprimir al funcionario que participe en dichos cárteles de licitación (artículo 384).

La fuente más inmediata de esta nueva regulación penal peruana es la legislación española. Tanto el Código Penal anterior (artículo 539) como el nuevo (artículo 262), así como prácticamente todos los proyectos importantes de dicho país, contenían un tipo penal contra estos ilícitos. El nuevo Código Penal español ha agravado la punición tradicional de los cárteles de licitación. A diferencia del antiguo artículo 539, el nuevo artículo 262 incluye ahora más casos punibles (por ejemplo, la retirada maliciosa de una participación exitosa en una subasta o licitación) y también se prevén, además de penas de multa, la privación de la libertad. Por otro lado, se ha mejorado la técnica al eliminar el elemento «perjuicio patrimonial»[14].

El tipo penal peruano es similar, pero no incluye un supuesto previsto en la fuente española: el quebrar o abandonar fraudulentamente la subasta en la cual se ha obtenido la buena pro. Evidentemente, estos casos no serán muy usuales, pero son plenamente posibles. Se puede pensar, por ejemplo, que el sujeto activo quiere de esta manera forzar a una nueva convocatoria hasta obtener la adjudicación en condiciones más favorables (con menor precio base y sin competidores)[15]; o incluso, cuando se trata de perjudicar a quien tiene expectativas en un remate judicial para cobrarse las acreencias que tiene con el deudor cuyos bienes se están rematando. La penalidad del tipo peruano y del español es similar, pero este último prevé la agravación para el caso de licitaciones públicas (de 3 a 5 años de prisión).

Finalmente, hay que observar una duplicidad e incoherencia en la persecución penal de estos ilícitos en nuestro medio. Efectivamente, como se ha visto anteriormente, a nivel administrativo el Decreto Legislativo 701 y sus leyes modificatorias, sancionan como práctica restrictiva de la competencia los «cárteles de licitación». Así, el literal i) del artículo 6 sanciona «el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en la licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas». Y dicho supuesto puede ser considerado también como delito de «abuso del poder económico» del artículo 232 del Código Penal si reúne las características señaladas por el artículo 19 del Decreto Legislativo 701, es decir, si se comete mediante un «dolo especial» y causa graves perjuicios al «interés económico general». Es decir, una misma conducta (concertación de ofertas en licitaciones, concursos, remates o subastas públicas) es valorada penalmente de dos maneras distintas: a través del artículo 232 del Código Penal, tiene que ser especialmente grave (dolo especial y grave perjuicio económico), además de exigir un requisito de procedibilidad: la denuncia de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. Por otro lado, no son necesarios estos requisitos adicionales si se emplea el artículo 241. Creemos que, por especialidad, debe primar este último, sin perjuicio de que dicha superposición deba ser eliminada por el legislador.

4.- LA PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA LEAL

Como se dijo más arriba en el acápite 2, junto con el derecho de competir, existe un deber relacionado con la forma cómo debe realizarse la competencia. Existen entonces métodos prohibidos por constituir «competencia desleal» en contra de los demás competidores y de los consumidores.

El objeto de protección o bien jurídico protegido en este ámbito no es pasible de una distinción específica y exclusiva; aquí confluyen varios intereses protegidos. Como dice Rittner, refiriéndose al fin de protección de la ley alemana contra la competencia desleal (UWG), no se necesita una construcción dogmática especial, ya que la ley «sólo pretende impedir acciones desleales de competencia, pues

[14] QUINTERO OLIVARES, ver nota 11.

[15] QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 1196 *in fine*.

ellas entran en conflicto con intereses de los competidores, pero también con los de la generalidad y de los consumidores»[16].

4.1 La publicidad engañosa (artículo 238 Código Penal)

Artículo 238 : «El que hace, por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a error grave al consumidor, será reprimido con noventa a ciento ochenta días-multa.

Cuando se trate de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil, la multa se aumentará en un cincuenta por ciento.»

La publicidad es un instrumento de la vida moderna, mediante el cual los agentes económicos dan a conocer al amplio público las bondades de sus productos o servicios. En nuestro medio, según un precedente de carácter obligatorio establecido por el Tribunal del INDECOPI, debe distinguirse entre «publicidad» y «publicidad comercial». Esto es importante para delimitar la vigencia del Decreto Legislativo 691 (publicidad comercial) y del Decreto Ley 26122 (competencia desleal mediante publicidad). La publicidad comercial consiste, entonces, en «cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, de manera debida, las preferencias de los consumidores. No constituyen publicidad comercial la propaganda política o la publicidad institucional, entendida esta última como aquélla que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras»[17].

La forma más conocida y con mayor contenido de injusto entre el amplio grupo de ilícitos referidos a la «publicidad comercial» es la constituida por la publicidad engañosa. Aquí no sólo se trata exclusivamente del interés de los consumidores, como se suele creer[18], sino –en primera línea– del empleo de un instrumento económico, la publicidad, la cual no debe perjudicar ni a los consumidores, ni a los competidores. Estos últimos son perjudicados en cuanto pierden clientela, debido a la publicidad engañosa, la cual no constituye sino «una deshonesta maniobra del competidor desleal»[19]. En tal medida, debe entenderse que la publicidad engañosa implica una «conducta desleal» que atenta contra la competencia y afecta, a través de un ataque contra los consumidores, a los competidores que sí compiten lealmente. Según lo dicho, la fuente constitucional que enmarca el tipo penal es no sólo la protección del interés de consumidores y la garantía del «derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado» (artículo 65 de la Constitución), sino también la protección de la economía de mercado y de la competencia (artículos 58 y 61).

Dentro de este concepto de «publicidad engañosa», se incluyen también las modalidades de publicidad imitativa (artículo 7 segundo párrafo, Decreto Legislativo 691), publicidad despectiva o denigrante (artículo 7, último párrafo, Decreto Legislativo 691) y, en general la publicidad comparativa ilícita (art. 8 Decreto Legislativo, 691). Por el contrario, no tiene relevancia penal en nuestro medio la «publicidad abusiva», es decir, aquella publicidad antisocial, discriminatoria, ofensiva a los valores sociales. Ejemplos conocidos recientemente son los de Benetton (sacerdote besando a monja, camiseta teñida con sangre de soldado caído en los Balcanes, etc.), chocolate «Maldito» que alude a la masturbación, zapatillas que se identifican con pandilleros, etc.

Si bien no se discute sobre la importancia del rango del bien jurídico protegido, así como tampoco sobre la legitimación de la persecución sobre criterios de proporcionalidad o justicia, existen críticas acerca de la necesidad de pena, pues se suele considerar a la protección administrativa como la más eficaz para este tipo de ilícitos[20].

Administrativamente, la publicidad es regulada por el Decreto Legislativo 691 y controlada por la Comi-

[16] RITTNER, Fritz, «*Wettbewerbs- und Kartellrecht*», Heidelberg, 1989, p. 6.

[17] Resolución 096-96-TDC (Rema vs. Luz del Sur), publicada el 23-12-1996, p. 145404.

[18] QUINTERO OLIVARES, op. cit. , p. 1279, quien habla de un bien jurídico colectivo, «netamente socio-económico»: «el derecho de los consumidores y usuarios a recibir una información veraz de los productos y servicios ofertados en el mercado»; LAMAS PUCCIO, op. cit., p. 226 y ss.

[19] DURAND CARRIÓN, Julio, «Tutela jurídica del consumidor y de la competencia», Lima 1995, p. 84.

[20] QUINTERO OLIVARES, op. cit. , p. 1279.

sión de Represión de la Competencia Desleal. Según el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, constituye «publicidad engañosa» aquella que contiene «informaciones o imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y a las condiciones de venta».

Para determinar la idoneidad, se tienen que tener en cuenta entonces los siguientes elementos:
1.- El carácter de información falsa o ambigua.
2.- El tipo de consumidor.

La jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal de INDECOPI ha resuelto que el consumidor protegido por la ley no es uno «promedio», sino un consumidor razonable, es decir, un consumidor racional, informado, que «frente al anuncio publicitario asume una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o un servicio...»[21]. Luego, si bien el artículo 2 del Decreto Legislativo 691 indica que «los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho de que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario», dicho análisis del consumidor no es un análisis «descuidado e irresponsable», sino que (por deducción negativa) no es un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no es un análisis de experto[22].

Luego, el carácter de la información puede ser, en cierta forma, abiertamente falso, en cuanto puede exagerar de manera general las bondades del producto o del servicio con el objeto de tratar de «persuadir» al consumidor. Se observa, pues, en primer lugar, que la publicidad es lícita siempre que no denigre al competidor (artículo 7, último párrafo, y artículo 8), no imite (artículo 7, primer y segundo párrafos) y, en general, no atente contra la Constitución, las buenas costumbres y las propias restricciones contenidas en la misma ley (artículos 3, 5, 10; etc.; por ejemplo, no debe favorecer o estimular la discriminación de cualquier tipo; no debe contener testimonios no autorizados; en cuanto al tabaco, bebidas alcohólicas, llamadas eróticas, etc, éstas tienen una regulación especial).

Un caso típico y generalmente admitido de publicidad engañosa es aquél que se refiere a los precios. Es claramente engañoso para un consumidor razonable la publicidad de precios que no incluyen el precio total del bien o servicio, especialmente el impuesto general a las ventas (IGV). Sobre esto no sólo hay una constante jurisprudencia, sino también ahora una expresa disposición en el tercer párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo 691. Dicha norma obliga también al anunciante a incluir, en los precios de venta al crédito, el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos a realizar, y su periodicidad.

El mayor problema se presenta cuando se trata de publicidad comparativa, es decir, cuando la publicidad trata de destacar el propio producto en desmedro de otro o de todos los demás productos pertenecientes al género. En este caso, para la ley, dicha publicidad es lícita «si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores» y si es «específica, veraz y objetiva» proporcionando, al mismo tiempo «una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados». Sólo cuando el anuncio contenga afirmaciones que, desde la perspectiva del consumidor razonable, contenga informaciones verificables objetivamente, rige el «principio de veracidad», es decir, el anunciante está obligado a probar la veracidad de lo afirmado en la publicidad. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando se dice «Somos el producto de mayor venta»; «Recomendado por el Colegio Odontológico», «Garantizamos un año de duración», «Rinde 60 kilómetros por galón», «100,000 unidades vendidas en un año», «Hecho de puro algodón», «Certificado por Notario», «750 gramos que rinden igual que 1 kilo de arroz de otra marca». En cambio, el «consumidor razonable» percibiría como «opiniones subjetivas» (mejor dicho, no se dejaría engañar) con afirmaciones como «el mejor del mundo», «calidad insuperable», «el mejor sabor», «le gusta a todos», etc., y por lo tanto, no rige aquí el principio de veracidad[23]. Se trata aquí de lo que se conoce como «publicidad superlativa».

Si bien a nivel administrativo hay, más o menos un consenso de lo que constituye la infracción administrativa, hasta ahora no ha sido establecida claramente la delimitación con la infracción penal. A la fecha es posible que se persiga la infracción tanto en una como en otra vía, pues como se observa en el

[21] Resolución 014-97-TDC, publicada el 31-01-1997, p. 146461 (caso del «arroz Costeño graneadito»), la cual se remite a la Resolución 052-96-TRI-SDC, publicada el 3-10-96.

[22] Idem.

[23] Idem, referido a la expresión «¡Cómo aumenta!» en un anuncio publicitario sobre el supuesto rendimiento de una marca de arroz.

tipo penal del artículo 238 del Código Penal, se describe una «publicidad engañosa» que en principio reúne los mismos elementos que el tipo administrativo del artículo 4 del Decreto Legislativo 691. Sólo se enfatiza que debe tratarse de un «error grave» en el consumidor. Más clara es la situación en el segundo párrafo del tipo penal, en donde la diferencia está en el tipo de producto de que se trate. La agravación de la pena del segundo párrafo del artículo 238 del Código Penal implica que el mayor injusto depende de la mayor protección que gozan ciertos productos (alimentos, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos y artículos de primera necesidad o de consumo infantil), debido principalmente a su importancia para la vida y la salud de las personas. No obstante, no importa que la acción típica haya efectivamente puesto en peligro la salud o vida de las personas, pues la protección directa está relacionada con la competencia leal. La Comisión de Represión de la Competencia Desleal entiende que, para denunciar penalmente, se debe acreditar un «dolo especial» (malicia, intención de perjudicar a los competidores o consumidores) y, en algunos casos, una grave amenaza o perjuicio a los consumidores (por ejemplo cuando se trata de medicamentos, productos alimenticios, etc.). Obviamente, esta interpretación colisiona con el tipo penal, en el sentido en que éste no exige tales requisitos y, por otro lado, la gravedad respecto al perjuicio grave ya está prevista en tipos agravados independientes (publicidad engañosa agravada del artículo 238, segundo párrafo del Código Penal) o en otros tipos penales (adulteración de artículos de primera necesidad del artículo 235 Código Penal, venta fraudulenta de bienes del artículo 239 Código Penal y contaminación de sustancias alimenticias o medicinales del artículo 286 Código Penal).

Lo que sí está claro es que cuando hay incumplimiento reiterado de las resoluciones en materia de publicidad de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, se puede denunciar al responsable ante el Ministerio Público (artículo 20 del Decreto Legislativo 691, modificado por el Decreto Legislativo 807). No obstante, esta disposición no se refiere al tipo penal de la «publicidad engañosa», sino tácitamente al de «desobediencia o resistencia a la autoridad» del artículo 368 del Código Penal. Por otro lado, el artículo 32 del Decreto Ley 26122 (Ley sobre Represión de la Competencia Desleal) establece como requisito previo a la iniciación de la acción penal, la obtención del informe técnico del INDECOPI.

No se trata de un delito de resultado, sino de un delito de mera actividad, ya que bastará con realizar la afirmación falsa sobre el producto en cualquier medio publicitario. Para la configuración del ilícito no es necesario que efectivamente el consumidor resulte engañado, tan sólo debe verificarse que la afirmación falsa era idónea («capaz por sí misma») para inducir a un grave error al consumidor. En tal sentido, y usando la terminología moderna, se trata de un delito de idoneidad. El juez no deberá asumir de plano que la afirmación falsa ya implica una publicidad engañosa, ni tampoco deberá verificar que algún consumidor haya estado a punto de ser engañado en el caso concreto. Deberá juzgar que *ex - ante* la afirmación falsa hubiera podido inducir a error a cualquier consumidor (verificación por el juez de la existencia del «peligro abstracto»)[24].

El nuevo Código Penal español, fuente de la disposición penal peruana, considera a la publicidad engañosa como «delito relativo al mercado y a los consumidores» (artículo 281), pero a diferencia de su similar peruano exige un peligro concreto: que se pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores». Si bien la penalidad que prevé es mayor (prisión de 6 meses a un año y multa de 6 a 18 meses), el delito es básicamente perseguible por denuncia privada (artículo 287 No. 1), pero puede omitirse dicho requisito procesal si los agraviados son varios o se afecta intereses generales (artículo 287 No. 2).

4.2 Actos de competencia desleal (artículo 240 Código Penal)

Artículo 240: «Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa el que, en beneficio propio o de terceros:

1. Se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro.
2. Realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos.

En los delitos previstos en este artículo sólo se procederá por acción privada.»

Según el artículo 6 del Decreto Ley 26122 constituye competencia desleal «toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento económico y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La ley administrativa, el Decreto Ley 26122, modificada por el Decreto Legislativo 807

[24] Al respecto, con más referencia, ABANTO, «Derecho Penal Económico», p. 119 y ss.

reconoce muchas formas de competencia desleal, derivadas de la cláusula genérica de su artículo 7. La propia ley detalla en una lista meramente enunciativa, algunos actos de competencia desleal:
1.- Actos de confusión (artículo 8)
2.- Actos de engaño (artículo 9)
3.- Actos prohibidos respecto a la procedencia geográfica (artículo 10).
4.- Actos de denigración (artículo 11).
5.- Actos de comparación (artículo 12).
6.- Actos de imitación (artículo 13).
7.- Explotación de la reputación ajena (artículo 14).
8.- Violación de secretos (artículo 15).
9.- Inducción a la infracción contractual (artículo 16).
10.- Violación de normas (artículo 17).
11.- Discriminación del consumidor (artículo 18).
12.- Copia o reproducción no autorizada (artículo 19).

Como se puede apreciar fácilmente, de todos estos actos, el legislador penal ha escogido solamente dos que supuestamente son los únicos que merecen sanción penal: la explotación de la reputación ajena (numeral 1 del artículo 240 Código Penal equivalente al artículo 14 del Decreto Ley 26122) y los actos de denigración (numeral 2, equivalente al artículo 11 del Decreto Ley 26122). Los casos más graves según la legislación y doctrina comparadas de «espionaje industrial» sólo se quedan como ilícito administrativo (artículo 15 Decreto Ley 26122).

Según la jurisprudencia y doctrina administrativas la explotación de la reputación comercial ajena (artículo 240 No. 1 del Código Penal y artículo 14 del Decreto Ley 26122) presupone los siguientes elementos:

a. Debe existir una reputación comercial ajena, previa a la del infractor. Por ejemplo, si un «nombre comercial» ya había venido siendo utilizado continuadamente por la denunciada, pese a no haber sido registrado, la denunciante que posee una marca con el mismo nombre y que vende productos en un establecimiento con dicho nombre no puede alegar competencia desleal[25].
b. No importa que el ataque se efectúe con medios legalmente reconocidos, como por ejemplo mediante signos distintivos o marcas registradas. Por ejemplo, en el caso del «Café Monterrey», se vendía dicho producto en el mercado nacional utilizando signos de identificación muy similares a los del café «Cafetal». Pese a que el primer producto estaba registrado en el extranjero, su ingreso al mercado nacional con un envase similar a otro producto ya establecido implicaba el empleo de «una estrategia de posicionamiento en el mercado que resulta contraria a la buena fe comercial»[26].
c. No es requisito indispensable que el agraviado y el infractor sean competidores, aunque sea lo más usual.
d. Se utiliza el criterio del «consumidor razonable» para medir el riesgo de confusión del origen empresarial de los bienes o servicios. Por ejemplo en el caso denunciado por «Helados Artika», la denunciada (una fabricante de helados en Arequipa) utilizó en su producto y en su distribución diversos elementos registrables y no registrables similares a los de la denunciante: iguales colores en los carros de expendio de helados, los mismos uniformes en los vendedores y la misma envoltura[27]. Algo similar ocurrió en Baygon vs. Killer en el que la denunciada vendía diversos productos insecticidas en forma líquida y en polvo bajo la marca «Killer», pero utilizando signos de identificación (colores) idénticos que podían inducir a los consumidores a pensar que se existía alguna vinculación con la empresa que producía los productos «Baygón» (Bayer A.G.)[28]. Igualmente, en el caso «Barbaplus», un nuevo competidor en el mercado de hojas de afeitar desechables había introducido el producto al mercado imitando los signos distintivos registrados y otras características no registrables (unidad de venta al público y muestrario) por la denunciante para su producto «Prestobarba». La Comisión no aceptó como argumento de la defensa que las formas y colores de la denunciante no figuraban en el Registro de

[25] Resolución 08-94-C.R.C.D./INDECOPI, publicada el 14-04.1994, p. 122293. El asunto versaba sobre la denominación «La Cigüeña». La denunciada vendía muebles para bebés en su establecimiento «La Casa de la Cigüeña S. R. Ltda.», mientras que la denunciante poseía un nombre similar como marca registrada y nombre de su empresa: «La Cigüeña S. A.».

[26] Resolución 002-96-C.P.D. de fecha18-01-1996. La resolución fue confirmada por el Tribunal por resolución 483-96-INDECOPI/TRI de 28-03-1996.

[27] La Comisión hizo suya la opinión doctrinaria que afirma que la «imitación sistemática» «... supone, no la copia de un signo distintivo, la violación de una patente o la imitación de tal cual iniciativa, sino la copia de toda una serie de marcas, de tipos de productos, métodos publicitarios y de venta, formas de embalaje, etc. (...) la deslealtad no proviene del riesgo de confusión -como en la imitación servil- sino del propósito de impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado del competidor imitado». Resolución 025-96-C.P.D., publicada el 25-10-1996, p.143798, considerando 28.

[28] Resolución 021-94-C.R.C.D./INDECOPI, publicada el 18-06-1994, p. 124125 y s.

búsquedas, por lo que no habría mediado mala fe. Más bien, se verificó que «Prestobarba» era una marca notoria en el mercado, la cual además había sido expresamente reconocida por la denunciada con anterioridad en una revista especializada[29].

e. No es preciso que la confusión se haya producido efectivamente ni que se verifique un daño cuantificable para el competidor o el consumidor.
f. Normalmente, estos actos van acompañados de actos de confusión. Por ejemplo, en el caso Ely Lilly Interamérica vs. Pharmalab S. A., se dio una «explotación de la reputación ajena» mediante «actos de confusión». La denunciada importaba de Chile y vendía en el Perú un medicamento, cuya fórmula estaba patentada por la denunciante en los Estados Unidos, la cual también vendía el producto en el mercado nacional. En sus folletos de presentación, la denunciada afirmaba que su producto se vendía y tenía una aceptación masiva en Estados Unidos, lo cual era imposible, pues la denunciante no le había otorgado licencia para el mercado norteamericano[30].

En cuanto a la denigración de una empresa o de los productos o servicios ajenos (artículo 240, No. 2 del Código Penal, artículo 11 del Decreto Ley 26122), los elementos son los siguientes:

a. El denigrante y el denigrado no tienen que ser competidores. Por ejemplo, en el caso de «Rema» vs. «Luz del Sur», la empresa de suministro de energía eléctrica emprendió una campaña entre sus usuarios para evitar sobrecargar las instalaciones eléctricas caseras. Para tal efecto, repartió con el recibo mensual por consumo de servicio eléctrico folletos con imágenes en los que se apreciaba un enchufe triple universal de marca «Rema»[31].
b. Se debe tratar de afirmaciones falsas.
c. Las afirmaciones deben perjudicar la reputación económica de la empresa.
   A diferencia de los delitos contra el honor, donde el sujeto pasivo no puede ser una persona jurídica, aquí la acción atenta precisamente contra la reputación económica de una empresa.

La persecución penal solamente se inicia por denuncia de parte. Además, se precisa de un informe técnico de INDECOPI antes de iniciar la acción penal (artículo 32 Decreto Ley 26122). En caso de incumplimiento reiterado de las resoluciones de la Comisión, es posible la denuncia penal (obviamente, por delito de resistencia y desobediencia a la autoridad), según el artículo 26 del Decreto Ley 26122.

También aquí existe la incertidumbre acerca de los límites entre lo penal y lo administrativo.

5.- ¿ES SUFICIENTE LA PROTECCIÓN PENAL PERUANA DE LA COMPETENCIA?

A manera de conclusión, podemos establecer que existe una protección penal adicional a la administrativa en algunos casos de ataques graves contra los bienes jurídicos «libre competencia», «competencia leal» (y, secundariamente, la «protección al consumidor»). Aunque la ley no prevé criterios expresos y claros para delimitar el ilícito administrativo del ilícito penal, la jurisprudencia de las Comisiones de INDECOPI tienden a aplicar dos criterios fundamentales que constituirían el carácter penal de las infracciones: el dolo especial (malicia, intención fraudulenta) y el grave perjuicio (perjuicio también contra los consumidores, pluralidad de afecciones, entidad económica de los daños, etc.). Ambos criterios tienen soporte legal en el caso de los delitos contra la libre competencia del artículo 232 del Código Penal, pero no en el caso de los delitos contra la competencia desleal. Hay aquí un vacío que habría que llenar.

Es interesante observar que, en el marco de la legislación y del desarrollo jurisprudencial de las Comisiones de INDECOPI se está llegando a cimentar una serie de principios del Derecho Administrativo sancionatorio (contravencional) similares a los existentes en la legislación y jurisprudencia comparadas:

1. Se reconoce la «responsabilidad objetiva» para determinar la existencia de una infracción y ordenar el cese de la práctica. No obstante, para imponer sanciones, rige el principio de culpabilidad (dolo o imprudencia).

[29] Resolución 002-93-C.R.C.D., publicada el 27-01-1994, p. 120593. Se ordenó el cese definitivo de la comercialización del producto, el decomiso de los que se encuentren en el mercado y la imposición de una multa de 20 UIT.

[30] Resolución 040-94-C.R.C.D./INDECOPI, publicada el 27-08-1994, p. 125522 y s. La Comisión impuso una multa de 10 UIT.

[31] Resolución 068-96-C.C.D publicada el 23-12-1996, p. 145400 y s. La Comisión declaró fundada la denuncia por publicidad denigrante (artículo 7 del Decreto Legislativo 691) y multó a la denunciada con 2 UIT. El Tribunal de INDECOPI modificó la resolución en el sentido de que los hechos denunciados no constituían «publicidad comercial» que se rige por el Decreto Legislativo 691, sino competencia desleal (actos de denigración del artículo 11 del Decreto Ley 26122), y modificó la sanción de multa por una de «amonestación». Resolución 096-96-TDC, publicada el 23-12-1996, p. 145401 y ss.

2. En todos los casos de competencia de las Comisiones y Oficinas del INDECOPI se tiene que agotar la vía administrativa antes de acudir a la vía judicial (artículo 16 del Decreto Ley 25868), salvo que exista una regulación distinta y expresa sobre la materia que establezca otra cosa.
3. Sólo la mayor gravedad de la infracción configura la necesidad de una persecución penal. Ella está dada mayormente por un *dolus malus* (malicia).
4. En todo lo no regulado rige supletoriamente el Derecho Penal, pues se considera que éste y el Derecho Administrativo sancionatorio tienen la misma naturaleza.

Es de esperar que este desarrollo, exclusivamente jurisprudencial hasta ahora, se refleje también en la doctrina nacional para que por fin se consolide en nuestro medio un verdadero Derecho (Penal) Contravencional. La ausencia de una doctrina nacional al respecto hace que las soluciones jurisprudenciales de las Comisiones y Oficinas del INDECOPI sean aceptadas acríticamente, pese a que algunas de ellas son muy discutibles y carecen de base legal. Si ya el propio Derecho Administrativo no tiene un contenido seguro, el nuevo Derecho Penal Económico peruano, que en gran medida se remite a los conceptos y decisiones administrativas (por ejemplo, a través de la exigencia de denuncia previa o de un informe técnico), no puede menos que moverse en la oscuridad.

Sólo cuando esta necesidad impostergable de desarrollar un auténtico Derecho Contravencional peruano, situado entre el Derecho meramente administrativo y el Derecho estrictamente penal, se podrá contribuir realmente a crear mayor seguridad en el destinatario de la norma, y a reforzar con ello la legitimidad de las autoridades administrativas y judiciales que actúan en el difícil y versátil campo de las interrelaciones económicas y sociales de los agentes del mercado.

LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE PATENTES: NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN

Baldo Kresalja Rosselló
Profesor de Derecho de la Competencia
Pontificia Universidad Católica del Perú

La economía mundial enfrenta la aparición de un nuevo sistema tecnológico, un paradigma tecnoeconómico que ha comenzado a sustituir al anterior modelo, basado en la explotación intensiva de fuentes de energía baratas y que encontraba en la gran industria su expresión más acabada. Por el contrario, el nuevo sistema privilegia las denominadas "tecnologías de la información", que comprenden fundamentalmente las innovaciones en la industria electrónica, informática y de telecomunicaciones.

Dentro de este nuevo paradigma resulta indispensable impulsar el progreso técnico, mediante el aliento a la creatividad y la protección jurídica de sus manifestaciones -entre otras, los inventos-, así como promover el acceso a éstas por parte del público. Precisamente esta es la función que, en opinión del autor, debe cumplir cualquier sistema de Derecho de Patentes.

A lo largo del presente artículo el doctor Baldo Kresalja, destacado especialista en Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual, analiza la evolución del tatamiento que, tanto a nivel mundial, regional y nacional, ha tenido el Derecho de Patentes a lo largo de la historia; lo que nos permite comprobar que el Derecho de Patentes ha sufrido importantes cambios; evolución que afecta incluso a la propia función que se le atribuye. Resultan de especial interés las apreciaciones que el doctor Kresalja realiza sobre el futuro sistema de patentes, que, según sus apreciaciones, no sólo tendrá un carácter universal, sino que además deberá ser especialmente flexible para poder adaptarse a una realidad en permanente cambio.

Las siguientes líneas buscan que el amigo lector conozca, a grandes rasgos, las funciones que se le asignan a las patentes de invención en recientes convenios internacionales, por el impacto que ello tiene en las labores de investigación así como en la vida cotidiana de las personas. Se inician con una brevísima mención a la importancia y características actuales de la investigación científica y tecnológica, para tratar después del objeto y contenido del Derecho de Patentes. Posteriormente, hacen referencia al diferente tratamiento que en el tiempo han tenido aquellos temas que particularmente sirven para explicar su evolución, así como su concreción en el ADPIC. Finalmente, enuncia algunas de las demandas que, surgiendo de las empresas transnacionales y de los países desarrollados, presionan para modificar el sistema actual y llevar quizás al nacimiento de uno nuevo en el próximo milenio.

1. CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Una de las características distintivas de nuestra época reside en la particular estima que entre las naciones tienen las ideas de progreso y desarrollo, estrechamente vinculadas a la ciencia y a la tecnología. En su condición de ser racional, el hombre tiene la fuerza creadora necesaria para transformar la naturaleza, para ponerla a su servicio, lo que le permite tener mayor dominio sobre el medio en que vive y así aumentar -si cabe- su libertad. La ciencia y la tecnología resultan instrumentos particularmente eficaces en esa tarea y, por ello mismo, para el mejoramiento del nivel de vida de los pueblos, tanto en lo material como en lo espiritual.

En nuestros días la investigación científica y tecnológica se ha desarrollado grandemente por la existencia

de una "demanda tecnológica", fenómeno que es fruto de las grandes transformaciones ocurridas en la industria, el comercio y los servicios. Es por ello que buena parte de actividad científica contemporánea tiene carácter instrumental, es decir, se trata de "investigación aplicada", pues persigue su rápida utilización para la satisfacción de necesidades, algunas de éstas "fomentadas" por el aparato publicitario que acompaña a las grandes corporaciones multinacionales.

La situación descrita ha modificado profundamente la forma de trabajo de los investigadores, constatable en el hecho de que las invenciones de gran importancia han dejado de ser -en muchos casos- el resultado de un esfuerzo individual para convertirse en el fruto de un trabajo de equipo. De ahí que los pueblos y naciones que no desean quedarse a la vera de los caminos que conducen a un futuro mejor, den gran atención a la educación y a la cultura, y promuevan la creación de centros de investigación, asentados en buena proporción en sus universidades.

Debe tenerse presente que la tecnología tiene un carácter acumulativo, por cuanto presupone un conjunto de conocimientos anteriores; irreversible, en el sentido de que los nuevos conocimientos desplazan a los anteriores; ilimitado; planetario y transmisible. La tecnología, que es conocimiento, en mucho mayor medida que el capital, es la principal fuente de la riqueza moderna. Resulta claro entonces que cuando sólo unos pocos tienen acceso a esos conocimientos, tendrán un poder concentrado; esto ocurre también en el ámbito de las naciones, creando una clara desigualdad.

Estas consideraciones adquieren una nueva dimensión si tenemos presente que la economía mundial enfrenta la aparición de un nuevo sistema tecnológico. En efecto, el nuevo paradigma tecnoeconómico -que ya ha comenzado a sustituir al anterior basado en hidrocarburos baratos y otros materiales intensivos en energía- se sustenta en las llamadas "tecnologías de la información", que comprenden las innovaciones en la industria electrónica y los cambios concurrentes en las industrias usuarias tales como telecomunicaciones; en la biotecnología; y en el respeto al medio ambiente. Este nuevo paradigma ya ha comenzado a afectar a diversos sectores de la actividad económica tradicional, y tiene un amplio impacto en las relaciones sociales y en las formas de vida. Así, querámoslo o no, somos partícipes en una aventura en la cual solamente están predeterminadas algunas reglas.

2. DERECHO DE PATENTES

El objeto fundamental del Derecho de Patentes es impulsar el progreso técnico, mediante el aliento a la creatividad y la protección jurídica de sus manifestaciones, esto es, de los inventos, así como promover el acceso a éstos por parte del público. Cabe anotar, aunque ello no es parte de este artículo, que no todos los inventos son protegibles jurídicamente, pues deben cumplir con ciertos requisitos mínimos (novedad, altura inventiva y aplicación industrial) y no estar expresamente excluidos por la ley.

Creemos que resulta pertinente recordar que el Derecho de Patentes no busca prioritariamente la protección de la "propiedad" del inventor sobre su invento, sino más bien la comunicación que hace de la misma a la sociedad, describiéndola en forma tal que cualquier técnico o experto en la materia puede ponerla en práctica; por este motivo es que no se le concede el título respectivo ("patente") si previamente no hace una correcta descripción del invento. Esta comunicación resulta de la mayor importancia, pues la sociedad la conserva y transmite, haciendo posible la realización de nuevos inventos. Por estas consideraciones es que dice que la "patente de invención" es la institución del ordenamiento jurídico destinada a fomentar el progreso técnico.

Los inventos, que en esencia no son otra cosa que la solución a un problema técnico que se presenta a todos, problema que puede admitir diferentes soluciones, es decir, varias ideas inventivas que pueden ser halladas por la misma o distintas personas, son comunicados o transmitidos por el inventor a la sociedad a cambio de obtener un monopolio temporal para explotarlas con carácter exclusivo, lo que adquiere especial significación en un sistema de libre competencia donde, en principio, no pueden existir privilegios.

De lo dicho se desprende que los objetivos del Derecho de Patentes son: a) la promoción del aumento de los conocimientos técnicos; b) la conservación y publicidad de los avisos; y c) el estímulo para su puesta en explotación. Vale indicar que los conocimientos que así se conservan constituyen parte significativa del "estado de la técnica", que tan grande importancia tiene para la determinación de la novedad de un invento y la correspondiente concesión de la patente. Y que la puesta en explotación se puede hacer realidad porque durante un plazo se tiene "una exclusiva" (usualmente entre 15 y 20 años) suficiente para obtener una rentabilidad adecuada, que permita recuperar las muy importantes inversiones realizadas en la investigación previa, así como en la adaptación posterior del invento a los procesos productivos.

Los inventos que las leyes permiten proteger[1], deben tener novedad, nivel inventivo y aplicación industrial. Veamos brevemente lo que esto significa. El invento tiene que ser nuevo para que su titular goce de un derecho de exclusión, pues de lo contrario se convertiría en un beneficio injustificado, ya que se privaría a la sociedad de un bien o conocimiento que pertenece a todos. Y es nueva la invención cuando no está comprendida en el "estado de la técnica", esto es, cuando no es conocida por el público, sea por una descripción escrita u oral, o por una utilización anterior a la presentación de la solicitud respectiva. Este examen de novedad es realizado en las oficinas nacionales o regionales de patentes y es claro que muchas no podrán realizarlo, sea por falta de medios que les permitan conocer de los antecedentes o anterioridades, sea por la ausencia de personal capacitado. Por nivel inventivo se entiende la falta de obviedad; es decir, la necesidad de que una persona versada en la materia compruebe que el invento no se deriva -de forma evidente- del "estado de la técnica". Y en nuestros días se considera que la aplicación industrial no es sólo cuando el objeto de la invención pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria o actividad productiva, sino también cuando se trata de servicios.

3. LA FINALIDAD ORIGINARIA: SU EVOLUCIÓN

Como veremos a continuación, el Derecho de Patentes ha sufrido una muy importante evolución que afecta a la propia función que se atribuye a las patentes. Y ello reviste singular importancia porque es dicha función la que inspira a las legislaciones positivas.

Se ha señalado acertadamente[2] que la finalidad perseguida por las patentes está condicionada básicamente por los intereses que tiene, en el ámbito técnico-industrial, el país que legisla. De lo que se constata que el Derecho de Patentes no ha tenido una regulación igual en todas partes y en cualquier momento, sino que caben opciones muy diversas; y que inclusive puede sufrir con el paso del tiempo cambios sustanciales en un mismo país.

La legislación de patentes en Europa, en una primera etapa, buscó obviamente promover el progreso técnico, pero sin tomar en cuenta ni los intereses del auténtico inventor ni el de otros países; esto es, lo que persiguió fue la puesta en explotación de las nuevas técnicas dentro del territorio nacional. Así, la patente se otorga a quien "introduce" el conocimiento, no importando si era o no conocido en el extranjero. En la doctrina inglesa tradicional (Siglo XVII) se reconocía que "el objeto de la ley de patentes es estimular la creación de nuevas industrias en este país, y por esta razón el importador de una invención ha sido tratado siempre como primero y verdadero inventor"[3]. Similar declaración contiene el artículo1 de la primera Ley francesa de patentes de 1791. Esta primera equiparación entre inventor e introductor, dio lugar posteriormente a una distinción entre patentes de invención propiamente dichas -para los primeros- y patentes de introducción -para los segundos-; distinción que se mantuvo en muchas legislaciones hasta muy entrado el presente siglo.

En lo que concierne a la novedad exigible para las invenciones patentables, ésta tenía un carácter nacional. Así lo establecía la *Patents Act* inglesa hasta 1977, y la Ley de la República Federal de Alemania hasta 1980[4]. En este último país, por ejemplo, no perjudicaban la novedad ni las publicaciones impresas de una antigüedad superior a los cien años, ni los actos de utilización del invento realizados en el extranjero.

Otro tema central en la legislación europea de patentes fue el de la obligación de explotar la patente concedida. En efecto, durante el Siglo XIX y la primera parte del actual, las patentes estaban concebidas para incentivar el desarrollo de nuevas industrias dentro del país que las concedía. Tanto la ley francesa, como la inglesa y alemana, con distintas modalidades, castigaban con la caducidad a la patente que no era explotada dentro de su respectivo territorio[5].

[1] Por diversos motivos las leyes de patentes excluyen de la protección jurídica a algunos inventos. En el caso peruano, por ejemplo, el artículo 7 de la Decisión 344 y el artículo 28 del Decreto Legislativo 823 indican que no serán patentables, entre otros, las invenciones contrarias al orden público, o a la preservación del medio ambiente; las razas animales; las materias que componen el cuerpo humano, etc.

[2] Bercovitz, A., "Evolución histórica de la protección de la tecnología en los países desarrollados y su relación con la protección en los países en desarrollo" en Revista del Derecho Industrial, No. 35, Mayo-Agosto 1990, Buenos Aires, pág. 319.

[3] "*Halsbury's Laws of England*", Ibid., pág. 320

[4] Ibid., pág. 321

[5] Especialmente significativa es la evolución de la protección de las invenciones químico-farmacéuticas, que en una primera etapa buscan proteger la producción de la industria en el territorio nacional para después ser utilizadas como instrumento para asegurarse monopolios de exportación. Para el caso alemán ver Ibid., págs. 325 y ss.

Ahora bien, los criterios citados han sufrido una importante evolución que pone de manifiesto el progresivo cambio en la finalidad de la institución. Así, la Comunidad Europea ha impuesto la exigencia de la novedad absoluta o mundial, instituida por el Tratado de Munich sobre la concesión de patentes europeas del 5 de octubre de 1973. Cambio importante también, estrechamente enlazado al anterior, es el extendido reconocimiento a que la protección jurídica debe brindarse a quien es el primero y verdadero inventor, y no al introductor del conocimiento.

De otro lado, el desarrollo de las comunicaciones y el incremento del comercio internacional pusieron ya de manifiesto en el siglo pasado que era posible obtener un beneficio de la patente sin necesidad de explotar el invento patentado en el país, sustituyéndola por la importación de los productos protegidos por la patente. En efecto, el sentido de la legislación varía, pues de imponer la obligación de explotar y de prohibir la introducción en el país respectivo de objetos fabricados en el extranjero semejantes a aquellos protegidos por las patentes, en ambos casos bajo pena de caducidad, se pasa a atribuir al titular de la patente, como parte fundamental de los derechos que le corresponden, el derecho exclusivo a importar los productos obtenidos por la invención patentada. En tal sentido se pronuncian las leyes francesa de 1978 (artículo 29), inglesa de 1977 (Sección 60) o la española de 1986 (artículo 50).

Estos cambios en la obligación de explotar y el derecho exclusivo a la importación se han reflejado también en los sucesivos textos del Convenio de la Unión de París. Así, en el texto original del 20 de marzo de 1883 se mantenía la obligación de explotar en el país, aunque ya se disponía que la importación de objetos protegidos no era por sí sola causa de caducidad. Posteriormente los textos de Washington de 1911, La Haya de 1925, Londres de 1934 y Lisboa de 1958 reflejan la evolución, pues para declarar la caducidad se exige primero un plazo mínimo de tres años, a lo que después se agrega la concesión de licencias obligatorias.

En la legislación andina, también puede apreciarse el cambio que venimos comentando. La Decisión 85, la primera en la Sub-región, incorporada a nuestra legislación por el Decreto Ley 22532 de mayo de 1979, dispone la obligación de explotar (en forma "permanente y estable", dice el artículo 31) en el territorio del país que concedió la patente, pues de lo contrario caducará a los cinco años de su otorgamiento frente a los diez de plazo máximo (artículo 29). Además, la patente no otorgaba el derecho exclusivo de importar el producto patentado o el fabricado por el procedimiento patentado (artículo 28).

Posteriormente, en las Decisiones 311 y 313 de Diciembre de 1991 y Febrero de 1992, respectivamente, el plazo de protección se amplía a 15 años, el que puede extenderse a 20 en caso de explotación (artículo 30), la que sigue considerándose obligatoria, pero ahora se puede efectuar en cualquiera de los países andinos (artículo 37). Sin embargo, se incorpora una disposición en virtud de la cual se entiende por explotación ya no sólo la producción del objeto de la patente o el uso integral del proceso patentado, sino también la importación, siempre que se haga en forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado (artículo 37); en tal virtud, el titular de la patente goza no sólo del monopolio de producción, sino también del de importación, salvo en casos de excepción. De otro lado, se acepta la tesis del agotamiento internacional de los derechos del titular (artículo 35, inciso a), es decir, que éste no puede controlar el proceso de comercialización de productos fabricados con su invento.

En la legislación actualmente vigente en el Perú, conformada por la Decisión 344 (octubre de 1993) y el Decreto Legislativo 823 (abril de 1996) se consolidan las tendencias anteriores. Veamos: en primer término, se otorga la patente al verdadero inventor (artículos 8 y 29, respectivamente), no al introductor, y se exige novedad absoluta o mundial (artículos 1 y 2; y 22 y 23, respectivamente), lo que también fue exigido por las Decisiones 311 y 313. En la Decisión 85 también se exigía novedad absoluta, pero en cuanto a la titularidad la prescripción de su artículo 6 no era tan clara, puesto que "el derecho a la patente se presume que pertenece al primer solicitante", con el cual indirectamente se aceptaba que podía pertenecer a un "introductor" y no al verdadero inventor. La legislación vigente otorga el privilegio por 20 años (artículos 30 y 60) estándar internacionalmente aceptado, sin que sea necesario probar la explotación para acceder a él; ratifica la disposición sobre obligación de explotar (artículos 37 y 70), aunque matizada, pues la importación se considera explotación, siempre -eso sí- que se haga de forma suficiente para satisfacer la demanda del mercado (artículos 38 y 71)[6], manteniéndose también la tesis del agotamien-

[6] Resulta ilegal por contravenir, sin duda, a la letra y al espíritu de los Artículos 38 de la Decisión 344 y 71 del Decreto Legislativo 823, además de contrario al interés nacional y a la protección de los consumidores, la interpretación dada por el Decreto Supremo 010-97-ITINCI al Artículo 71 del D.L. 823, en el sentido que la importación de UN producto patentado, o la importación de un producto obtenido a través de un procedimiento patentado, se consideran suficientes para satisfacer la demanda del mercado de dicho producto. Ello significa que la República del Perú otorga un privilegio de exclusiva, que incluye el de la importación, a quien puede negarse a vendernos

to internacional de los derechos (artículos 35 a) y 66 a)). En síntesis, la legislación vigente consolida la evolución anterior y se adecúa a la tendencia internacional, cuyo significado veremos a continuación.

En efecto, ¿a qué se deben estas variaciones legislativas nacionales e internacionales antes enunciadas? En verdad, ponen de manifiesto -como hemos dicho antes- el progresivo cambio en la finalidad de la institución. De una finalidad originaria dirigida a conseguir el progreso técnico-industrial del Estado que concede la patente, con un planteamiento autárquico, se tiende de manera continuada a fomentar la función internacionalizadora, que permita a los titulares de las invenciones conseguir una explotación de éstas no a nivel nacional, sino internacional. Esta orientación es la que marca los cambios legislativos, pues hace que se incida en la atribución del derecho a la patente solamente al inventor, y ya no al introductor, y que la exigencia de novedad absoluta, a nivel mundial, tienda a conseguir que todas las patentes para una misma invención correspondan al mismo inventor.

De otro lado, el debilitamiento de la obligación de explotar la patente en el país que la otorga facilita la explotación de la invención patentada en una pluralidad de mercados nacionales, no por medio de la explotación local, sino sirviéndose de las exportaciones; así, se propicia que las patentes sean utilizadas para asegurar la exclusiva en los mercados de exportación.

Es más, normas como las de extensión de la protección del procedimiento patentado al objeto directamente obtenido por él o la de inversión de la carga de la prueba para las patentes de procesos que dan lugar a sustancias nuevas, nacidas para proteger a la industria nacional impidiendo las importaciones, pasan a ser utilizadas precisamente para reforzar el derecho exclusivo de importación y promocionar así las exportaciones.

Las razones de la evolución mencionada son evidentes; sucintamente podemos decir que el paso de un planteamiento autárquico a otro internacionalista ocurre porque las empresas nacionales precisan mercados exteriores para la explotación de las innovaciones tecnológicas que realizan. Es decir, que una vez que el país ha llegado a tener un importante potencial tecnológico, precisa que sea explotado en un mercado más amplio que el nacional: de ahí que las reglas del Derecho de Patentes se pongan al servicio de esta orientación. Interesa destacarse, entonces, que los cambios se han efectuado para favorecer tanto al progreso tecnológico como a los intereses de las industrias nacionales, hoy transnacionales, que generalmente tienen asiento en los países ricos.

Por cierto que es preciso reconocer que la cada vez más rápida difusión de la tecnología, la mejora extraordinaria de los transportes y comunicaciones y de los sistemas de producción impulsan la internacionalización de los intercambios y consiguientemente del mercado. Hoy puede ser mucho más rentable producir en un único centro para abastecer a todo el planeta; además, a la internacionalización de los mercados se corresponde la de las empresas, que se hacen multinacionales.

De otro lado, la investigación tecnológica se ha hecho cada día más costosa y sus resultados, una vez que se hacen públicos, se difunden con gran rapidez a escala mundial. De esta realidad se derivan importantes consecuencias, frente a las que el Derecho no puede estar ausente. La primera es que la rentabilidad de esa investigación sólo es posible si sus resultados son explotados a nivel internacional. La segunda consiste en que la única manera de hacer rentable esa explotación es haciéndola exclusiva, para lo cual son necesarias las patentes, ya que sin ellas las nuevas tecnologías, dada su rápida difusión, pueden ser copiadas. Y, por último, hay que tener en cuenta que la búsqueda de rentabilidad normalmente impedirá que la explotación pueda hacerse en todos los países donde se pretenda la comercialización de los productos obtenidos.

Como es obvio, las distintas leyes nacionales no pueden conseguir por sí solas la realización de la nueva función de las patentes a nivel internacional. Se impone entonces recurrir a instrumentos de carácter internacional, entre los cuales destaca históricamente el Convenio de la Unión de París de 1883. De otro lado, por ejemplo, el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT, Washington, 1970) y el Convenio sobre la Concesión de Patentes Europeas (Munich, 1973) tienen por finalidad facilitar la obtención de patentes por un mismo titular y para una misma invención, en una pluralidad de países, incorporando a tales efectos la exigencia de novedad absoluta y la atribución del derecho a la patente al inventor.

productos fabricados con el invento legalmente protegido o, en todo caso, declara que satisface el requisito de ley vendiendo un producto, no importando cuánto lo necesiten los consumidores. Este dispositivo, que debe haber sido promovido por alguna inescrupulosa entidad internacional o por un gobierno que con ello ha hecho abuso de su poder, es una vergüenza para el país y un hecho insólito en materia de Derecho de Patentes.

Por ello es que la tendencia durante los últimos años ha consistido en tratar de universalizar la normativa para alentar de este modo la inversión en investigación y en desarrollo. Por cierto que esta tendencia, que es la predominante, se ve en ocasiones enfrentada a otra de algunos países en desarrollo, fruto sin duda de los distintos niveles de desarrollo. Así, mientras los países desarrollados conciben al Derecho de Patentes como un instrumento para el progreso tecnológico a nivel mundial, que sus compañías concretan, incrementando así su poder, algunos otros países que se encuentran en desarrollo atribuyen a las patentes la misma finalidad que les otorgaban los propios países desarrollados en las etapas iniciales de su desarrollo industrial, esto es, la finalidad de impulsar el progreso tecnológico e industrial nacional.

Pero esos enfrentamientos han perdido vigencia con la incorporación de los derechos intelectuales al GATT, a través de lo que se denomina el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC; en inglés TRIPS), que a continuación veremos.

4. EL ADPIC

Es prácticamente unánime el reconocimiento del ADPIC como el instrumento más importante para la protección de la propiedad intelectual (Propiedad Industrial y Derecho de Autor) celebrado en el Siglo XX[7]; constituye, en verdad, la piedra angular del futuro régimen de los bienes inmateriales. "Su trascendencia obedece a razones cualitativas como cuantitativas; las primeras porque ha elevado el nivel de protección establecido en los dos más célebres convenios internacionales sobre la materia, el de París y el de Berna; y las segundas porque a la fecha el número de miembros supera largamente el centenar, estando dentro de ellos todos los países desarrollados y los latinoamericanos"[8] Para entender de su importancia es conveniente, creemos, recordar su génesis.

4.1. Génesis

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), creado en 1947 con el objeto de administrar un tratado multilateral en el campo del comercio, eliminando barreras comerciales y proteccionistas, llevaba implícita la creencia de que el acercamiento de las prácticas de comercio a lo que dispone la teoría de las ventajas comparativas traería paz y prosperidad a las naciones. Con iguales propósitos fueron creados el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), para atender requerimientos de crédito a corto y largo plazo, respectivamente[9]. Hasta inicios de la década del '70, el PBI de los países tuvo un incremento significativo, pero fundamentalmente en favor de los países desarrollados, cuyo porcentaje de participación en el comercio mundial aumentó del 65% en 1950 al 80% en 1970[10]. Sin embargo, durante la década del '70 aumenta el desempleo en esos mismos países, lo que da origen a medidas proteccionistas, que se agudizan en la década del '80, caracterizada por la recesión, fluctuaciones en el tipo de cambio, baja significativa en el precio de las materias primas, deuda de los países en desarrollo, etc. Todo esto lleva a declinar la confianza en el GATT, incrementándose los convenios bilaterales y discriminatorios, y deteriorándose el sistema multilateral[11]. Fueron estos y otros problemas los que sirvieron para determinar qué asuntos debían formar parte de la agenda de lo que se denominó la Ronda Uruguay.

Desde su creación, el GATT ha celebrado periódicamente Rondas de Negociaciones Comerciales Multilaterales, centrándose las seis primeras en el tema de los niveles de protección arancelaria. En la Ronda de Tokyo (1973-1979), la sétima, se plantearon los temas del neoproteccionismo y la necesidad de profundizar la liberalización comercial, referida a barreras no arancelarias, como el dumping. Pero no bien finalizada, se constató que los resultados obtenidos no eran suficientes y que era preciso

[7] En tal sentido se pronuncian, entre otros, Casado, A. y Cerro, B., "GATT y propiedad industrial", Madrid, 1994; Correa, C., "Acuerdo TRIPS", Buenos Aires, 1996; Gómez Segade, J.A., "El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual" en Actas de Derecho Industrial, Tomo XVI, Madrid, 1994-1995.

[8] Kresalja, B., "Eficacia del sistema de patentes frente a la realidad comercial que puede preverse existirá en los albores del siglo XXI", XIII Congreso de la ASIPI, Santiago de Chile, 1997, pág. 6

[9] Los socios fundadores del GATT fueron mayoritariamente países desarrollados. El Perú se adhirió en 1951, habiendo sido su participación marginal.

[10] Kahn, K., *"Developing countries and the Uruguay Round"*, Law and State, Institute for Scientific Cooperation, Tübingen, 1993, Vol. 48, pág. 54.

[11] Ibid, págs. 55 y ss.

iniciar una nueva Ronda de Negociaciones que decidiera enfrentar los problemas generados por el unilateralismo. Por este motivo es que en 1986 comienza la que ha sido hasta ahora la última de las Rondas de Negociaciones, la de Uruguay, que concluyó en 1993 después de más de siete años de negociaciones, y cuya Acta Final fue suscrita por 124 países en la ciudad de Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1995, algunas de cuyas estipulaciones entraron en vigencia para determinados países el 1 de julio del mismo año. El denominado ADPIC constituye el Anexo 1.C del punto II del Acta Final por la que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), que tan grande importancia está llamada a tener en el futuro económico de las naciones.

Pero, ¿cómo es que se llega al ADPIC? En primer término hay que decir que la Ronda Uruguay fue muy distinta de sus antecesoras, tanto por sus objetivos como por el entorno internacional en el que se desenvolvió, pues apuntó a una transformación sustantiva de las reglas que rigen el régimen internacional de comercio, con el objeto de adecuarlas -por presión fundamentalmente de los Estados Unidos y en menor medida del Japón y la Unión Europea- a las nuevas realidades de la economía internacional, fruto del impacto de la revolución tecnológica en las estructuras productivas y en el comercio internacional, y frente al inadecuado marco legal existente.

En este contexto es que la Ronda Uruguay se ocupa de "nuevos temas", uno de los cuales es el de los Derechos Intelectuales, y ello responde -como hemos dicho antes- a las propuestas de los países desarrollados, ya que resultan siendo un componente esencial de las estrategias de reestructuración económica puestas en marcha en su interior, para hacer posible el desarrollo de un nuevo régimen de acumulación que surge como resultado del cambio tecnológico. Veamos, sucintamente, algunas circunstancias que hicieron posible tales propuestas, pues están vinculadas a los objetivos del Derecho de Patentes.

Los asuntos relacionados a la Propiedad Industrial comenzaron a tener un interés significativo para el Gobierno de los Estados Unidos a partir de la década del '70[12], cuando este país comenzó a tener un balance comercial significativamente negativo, debido a varios factores, pero especialmente destacable, en primer término, por la falta de inversión a largo plazo, lo que hizo creer a algunos que había perdido el liderazgo tecnológico, fundamentalmente en las áreas "de punta". En segundo lugar, al incremento de lo que se denominó "piratería", tanto en el área técnica como en la de los signos distintivos, la que llegaría a alcanzar cifras exorbitantes y a afectar seriamente a la población trabajadora[13]. Estos factores hicieron que la industria norteamericana presionara a su gobierno y a su Congreso para que incluyeran el tema de los Derechos Intelectuales tanto en las negociaciones bilaterales como multilaterales de carácter comercial.

Lo anterior dio lugar a múltiples estudios, informes y propuestas, en los que, en síntesis, se reconoció que las nuevas tecnologías constituían armas poderosas cuyo uso inadecuado o ilegal desembocaba en serios riesgos tanto a nivel económico como político y social. Por todo esto, un muy importante estudio del Congreso de los Estados Unidos reconoció en 1986[14] que las nuevas leyes o políticas en materia de Propiedad Intelectual deberían tener en cuenta: a) que la información es tanto un bien transable como un recurso social, difícil de controlar pero fácil de comprar; b) la creciente complejidad del sistema de protección de la Propiedad Intelectual; y, c) la naturaleza cambiante de la tecnología, lo que crea incertidumbre permanentemente.

En otro importante informe[15] se asocia la piratería al desarrollo económico de los denominados nuevos países industrializados del Asia (NIC's), lo que para las empresas norteamericanas representa, en el corto plazo, una reducción en los porcentajes de retorno de la inversión efectuada por individuos o empresas; disminución de ventas y puestos de trabajo; problemas de seguridad y salud pública; y, en el largo plazo, un debilitamiento de los sistemas internacionales destinados a fomentar la innovación y la creatividad (sistema de patentes y derechos de autor), así como a otorgar garantía de calidad en productos y servicios (sistema marcario).

[12] Blair, H., *"Intellectual property and the United States Government - A change of view"*, 1988.

[13] En 1986 las pérdidas de la industria norteamericana por infracciones se estimaron entre 43 mil y 61 mil millones de dólares. Los productos piratas en 1986 significaron 200,000 puestos de trabajo perdidos en Europa. Los productos falsificados representaban en 1994 el 5% del comercio mundial, siendo Corea el país líder en falsificaciones, etc.

[14] *Congress of the U.S., Office of Technology Assessment*, Washington, D.C., 1986, págs. 12 y ss.

[15] *National Security and International Affairs Division-United States General Accounting Office (GAO), "International Trade. Strengthening worldwide protection of intellectual property rights"*, Washington, D.C., 1987.

Ante estas realidades, fue entonces que el gobierno de los Estados Unidos inició conversaciones bilaterales, en especial con aquellos países que habían causado mayores problemas[16] con el objeto de que cumplieran con las normas internacionales generalmente aceptadas[17], y si estas presiones no daban resultado amenazaron imponer sanciones o restricciones comerciales al amparo de su famosa -y aún vigente- *Trade Act* de 1984 y de su aún más famosa Sección 301, que permite al presidente de esa nación, discrecionalmente, reducir beneficios comerciales si no se respetan los derechos de la Propiedad Intelectual. Fue así que durante la década del '80 los Estados Unidos fueron obteniendo algunos éxitos que prepararon el terreno para obtener posteriormente apoyo en las negociaciones de la Ronda Uruguay.

De otro lado, aunque en menor medida, tanto la Unión Europea[18] como el Japón, también habían sido afectados por los mismos problemas. Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, la primera defendió desde el inicio la necesidad de fortalecer el multilateralismo[19] mediante la creación de una organización con alcance mundial, aunque se presentaron desacuerdos importantes con los Estados Unidos en las áreas agrícola y de telecomunicaciones. El Japón adoptó un perfil bajo, e ignoró aquellas áreas que podían afectar a sus grandes compañías. Por su lado, las importantes comunidades de negocios de los Estados Unidos, Europa y Japón expresaron en 1988 su opinión[20] reconociendo que, a pesar de los esfuerzos que se habían realizado a través de los regímenes internacionales de protección de la Propiedad Intelectual, ésta era inadecuada e ineficiente, lo que originaba grandes pérdidas, y que apoyaba la decisión de incluir estos temas dentro de las negociaciones de la Ronda Uruguay.

Pero ¿cuáles fueron las razones determinantes para que fuera en el GATT que se trataran los temas de los Derechos Intelectuales, y dentro de ellas las referentes a patentes de invención? El antes citado estudio de la GAO indica que el gobierno de Estados Unidos escogió el foro del GATT y no los de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) o de la UNCTAD, debido a que la posición que en ese momento adoptaron los países en vías de desarrollo en estos dos últimos foros era contraria al reforzamiento de los Derechos Intelectuales, y porque en los dos grandes tratados -el de París y el de Berna- no existen disposiciones que puedan obligar -real y efectivamente- a cumplir con los compromisos asumidos por los países en esta materia. En el GATT, por el contrario, el gobierno de los Estados Unidos encontró el instrumento *ad-hoc* para reforzar la protección de los Derechos Intelectuales en el mundo, pues se trata de un acuerdo más fluido para la adopción de nuevas decisiones, ya que no suele haber votación en bloque como en los anteriormente citados y, fundamentalmente, por contener un mecanismo más efectivo para resolver controversias, lo que resulta vital para aplicar sanciones económicas efectivas a los disidentes, al permitir, por ejemplo, la creación de controles fronterizos.

En síntesis, se escogió el GATT por los países desarrollados y por los Estados Unidos en especial, porque el objetivo era la eliminación de distorsiones en el comercio de bienes, tanto tangibles como ahora intangibles, causados por la falta de respeto a la Propiedad Intelectual, así como porque el GATT podía condensar aquellos principios fundamentales recogidos en los instrumentos internacionales y en las legislaciones más avanzadas y, al mismo tiempo, porque de esta manera sería más difícil, sino imposible, que en el futuro se redujeran los estándares de protección que se incorporaran; a lo que se sumaba la constitución de un mecanismo para la solución de conflictos bilaterales o multilaterales, que antes no existía.

Como a continuación veremos, el ADPIC representa, desde la perspectiva de los países desarrollados, no una solución perfecta o final, pero sí la adopción de principios generales que van más allá de las clásicas Convenciones de París y de Berna *("conventions-plus" approach)*, de estándares mínimos de protección jurídica y de disposiciones que

[16] Ibid, págs. 40 y ss. Los países fueron Brasil, India, Indonesia, Corea del Sur, Malasia, México, Filipinas, Singapur, Taiwan y Tailandia.

[17] Fundamentalmente las incorporadas en los Convenios de París y Berna, y en la propia legislación interna de los Estados Unidos.

[18] Comisión de Comunidades Europeas: "Objetivos y líneas de actuación propuestas por la Comunidad Europea para las negociaciones comerciales relacionadas con los aspectos significativos de los Derechos de la Propiedad Intelectual", Documento 88/243, 1988, en Revista de Estudios Económicos No. 3, Madrid, 1989.

[19] Las iniciativas y acuerdos bilaterales, ante la ausencia de un sistema multilateral, pueden significar barreras al comercio legítimo. Además pierden vigencia en el tiempo, pues generalmente contienen soluciones parciales

[20] "Marco básico de las provisiones del GATT sobre propiedad intelectual" en Revista del Instituto de Estudios Económicos, Op.Cit.

hacen posible la aplicación efectiva de sus normas, sea en las Cortes de Justicia o en las aduanas[21].

A título informativo, cabe recordar que la posición de los países en desarrollo en las negociaciones de la Ronda Uruguay[22] tuvo escasa repercusión y poco éxito. Hay que decir, en primer término, que no se trató de una posición unitaria, pues dentro de los países así calificados había, en la práctica, grandes diferencias, algunas de las cuales -en ocasiones- sólo diferían en aspectos menores con los planteamientos de los países desarrollados[23]. En segundo término, puede afirmarse que no todos los países en desarrollo aceptaron las justificaciones económicas, propuestas por los países ricos, sobre la protección de los Derechos Intelectuales, ni tampoco la tesis sobre la necesidad de un nuevo sistema internacional. Estas posiciones fueron especialmente claras en lo que se refiere al sistema de patentes, fundamentalmente en lo que se refiere a sus costos y beneficios. Argumentaron sin éxito, basados en una proposición de sustento "histórico", que no estaba probado que la fuerte protección a los Derechos Intelectuales influya en el desarrollo de las economías de libre mercado beneficiando a todos los países por igual, sin importar su grado de desarrollo[24]. En general, los países en desarrollo no estaban preparados para esta Ronda de discusiones, como no lo estaba el Perú[25] y, salvo contadas excepciones, no tuvieron acceso a las reuniones importantes, las que, según el diplomático peruano Julio Muñoz[26] se caracterizaron por su intransparencia. A pesar de todo ello, algunos autores reconocen que determinadas disposiciones del ADPIC acusan la influencia de las posiciones de los países en vías de desarrollo[27], pero en el balance final la participación no fue -y no lo podía ser- influyente.

En síntesis, cuando los Estados Unidos, junto con otros países industrializados, escogieron el marco del GATT para incrementar la protección de la propiedad intelectual, fue claro que trataban de proteger principalmente sus propios intereses frente a los de los países menos desarrollados ("se trataba de proteger los acuerdos del primer mundo en el tercer mundo"), lo que dio lugar a un auténtico matrimonio de conveniencia en el que los países en desarrollo, al adherirse en forma masiva y aceptar dicha protección reforzada, buscaban obtener en contraprestación un conjunto de ventajas comerciales. A este respecto, Gómez Segade ha dicho: "el ADPIC ha producido un efecto señuelo para los países en vías de desarrollo y menos desarrollados, que se han adherido en forma masiva a la OMC. Siguiendo el refrán castellano habrá que decir que 'algo tiene el agua cuando la bendicen'; y efectivamente, el ADPIC tiene algo que atrae a estos países, que es la posibilidad de obtener ventajas comerciales y de beneficiarse de reducciones arancelarias. A cambio de esta expectativa de beneficio, han contraído compromisos para incrementar la protección de la propiedad intelectual, que difícilmente se adecúan a su estructura económica y que pueden ocasionarles perjuicios tales como una elevación del nivel de precios de los productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual. El efecto señuelo ha sido tan importante, que incluso se han adherido países en los que es irrelevante el nivel de protección de la propiedad intelectual, porque carecen de capacidad industrial suficiente para producir, aunque sea imitando, y por eso no inquietan a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Podría afirmarse en este sentido que se ha ido más allá de los intereses de los países desarrollados, cuyos criterios se han impuesto mayoritariamente en el ADPIC."[28]

[21] Simon, Emery, *"GATT and NAFTA provisions on Intellectual Property"*, *Fordham Intellectual Property, Media & Entretaiment Law Journal*, Vol. 4, 1993, pág. 275

[22] Kresalja, B., "El GATT y la propiedad intelectual" en Análisis Internacional, Nos. 6 y 7, CEPEI, Lima, 1994, pág. 101

[23] Kaplinsky, R., "Los derechos de Propiedad Industrial e Intelectual en la Ronda Uruguay y más allá de ella: Implicancias en la política de los países en desarrollo", Junta del Acuerdo de Cartagena, Lima, 1988, pág. 61

[24] Reichman, H., *"Implications of the draft TRIP's agreement for developing countries as competitions in an integrated market"*, UNCTAD Discussion Papers, Ginebra, 1993.

[25] Muñoz, Julio, "El GATT y la Ronda Uruguay" en Política Internacional, Lima, Julio/Setiembre 1993, pág. 42

[26] Ibid, pág. 42

[27] A modo de ejemplo, ver Gómez Segade, Op.Cit., pág. 59 sobre la falta de consenso en materia de normas *anti-trust*; y Botana, M., "Las normas sustantivas del ADPIC sobre derechos de propiedad intelectual" en Actas de Derecho Industrial, Tomo XVI, Madrid, 1994-1995, pág. 152, sobre la facultad que se da a los países para que fijen el nivel de claridad y suficiencia de la descripción de la invención.

[28] Gómez S., J., Op.Cit., pág. 77. En igual sentido opinan otros autores, por ejemplo, Casado, A. y Cerro, B., Op.Cit., pág. 144

4.2 Contenido

El ADPIC consta de 73 artículos divididos en siete partes. La parte I (artículos 1 al 8), que se titula "Disposiciones generales y principios básicos", se aplica a todas las modalidades de la propiedad intelectual. La parte II (artículos 9 al 40) se ocupa de las normas sustantivas que rigen cada una de las modalidades de la propiedad intelectual y constituyen el mínimo de protección que deberán garantizar todos los países; dichas modalidades son: Derechos de Autor y derechos conexos (artículos 9 al 14); marcas de fábrica o de comercio (artículos 15 al 21); indicaciones geográficas (artículos 22 al 24); dibujos y modelos industriales (artículos 25 y 26); patentes (artículos 27 al 34), que es el apartado que especialmente nos interesa; circuitos integrados (artículos 35 al 38); información no divulgada (artículo 39); y, prácticas anticompetitivas en contratos de licencia (artículo 40). La parte III (artículos 41 al 61) se refiere a los procedimientos administrativos y judiciales destinados a defender los derechos intelectuales. La parte IV (artículo 62) se refiere a aspectos procesales; la V (artículos 63 y 64) a la prevención y solución de diferencias entre los Estados sobre la aplicación y respeto del ADPIC, para evitar medidas unilaterales de represalia; la parte VI (artículos 65 al 67) trata de las disposiciones transitorias y la VII (artículos 68 al 73) de las institucionales y finales.

Ahora bien, para interpretar correctamente el ADPIC y sobre todo aquellas disposiciones que dejan abiertas para los países diversas opciones regulatorias, conviene detenerse en sus artículos 7 y 8, que reflejan el "paradigma" de la protección de la propiedad intelectual instrumentado en el ADPIC. A ese paradigma no sólo le interesan los derechos de un titular -que es lo que usualmente se afirma- sino que la protección que se le dispense esté sujeta a valores sociales más elevados, los que persiguen la obtención de un equilibrio con otros usuarios; es decir, se busca un balance entre la promoción de la innovación y la difusión del conocimiento, en beneficio tanto de productores como de usuarios de conocimientos tecnológicos, "de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones" (artículo 7). Y el artículo 8 completa los elementos del paradigma al permitir que los Estados, al formular sus leyes o reglamentos, puedan adoptar medidas necesarias para -restringiendo hasta ciertos límites y en ciertos casos denegando los derechos- proteger la salud pública, la nutrición y otros intereses públicos, así como para prevenir el abuso de derechos de propiedad intelectual por parte de sus titulares, o de prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o la transferencia de tecnología.

Para comprender a cabalidad el ADPIC debe tenerse en cuenta que la naturaleza de las obligaciones que consagra se deberán ejecutar dentro del propio sistema y práctica jurídica de cada país miembro. Sin embargo, las características generales de aquéllas son, en primer término, que están dirigidas a los Estados y que las partes privadas no pueden directamente efectuar reclamos. En segundo término, y ello reviste singular importancia para nuestro tema, no se obliga a los países miembros a conceder protección más amplia que la prevista[29]. Pero los países que así lo deseen pueden ampliarla mediante normas internas o compromisos asumidos con otros países. En tercer lugar, el ADPIC no permite la inaplicación de ninguna de sus normas, esto es, no podrán efectuarse reservas a ninguna de sus disposiciones sin el consentimiento de los demás miembros, que es lo que justamente garantiza un mínimo de protección en todo el mundo, lo que para algunos resulta imprescindible en las presentes circunstancias de globalización de la economía. Finalmente, a pesar de que -como veremos más adelante- se reconoce un gradualismo en su aplicación, hay ciertos principios que ya han comenzado a aplicarse para todos los países desde el 1 de enero de 1966, tales como los de trato nacional y nación más favorecida. Dice Gómez Segade: "mientras el principio de trato nacional prohíbe discriminaciones entre los propios nacionales y los nacionales de otros miembros, el principio de nación más favorecida prohíbe discriminaciones entre nacionales de otros miembros"[30]. A este respecto cabe decir que en aplicación del principio de nación más favorecida, que se incluyó principalmente para poner fin a la práctica de la bilateralización fomentada especialmente por los EE.UU., las ventajas concedidas en tratados bilaterales tendrán que, salvo excepciones, extenderse a todos los miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), circunstancia que en ocasiones no se tiene en cuenta cuando aumentan unilateral, bilateral o multilateralmente los estándares establecidos en la Ronda Uruguay.

Ahora bien, el ADPIC no entró en vigencia íntegramente al momento de su firma, sino que lo hará de forma escalonada, dependiendo del nivel de desa-

[29] El ADPIC reconoce la validez y vigencia de los convenios tradicionales de París y Berna pero, como más adelante veremos, va más allá en los estándares mínimos de protección que esos instrumentos consignan.

[30] Gómez Segade, J., Op.Cit., pág. 67

rrollo de los países. Los países en desarrollo, como es el caso del Perú, disponen de un período total de cinco años, salvo como hemos dicho en cuanto a las obligaciones relativas al trato nacional y al de la nación más favorecida que ya han entrado en vigencia; esto es, el ADPIC entrará en vigencia para ese conjunto de naciones el 1 de enero del año 2000. Esos plazos de transición son automáticos, pues no necesitan de declaración o notificación. Así, pues, no existe obligación para aplicar el ADPIC antes del plazo previsto; si un país en desarrollo desea anticipar su observancia, ello no significará que ha entrado en vigor[31]. Pero lo que no podrá hacer es reducir o disminuir el grado de protección con relación a las disposiciones del ADPIC (artículo 65.5).

La sección referente a Patentes (artículos 27 a 34) es la más elaborada y la que comporta las obligaciones más precisas para los Estados miembros, habiendo constituido una de las más debatidas. Tiene como fuentes a las disposiciones pertinentes del Convenio de París -cuya vigencia reconoce- y las leyes de los países más desarrollados, en especial de los Estados Unidos. En muchos casos repite las estipulaciones sobre patentes que están contenidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), en vigencia desde 1994 entre Canadá, EE.UU. y México.

Uno de los puntos más significativos constituye la extensión de la protección mediante patentes a todas las invenciones, de producto o de procedimiento, pertenecientes a todos los sectores de la tecnología (artículo 27.1). De esta manera se cumplió con una de las exigencias de los países industrializados, cual era la extensión de la patentabilidad a los productos farmacéuticos, tan cuestionada en su momento en América Latina y, en especial, en Argentina. Lo que no se logró en el ADPIC fue introducir una disposición sobre *"pipeline"* por la que abogaban las empresas farmacéuticas multinacionales, como sí lo había hecho ya el NAFTA en su artículo 1709.4[32]. Esta circunstancia, sin embargo, no significa que no continúen en sus esfuerzos para que se introduzca en la legislación interna de los países -como ha sucedido recientemente en el Brasil- elevándose de esta forma y a su favor el estándar mínimo establecido en el ADPIC.

Ahora bien, el efecto armonizador a que aspiran las disposiciones del ADPIC se verá probablemente retardado por las "excepciones" y "salvedades" que el mismo Acuerdo contiene, y que es lo que origina presiones para "superarlas" mediante acuerdos bilaterales o regionales. Así, los artículos 27.2 y 27.3 establecen excepciones a la patentabilidad que todo país puede establecer en su legislación interna, por ejemplo, para proteger el orden público, la moralidad, o la salud, etc. Por cierto, para que se produzca la exclusión debe constituir una medida "necesaria" para asegurar el orden público, la moralidad, etc., por lo que no puede basarse en la mera circunstancia de estar prohibida la explotación de la invención por la legislación nacional. Obviamente que estos conceptos indeterminados pueden dar lugar a importantes conflictos de interés.

El Artículo 27.3 permite la exclusión, por ejemplo, de materias tales como los métodos de diagnóstico para el tratamiento de personas y animales, así como los procedimientos biológicos para la producción de plantas o animales, excepto los microorganismos, entre otros. Aquí ingresamos al terreno de la biotecnología, de rápido crecimiento, significativa importancia económica e impacto social. La biotecnología[33] resulta fundamental en áreas como las de productos farmacéuticos, alimentarios, agrícolas, etc. Como veremos más adelante (infra 5), estas posibles limitaciones al patentamiento en el área de la biotecnología han sido y son atacadas

[31] Además, estipula un período adicional de cinco años -hasta el 2005- para los países en desarrollo que estén obligados a introducir la protección de patentes de productos en áreas de tecnología que no contaban con tal protección en su territorio en 1995; por ejemplo, para aquellos países que no otorgaban protección en el área farmacéutica. No es el caso del Perú, ni de los países miembros de la Comunidad Andina.

[32] El *"pipeline"* es una solución por la cual la protección de la patente debe ser conferida retroactivamente por aquellos países que no la reconocían, por el plazo que resta, siempre que los productos patentados no hayan sido aún comercializados.

[33] Por biotecnología se entiende el uso que el hombre haga de materia viva (animales, plantas, microorganismos y partes o elementos de ellos) para la obtención de resultados en distintos campos de la producción con fines utilitarios. La denominada "nueva" biotecnología, en contraste con la "tradicional" aplicada a la producción de queso, pan, cerveza, vino, etc., incluye técnicas perfeccionadas para realizar mejoras de plantas, crianza de animales y de uso de microorganismos (es decir, nuevas técnicas aplicables a la biotecnología clásica), así como técnicas nuevas que se orientan hacia de biología molecular e inciden en la modificación del material genético celular. Entre estas últimas, cabe mencionar el cultivo de tejidos *in vitro*, la inseminación artificial, el transplante de embriones, etc., así como la bioconversión o tratamiento de materiales usando microorganismos, etc. Las nuevas técnicas "revolucionarias" incluyen algunas como la del ADN recombinante que permite transplantar genes de una célula a otra, la fusión de protoplastos que permite obtener híbridos de plantas fusionando sus células, entre otras más, que se conocen con el nombre de "ingeniería genética". Vid. "Cuestiones relativas al patentamiento de las invenciones biotecnológicos", OMPI/BIOT/LP2/96/1, 1996.

con dureza por las empresas transnacionales involucradas y los gobiernos de los países ricos, que presionan para su eliminación en las legislaciones internas de los países, legislación ésta que según aquellos debe seguir y emparejarse con las modificaciones que en ella se producen en los países desarrollados.

Por cierto que el tema de la biotecnología plantea un conjunto de consideraciones técnicamente novedosas, y de innegable contenido ético, que hacen su tratamiento difícil, para no mencionar su vinculación con la biodiversidad, cuya riqueza se encuentra en gran medida depositada en el trópico, territorio de los pobres[34]. El dilema está planteado, como ha sido siempre en la historia del sistema de patentes, entre los afanes de quienes quieren patentarlo todo y la necesidad de atender a otros intereses, que denominaremos sociales.

Otra de las materias a considerar especialmente en el área de las patentes es la de "no discriminación" (artículo 27.1), en virtud de la cual las patentes se podrán obtener y los derechos que confieren se podrán gozar sin importar el lugar de la invención, el campo de la tecnología, o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país. Con ello han quedado muy debilitadas aquellas posiciones favorables -apoyadas en muchos casos por los países en desarrollo- a la imposición de restricciones en la concesión de patentes, según cuál sea el lugar de la invención o de la producción[35]. La solución incorporada en el ADPIC por este artículo, si bien es consistente con los patrones de internacionalización de la producción y del comercio que realizan las empresas multinacionales, sin duda que diluye hasta hacerla desaparecer la obligación de explotar (no de importar) la patente en el país o la región que la concede, que fuera uno de los pilares tradicionales del sistema de patentes (supra 3), y que históricamente fue uno de los argumentos para justificar la concesión de las mismas en los países en desarrollo, en el entendido que así se creaba una vía para la promoción de las inversiones y la transferencia de tecnología.

En el ámbito de los derechos exclusivos conferidos al titular de una patente (artículo 28) destaca la faceta del *ius prohibendi*, que incluye las tradicionales de impedir que terceros realicen actos de fabricación, venta, etc., sin su consentimiento, y que agrega el de tener la exclusiva de la importación; asunto cuestionado durante mucho tiempo pero hoy consolidado. Debe hacerse notar que se trata de contenidos mínimos que todo país miembro debe respetar y aplicar.

Otras disposiciones sustantivas, como las conferidas a licencias obligatorias (artículo 31) y a la carga de la prueba en las infracciones de patentes de procedimientos (artículo 34) siguen la tónica general de fortalecimiento de los derechos de los titulares, vigentes ya con anterioridad en muchas legislaciones nacionales, en especial las de los países desarrollados. En cuanto a la duración, la aceptación de un plazo mínimo de 20 años (artículo 33) contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud de la patente tendrá sin duda un efecto armonizador[36]; y si bien los países no tienen obligación de extender el plazo más allá de ese mínimo, gozan de libertad para hacerlo. Se critica el plazo uniforme introducido por el ADPIC frente a la flexibilidad que en este punto tiene el Convenio de París. Algunas de las críticas surgen del lado de los países en vías de desarrollo, quienes señalan que el plazo resulta excesivo en algunas áreas por la creciente obsolescencia tecnológica, lo que afecta a los países más pobres, y también porque el fortalecimiento obtenido por los titulares de patentes les asegura un ingreso a los mercados globalizados[37]. De parte de los países desarrollados, como veremos en el próximo subtítulo, se critica también la falta de flexibilidad porque hoy se busca en algunas áreas una mayor velocidad en la expedición de los títulos, no importando frente a ello que el plazo se reduzca.

En lo que se refiere a normas no sustantivas, como hemos dicho antes, el ADPIC representa un avance considerable al consignar algunas que permiten dar efectividad y hacer respetar los derechos de propiedad intelectual (artículos 41 al 61). De esa manera, se consignan los requisitos generales que deben cum-

[34] Sobre esta materia ver, entre otros, Caillaux Z., J., "Propiedad intelectual, diversidad biológica y conocimientos tradicionales" en "Revista del Derecho Industrial", Buenos Aires, 1997; Salazar, S., "Propiedad intelectual y acceso a la diversidad biológica", en "Los retos de la propiedad industrial en el Siglo XXI", INDECOPI, Lima, 1996; y, UNEP, *"The convention on biological diversity and the agreement on trade-related intellectual property rights (TRIPS): relationships and synergies"*, UNEP/CBD/COD/3/23

[35] Botana, M., Op.Cit., pág. 145

[36] Este es el plazo consignado tanto en el artículo 30 de la Decisión 344 como en el artículo 60 del Decreto Legislativo 823

[37] Dhar, B., y Rao, N., "La vinculación de los derechos de propiedad intelectual con el comercio" en "Temas de Derecho Industrial y de la Competencia", No. 1, Buenos Aires, 1997, pág. 158

plir todos los procedimientos administrativos o judiciales, disposiciones sobre medidas cautelares, sanciones, destrucción de mercancías infractoras, medidas de frontera para combatir la piratería, trámites y plazos razonables, revisión judicial (artículo 62), etc. En síntesis, se han incluido, por primera vez en un convenio de esta naturaleza, normas destinadas a la protección de los derechos intelectuales, las que en el futuro no se podrán cuestionar nacionalmente, lo que representa una conquista de los países desarrollados.

Una novedad ha sido la introducción en el ADPIC de disposiciones referentes a prácticas anticompetitivas por parte del titular de la patente. De esta forma la mayor protección otorgada a los titulares va acompañada de un mecanismo que busca evitar los abusos en el ejercicio de sus derechos, y otras prácticas que constituyan un impedimento al comercio legítimo. Se trata de normas inspiradas en la tradición jurídica anglosajona, así como en la idea de que las distorsiones del comercio pueden surgir no sólo de una inadecuada, sino también de una "excesiva" protección. "De hecho -dice Correa- la concesión de derechos exclusivos constituye un apartamiento del régimen de libre competencia, que puede tener efectos adversos sobre el acceso a la tecnología, los niveles de precios de los productos protegidos o el avance tecnológico, y constituirse en una barrera al comercio. Una vasta jurisprudencia y diversas reglamentaciones existentes en los países industrializados, definen abusos de los derechos de propiedad intelectual que son penalizables bajo las leyes antimonopolio o las propias leyes de propiedad intelectual"[38]. Las normas *antitrust* del ADPIC no son muy numerosas, pues se limitan a los Artículos 31 y 40. Sobre su propósito se presentan discrepancias: para los países desarrollados están orientadas al logro de eficiencia económica, mientras que para los países en vías de desarrollo se conciben como un medio para combatir el poder y la exclusión de los débiles por los más fuertes.

No existe duda de la interdependencia entre propiedad intelectual y competencia económica; esta última requiere de la existencia de un sistema moderno y eficaz de protección de la primera, y dicho sistema depende asimismo de una eficiente observancia de políticas que aseguren tanto un clima adecuado de competencia comercial como de un control de los abusos de los derechos de propiedad intelectual. Esta materia ya no es sólo de interés nacional, sino que ha adquirido dimensión internacional, particularmente por el fenómeno de la globalización de los mercados y la tendencia hacia una mayor armonización normativa. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que las normas sobre competencia inician su internacionalización con el ADPIC.

Ahora bien, el ADPIC ha sido avaro en este tema, pues sólo ha consignado como prácticas anticompetitivas las provenientes de los contratos de licencia, a diferencia de lo consignado en las leyes de los países más desarrollados, así como en la jurisprudencia de sus tribunales. Lo que penaliza es la incorporación en un contrato de licencia de cláusulas que restrinjan, limiten o excluyan la competencia, dejando en libertad a cada país para que incluya en su legislación otros supuestos de abuso que considere tengan un efecto negativo sobre la competencia. El ADPIC adopta un "test de competencia" en su artículo 40.2 para evaluar los efectos de una práctica en un caso particular, rechazando el consignar prácticas específicas. En general, en el tema de las prácticas anticompetitivas ha habido sólo un limitado consenso, lo que puede dar lugar a futuras discusiones entre los países.

Uno de los temas de fondo sobre los que no hubo consenso en la Ronda Uruguay, y sobre el que no dice nada el ADPIC, siendo como es un tema de actualidad, es el correspondiente al agotamiento del derecho de patente, íntimamente vinculado al Derecho de la Competencia y a la Propiedad Intelectual. Su importancia reside, adicionalmente, en su vinculación con el principio de libre circulación de mercancías, que constituye uno de los sustentos de los procesos de integración económica. La teoría del agotamiento persigue definir los límites del derecho exclusivo conferido por una patente, es decir, traza una frontera entre el monopolio legal del inventor y la libertad de comercio garantizada en función del interés público, al estipular que todo objeto colocado en el comercio escapa a partir de ese momento del derecho exclusivo del titular, que no puede pretender así controlar todo el proceso de comercialización. Es todo el tema de las denominadas ventas o importaciones "paralelas".

El ADPIC reconoce en su artículo 6 la libertad del legislador nacional para tratar este tema, respetando obviamente los límites de los principios de trato nacional y de nación más favorecida a los que nos hemos referido antes. Para los titulares de las patentes el agotamiento internacional no resulta satisfactorio, pues limita sus beneficios, y también porque dificulta la creación de redes de distribución exclu-

[38] Correa, C., Op.Cit., pág. 25.

siva con restricciones territoriales de reparto de mercado, que es lo que persiguen muchas de las empresas multinacionales. A este respecto, hay que recordar que las importaciones paralelas sólo tienen lugar cuando el precio en el mercado de exportación es mucho más bajo que en el mercado de importación, ofreciéndose los productos a precios inferiores a los consignados por la red "oficial" de distribución instaurada por el titular del derecho.

Algunos señalan que el reconocimiento del principio de agotamiento internacional es consecuencia de la globalización de la economía y que favorece la competitividad de empresas locales, que estarían en desventaja, al igual que los consumidores, si se ven obligados a comprar exclusivamente a distribuidores que aplican precios más altos. Esta es la razón, por ejemplo, para que al interior de la Unión Europea se acepte la tesis del agotamiento de derechos. De otro lado, se encuentran los que creen que la autorización de importaciones paralelas reduce y hasta anula el valor de la patente, fundamentalmente los defensores de la industria farmacéutica multinacional, quienes afirman que prácticamente en todo el mundo los medicamentos están sujetos a regulaciones y subsidios, lo que hace variar grandemente los precios de un país a otro, y no como resultado de la libre competencia. Se trata de un tema controvertido y polémico.

4.3 Conclusión

Si bien el debate actual es menos intenso que el que dio lugar a la aprobación del ADPIC, ello no significa que haya terminado. Algunos países en desarrollo consideran que el ADPIC no ayudará a crear un clima conducente al crecimiento, ni a una competencia dinámica en la adquisición y desarrollo de tecnologías, sino que conducirá al reforzamiento de la protección de los titulares en forma extrema, lo que dará lugar a aumentos de precios y a un crecimiento limitado, debido, en buena medida, a que los países en desarrollo no generan tecnología; se trata, sostienen otros, de un instrumento para el control del mercado tecnológico, lo que hará imposible reducir la brecha entre los punteros y los rezagados en la carrera tecnológica, de donde surgirá un patrón de comercio norte-sur en el cual el norte exportaría sólo los productos del extremo superior del espectro tecnológico y el sur exportaría los productos abandonados por el norte[39].

Pero desde una perspectiva más amplia, tal como lo recuerdan Remiche y Desterbecq[40], a los derechos de propiedad intelectual se les dio escasa importancia hasta que los grandes y relativamente recientes cambios económicos y tecnológicos despertaran el interés de los países desarrollados, pasando de una situación en los que eran sólo tolerados como monopolios nacionales privados, a su percepción hoy como garantes del comercio internacional. Por cierto que no carece de ironía que la liberalización del comercio internacional sea ahora perseguida a través del crecimiento global del monopolio sobre el más importante factor de producción en el futuro: el conocimiento.

En verdad, el ADPIC no ha hecho sino reconocer que el factor conocimiento será el determinante en las transacciones internacionales del futuro; desde esta perspectiva serán los países y las empresas que producen y controlan los avances tecnológicos los que se verán comercialmente beneficiados. Creen por tanto que para adquirir y asegurar una posición competitiva -que estará condicionada por el grado de desarrollo tecnológico- será necesario proteger y crear derechos monopólicos sobre innovaciones, mediante un sistema internacional que regule los antiguos y nuevos derechos y que paulatinamente sustituya a las prácticas todavía vigentes basadas en la jurisdicción nacional[41]. De esta forma, las nuevas tecnologías que ocupan un lugar central en nuestros días, tanto en el área de la producción como en la del comercio, han convertido en parcialmente irrelevante a la teoría convencional del comercio, pues las ventajas comparativas y la pujanza competitiva ya no dependen exclusivamente de los recursos naturales, de los costos salariales o de las ventajas de determinadas localizaciones, sino principalmente de la capacidad de cada individuo para innovar, adaptar, imitar o mejorar la tecnología[42].

Ahora bien, la circunstancia, quizás inevitable, de aceptar que el grado de protección a las innovacio-

[39] Dhar, B. y Rao, N., Op.Cit., pág. 145

[40] Remiche, B. y Desterbecq, H., "Las patentes farmacéuticas en los Acuerdos del GATT" en "Temas de Derecho Industrial y de la Competencia", Op.Cit., pág. 284

[41] Kresalja, B., "El GATT y la propiedad intelectual", Op.Cit., pág. 89

[42] Khan, K., Op.Cit., pág. 64

nes tecnológicas estará determinado internacionalmente, y no nacionalmente como solía ser[43], no puede llevarnos a creer que la aplicación de un acuerdo de la importancia y envergadura del ADPIC estará exenta de obstáculos, más aún cuando a pesar de la armonización que ya ha logrado, permite aún a los Estados legislar libremente sobre importantes aspectos, lo que no es necesariamente bien visto por las empresas transnacionales y los gobiernos de los países desarrollados.

En este contexto, resulta indispensable recordar que durante los últimos años la mayoría de los países latinoamericanos, y entre ellos los andinos y el Perú, han reformado su legislación en materia de propiedad intelectual y de patentes, mediante la ampliación de la protección a nuevos campos, como los productos farmacéuticos o los programas de computación, así como han fortalecido los derechos exclusivos y los medios disponibles para su efectiva protección. Una característica de este proceso de reforma ha sido su considerable rapidez y la influencia directa que en él han tenido los países industrializados. Aún así, estos países quieren ver reforzada, consolidada y ampliada esa protección, inclusive antes de la entrada en vigencia del ADPIC. Por cierto que los procesos de liberalización económica han potenciado la armonización de las legislaciones, pero ello no puede ocultar el debate en torno al "grado" de poder monopólico que se confiere al titular de la patente, poder que se encuentra relacionado con factores tales como el tamaño del mercado, la existencia de una industria local, facilidades para la investigación y otras más. En resumen, a pesar de los grandes esfuerzos de armonización, los debates continúan y no todas las partes involucradas se encuentran satisfechas, como podremos apreciar en el siguiente acápite.

5. ¿HACIA UN NUEVO SISTEMA?

La incorporación en el ADPIC de la gran mayoría de los estándares jurídicos exigidos por los países desarrollados y por las empresas transnacionales, lo que les representó una incuestionable victoria en el ámbito internacional, no ha logrado unanimidad en ellos -contra lo que podría creerse- sobre lo que debería hacerse en el futuro para la mejor protección de los derechos intelectuales.

En efecto, en los países desarrollados han surgido voces, algunas de las cuales se habían ya manifestado durante las discusiones en la Ronda Uruguay, que afirman que el actual sistema de protección de los derechos intelectuales y de las patentes en particular, cuyos fundamentos se establecieron a fines del siglo pasado, no puede cumplir con las necesidades económicas y tecnológicas del momento presente; en otras palabras, que el sistema vigente, cuya manifestación máxima y novísima es el ADPIC, resultará inefectivo e impracticable[44]. Y, si bien los principios del fomento a la creatividad y a la inventiva, así como de la divulgación del conocimiento, siguen incólumes, su manifestación normativa debe ser radicalmente modificada.

Esas críticas consideran que algunas de las limitaciones que presenta el actual sistema de patentes son, en primer término, que fue diseñado fundamentalmente para una industria vinculada a materias primas, particularmente petróleo, productos químicos y acero, cuyos productos resultantes son, entre otros, materiales de construcción, maquinaria, equipo ferroviario, etc., industria cuyo éxito se medía por su proximidad o acceso a las mencionadas materias primas, así como por su disponibilidad de capital. En nuestros días, señalan, las materias primas pueden ser adquiridas y transportadas con relativa facilidad desde cualquier parte del mundo y no existe mayor problema para el acceso al capital[45]. Afirman con particular énfasis que en la actualidad el conocimiento es la única fuente que en el largo plazo puede dar ventajas competitivas, más aún cuando diariamente se constata que las nuevas tecnologías surgen y cambian tan velozmente. Bajo estas circunstancias, concluyen, la propiedad intelectual y las patentes se han convertido en un componente crítico del éxito o derrota de las compañías modernas.

En realidad, muchos cambios radicales se han producido durante los últimos años. Las compañías de mayor crecimiento operan en los terrenos de la microelectrónica, la biotecnología y las telecomunicaciones, y con frecuencia lo hacen a pequeña escala y con pocos empleados en el área de la producción. Compañías de gran importancia, como Microsoft, tienen como activo principal el conocimiento[46].

[43] Dice Reidenberg, J., *"Trade, TRIPS and NAFTA"*, Fordham Intellectual Property, Media 8 Ent. Law Journal, Vol. 4, 171, 1993, pág. 298: *"... The disputes over standards (of protection) now take place in the trade arena rather than in domestic courts"*.

[44] Thurow, L., *"Needed: A new system of intellectual property rights"* en Harvard Business Review, Set-Oct, 1997

[45] Ibid, pág. 96

[46] Ibid

Como consecuencia de ello, la defensa y el mayor ámbito de protección que pueda dar la propiedad intelectual a las nuevas tecnologías son los naipes de triunfo en el futuro juego económico. Como es natural, la necesidad de un sistema que pueda diferenciar mejor que el actual sobre quién es dueño de qué, que brinde mejor y más efectiva protección, y sistemas rápidos de resolución de conflictos son aspiraciones ampliamente compartidas. Como bien dice el ya antes citado Lester Thurow, refiriéndose a Bill Gates: *"for the first time in history, the world's wealthiest person is a knowledge worker"*. Las paradigmáticas cualidades de los hacedores de grandes fortunas en los campos petroleros, publicitadas por la industria cinematográfica de Hollywood, cuyo mejor ejemplo puede haber sido el personaje interpretado por James Dean en la película "Gigante", esto es, una adecuada combinación de suerte y músculos, ha desaparecido, para dar su lugar a las supercomputadoras, verdaderos instrumentos del éxito, que son las que hacen posible el uso de tecnologías tales como la de perforación horizontal o la realizada a grandes distancias de la costa[47].

A estas consideraciones debe sumarse otra, que suele pasar desapercibida. En los países desarrollados, y en especial en los Estados Unidos, la información y el conocimiento han sido distribuidos en forma generosa y barata después de la II Guerra Mundial, en parte como consecuencia de que eran los gobiernos quienes pagaban o subvencionaban la investigación científica básica. Esto ha comenzado a cambiar. La "arrogancia" norteamericana se ha visto afectada por la amplitud y facilidad para copiar nuevas tecnologías y con el desarrollo de naciones que, utilizando dicha fórmula, han cuestionado parcialmente su tradicional liderazgo tecnológico. Por ello, existe una tendencia muy radical para incrementar la protección jurídica de las nuevas tecnologías, así como para protegerla por los más diversos medios. En esta línea, el mencionado Thurow, profesor del célebre Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), llama la atención sobre la intervención de algunos representantes del congreso de los Estados Unidos que han pedido que no se permita el ingreso a los estudiantes extranjeros a los laboratorios de sus universidades, como una medida para detener que las tecnologías creadas por los impuestos de los ciudadanos norteamericanos fluyan fuera de su territorio.

La disminución considerable, por parte del gobierno norteamericano, de sus inversiones en investigación y desarrollo, hará que los nuevos conocimientos y tecnologías ya no se encuentren disponibles para todos en la misma proporción que antes, sino cada vez en mayor medida deberán ser pagadas a compañías privadas para poder acceder a ellas; lógicamente, para hacer posible y rentable este objetivo, será necesario crear un sistema más fuerte de protección a la propiedad intelectual, pues de no ser así las compañías mantendrán sus conocimientos en secreto, lo que socialmente puede significar un mayor costo que el incremento y diversificación de la protección jurídica a las nuevas tecnologías.

De otro lado, las respuestas a qué es lo que debe ser patentable son diferentes a las tradicionales. Como la distinción entre investigación básica y tecnológica es cada vez más tenue y en algunos casos imposible de hacer, resulta ahora muy importante distinguir entre aportes tecnológicos fundamentales y los desarrollos lógicos de lo que ya se conoce, otorgando diferentes clases de protección, o sea de patentes, a cada uno de ellos. En algunos medios tecnológicamente avanzados puede resultar relativamente fácil prever o adivinar futuros desarrollos y presentar patentes para inventos que no han sido en verdad aún inventados, dado que las nuevas tecnologías son mucho más difíciles de proteger que las antiguas. La utilización, por ejemplo, de la electrónica vinculándola a publicaciones y bibliotecas, que permiten una rápida y barata reproducción de muchos volúmenes, evapora las teóricas ventajas del sistema de Derecho de Autor, lo que resulta aplicable no sólo a los libros sino en general a todos los sistemas de información y de almacenamiento de datos. La piratería del *software* adquiere proporciones inmensas, llegando en algunos países como Tailandia a estimarse en 97%, y en el propio Estados Unidos en 40%, de todo el *software* usado. Resolver problemas de esta naturaleza excede con largueza a las posibilidades de los sistemas judiciales tradicionales.

De otro lado, y a pesar de la idealización que sobre ello se hace con frecuencia en nuestro medio en estos días de neoliberalismo, la competencia económica ha sido y sigue siendo una batalla diaria en la que casi todo vale. Y, aunque suene herético, en el terreno del conocimiento la copia y adaptación significan la vía natural para que las naciones pobres alcancen a las desarrolladas[48]. Ello se complica si

[47] Ibid

[48] Dice L. Thurow: *"Yet copying to catch up is the only way to catch up. Every country that has caught up has done it by copying. Third World countries know that unless they can acquire the necessary knowledge, they will never make it into the First World. They cannot afford to buy what they need - even if those who have the knowledge were willing to sell, and they are not. So they have to copy."*, Ibid, pág. 100

tenemos presente que no todos los países tienen la misma concepción sobre los objetivos que deben cumplir los derechos intelectuales, pues hay culturas que -a diferencia de la Occidental- consideran que los conocimientos deben pasar a la mayor brevedad al dominio público, sin plantearse la relación causa-efecto entre protección jurídica e incremento de conocimientos. Así pues, la creación de un nuevo sistema globalizado sólo es posible si existe una extendida aceptación entre las naciones sobre sus características básicas, a pesar de las diferencias que puedan presentarse sobre lo que debe protegerse y cómo hacerlo.

Las bases para un nuevo sistema parten del reconocimiento generalizado de que el actual sistema de patentes es demasiado lento y costoso, inadecuado para la protección de las nuevas tecnologías, e inconsistente en muchos aspectos. Es lento porque en los países desarrollados existe una demora que se estima en Europa entre 4 y 5 años, en Japón de 5 años y en Estados Unidos de casi 2 años entre la presentación de la solicitud y el otorgamiento de la patente; razón por la que la protección es baja durante ese período. De otro lado, obtener y mantener una patente representa un costo anual estimado de US$ 10,000 en Japón y Australia, de US$ 18,000 en Brasil y de US$ 8,000 en Argentina y Estados Unidos; como consecuencia, sólo unos pocos pueden afrontarlo. Otro aspecto de singular importancia es el plazo uniforme de 20 años de protección que el ADPIC ha incorporado, y que no corresponde al tiempo de vida tecnológico de productos en distintas áreas; así, por ejemplo, en computación el ciclo dura entre 3 y 5 años; en *software* de 4 a 5 años; en electrónica de 5 a 6 años; en metalurgia de 12 a 15 años; y en productos farmacéuticos de 15 a 20 años[49]. Tan grandes diferencias representan un enorme costo social frente a un título con 20 años de duración uniforme.

Basados en el convencimiento de que el libre uso del conocimiento deriva en débiles incentivos para la creación, algunos proponen que el nuevo sistema debe efectuar un balance o línea divisoria entre los incentivos a la producción y la distribución de nuevas ideas. Ello significa, de un lado, frente a la disminución del rol público en el financiamiento de la investigación científica y tecnológica, incrementar la protección jurídica a fin de que existan los incentivos financieros suficientes para enfrentar los costos y riesgos que significa el desarrollo de nuevos conocimientos; si los gobiernos pueden darse el "lujo" de perder millones en una investigación infructuosa, ello ocurre en mucho menor medida, arguyen, en las compañías privadas. Por cierto que ello no significa desconocer que el uso extensivo y rápido de las nuevas ideas significará un gran beneficio social. Por tanto, para resolver este conflicto de objetivos entre la mayor producción tecnológica versus una más rápida distribución del conocimiento, debe determinarse cuáles son los adecuados incentivos económicos para el desarrollo de cada sector industrial, lo que representa una decisión de carácter socioeconómico que debe reflejarse en la legislación, no dando tanta importancia al problema de la distribución de conocimiento, puesto que las ofertas tecnológicas son cada vez mayores, lo que impide a sus titulares aumentar precios arbitrariamente, pues los consumidores tienen muchas alternativas para escoger.

Una segunda característica, indican sus promotores, se encuentra en el reconocimiento de que las leyes en el ámbito de la propiedad intelectual y de las patentes en especial deben poder ser efectivamente cumplidas. Dice a este respecto Thurow: *"... If someone cannot think of how a legal right can be enforced, it should not be a legal right"*[50]. Finalmente, el nuevo sistema debe permitir resolver las disputas en forma rápida, barata y eficiente. En materia de invenciones debe estudiarse la posibilidad, dicen, que al igual de lo que sucede con el impuesto a la renta los interesados paguen las tasas de acuerdo a sus ingresos, con el objeto de que existan diferencias entre una gran corporación transnacional y un inventor individual. Algunos llegan a decir que para el logro de estos objetivos pueden inclusive "privatizarse" las oficinas nacionales de patentes para aumentar su eficiencia con personal más capacitado, ya que no puede olvidarse que la vida útil tecnológica es cada vez menor, por lo que resulta indispensable un reconocimiento rápido de los derechos.

Por último, el nuevo sistema debería incorporar en su funcionamiento algunas de las posibilidades que la nueva tecnología proporciona, tales como la búsqueda automatizada de anterioridades, procedimiento electrónico de solicitudes, y creación de patentes regionales o internacionales, frente al convencimiento de que muchas de las oficinas nacionales están incapacitadas para cumplir a cabalidad con su misión, por falta de información y de presupuesto para emplear a examinadores que puedan

[49] Ludwig, P.; Ryan, Ch. y Jain, N., *"Adapting patent protection systems for the 21st. Century"*, ASIPI, Santiago de Chile, 1997

[50] Ibid, pág. 102

efectivamente participar en los procedimientos de observación u oposición que paulatinamente tendrán cada vez mas alcance internacional. Vemos, pues, que en este futuro sistema pierden actualidad las discusiones tradicionales sobre la explotación nacional del invento, la novedad nacional y, en menor medida, acerca del agotamiento internacional de los derechos de los titulares de patentes.

6. FINALMENTE

Sólo unos pocos países en América Latina, mas no el Perú, han dado a la educación y a la investigación la importancia que efectivamente tienen; por ello, en el corto plazo la mayoría de los países de la región no variarán su actual posición de marginalidad en lo económico y de dependencia en lo tecnológico. Si a ello se suma la falta de cohesión interna y de solidaridad, que caracteriza a otros, la capacidad negociadora frente a los países desarrollados será muy escasa, más aún en el caso de países individualmente considerados. Por ello es que deben privilegiarse los acuerdos regionales y las vías multilaterales versus el limitado camino del bilateralismo, que es finalmente la lucha por un orden internacional más justo. Lo que deben buscar nuestros países, más que la "reciprocidad bilateral" exigida por los países desarrollados, es la "reciprocidad global" fruto del multilateralismo. Sólo así, por ejemplo, tienen sentido las discusiones de cuestiones tales como las correspondientes a los derechos laborales y los aspectos ambientales. Ello no será, por cierto, tarea fácil, pues existe la extendida sensación que "el concepto de un nuevo orden económico ha sido formalmente repudiado por el norte y abandonado resignadamente por el sur"[51]. En el ámbito de los derechos intelectuales la batalla continuará entre los defensores de que el conocimiento se expanda libremente versus los que quieren privilegiar su carácter privado. A los países que desean salir de la pobreza los beneficia la primera opción, para poder promocionar la inventiva local. No puede, además, desconocerse la vigilante intervención que hacen los gobiernos de los países desarrollados en materia tecnológica, para evitar que ésta fluya hacia donde no les conviene económica o políticamente.

Parece claro que el futuro sistema de patentes no será igual para todo tipo de conocimientos ni para todo tipo de invenciones. Algunas tecnologías, como la vinculada a la electrónica, buscarán un sistema más rápido que el actual, aunque el plazo de protección sea menor, por la circunstancia de que la mayor parte de sus ingresos se originan inmediatamente después que los nuevos conocimientos o inventos han sido desarrollados. Plazos más extensos necesitará probablemente la industria farmacéutica, pues para la comercialización de sus productos son necesarios períodos de prueba con el objeto de saber si las nuevas fórmulas tienen efectos adversos. La oferta jurídica de protección podrá y deberá ser variada para que los interesados puedan escoger de acuerdo a costos, velocidad en otorgamiento de los títulos y parámetros para la solución de controversias. Por cierto que habrá que batallar para que el nuevo sistema de patentes refleje las necesidades de los países en desarrollo, pero también deberá hacerlo con aquellas de los países desarrollados. Desde esa perspectiva no puede dejarse de lado la posibilidad de que se determine internacionalmente algunos de los precios que deben pagarse por determinadas tecnologías, sobre todo aquellas que se encuentran ligadas a las necesidades humanas básicas[52]. El actual sistema unidimensional, sin duda, deberá ser cambiado a uno más diferenciado.

Otros aspectos deberán también ser considerados, como por ejemplo aquellos que pueden dar lugar a la protección de invenciones, no referentes a tecnología avanzada, pero que pueden mejorar la situación competitiva de las empresas de los países en vías de desarrollo. Algunos intentos ya se han realizado en esta área para proteger las llamadas pequeñas invenciones, sea a través de modelos de utilidad reformados, patentes de segunda categoría *(petty patents)*, certificados de utilidad *(certificat d'utilitè)*, patentes de corta duración *(short-term patents)* u otros que, con independencia del *nomen iuris* utilizado, permitan conceder títulos de una manera más sencilla, rápida y económica que las patentes ordinarias; todo ello bajo el supuesto de que el sistema de patentes, tal como está hoy diseñado, no protege suficientemente a la inventiva resultante de los países pobres, pues tal como irrefutablemente lo demuestran las estadísticas, sus inventores o compañías pueden sólo en escasísimas ocasiones acceder a una patente de nivel internacional.

De otro lado, debe reconocerse que las oficinas de patentes de los países lationamericanos adolecen de muchísimas limitaciones y que el Estado, al igual que en los casos de la educación y la investigación,

[51] Alzamora, C., "El combate por el desarrollo y la justicia" en "Carlos Bedoya. Una visión de los años 90", Mosca Azul, Lima, 1993, pág. 121

[52] Thurow, L., Op.Cit. pág. 103

no les presta mayor atención. Sin embargo, resultan necesarias si se desea fomentar la creatividad e inventiva nacional. Para hacer frente a los nuevos retos tecnológicos, las oficinas nacionales deberán dejar paso a las que cubran mayores extensiones geográficas, como podría ser el caso de los países que conforman el Grupo Andino. Desde esta perspectiva, acceder a tratados como el de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), que es uno destinado no a otorgar una "patente internacional", sino a efectuar búsquedas y exámenes de las solicitudes, así como a divulgar la información contenida en las mismas, constituye un imperativo difícil de posponer; pero, sin olvidar la misión divulgadora, así como de consultoría que deberán realizar las oficinas nacionales frente a las entidades que realizan investigación en el país, como podría ser el caso de las universidades.

Resulta sorprendente que en muchas de las propuestas para la creación de un nuevo sistema de patentes provenientes de los países desarrollados se soslayen los temas de la biodiversidad y de los conocimientos de los pueblos aborígenes, así como las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) suscrito en Río de Janeiro en 1992. El acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios derivados de su utilización son variables fundamentales en la biotecnología moderna. Sin embargo, aquellas empresas provenientes del mundo desarrollado que realizan tareas de bioprospección son renuentes a aceptar que, en virtud del Convenio antes citado, son los países quienes tienen la soberanía sobre el material biológico que se encuentra en sus territorios y, en consecuencia, pueden limitar el acceso a éste, lo que durante siglos se consideró gratuito y cuya excepción más notable fue la relacionada con los recursos petroleros. Como la mayor riqueza y diversidad biológica se encuentra ubicada en los países pobres, resulta esencial crear un mecanismo que permita el acuerdo entre las partes interesadas, para evitar la depredación del bosque tropical y permitir conservar los conocimientos de los pueblos aborígenes. No cabe duda de que un nuevo sistema de patentes, y esta es una tarea que tienen por delante los países en vías de desarrollo ubicados en aquellos lugares especialmente ricos en biodiversidad, tiene que contemplar una vía mutuamente aceptable de acceso a la biodiversidad. De no hacerlo, las posiciones extremas tendrán cada vez mayor reconocimiento, e impedirán una solución que puede ser mutuamente provechosa. El ADPIC, por ejemplo, ha soslayado este tema, pero no lo podrá hacer el nuevo sistema que se propone.

Finalmente, para que estos conceptos tengan sustento en la realidad, aunque sea parcialmente, muchas actitudes, tanto gubernamentales como empresariales y privadas tendrán que cambiar en el Perú, pues ha habido indiferencia, no solamente en estas materias, sino también frente al desmontaje de una capacidad de producción manufacturera lograda con mucho esfuerzo, en nombre de un neoliberalismo que sólo beneficia hasta ahora a unos pocos. Las exitosas cifras macroeconómicas no pueden hacer olvidar esta realidad. Se requiere, más que nada, de un cambio de mentalidad que permita superar sentimientos de dependencia que tan agudamente se manifiestan en algunos funcionarios gubernamentales y privados, proclives a aceptar, sin mayor análisis, las recetas que prescriben algunos organismos internacionales y a someter asuntos de naturaleza como los tratados en este artículo a la opinión de funcionarios extranjeros de segunda categoría, creyendo que ello constituye la opción más saludable para el progreso y el desarrollo. El avance científico y tecnológico proveniente del exterior, por fenomenal y grandioso que sea, no puede hacer olvidar que la esencia de su éxito reside en la existencia de hombres libres, que con carácter y optimismo enfrentan a su destino, asunto en el cual todos los pueblos pueden, si así se lo proponen, tener adecuada respuesta.

ATEFSA

Asesoría Técnica, Económica y Financiera S.A.

Los Libertadores 532 Of. 303. San Isidro Telf.: 422-6484 Fax: 441-0819

IMPLICANCIAS DEL TRIPS EN EL DERECHO DE MARCAS

Ana María Pacón
Presidenta de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI

La regulación del tema de marcas fue, durante mucho tiempo, una urgente necesidad para el Derecho Internacional. Cada vez más, era imperativa la creación de un acuerdo o una concesión a nivel internacional sobre dicha materia, no sólo para facilitar el comercio internacional, sino para lograr una mejor protección frente al preocupante incremento de la piratería de productos.

Este objetivo se logró, finalmente, a través de la Ronda de Uruguay, uno de cuyos frutos fue el tratado de creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), del cual forma parte obligatoria el acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, más conocido como "TRIPS". Este último acuerdo regula la protección mínima que los estados deberán brindar a los Derechos de Propiedad Intelectual, la cual podrá ser ampliada individualmente por éstos.

La autora describe los alcances logrados en materia de marcas, realizando, además, un análisis comparativo de sus diferentes acuerdos y normas y comparándolas con otros acuerdos ya existentes, conciente de la importancia que detentan, y de sus limitaciones teóricas y prácticas.

Desde la conclusión de las negociaciones de la Ronda Uruguay el mundo de la propiedad intelectual se ha visto enriquecido, aunque también se ha complicado más, por lo que es necesario realizar un estudio profundo de sus normas.

En la medida que en dichas negociaciones no intervinieron directamente los círculos especializados, las observaciones que se van a realizar en el presente artículo, basadas en los documentos existentes, pueden ser contradichas por personas que tomaron parte en ellas.

Un estudio de las implicancias del TRIPs sobre el Derecho de Marcas no puede ser completo, si no se analizan también sus disposiciones acerca de la observancia de los derechos. Sin embargo, en la medida que las disposiciones del TRIPs sobre observancia de los derechos comprenden a todas las categorías de propiedad intelectual y no sólo al Derecho de Marcas, ellas no serán objeto de tratamiento de este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad de este siglo, los esfuerzos por lograr un desarrollo de las convenciones internacionales en materia de marcas permanecieron estancados. La insatisfacción ante esta situación, así como la preocupación por el incremento de la piratería de productos, originaron que, sobre todo los Estados Unidos propiciaran, en el marco de las negociaciones de la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) la inclusión de un nuevo tema de discusión, a saber los aspectos relacionados con la protección de la propiedad intelectual[1]. Divergencias en las posiciones

[1] Desde su creación, el GATT ha venido celebrando periódicamente Rondas de Negociaciones Comerciales Multilaterales que tenían por objeto temas relacionados con el régimen internacional del comercio. En la Ronda de Uruguay se incluyeron por primera vez, además de los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, dos otros nuevos temas: servicios y aspectos de inversión relacionados con el comercio.

de los países industrializados y la de los países en vías de desarrollo, diferencias ideológicas, económicas, tecnológicas y de otra naturaleza, hicieron que las negociaciones de la Ronda de Uruguay se prolongaran durante más de siete años y pudieran, finalmente, concluirse en diciembre de 1993. Resultado de ellas fue el Tratado que crea la Organización Mundial del Comercio (OMC). El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC, más conocido por sus siglas inglesas «TRIPs») forma parte obligatoria del Tratado que crea la OMC, de tal forma que la adhesión al primero conlleva la adhesión automática al segundo. La OMC empezó a ejercer sus funciones en enero de 1995, TRIPs entró en vigor un año después.

II. EL SISTEMA INTERNACIONAL DEL DERECHO DE MARCAS ANTES Y DESPUÉS DEL TRIPS

1. Tratados internacionales vigentes antes del TRIPs

Hasta antes del TRIPs el sistema internacional del Derecho de Marcas se apoyaba básicamente en dos acuerdos: el Convenio de la Unión de París (CUP) y el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (AMMI).

El CUP es el tratado internacional más antiguo en materia de propiedad industrial[2]. Los pilares sobre los que se asienta son el principio de tratamiento nacional y el principio de tratamiento unionista. De acuerdo con este último, el CUP otorga a los beneficiarios del mismo un conjunto de derechos mínimos regulados por el propio Convenio. En materia de marcas, estos derechos son básicamente: el derecho de prioridad (artículo 4 A); C)), la marca «tal cual» (artículo 6 quinquies); la marca notoriamente conocida (artículo 6 bis); el uso obligatorio de la marca (artículo 5 C); la obligación de otorgar una protección a las marcas de servicio (artículo 6 sexies); la protección de la marca agente (artículo 6 septies); y la prohibición de impedir el registro de una marca en razón a la calidad de los productos (artículo 7). El CUP establece el mínimo de protección en el campo de la propiedad industrial ya que si bien sus disposiciones tienen importancia, cabe señalar que se deja a los estados miembros en libertad considerable para legislar sobre cuestiones de dicho campo. El CUP ha sido revisado en diversas oportunidades para adaptarlo a las demandas y exigencias de un determinado momento. Habiéndose producido hasta la fecha seis modificaciones[3]. A efectos de atender mejor las necesidades de los países en vías de desarrollo, en los años 70 se inició un intento de revisión del CUP. Las negociaciones fracasaron por una falta de consenso en dos puntos: licencias obligatorias de patentes y principio de unanimidad[4].

El AMMI fue acordado en el año 1891[5] con el objeto de asegurar a los nacionales de un país contratante, sobre la base de su registro de marca nacional (país de origen) la protección de su marca en todos los demás países contratantes, mediante el registro de ellas en el registro internacional de marcas a cargo de la Oficina Internacional de Marcas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), efectuando un único y uniforme pago. Aparentemente, el objetivo central del AMMI resulta muy simple: proteger una misma marca en diversos países a partir del registro así efectuado en la Oficina Internacional. La protección que se otorga, sin embargo, trae algunas desventajas. La desventaja principal consiste en que la concepción del AMMI lleva a que los beneficiarios del Convenio sean principalmente aquellos países donde el registro se otorga con la mera presentación de la solicitud de marca, es decir, sin examen de los requisitos de registrabilidad y/o sin llevar a cabo un procedimiento de oposición[6]. Estos países deberán otorgar protección a marcas que ya han sido objeto de un examen previo de fondo y, por lo tanto, no van a tener en sus países ningún problema de acceder al registro[7]. Debido a

[2] Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883. Para su membresía al 1 de enero de 1997, ver Ind.Prop. and Copyright 3 (enero 1997), 9 y ss.

[3] Bruselas en 1900, Washington 1911, La Haya 1925, Londres 1934, Lisboa 1958 y Estocolmo 1967.

[4] Ver Kunz-Hallstein, *Die Genfer Konferenz zur Revision der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums*, GRUR Int. 1981, 137 y ss.

[5] Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas del 14 de abril de 1891. Posteriormente revisado en Bruselas en 1900, en Washington en 1911, en La Haya en 1925, en Londres en 1934, en Niza en 1957 y en Estocolmo en 1967. Para su membresía al 1 de enero de 1997, ver Ind.Prop. and Copyright 3 (enero 1997), 16 y s. Sobre genésis y evolución del AMMI, ver Botana Agra, La protección de las marcas internacionales, Marcial Pons, Madrid 1994, 15 y ss.

[6] Ver Beier/Kur, *Deutschland und das Madrider Markenabkommen*, GRUR Int. 1991, 678 y s.

[7] En aquellos países donde no se realiza un examen de fondo, como por ejemplo en Francia, existe una actitud muy liberal en el procedimiento de registro respecto a qué signos son registrables. El examen estricto (prácticamente) recién se realiza en los procedimien-

esta diferencia de intereses en contra de los países que realizan un examen de fondo, hasta el día de hoy, el número de países que se han adherido al AMMI es relativamente limitado. Países de importancia que realizan un examen de fondo, como los Estados Unidos, Canadá, Japón y Gran Bretaña, así como los países nórdicos, han rehusado su adhesión[8].

2. Recientes tratados internacionales acordados fuera del TRIPs

Al inicio del último desarrollo del Derecho Internacional de Marcas se encuentra el Protocolo al Arreglo de Madrid del año 1989 (PAMMI)[9], cuyo principal objetivo fue facilitar la adhesión al sistema internacional de registro[10] de aquellos países de la Unión Europea[11], así como de otros países industrializados, que inicialmente no se habían adherido al Arreglo de Madrid.

También la OMPI pudo concluir en 1994 las negociaciones iniciadas en 1987 paralelamente a las del GATT y aprobar así el Tratado sobre Derecho de Marcas (TLT)[12], el mismo que prevé una armonización de los procedimientos nacionales de registro de marcas[13].

tos (judiciales) de infracción donde se investiga minuciosamente el problema de la imitación (*contrefaçon*). Sobre este punto, ver Baeumer, *Schutzfähigkeit und Schutzumfang der Marke im französischen Recht, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz*, Bd. 13, Múnich 1964, 123 y s.

[8] Para una síntesis de los motivos invocados en los EEUU para la no adhesión al AMMI, ver Schechter, *Facilitiing Trademark Registration Abroad: The Implications of U.S. Ratification of the Madrid Protocol*, George Washington Journal International Law & Economics (1991), 419; para Gran Bretaña, ver Cornish, *The Madrid Agreement for the International Registration of Trade Marks: A United Kingdom Perspective*, IIC 22 (1991), 779.

[9] Protocolo al Arreglo de Madrid del 27 de junio de 1989. Para que el PAMMI entrase en vigor fue necesario la ratificación de cuatro Estados, de los cuales, por lo menos, uno tenía que ser miembro del AMMI y uno no. El primero en ratificar el PAMMI fue España en 1991. La siguieron Suecia y Gran Bretaña. En setiembre de 1995, sorpresivamente, China depositó su instrumento de adhesión (Ind.Prop. and Copyright 1 (oct. 1995), 355), permitiendo así su entrada en vigor. Actualmente cerca de 20 Estados forman parte del PAMMI. Para su membresía al 1 de enero de 1997, ver Ind.Prop. and Copyright 3 (1997), 16 y s.

[10] Además de la desventaja que ocasiona el AMMI a aquellos países que practican un examen de fondo, ciertas características del Acuerdo eran consideradas por muchos países como inaceptables, a saber: la necesidad de obtener primero el registro de la marca a nivel nacional antes de solicitar el registro internacional, la dependencia de este registro internacional respecto al registro nacional de origen, el plazo relativamente corto para que las oficinas nacionales comuniquen su denegatoria de protección al registro internacional y el sistema de tasas que no convenía a los países que aplicaban tasas de registro más altas que las del AMMI.
El PAMMI prevé que el registro internacional prospere sobre la base de la solicitud o el registro de una marca nacional. De otro lado, si bien se mantiene la dependencia de los registros internacionales de la marca base durante el plazo de cinco años, se hace posible que los registros internacionales que han sido cancelados por haberse cancelado el registro en el país de origen sean transformados en solicitudes nacionales o regionales, conservando para ello la fecha de presentación y, en su caso, la de prioridad del registro internacional. El plazo para que cada Estado contratante notifique a la Oficina Internacional la denegación de protección de la marca en su territorio nacional se amplía a 18 meses. Finalmente, el PAMMI adopta un sistema de tasas y de reparto de las mismas análogo al establecido en el AMMI, pero se permite a cada Estado contratante - en lugar de recibir un ingreso procedente de las tasas suplementarias y complementarias - requerir el pago de una "tasa individual" por el registro internacional en su territorio, la misma que no podrá exceder al equivalente del importe de la tasa que se percibiría si la marca fuese depositada directamente ante su oficina nacional. Sobre el sistema de registro internacional de marcas, ver Botana Agra (nota 5).

[11] Con la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea en Maastricht el 1 de noviembre de 1992 (D.O.C.E. n° C 191), llamado «Tratado de Maastricht», el término «Comunidad Europea» fue sustituído por el de «Unión Europea». En aquel entonces de los 12 países que integraban la Unión Europea, Dinamarca, Gran Bretaña, Grecia e Irlanda no eran miembros del AMMI.

[12] Tratado sobre Derecho de Marcas del 27 de octubre de 1994. Las siglas corresponden a la denominación inglesa: *Trademark Law Treaty*. Con la ratificación del Reino Unido, el TLT entró en vigencia el 1 de agosto de 1996 (Ind.Prop. and Copyright (1996),).

[13] El objetivo inicial fue lograr un tratado de armonización de ciertas disposiciones del Derecho de Marcas que complementase el CUP en esta área. El primer documento de discusión sometido al Comité de Expertos de la OMPI en el año 1988 contenía numerosas disposiciones sustantivas. Representantes de los titulares de marcas (INTA, AIPPI) manifestaron ya desde entonces su interés en alcanzar también una armonización de los aspectos formales de los procedimientos de registros de marcas (Kunze, *Trademark Law Treaty, Managing Intellectual Property* (24 de febrero de 1995). En la siguiente reunión del Comité de Expertos se continuó considerando como objetivo principal la armonización de materias sustanciales del Derecho de Marcas, pero se incluyeron algunas disposiciones relativas a los aspectos procesales (OMPI-Doc. HM/CE/II/2 del 30 de Marzo de 1990.). Paralelamente, continuaban las negociaciones del TRIPs. En vista de lo anterior el ambicioso proyecto se redujo, en su tercera reunión, a la simplificación de los procedimientos administrativos de registro de marcas, problemática que no era tratada dentro de las negociaciones del TRIPs. La nueva estrategia de concentrarse en la armonización de las formalidades fue bienvenida por los delegados de los países, así como por las organizaciones privadas que representan los intereses de los titulares de marcas y profesionales. Sólo algunos países latinoamericanos se opusieron a la eliminación de algunas formalidades, tales como la legalización de documentos (Kunze/Taylor, El Tratado-Ley sobre marcas comerciales). Simpfliciación de prácticas de la Oficina de Marcas, no publicado (3 de septiembre de 1995). Para conocer los debates que surgieron antes de la adopción del TLT, ver Catoméris, *WIPO's Trademark Law Treaty Diplomatic Conference. A Neoclassic Intellectual Property Play in Three Acts*, Trademark World (dic./enero 1994/1995), 8 y ss.

3. Relación del TRIPs con los tratados internacionales de marcas

El artículo 2 párrafo 1 del TRIPs regula su relación con el CUP. Se prevé que todas las partes contratantes deben cumplir con lo dispuesto en los artículos 1 al 12 y el artículo 19 del CUP respecto de las siguientes partes del acuerdo: Parte II (normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual), III (observancia de los derechos de propiedad intelectual) y IV (adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual). En el artículo 2 párrafo 2 se establece que las obligaciones asumidas por una parte contratante en virtud del CUP permanecen vigentes y no deben entenderse derogadas por el TRIPs. Esta relación se conoce como el «Principio-Paris-Más»: el TRIPs incorpora a través de su artículo 2 todas las disposiciones materiales del CUP, haciéndolas obligatorias inclusive para países no miembros del CUP. Además, el TRIPs contiene disposiciones que van más allá de lo regulado por el CUP, como, por ejemplo, el artículo 16 párrafo 3 que extiende la protección prevista en el artículo 6bis CUP a productos o servicios no similares[14].

Con relación a la vinculación del TRIPs con el AMMI y PAMMI, no existe ninguna superposición, en la medida en que estos dos últimos tratados internacionales regulan el procedimiento de registro de marcas internacionales y no aspectos de derecho sustantivo.

Por el contrario, sí existe una superposición parcial de las regulaciones del TRIPs y el TLT. El TLT regula diversas formalidades a cumplirse en la adquisición y mantenimiento de marcas. Su objetivo principal es acelerar y simplificar el procedimiento de registro de marcas. El mismo fin tienen el artículo 62 párrafos 1, 2, y 4 del TRIPs. Sin embargo, las disposiciones del TLT son mucho más detalladas que las contenidas en TRIPs, cuyo objetivo fue más sentar los principios que la aplicación de dichos principios. Además, el TRIPs regula los principios que deberán observarse en todos los procedimientos de registros de los derechos de propiedad intelectual y no sólo el de marcas.

III PRINCIPIOS GENERALES DEL TRIPS

La primera parte del TRIPs contiene las disposiciones generales y principios básicos que inspiran todo el contenido del Acuerdo. Así, la protección establecida en el TRIPs se configura como un mínimo que puede ser ampliado por los Estados miembros. No se persigue una armonización de las legislaciones nacionales de los Estados, sino el establecimiento de unos estándares mínimos de protección de los derechos de propiedad intelectual; estándares que no podrán, en ningún caso, ser rebajados por las partes.

Pilares básicos de la protección de la propiedad intelectual en el sistema del GATT y que ahora se incorporan al TRIPs son el principio de tratamiento nacional y la cláusula de la nación más favorecida (artículos 3 y 4 del TRIPs).

Conforme al primero, cada Estado miembro concederá a los nacionales de los demás Estados miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales en relación con la protección de la propiedad intelectual[15]. Este principio coincide con el principio de tratamiento nacional establecido en las existentes convenciones internacionales[16]. Su inclusión en el TRIPs fue para asegurar la aplicación de este principio a materias no contempladas en las convenciones internacio-

[14] infra III, 4.

[15] En este sentido, salvo la mención que se hace en el preámbulo y en dos puntos, el TRIPs no prevé un tratamiento especial para los países en vías de desarrollo. El tratamiento especial se centra en la flexibilidad otorgada a los países en vías de desarrollo para adaptar sus ordenamientos nacionales al TRIPs y el requerimiento de apoyo que se hace a los países industrializados (artículos 65, 66 del TRIPs). Una de las exigencias principales de los países en vías de desarrollo durante la revisión del CUP en los años 70 fue la limitación del principio de tratamiento nacional. Se pretendía, por ejemplo, que los países en vías de desarrollo tuviesen la posibilidad de imponer a titulares de patentes extranjeras tasas de registro más elevadas que las establecidas para nacionales, o que la duración y el plazo para usar la patente fueran en uno y otro caso diferente. Al respecto, ver Kunz-Hallstein, *Patent Protection, Transfer of Technology and Developing Countries - A Survey of the Present*, IIC 6 (1975), 451.
Durante las negociaciones del TRIPs los países en vías de desarrollo prefirieron un acuerdo global de transición que mantener su exigencia de un "trato especial y diferenciado". La certeza que otorga un plazo de transición para la adaptación de las legislaciones nacionales al TRIPs parece haber sido para los países en vías de desarrollo más atractivo que el estar probando constantemente que cumplen con los requisitos para gozar de las preferencias acordadas. Ver Bronckers, *The Impact of TRIPS: Intellectual Property Protection in Developing Countries*, CMLR 31 (1994), 1259 y s.; cfr. también Faupel, *GATT und geistiges Eigentum - Ein Zwischenbericht zu Beginn der entscheidenden Verhandlungsrunde*, GRUR Int. 1990, 259, 266.

[16] Artículo 2 (1) CUP; Artículo 5 (1), (3) 2do. inciso Convenio de Berna.

nales, como por ejemplo, las normas de observancia de los derechos[17].

El segundo principio implica que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Estado miembro a los nacionales de cualquier otro Estado miembro, con respecto a la protección de la propiedad intelectual, se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los demás Estados miembros. Este principio actúa como corrector de las posibles insuficiencias del principio de trato nacional. La importancia práctica de la cláusula de la nación más favorecida - al lado del principio de tratamiento nacional - es sin embargo relativa, en la medida en que sólo excepcionalmente un Estado concederá a extranjeros una protección mayor que a sus nacionales[18]. Su incorporación en el TRIPs se debe no sólo a la circunstancia de constituir un principio fundamental del GATT[19], sino a que la política aplicada por (principalmente) los Estados Unidos en los conflictos de propiedad intelectual generó un tratamiento diferenciado de los extranjeros de diversos países. Así, era posible que en los convenios bilaterales de propiedad intelectual los ciudadanos de un determinado país se encontraran en una posición privilegiada con respecto a los ciudadanos de otro país[20]. Por ello, justamente, países industrializados pequeños, que no forman parte de los grandes bloques económicos - como Suiza -, propusieron la incorporación del principio de la cláusula de la nación más favorecida en TRIPs. Estos países no son económicamente tan fuertes como para lograr por sí solos convenios bilaterales como los antes señalados[21] y son ellos los que más resultan privilegiados por la cláusula de la nación más favorecida.

IV. DIPOSICIONES SUSTANTIVAS SOBRE DERECHO DE MARCAS EN EL TRIPS

Las disposiciones del TRIPs que son relevantes para el Derecho de Marcas están contenidas en la Parte II, Sección 2da. del Acuerdo. A diferencia de otras áreas reguladas en el TRIPs, no se produjo aquí ninguna discusión fundamental entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo acerca de la necesidad de otorgar una protección efectiva a las marcas de comercio y de servicios[22].

1. Signos registrables

Superar las dificultades que se presentan en el tráfico económico por la diversidad de requisitos exigidos para que una marca pueda ser registrada y/o merecer una protección en diferentes Estados, constituye una de las tareas "clásicas" del Derecho Internacional de Marcas. Por ejemplo, en algunos países las letras, números o formas tridimensionales no pueden merecer una protección como marca. Ello impide a un titular, cuando decide expandir sus negocios más allá del mercado nacional, utilizar su misma marca para distinguir los mismos productos y servicios en los otros países.

Por lo anterior, desde la primera versión del CUP se incluyó el artículo 6quinquies según el cual toda marca registrada regularmente en el país de origen deberá ser registrada "tal cual" en los otros países contratantes, salvo los supuestos excepcionales tipificados en el mismo artículo (si en el país donde se solicita la protección se afectan derechos adquiri-

[17] Ver Reinbothe, *Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPS*, GRUR Int. 1992, 712; además cfr. Faupel (nota 15), 265. De diferente opinión, Katzenberger, *TRIPS und das Urheberrecht*, GRUR Int. 1995, 460 = *TRIPs and Copyright Law*, en: Beier/Schricker (eds.), From *GATT to TRIPs - The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, VCH Verlagsgesellschaft mbH, Weinheim 1996, 73 y s.

[18] Drexl, *Dienstleistungen und geistiges Eigentum: Die Bedeutung der neuen Welthandelsorganisation für Entwicklungsländer*, en: *GATT und die Folgen*, Ed. Gesellschaft für internationale Entwicklung, München1994, 47.

[19] Artículo I (1) GATT (1947 y 1994).

[20] Como ejemplo cabe citar el conflicto comercial entre Corea del Sur y los EEUU en los años 80, en el cual los EEUU terminaron amenazando a Corea del Sur con sanciones comerciales contra sus exportaciones a los EEUU, si Corea del Sur no mejoraba la protección que concedía en el campo de la propiedad intelectual. En 1986 se celebró un convenio comercial entre ambos países, donde exclusivamente se le concedía a ciudadanos o empresas estadounidenses un derecho «*pipeline*» para el patentamiento de productos químicos y farmacéuticos. Además, todo producto surcoreano que implicara una imitación ilícita de un producto estadounidense y que hubiese sido introducido al mercado en los últimos siete años, debía ser retirado del mercado. Sobre esta cuestión, ver Kaplinsky, Los derechos de propiedad industrial e intelectual en la Ronda de Uruguay y más allá de ella: implicaciones en la política de los países en desarrollo, Acuerdo de Cartagena-Doc. JUN/Di 1160 del 17.6.1988, 46.

[21] Para una estricta regulación del principio de la cláusula de la nación más favorecida, ver la propuesta de la delegación suiza: GATT-Doc. MTN.GNG/NG11/W/73 del 14.5.1990, 4 y s.

[22] Faupel (nota 15), 261.

dos por terceros, o si en este país son signos desprovistos de carácter distintivo, descriptivos, vulgares o contrarios a la moral u orden público). Sin embargo, la aplicación del artículo 6quinquies trae algunas dificultades: nunca ha quedado claro si la norma está referida sólo a la forma o también al contenido del derecho de marca[23]. Asimismo, no existe unanimidad acerca de si otros requisitos exigidos para la registrabilidad del signo en algunos ordenadamente jurídicos (por ejemplo, necesidad de tener una empresa, intención de usar la marca)[24] también deben ser exigidos en el país donde se solicita la protección de la marca "tal cual". Finalmente, una desventaja del artículo 6quinquies CUP constituye el hecho de que la marca "tal cual" permanece vinculada a la marca original, de modo que una posterior anulación de la última implica la anulación automática de la marca en los otros países.

Teniendo en cuenta estas dificultades, una de las tareas del TRIPs fue elaborar una definición única de la marca y sus requisitos de registrabilidad. Así, el artículo 15 párrafo 1 establece que todo signo o combinación de signos capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas podrán constituir una marca (capacidad distintiva abstracta). Seguidamente, se señala de manera ejemplificativa qué signos pueden ser registrados como marca (palabras, letras, números, elementos figurativos, combinación de colores, cualquier combinación de signos). Cabe resaltar que ni las marcas tridimensionales ni los colores aislados figuran expresamente. Sin embargo, la lista sólo tiene un carácter didáctico, por lo que lo determinante será si el signo posee capacidad distintiva abstracta. En consecuencia, el hecho de que ni marcas tridimensionales ni colores aislados estén contenidos en la lista no significa que se les haya excluido de la registrabilidad[25].

El TRIPs introduce de manera inequívoca el requisito del carácter distintivo, que todo signo debe reunir para que pueda ser registrado como marca. Se permite a los Estados miembros, en el supuesto de que el signo no sea intrínsecamente capaz de distinguir los productos o servicios pertinentes, supeditar el registro a que el signo haya adquirido mediante el uso el necesario carácter distintivo. Asimismo, se permite a los Estados miembros exigir como requisito de registrabilidad que el signo sea visualmente perceptible. En este caso, se denegaría la protección a las marcas olfativas y degustativas.

Finalmente, de la redacción del artículo 15 párrafo 1 se desprende que las marcas de servicio no sólo deben gozar de protección (como hasta ese entonces había sido el caso conforme al artículo 6sexies CUP), sino que también deben ser susceptibles de registro.

2. Requisitos de registrabilidad

De acuerdo con el artículo 15 párrafo 3 del TRIPs se permite a un Estado Miembro exigir como requisito de registrabilidad del signo su uso anterior. Sin embargo, ningún Estado miembro puede exigir para la presentación de la solicitud de registro el que un signo haya sido usado antes. Además, no se permite que una solicitud de registro sea rechazada por el solo hecho de que la marca no haya sido usada antes de expirar el plazo de tres años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Esta disposición es de relevancia práctica para los EEUU, donde el uso de la marca era hasta hace poco requisito indispensable para su registro[26]. Para cumplir con las obligaciones asumidas en el CUP, a

[23] Beier (GRUR Int. 1992, 242 y ss.) y Bodenhausen, Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, Ginebra 1966, 120 y ss. - apoyados en el origen histórico del artículo 6quinquies CUP - mantienen que los Estados están obligados a aceptar y proteger una marca registrada regularmente en el "país de origen", aún cuando en lo que respecta a su forma, esto es, en lo que respecta a los signos que la componen, esa marca no se ajusta a los requisitos de la legislación nacional. Sin embargo, los Estados no están obligados a interpretar la noción de marca de fábrica o de comercio de manera diferente a la de su legislación nacional. De tal modo, que si en el "país de origen" es posible registrar signos sonoros como marcas de fábrica, pero en otro Estado de la Unión no es posible lo anterior, este último no está obligado a otorgar una protección a estos signos.

[24] Ambos requisitos eran, por ejemplo, exigidos en Alemania bajo la antigua Ley de Marcas de 1968 (WZG). Al respecto, ver Beier (nota 23), 244, nota 14.

[25] De igual opinión, *Kur, TRIPS und das Markenrecht*, GUR Int. 1994, 991 = *TRIPs and Trademark Law*, en: Beier/Schricker (eds.), *From GATT to TRIPs - The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, VCH Verlagsgesellschaft mbH, Weinheim 1996, 99 y s.; Massaguer/Monteagudo, Las normas relativas a las marcas de fábrica o de comercio del Acuerdo sobre los ADPIC, en: Iglesias Prada (Director), Los derechos de porpiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio, CEFI, Madrid 1997, 160.

[26] Para un análisis de las normas del TRIPs sobre marcas desde una perspectiva norteamericana, ver Meltzer, *TRIPs and Trademarks, or - GATT Got Your Tongue?*, TMR 83 (enero/feb. 1993), 18 y ss. Para su comparación con las disposiciones correspondientes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC más conocido por sus siglas inglesas NAPTA), ver Bereskin, *A Comparison of the Trademark Provisions of NAFTA and TRIPs*, TMR 83 (enero/feb). 1993, 1 y ss.

partir de 1958 se permitió a titulares de marcas registradas previamente en el extranjero solicitar su registro en los Estados Unidos sobre la base de su registro en el país de origen y con una declaración de voluntad de usar la marca en los Estados Unidos. En la medida en que esta situación ponía en desventaja a los propios nacionales, en 1988 se modificó la Ley de Marcas (Lanham Act), permitiéndose también a los nacionales solicitar el registro de una marca que no ha sido previamente usada (Sección 1 (b) Lanham Act). A este tipo de solicitudes se les conoce como «*intent of use*» o «*ITU-registration*». En este caso para obtener el registro es necesario presentar hasta la resolución de publicación de la solicitud un «*Amendment to Allege Use*» (AAU); o, hasta la expedición de la «*Notice of Allowance*», siempre posterior a la fecha de publicación de la solicitud y que habrá de aguardar al fracaso de las eventuales oposiciones formuladas por terceros, un «*Statement of Use*» (SOU) (Sección 1 (c), (d) Lanham Act). El plazo para presentar el SOU es de seis meses desde la recepción de la "*Notice of Allowance*" que pueden prolongarse por otros seis meses hasta 36 meses, siempre que el titular demuestre que existen razones objetivas que impiden el uso de la marca.

De acuerdo con la práctica norteamericana el plazo entre la presentación de la solicitud hasta la expedición de la «*Notice of Allowance*» es de 18 meses, si a ello se suman los 36 meses dentro de los que es posible presentar el «SOU», tenemos un total de 54 meses, por lo que estas disposiciones no estarían violando el artículo 15 párrafo 3 del TRIPs. Sin embargo, en la medida en que dicha norma prohíbe denegar el registro de la marca por cualquier motivo antes de la expiración del período de tres años contados a partir de la fecha de la solicitud, podría considerarse como una violación del artículo 15 párrafo 3 del TRIPs el hecho de que para la presentación del «SOU» sólo los dos primeros periodos de seis meses se pueden prolongar sin ningún problema. Luego, es necesario alegar razones concretas para poder obtener dicha prórroga[27].

En el artículo 15 párrafo 4 se ha extendido a las marcas de servicio el principio contenido en el artículo 7 CUP, según el cual la calidad del producto a ser distinguido con la marca no puede constituir un impedimento para el registro de la misma. La reproducción de este precepto, de forma prácticamente literal, en lugar de hacer remisión a él con expresa referencia a las marcas de servicio, revela la importancia que se atribuye a este principio dentro de la OMC[28].

Finalmente, el artículo 15 párrafo 5 contiene el mandato de que la marca debe ser publicada ya sea antes que se otorgue el registro o inmediatamente después de que esto suceda, a fin de permitir a terceros tomar conocimiento de la inscripción del signo distintivo y poder solicitar su anulación. Los Estados miembros pueden - mas no están obligados - prever un procedimiento de oposiciones. Los Estados miembros se encuentran en libertad para elaborar los procedimientos de adquisición y anulación de la marca. Sin embargo, deberán respetarse los principios establecidos en el artículo 62 párrafos 1, 2 y 4[29].

3. Contenido del derecho

A fin de que la marca pueda desempeñar sus funciones en una economía competitiva, el ordenamiento jurídico otorga al titular de la marca el derecho exclusivo a utilizarla en el mercado. El derecho subjetivo de marca se descompone de un conjunto de facultades que el ordenamiento jurídico confiere en exclusiva al titular de la marca.

El artículo 16 del TRIPs enuncia de manera negativa el conjunto de facultades que integran el derecho subjetivo sobre la marca registrada. Así, de acuerdo con su párrafo 1, el registro de la marca confiere a su titular la facultad de prohibir a terceros el uso de signos idénticos o similares para identificar productos o servicios idénticos o similares, cuando este uso se realice sin consentimiento del titular y pueda originar una probabilidad de confusión[30] con la

[27] Al respecto, ver Kur (nota 25), GRUR Int. 1994, 993 = 163; Massaguer/Monteagudo (nota 25), 163. No tenemos conocimiento de que se haya preparado un proyecto de modificación de estas disposiciones.

[28] Así, Massaguer/Monteagudo (nota 25), 161, nota 14.

[29] La formulación adoptada por el TRIPs en estos artículos es bastante vaga: los procedimientos deberán ser "equitativos", "justos", "no necesariamente complicados", "no necesariamente gravosos", los plazos no deberán ser "injustificados" ni los retrasos "indebidos". La anterior formulación hace difícil de determinar en un caso concreto si se están cumpliendo con las obligaciones de TRIPs. Ver Dreier, *TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen* Eigentums, GRUR Int. 1996, 215 = *TRIPs and the Enforcement of Intellectual Property Rights*, en: Beier/Schricker (eds.), *From GATT to TRIPs - The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, VCH Verlagsgesellschaft mbH, Weinheim 1996, 271.

[30] La expresión utilizada por TRIPs "**probabilidad de confusión**" corresponde literalmente a la terminología utilizada en la versión inglesa "*likelihood of confusion*". La inclusión de esta expresión en lugar de la clásica referencia al "riesgo de confusión" obedecería a la influencia de la dogmática y práctica norteamericana. De igual opinión, Massaguer/Monteagudo (nota 25), 166, nota 20.

marca anterior. Se presume que existe una probabilidad de confusión[31] si se usa el mismo signo para identificar los mismos productos o servicios, de este modo, el TRIPs introduce de manera inequívoca la regla de la especialidad.

La anterior protección constituye el mínimo de protección conferido a toda marca. El párrafo 1 está referido principalmente a las marcas registradas. Sin embargo, al final de la última oración de dicho párrafo se reconoce la protección de marcas "basados en el uso". De esta redacción puede admitirse que los signos usados merecerán una protección no a partir de su mero uso, sino recién cuando este uso haya adquirido un reconocimiento por parte del público consumidor[32].

No se establece que para que se configure la infracción el uso de la marca por parte del tercero debe ser a título de marca, sino que esta utilización debe prosperar en el curso de **operaciones comerciales**. En consecuencia, no sólo la utilización de la marca en el mercado para distinguir productos y servicios se encuentra prohibida, sino cualquier uso que se realice en el curso de operaciones comerciales. Ello implica que, por ejemplo, la utilización de la marca con un fin ornamental se encuentre comprendido dentro del *ius prohibendi*[33].

4. La protección de las marcas notorias

El problema de las marcas notorias pero no registradas fue regulado a nivel internacional en la Conferencia de Revisión del CUP de la Haya de 1925. En aquel entonces en un gran número de países regía un principio "puro" de inscripción registral para el nacimiento del derecho sobre la marca, lo que permitía que terceros registrasen para sí marcas extranjeras que no habían sido registradas en ese Estado por su titular extranjero original. En este caso, el titular extranjero se veía privado de la posibilidad de explotar la marca en el segundo país, en favor del tercero que se anticipaba en la obtención de la posición registral. Atendiendo a esta circunstancia, el CUP introdujo una excepción al principio registral para los supuestos en que resultasen afectadas marcas notoriamente conocidas (artículo 6bis CUP)[34].

En su momento, el artículo 6bis CUP implicó un gran progreso frente a la situación existente. Sin embargo, su importancia práctica ha ido disminuyendo, en la medida en que en la mayoría de los países se ha ido otorgando una protección a signos no registrados. Adicionalmente, nuevas exigencias del tráfico económico no pueden ser atendidas por el artículo 6bis CUP, dada su redacción tan limitada y su aplicación tan restrictiva en muchos países. Así, en algunos se exige para la aplicación del artículo 6bis que la marca sea conocida en (todos) los círculos de consumidores[35]. Propuestas para que se vincule la notoriedad internacional (junto con las posibilidades de expansión del titular de la marca) o que ella se circunscriba a los correspondientes círculos de consumidores nacionales, no prosperaron. Tampoco prosperó el requerimiento de que para la aplicación del artículo 6bis baste el conocimiento de la marca y no su uso real en el país en el cual se solicita la protección[36]. Finalmente, tampoco es posible a través del artículo 6bis extender la protección más allá de los productos o servicios idénticos o similares para evitar un aprovechamiento de su reputación o un riesgo de dilución de su fuerza atractiva[37]. No obstante las insuficiencias del artículo 6bis CUP

[31] Se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario. Sobre este punto, ver Escudero, TRIPs: El alcance de la protección a las marcas de fábrica o de comercio y a las indicaciones geográficas, SELA/BID/TRIPs/Di No. 3, mayo 1996, 8.

[32] Kur (nota 25), 993 = 104.

[33] Massaguer/Monteagudo (nota 25), 165 y s.

[34] Para un análisis exhaustivo de los precedentes y proceso de formación de la norma, ver Fernández-Novoa, La genésis del artículo 6bis del Convenio de la Unión de París, en: Estudios en Homenaje al Profesor López Rodó, Madrid 1972, 367-389.

[35] El artículo 6bis CUP no precisa si la marca deberá ser notoriamente conocida entre el público en general o si por el contrario basta que sea conocida entre el círculo de consumidores de los productos idénticos o similares. La respuesta que la doctrina y jurisprudencia han dado a este punto se encuentra dividida. Parte de ella entiende que la notoriedad debe prosperar en los consumidores de los productos o servicios distinguidos por la marca (Fernández-Novoa, Fundamentos de Derecho de Marcas, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid 1984, 487). Sin embargo, cabe resaltar que tal precisión no emana de la normativa internacional

[36] El artículo 6bis CUP no precisa la manera como la marca puede o debe hacerse conocida en el país en el cual se está solicitando la protección. Ello ha generado que no exista unanimidad sobre la necesidad de una efectiva utilización de la marca notoriamente conocida en el país donde se solicita la protección o si por el contrario es suficiente que sea conocida en ese país, por medio de la publicidad u otro medio al margen de su efectiva utilización. Ver Kunz-Hallstein, *Marca Notória, Anais do II Seminario Nacional da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro 9-10 de agosto de 1982, 32.

[37] En la medida que el objeto del artículo 6bis CUP es proteger a las marcas notorias de la usurpación por parte de terceros en países donde el registro de la marca es constitutivo de derechos, la protección que prevé está limitada para los casos donde se produzca confusión entre los productos en cuestión, no se contempla el uso o registro no autorizado para productos completamente diferentes.

para atender las necesidades modernas de protección de las marcas notorias, es innegable que esa disposición clásica ha sido la base de un importante desarrollo posterior que se refleja, entre otros, en el TRIPs.

La protección de la marca notoria ha sido integrada en el TRIPs a través de la obligación impuesta a los países miembros de cumplir con lo dispuesto en el artículo 6bis del CUP. Sin embargo, la norma del TRIPs - buscando superar algunas de las deficiencias antes señaladas del artículo 6bis CUP - va más allá de lo previsto en ella:

El artículo 16 párrafo 2 del TRIPs no protege únicamente a marcas de productos, también las marcas de servicio tienen expresamente una protección. Se estipula aquí también que para determinar si una marca es notoriamente conocida, los Estados miembros tomarán en cuenta la notoriedad de la marca en el sector pertinente del público. En consecuencia, ya no es posible exigir que la marca posea una notoriedad dentro de la totalidad del público. Para marcas que sirven para distinguir productos especializados y que por lo tanto sólo pueden ser conocidas dentro de un pequeño sector del tráfico económico, esta aclaración con respecto al artículo 6bis CUP es de mucha importancia.

La norma en cuestión constituye el nivel mínimo de protección[38]. Nada impide que los Estados miembros de la OMC introduzcan criterios adicionales que faciliten calificar una marca como notoria. Por ejemplo, estableciendo que una marca notoria será aquélla conocida por los círculos empresariales o interesados del país.

El TRIPs no establece claramente si con la redacción del artículo 16 párrafo 2 "... al determinar si una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida, se tomará en cuenta si ésta se conoce en el sector pertinente del público ..." se busca extender la notoriedad a la que se refiere - entre otros - el artículo 6bis CUP a una notoriedad internacional. Sobre este punto, la doctrina se muestra más bien escéptica[39] y hubiese sido deseable que el Acuerdo se pronunciase expresamente. Sin embargo, la referencia que hace el artículo 16 párrafo 2 del TRIPs al artículo 6bis CUP hacen pensar más bien que la notoriedad debe determinarse en el país en que se está solicitando la protección[40].

La redacción utilizada en el artículo 16 párrafo 2 "... los Miembros tomarán en cuenta ... inclusive la notoriedad obtenida en el Miembro de que se trate ..." ha sido interpretada en algunos Estados miembros como que la notoriedad exigida no está referida al país en el cual se solicita protección. De tal forma, que si una marca es notoria en un Estado miembro, el registro de la marca en cualquier otro país no debería prosperar y su uso se debería prohibir, aún para productos o servicios no similares. Teniendo en cuenta la referencia expresa que el artículo en análisis hace del artículo 6bis CUP, resulta difícil aceptar esta interpretación[41].

El artículo 16 párrafo 3 del TRIPs señala expresamente que la notoriedad puede derivar como resultado de una difusión de la marca en el sector relevante del público consumidor[42]. De esta forma se incluye la notoriedad como consecuencia de la promoción de la marca. Correlativamente, se excluye la posibilidad de condicionar la protección de la marca notoria a su utilización efectiva y real en el territorio del país miembro. En tal sentido, la notoriedad adquirida por publicidad de la marca o por su difusión en medios de comunicación, tales como cable o "Internet", debe ser reconocida para efectos de conferir una protección a la marca[43].

Con respecto al alcance de la protección, el artículo 16 párrafo 3 establece que la protección conferida se extiende más allá de los productos o servicios idénticos o similares. Por primera vez un acuerdo inter-

[38] OMPI, Aspectos de la protección de las marcas notoriamente conocidas, los nombres comerciales y los lemas comerciales, OMPI/MAO/CCS/97/1, 8.

[39] Kur (nota 25), 994. En contra de una notoriedad internacional: Massaguer/Monteagudo (nota 25), 173. A favor: Zuccherino/Mitelman, Marcas y Patentes en el GATT, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997, 132.

[40] Kur (nota 25), 106.

[41] Para Kur (nota 25, 107) tal interpretación no sólo está en manifiesta contradicción con lo dispuesto por el artículo 16.2 del TRIPs, en vista de la clara referencia que se hace al artículo 6bis CUP, sino que considera que ella llevaría a una reformulación del concepto de marca notoria previsto en el seno del CUP. De otro lado, duda seriamente que esta nueva concepción de la marca notoria pueda aplicarse de forma satisfactoria en la práctica.

[42] Kur (nota 25), 994.

[43] OMPI (nota 38), 8.

nacional protege jurídicamente a las marcas más allá de la regla de la especialidad.

Pese a la referencia que se hace al artículo 6bis CUP, para algunos autores no debe entenderse que la protección prevista en el artículo en mención será conferida a las «marcas notorias" o "notoriamente conocidas» del artículo 6bis CUP, sino que la protección tan amplia que prevé el Acuerdo (sólo) puede entenderse con relación a lo que la doctrina y la jurisprudencia del derecho comparado conocen como las "marcas renombradas", aún cuando el Acuerdo no emplee esta expresión[44].

De cualquier forma, requisito para aplicar la protección prevista es que el uso por parte del tercero pueda indicar que existe una conexión entre los productos y servicios del tercero y del titular de la marca registrada, y que sea probable una lesión de los intereses del titular. Se extiende así la protección a todos los supuestos tradicionalmente considerados: confusión (identidad o semejanza de los productos o servicios), explotación de la reputación, perjuicio del renombre y dilución.

Las facultades concedidas al titular para proteger a su marca notoria contra este tipo de riesgos son las mismas que las reguladas en el artículo 6bis CUP. En tal sentido, la protección se extiende tanto a la fase de acceso al registro (obligación de denegar y posteriormente de cancelar el registro de las marcas incompatibles) como a la fase de utilización. Todo ello integrado en el sistema de marcas (no a través de la competencia desleal).

La protección del artículo 16 párrafo 3 del TRIPs sólo se extiende a las marcas notorias que se encuentren registradas. Se ha querido restringir la protección más allá de la regla de la especialidad a las marcas notorias registradas[45]. La marca notoria no registrada del Acuerdo, únicamente puede acceder a la tutela prevista en el artículo 6bis CUP, siempre que - como usualmente sucede - reúna esta condición[46]. De cualquier forma, en estos casos el espectro de la protección es menor, pues sólo cubre los supuestos de confusión dentro del principio de especialidad.

Finalmente, en la medida en que el artículo 6bis CUP por definición sólo concede una protección a extranjeros súbditos de un Estado miembro, pero no a los nacionales del país, el artículo 16 párrafo 3 del TRIPs tampoco obliga a extender la protección prevista a los nacionales[47].

6. Limitaciones al Derecho de Marcas

El derecho de exclusiva conferido al titular de la marca puede originar ciertas disfunciones en supuestos excepcionales. Disfunciones que perturbarían, por un lado, la transparencia del mercado, y, por otro lado, lesionarían los legítimos intereses de los competidores del titular de la marca. A fin de corregir estas eventuales disfunciones, se somete al derecho de marca a determinadas limitaciones para neutralizar los efectos excluyentes de la marca.

El artículo 17 del TRIPs establece que las limitaciones al Derecho de Marcas están permitidas siempre que se haga un balance de los intereses del titular de la marca y los de los terceros. Se pone como ejemplo el uso leal de términos descriptivos.

La amplia libertad formal reconocida a los Estados miembros en relación con la regulación de las limitaciones del Derecho de Marcas está restringida doblemente. En primer lugar, se les califica de "excepciones **limitadas**". En segundo lugar, el artículo 17 sólo menciona - aunque sea a título de ejemplo - una excepción, siendo lo usual en muchas legislaciones de derecho comparado prever también otras[48].

De cualquier forma, siempre que se respeten los intereses legítimos del titular de la marca y de los terceros, las limitaciones tradicionales del Derecho de Marcas, tales como el uso por terceros de la marca para indicar el nombre, dirección, así como el destino de un producto o servicio, el uso en accesorios o en recambios, encuentran acomodo en el artículo 17 del TRIPs.

[44] Monteagudo, La protección de la marca renombrada, Monografías Civitas, Madrid 1995, 109.

[45] Kur (nota 25), 108.

[46] Massaguer/Monteagudo (nota 25), 176.

[47] Kur (nota 25), 994.

[48] Massaguer/Monteagudo (nota 25), 168.

7. El agotamiento del Derecho de Marcas

El Derecho de Marcas - y en general los derechos inmateriales - pueden ser utilizados para compartimentar artificialmente los mercados. A fin de evitar que el titular del derecho de marca, en el ejercicio de dicho derecho pueda prohibir la comercialización de productos con marca se crea la doctrina del agotamiento de los derechos.

El agotamiento del derecho de marca constituye uno de los límites del derecho de exclusiva. Es el límite que señala el fin del derecho de exclusiva y correlativamente el principio de la libertad de comercio de los terceros en relación con los productos con marca. La construcción dogmática a la que se recurre es la siguiente: con la fabricación y primera introducción en el mercado del producto con marca, el titular de la marca hace uso de su derecho, quedando la marca "agotada", de modo que los productos con marca pueden ser objeto ulteriormente de sucesivos actos de comercialización.

Cuestión ampliamente debatida es el presupuesto territorial del agotamiento. Así, el agotamiento puede ser nacional, con lo cual la puesta en comercio en territorio nacional, agota el derecho; o agotamiento internacional, que no establece ninguna condición territorial para que la puesta en el comercio desencadene el agotamiento[49].

A la luz de lo señalado anteriormente, se advierte la contraposición de intereses entre los países en vías de desarrollo y los países industrializados que se da en esta materia. Los primeros estuvieron durante las negociaciones del TRIPs interesados en introducir en el Acuerdo una norma sobre el agotamiento internacional de los derechos[50], a fin de permitir importaciones paralelas y que los consumidores gocen de una oferta de bienes y servicios mayor y tengan acceso a productos más baratos.

El artículo 6 del TRIPs opta por no regular el alcance territorial del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual. De acuerdo con su tenor literal, se busca que cada Estado determine a nivel nacional lo que considere más conveniente. En consecuencia, los Estados miembros están en libertad de introducir el agotamiento internacional de los derechos[51].

Sin embargo, la libertad de los Estados para regular el agotamiento de los derechos tiene límites. Sea el sistema por el que se opte (nacional, internacional), el Estado debe respetar los principios contenidos en los artículos 3 y 4 del Acuerdo, es decir, los principios de tratamiento nacional y cláusula de la nación más favorecida.

De otro lado, el artículo 6 del TRIPs expresamente establece el no sometimiento de este tema - con las excepciones antes indicadas - al sistema multilateral de arbitraje del Acuerdo.

Un sector de la doctrina no está de acuerdo con la interpretación anterior y considera más bien que el artículo 6 del TRIPs no es una norma con contenido material, por tanto, su tenor literal debe interpretarse sistemáticamente con otras normas del Acuerdo. Así, según De las Heras[52], con respecto al agotamiento del derecho de marcas, dos argumentos abogan por un agotamiento internacional del mismo. En primer lugar, conforme a los párrafos 1 y 4 del artículo III rige a nivel del GATT el principio de trato nacional o asimilación de los productos importados a los nacionales en materia de reglamentaciones interiores. La legislación reguladora de la propiedad industrial está sometida a estos principios por afectar la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de los productos importados y nacionales en el mercado. En consecuencia, concluye el autor, los productos del territorio de un Estado miembro, importados en el territorio de cualquier Estado miembro, no podrán recibir de la ley de propiedad industrial un tratamiento menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional. De manera que «si a los productos nacionales se les aplica el agotamiento nacional, a los productos importados de otra parte contratante ha de aplicársele el agotamiento internacional en las mismas condiciones; es decir, cuando han sido introducidos al comercio en el mercado de la parte contratante exportadora por el titular del derecho de propiedad industrial o con su consentimiento. En caso contrario, la legislación

[49] Sobre esta problemática, ver por todos, Beier, *Territorialität des Markenrechts und internationaler Wirtschaftsverkehr*, GRUR Int. 1969, 8 y ss. = *Territoriality of Trademark Law and International Trade*, IIC 1 (1970), 48 y ss.

[50] Cfr. Bercovitz, El derecho de Autor en el Acuerdo de TRIPS, en: *Num Novo Mundo do Direito De Autor?*, T. II, Lisboa 1994, 899.

[51] Ver Bercovitz (nota 50), 899; Bronckers (nota 15), CMLR 31 (1994), 1267 y ss.; Reinbothe/Howard, *The State of Play in the Negotiations on Trips*, EIPR 13 (1991), nº 5, 159.

[52] De las Heras, El agotamiento del derecho de marca, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid 1994, 458 y ss.

nacional violaría el principio fundamental del trato nacional». El texto del GATT de 1994 no ha modificado el artículo III del GATT de 1947, por lo tanto, indica el autor, la no regulación del principio del agotamiento de los derechos en el TRIPs queda salvada por la necesidad de reconocer y aplicar el agotamiento internacional que se desprende del mencionado artículo III. Adicionalmente, señala De las Heras, en el TRIPs existen disposiciones positivas que regulan el agotamiento internacional de los derechos, al menos, en el Derecho de Marcas. Menciona para ello los artículos 16 párrafo 1 y 51. El primero establece el contenido del Derecho de Marca, el segundo la facultad del titular del derecho de marca de impedir que se importen productos con usurpación de su marca. En ninguno de los artículos se indica que el titular de la marca tiene la facultad de prohibir las importaciones paralelas de productos que lleven la marca por orden o con el consentimiento del titular, ni a impedir la importación de productos de la marca auténtica. Ambas «omisiones» indicarían, entonces, el reconocimiento del agotamiento internacional del derecho de marca[53].

8. Plazo de duración

El artículo 18 establece el plazo mínimo de duración del registro de marcas en siete años, prolongables indefinidamente por igual período. El plazo de siete años es fruto del compromiso de los países industrializados que proponían que éste fuera de diez años con los países en vías de desarrollo, que querían que fuera el legislador nacional el que estableciera el plazo mínimo de protección[54]. La posibilidad de renovación indefinida del derecho de marca está en consonancia con la esencia de la marca. A diferencia del derecho de patente y del derecho de autor no existe aquí impedimento alguno de interés superior que impida la perpetuidad del derecho.

9. Obligación de usar la marca

En muchos ordenamientos jurídicos se impone al titular la carga de usar la marca registrada. Ello con dos finalidades: una de índole esencial, otra de índole funcional[55]. Entre las finalidades esenciales del uso obligatorio de la marca está el contribuir a que la marca se consolide como bien inmaterial, mediante la asociación entre signo y producto en la mente del público. Si bien esto depende de factores ajenos a la actividad del titular, un uso adecuado de la marca es importante para que esa asociación entre la marca y el producto por parte de los consumidores se haga realidad. Otra finalidad esencial del uso obligatorio es aproximar la realidad formal del registro a la realidad viva de la utilización de las marcas en el mercado. Tal aproximación puede contribuir a resolver los problemas que se presentan a la hora de determinar si son o no confundibles un nuevo signo solicitado y una marca anteriormente registrada. La finalidad funcional del uso obligatorio es descongestionar el registro de marcas que no están siendo usadas para facilitar que nuevos solicitantes puedan registrar sus marcas.

El TRIPs deja en libertad a los Estados miembros para regular en sus legislaciones nacionales acciones de cancelación por no uso de la marca. Pero si un Estado decide introducir esta figura jurídica, la misma deberá sujetarse a los requisitos previstos en su artículo 19.

El artículo 19 del TRIPs estipula de forma más precisa la norma contenida en el artículo 5 C 1) CUP. Así, por ejemplo, este último establece que la marca debe ser usada en un plazo "equitativo", a diferencia del TRIPs que dispone que la falta de uso sólo podrá determinar la anulación de la marca si se produce después de un plazo de tres años. Si bien no se indica a partir de cuándo debe empezar a contarse dicho plazo, no existen dudas de que éste está

[53] A un resultado diferente, pero aplicando el mismo principio de que el artículo 6 no es una norma de derecho sustantivo, llega Straus (*Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht*, GRUR Int. 1996, 193 y ss. = *Implications of the TRIPs Agreement in the Field of Patent Law*, en: Beier/Schricker (eds.), *From GATT to TRIPs - The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, VCH Verlagsgesellschaft mbH, Weinheim 1996,191 y ss.) con respecto al agotamiento del derecho de patentes. Según el autor, primero deben analizarse las normas específicas de cada materia y luego se deberán tomar en cuenta los principios y metas de TRIPS como tal. Así, conforme al artículo 27 (1) en concordancia con el artículo 28 (1) TRIPS, el titular del derecho de patente tiene el derecho de prohibir la importación del producto patentado o del producto obtenido de un proceso patentado independientemente del lugar donde se produzcan estos productos. De esta forma, concluye Straus, las normas sustantivas de patentes de TRIPS impiden la regulación de un agotamiento internacional del Derecho de Patentes. Lo único que el artículo 6 ha querido establecer es que el agotamiento de los derechos no puede ser materia de discusión en un procedimiento de solución de diferencias.

[54] Kur (nota 25), 995 = 109; cfr. Oppermann/Baumann, *Handelsbezogener Schutz geistigen Eigentums (TRIPS) im GATT*, ORDO 1994, vol. 44, 129.

[55] Fernández-Novoa (nota 35), 385 y ss.

referido a la fecha de la concesión o a la fecha en que se dejó de usar la marca[56].

De otro lado, se establece que para que la falta de uso de la marca genere la anulación de su registro, debe haberse realizado de forma ininterrumpida, admitiéndose causas de justificación por el no uso. Estas últimas están referidas a circunstancias ajenas a la voluntad del titular de la marca que impidan el uso de la misma, como restricciones a la importación u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes o servicios protegidos.

En el artículo 19 párrafo 2 se prohibe que el requisito de uso tenga carácter estrictamente personal, entendiéndose que éste también queda satisfecho si el uso es efectuado por otra persona y siempre que este uso haya sido "controlado" por el titular. La referencia al control permite incluir tanto los supuestos de uso por personas con las que existan vínculos económicos como los casos de contratos de licencias o franquicias.

Por lo demás, el TRIPs deja en libertad a los Estados miembros de regular otras cuestiones relacionadas con el requisito de uso, tales como la intensidad con que deberá realizarse el uso, la forma en que este uso deberá acontecer, la admisión del uso parcial de la marca, esto es, el uso sólo para una parte de los productos o servicios para los que está registrada.

10. Otros requisitos

El uso (y la licencia) de marcas extranjeras fue cuestionado durante mucho tiempo por los países en vías de desarrollo. Se consideraba que el poder económico y psicológico de las marcas extranjeras frente a las nacionales podía influir en el desarrollo de la economía nacional, así como en los patrones de conducta y abastecimiento de la población[57]. Debido a esto, durante algún tiempo se impusieron requisitos especiales para el uso de estas marcas, tales como la obligación de vincular toda marca extranjera licenciada con una marca nacional del licenciatario[58], la obligación de usar la marca de un producto farmacéutico junto con el nombre genérico del mismo o con otra marca, la imposición del tamaño en que debía aparecer la marca en los empaques o etiquetas[59], entre otras.

Esta política, seguida sobretodo en los años 70 en algunos países en vías de desarrollo, dio motivo al artículo 20 del TRIPs[60]. Conforme a esta norma no es posible que un Estado miembro imponga requisitos especiales al uso de la marca, que impliquen una carga para su titular o que puedan perjudicar el carácter distintivo de la misma.

De esta forma, el Decreto brasileño 793 del 5 de abril de 1993 entra en contradicción con el TRIPS. Esta norma establece que en el empaque de productos farmacéuticos debe consignarse encima de la marca - tres veces más grande - el nombre genérico del producto. Lo que se busca es fomentar la comercialización de productos genéricos y mantener relativamente bajos los precios de los productos farmacéuticos con marca. En la práctica, el Decreto 793 no está siendo observado por las empresas farmacéuticas brasileñas y - hasta donde tenemos conocimiento - su legalidad se encuentra actualmente cuestionada ante las autoridades judiciales.

Si se toma en cuenta el último proceso frustrado de revisión del CUP, parece evidente que la inclusión de una disposición como la del artículo 20 del TRIPs sólo es imaginable en vista de las concesiones comerciales que los países en vías de desarrollo han recibido en otras áreas.

11. Cesión y licencia de la marca

El artículo 21 prevé la cesión libre de la marca y prohibe expresamente las licencias obligatorias de marcas.

La cesión libre de la marca implica que ella puede ser transferida sin necesidad de transferir conjunta-

[56] Massaguer/Monteagudo (nota 25), 178.

[57] Sobre las desventajas del uso y licencia de marcas extranjeras, ver UNCTAD, TD/B/C.6/AC.3/3/Rev. 1, N° 151 y ss., 22 y ss.

[58] Artículos 127 y 128 de la antigua Ley Mexicana de Invenciones y Marcas del 30 de diciembre de 1975. Para un análisis de las razones que llevaron a la dación de estas normas, ver Alvarez Soberanis, Com.Ext. 26 (agosto 1976), N° 8, 946; García Moreno/Sánchez Rodríguez, RMPIA (1976), 132 y s. = Der. Integr. 10 (marzo 1977), N° 24, 152.

[59] Los países latinoamericanos experimentaron mucho con este tipo de prácticas. Ver por todos, Correa, El derecho de marcas en América Latina, Der.Integr. 11 (1978), 35 y ss.

[60] En tal sentido, la propuesta - en especial - de la India de que cada Estado tuviese la posibilidad de imponer requisitos especiales al uso de la marca (ver GATT-Doc. MTN.GNG/NG11/W/37 del 10 de julio de 1989, 17) no prosperó.

mente la empresa o parte de la empresa que produce los productos por ella distinguida.

El Derecho de Marcas constituye la única categoría de Derechos de Propiedad Intelectual donde se ha prohibido expresamente las licencias obligatorias[61], ya que es difícil encontrar una justificación de las licencias obligatorias en dicho Derecho de Marcas. Por el contrario, ellas sólo llevarían al público consumidor a un engaño. En efecto, el público podría suponer que el producto ha sido distinguido con la marca por el titular o con su consentimiento.

Por lo demás, se deja en libertad a los Estados miembros para que determinen los requisitos que deberá cumplir el contrato de licencia de marca. Así, el legislador nacional puede establecer que el licenciante debe preocuparse por que el licenciatario mantenga la calidad de los productos y a estos efectos ejercer un control sobre el licenciatario. También puede establecer que el contrato de licencia, para tener validez, deba ser registrado. Igualmente, prácticas dirigidas a regular las relaciones contractuales entre el licenciante (extranjero) y el licenciatario (nacional), como limitaciones en el pago y transferencia al exterior de las regalías[62], o la imposición de un impuesto extraordinario sobre el monto de las regalías[63], en principio, no violan el artículo 21. Sin embargo, estas prácticas podrían - bajo determinadas circunstancias - violar el artículo 20 del TRIPs, y si van dirigidas principalmente a discriminar al licenciatario extranjero, difícilmente se pueden justificar por el principio de tratamiento nacional establecido en el artículo 3.

Con relación a los acuerdos de limitación de la competencia que pueden estar contenidos en los contratos de licencia de marcas, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 40 del TRIPs. Aquí se reconoce en el párrafo 1 que las prácticas relativas a la concesión de licencias que restrinjan la competencia, tienen efectos perjudiciales sobre el comercio y limitan la transferencia de tecnología[64]. Esta norma se remonta a dos posiciones básicas, conocidas usualmente como «*development test*» y «*competition approach*», que reflejan las diferencias de opinión entre los países en vías de desarrollo y los países industrializados y que corresponden también con la posición de ambos grupos de países durante las discusiones del «*Code of Conduct on Transfer of Technology*» (TOT-CODE)[65]. La postura de los países en vías de desarrollo prevé estrictas cláusulas prohibitivas, sin la posibilidad de un examen de cada caso en particular. El punto de partida de esta posición no es el efecto anticompetitivo de las cláusulas, sino proteger a los países de sus efectos negativos en la transferencia de tecnología y en el desarrollo económico y tecnológico. Por su parte, los países industrializados parten de una postura netamente competitiva. La redacción del artículo 40 del TRIPs demuestra que - en cierto modo - ambos modelos pudieron imponerse. Sin embargo, el contenido y el sentido de esta norma no son claros.

Para la caracterización de las prácticas anticompetitivas, se establece en el artículo 40 párrafo 2 que un abuso de los derechos de propiedad intelectual puede estar prohibido por los Estados miembros de la OMC. No se indican los criterios para la aplicación de la norma, sólo se esboza el siguiente criterio: cada caso será examinado y juzgado por separado a efectos de determinar si la práctica tiene efectos negativos sobre la competencia del mercado correspondiente[66]. No se señala que la práctica contractual deba tener efectos negativos en la transferencia de tecnología. A pesar de que las

[61] La antigua Ley Mexicana de Invenciones y Marcas de 1975 preveía en su artículo 132 la concesión de licencias obligatorias de marcas. La razón de introducir esta figura en el Derecho de Marcas fue el reconocimiento de que muchas empresas licenciantes (extranjeras) al vencimiento del contrato se negaban - sin justificación alguna - a renovar el contrato de licencia Si la marca había logrado un posicionamiento en el mercado, la anterior actitud traía perjuicios serios al licenciatario. Ver García Moreno/Sánchez Rodríguez (nota 58), 134 = 152. Para una postura crítica, ver Fernández-Novoa, La ley mexicana de 1975 socava profundamente el Derecho de Marcas, ADI 3 (1976), 700 y s.; Lanahan, TMR 66 (1976), 212 y ss.; Soni, California Western Int. L. J. 17 (1987), 343 y ss.

[62] Prácticas de esta naturaleza se encontraron reguladas en diferentes leyes de transferencia de tecnología. Así, en Argentina: Ley 19.231 del 10 de setiembre de 1971, Ley 20.794 del 27 de setiembre de 1974; Brasil: Ato Normativo 15 de 1975; México: Ley de Registro y Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas del 30 de Diciembre de 1972, Ley sobre el Control y Rgistro de la Transferencia de Tecnología y el Uso de Explotación de Patentes y Marcas del 5 de enero de 1982; Pacto Andino: Decisión 24 y 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

[63] Artículo 24 de la antigua Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. De esta forma se buscaba desalentar el uso de marcas extranjeras, ver Pachón Muñoz, Manual de Propiedad ildustrial, Editorial Temis, Bogotá 1984, 122 y ss.

[64] De esta forma, se toma el concepto de competencia del TOT-CODE. Ver Stoll, *Technologietransfer: Internasionalisierungs- und Nationalisierungstendenzen*, Berlin ... 1994, 120 y ss.

[65] Sobre esta cuestión, ver Fikentscher, *The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology*, IIC Studies, vol. 4, Weinheim (Alemania) 1988, sobretodo a partir de la pág. 64 y ss.; ver también Stoll (nota 64), 120 y ss.

[66] GATT-Doc. MTN.TNC/W/35 del 26 de noviembre de 1990, artículo 43 (2).

expresiones usadas en esta norma, como «abuso de los derechos de propiedad intelectual» y «efectos negativos sobre la competencia en el mercado correspondiente», pueden entenderse como una «*rule of reason*», en correspondencia con la «*competition approach*»[67], no debe entenderse con ello la obligatoriedad de un Estado miembro de asumir este criterio en su ley nacional. Si se analiza el origen de esta norma, se observa que el proyecto original mostró muchas similitudes con el capítulo de competencia del proyecto del TOT-CODE[68]. Sin embargo, a lo largo de las negociaciones del TRIPs el proyecto sufrió fuertes modificaciones[69]. En definitiva, el artículo 40 párrafo 2 simplemente establece que la regulación en los ordenamientos jurídicos nacionales de algunas prácticas anticompetitivas relativas a la concesión de licencias no constituye una violación del TRIPs. Los Estados miembros están en libertad de combatir este tipo de prácticas, sea a través de cláusulas generales, sea a través de una tipificación de las diferentes violaciones.

IV. CONCLUSIONES

Con el TRIPs se ha dado un paso adelante en el sistema internacional de marcas. Para algunos países las disposiciones del TRIPs no han implicado una modificación sustancial de sus legislaciones nacionales, para otros, sin embargo, las consecuencias son mayores. Pero, para que un derecho sea efectivo, no basta que internacionalmente su nivel de protección material sea alto, sino que, además, esta protección pueda realmente hacerse efectiva en la práctica. Con el tiempo se verá si en este punto el TRIPs también ha dado un paso hacia adelante. Si se tiene en cuenta que las deficiencias actuales de los procedimientos jurídicos y administrativos de Derecho de Marcas de muchos países comprenden el ordenamiento jurídico en su generalidad y están vinculados con problemas sociales que involucran a toda la economía, parece difícil intentar lograr una mejora aislada en el área de la propiedad industrial: el costo social es muy alto.

[67] De esta forma concluiría la larga discusión sostenida durante las negociaciones del TOT-CODE entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo. Cfr. Correa, Implicaciones del Acuerdo TRIPs en los Países de América Latina y el Caribe, SELA-Doc. SP/IV/Foro/PI/DT n° 6, 33 y s.; UNCTAD, *The Outcome of the Uruguay Round: An Initial Assessment*, Nueva York 1994, 193.

[68] GATT-Doc. MTN.TNC/W/35 del 26.11.1990, artículo 43 (2).

[69] Sobre esta cuestión, ver Stoll (nota 64), 356-358.

MANUEL NOYA DE LA PIEDRA

ABOGADO

NOTARIO DE LIMA

JIRON OCOÑA 180 - 2º PISO
LIMA 1, PERU

TELFS.: 427-3921 427-9622 427-8768
427-9438 Fax: 428-8304

DE LOS LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR Y LAS POSIBILIDADES DE SU EJERCICIO*

Gladys Triveño
Profesora de Derecho de la Propiedad Intelectual
Pontificia Universidad Católica del Perú
Ex-miembro del Comité Directivo
THĒMIS - Revista de Derecho

Si bien es cierto que al autor de una obra se le reconoce un derecho absoluto sobre ésta, también lo es que ese "derecho absoluto" tiene algunas limitaciones fundamentadas en razones sociales y de acceso a la cultura e información, siempre que no se afecte el derecho moral del autor y que se cumpla con ciertos requisitos establecidos en nuestra legislación. En tal sentido, la autora nos presenta al Derecho de Autor como una disciplina jurídica controvertida por el gran número de normas que la regulan, las cuales en su mayoría son de difícil cumplimiento. Sin embargo, estas normas deben ser internalizadas y cumplidas, ya que esta disciplina jurídica podría fomentar una mayor creación de obras, lo cual podría verse reflejado en un aumento del producto bruto interno del país, como un alcance a mediano y largo plazo.

"Las lecciones dictadas en público o en privado, por los profesores de las universidades, institutos superiores y colegios, podrán ser anotadas y recogidas en cualquier forma, por aquéllos a quienes van dirigidas, pero nadie podrá divulgarlas o reproducirlas en colección completa o parcialmente, sin autorización previa y por escrito de los autores". Artículo 42 del Decreto Legislativo 822.

Para quienes no conocían esta norma, les puede resultar complicado entender porqué el legislador peruano redactó una disposición como la descrita, y esto no sólo por lo complicado que resulta el control del cumplimiento de su segunda parte, sino porque siendo una norma de excepción en el campo del Derecho de Autor no se establecen sus alcances o los límites a la restricción. Es decir, no se precisa si se infringe la norma cuando el dueño del mejor cuaderno de apuntes de un curso lo fotocopia y vende cinco copias del mismo; o si se infringe la norma cuando se deja el cuaderno en la fotocopiadora y ésta se encarga de hacer todas las reproducciones que los alumnos soliciten; o si depende de la cantidad de hojas que se fotocopien del cuaderno.

Las variantes son muchas y las preguntas también. Los alumnos podrían argumentar que en tanto el Derecho de Autor protege la forma de expresión, los apuntes de clase del dueño del cuaderno podrían constituir una nueva obra, porque no han copiado literalmente lo dicho por el profesor, sino que han incorporado las ideas expresadas bajo una forma de expresión propia.

* Con mi agradecimiento a los estudiantes, quienes con sus inquietudes han contribuido al análisis y discusión de temas como el que es materia de este artículo.

La respuesta podría haber sido que existe un Convenio Internacional que nuestro país ha suscrito y la otra posibilidad es que se trata de un principio fundamental en el campo del Derecho de Autor.

EL DERECHO DE AUTOR : UNA DISCIPLINA JURÍDICA CONTROVERTIDA.

Normas como la descrita líneas arriba convierten al Derecho de Autor en una disciplina controvertida, discutida e incomprendida. Todo ello porque la normatividad de esta disciplina es rica en normas cuyo cumplimiento es difícil, ya que el costo de su cumplimiento es más alto que el beneficio de hacer viable su ejecutabilidad.

Probablemente para los países en donde existe una conciencia arraigada de la importancia económica que representa el respeto a la propiedad intelectual, en tanto afecta a industrias importantes del país, resulte necesario velar porque esas industrias sigan aportando al Producto Bruto Interno y se tomarán las medidas necesarias para ello. Sin embargo, en países como el Perú el camino a tomar es distinto; nuestros legisladores deben respetar lo establecido en los Convenios Internacionales, pero deben legislar en función de las implicancias de sus decisiones en el mercado y la viabilidad económica de ejecutarlas o controlar su cumplimiento.

Como alguien dijo alguna vez, para que en el Perú se respete la propiedad intelectual no bastará que exista una legislación y que ésta sea moderna, sino que es necesario que la gente crea que esa ley es buena y que confíe en que debe cumplirse porque lo va a beneficiar.

Siendo así, será materia de este estudio analizar cuáles son los límites al derecho de autor que permiten el libre uso de las obras por terceros y los requisitos para el mismo.

LA TEORÍA DEL USO LIBRE Y LEGAL *(FAIR USE)*

En aplicación de esta teoría, cualquier persona puede lícitamente, sin autorización del autor o del titular de los derechos sobre la creación intelectual, ejercitar determinados actos respecto de la obra. La determinación de la licitud de las utilizaciones debe estar contemplada taxativamente en la ley y tal como señala la ley peruana en el artículo 50 del Decreto Legislativo 822, es de interpretación restrictiva.

Esta teoría de origen norteamericano ha sido recogida en el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI para explicar el Uso Libre y aporta algunos elementos adicionales a la determinación del concepto :

"...El uso leal habrá de determinarse teniendo presentes factores tales como el hecho de si la utilización tienen un carácter comercial o es para fines docentes no lucrativos, la naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor, la cantidad e importancia de la parte utilizada en relación con todo el conjunto de la obra, y las repercusiones de la utilización sobre un posible mercado o valor de la obra. El uso leal es una forma de libre utilización..."

LOS REQUISITOS PARA EL USO LIBRE

El argumento para establecer el cumplimiento de determinados requisitos para ejercer algunas limitaciones al Derecho de Autor es que la utilización de éste debe realizarse sin que ocasione daños al autor. Para ello, y al margen de que pueda discutirse administrativa o judicialmente si el uso libre fue o no leal, hay dos requisitos que deben respetarse:

a) que la obra haya sido publicada previamente con autorización del autor. Esto significa que no podría haber uso libre sobre una obra "pirateada" o ilícitamente divulgada; y
b) que siempre que se haga uso libre de una obra se mencione el nombre del autor y la fuente.

LOS LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR

Los límites o las limitaciones al Derecho de Autor son excepciones al derecho absoluto que le asiste al autor de explotar económicamente su obra. El derecho absoluto que se le reconoce al autor sobre su obra es la piedra angular sobre la cual se sustenta su protección y por ello los límites a ese derecho están sujetos a *numerus clausus*, se fundamentan en razones sociales y de acceso a la cultura e información, no afectan el derecho moral del autor, y su ejercicio está sujeto a determinados requisitos. Estos límites van a permitir el uso libre de las obras sin constituir una infracción.

Para analizar con detenimiento el tema de los límites o las limitaciones al Derecho de Autor, se tomará como base de análisis tres artículos del capítulo 1 del título IV de nuestra ley de Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822.

a) La copia de uso personal.
b) El derecho de cita.
c) La comunicación de obras sin autorización del autor para fines demostrativos de la clientela.

a) La copia de uso personal (artículo 43 inciso b)

Una de las limitaciones más importantes desde el punto de vista educativo es la relacionada con la posibilidad de hacer una copia personal de breves fragmentos de una obra o de obras agotadas. Esta limitación es la que permite que se puedan fotocopiar fragmentos de obras con fines de estudio, docencia, etc.

Los requisitos para poder hacer uso de esta limitación son los siguientes:

a) que la obra esté publicada en forma gráfica;
b) que el uso sea estrictamente personal, esto significa que se debe reproducir en un solo ejemplar y que no puede salir del ámbito personal; y
c) como consecuencia de lo anterior, la copia no se puede poner en circulación.

Por su parte, la ley peruana especifica que la copia debe ser de **"breves fragmentos"** pero no precisa lo que eso significa: un capítulo, dos capítulos, toda la obra menos el índice y la conclusiones, o si depende del número de páginas de la obra. En Italia, por ejemplo, no se establece una mención similar a la de nuestra ley y se señala "...Será libre la fotocopia de obras existentes en las bibliotecas hechas para uso personal o para los servicios de las bibliotecas..." (Artículo 68 de la Ley de Derechos de Autor italiana de 1941).

Cuando la copia personal es de grabaciones sonoras o audiovisuales, en algunas legislaciones se establecen determinadas exigencias en cuanto a la forma en que éstas deben ser hechas. En el Perú esto no se especifica, es decir, que las obras pueden ser lícitamente copiadas, independientemente de si la copia se realiza en un estudio de grabación o en la casa de una persona. Lo que sí determina la ley son los casos en los cuales no se permite la copia personal. Tal es el caso de una obra arquitectónica, una base de datos o la copia integral de un libro.

Asimismo, la ley peruana no habla de copia privada, sino de copia personal, lo que elimina la posibilidad de entender comprendida en esta limitación la copia que hace una empresa de un texto para difundirlo al interior del centro de trabajo, modalidad a la que algunos autores llaman copia de uso interno[1].

Evaluar las implicancias económicas de esta limitación debe pasar por determinar las necesidades de información académica que han sido cubiertas por ella. De otro lado, conocer el valor económico de los excesos o de las infracciones que hayan podido cometerse sobre la base de esta limitación tiene un costo tan alto como el valor del número de libros que deben haber sido fotocopiados íntegramente, si se suma el número de páginas que se han fotocopiado desde 1940, cuando se inventó la "xerografía".

b) El derecho de cita (artículo 44)

Teóricamente, citar es repetir textualmente lo que alguien ha dicho o ha escrito. En materia de propiedad literaria y artística, citar es insertar en una obra uno o varios pasajes de una obra ajena.[2]

El derecho de cita es una de las limitaciones más aceptadas en las distintas legislaciones. La ley peruana establece que está permitido, sin autorización del autor ni pago de remuneraciones, citas de obras lícitamente divulgadas, con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente y a condición de que se haga de acuerdo al fin perseguido y conforme a los usos honrados.

Requisitos de esta limitación :
a) Que las obras ya estén divulgadas. No hay derecho de cita sobre una obra inédita;
b) Que no haya remuneración, la utilización debe ser libre;
c) Que se haga conforme a los usos honrados y de acuerdo al fin perseguido. Nuevamente la ley peruana deja abierta la posibilidad de interpretar el contenido de la norma.

Algunas de las preguntas que pueden surgir a partir del ejercicio de este derecho son: cuántas veces se puede citar al mismo autor o cuántas líneas o palabras debe tener la cita para considerarla lícita. Como la ley no define estos temas, la licitud de la cita será materia de interpretación en cada caso.

En la práctica, las citas son usadas en distintos tipos de contextos; es decir, no están limitadas a su uso en el ámbito de la docencia, pueden ser usadas en una tesis de grado, en un artículo informativo, en una obra nueva, en un documento técnico, etc. Lo importante es determinar hasta qué punto su uso no ha sobrepasado la frontera de la licitud y se está atentando contra el derecho de explotación del autor.

[1] Uso interno es el realizado por las empresas entre las personas que allí trabajan y debe hacerse conforme a los usos y costumbres. LYPSZYC, Delia. Derecho de Autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO, 1993, Buenos Aires, Argentina.

[2] Guía del Convenio de Berna, pág. 66, OMPI

En el caso de la edición de obras literarias, muchas veces existe la necesidad de insertar ilustraciones en las mismas. En estos casos, la utilización debe ser autorizada, cuidándose mucho de que no haya problemas con el propietario de la obra plástica, salvo que se trate de la fotografía de una obra de arte expuesta en las calles o plazas, siempre que se indique el nombre de la obra, el del autor y el lugar donde está expuesta.

Uno de los mecanismos que se ha utilizado para determinar la normalidad del uso es revisar el estado de las costumbres que varían según el tiempo y los lugares. Este mecanismo se fundamenta en criterios de interpretación subjetivos y su aplicación no es sencilla. Legislaciones como la argentina establecen requisitos más objetivos, como el reducir el análisis a un número de palabras como criterio para considerar la cita lícita o a un número de compases musicales para determinar si su incorporación en otra obra musical es válida.

c) La comunicación de obras sin autorización del autor para fines demostrativos de la clientela (artículo 41 inciso d)

La ley peruana establece la posibilidad de que los establecimientos comerciales comuniquen al público obras sin autorización del autor con fines de demostración de equipos reproductores u otros similares o para la venta de soportes sonoros o audiovisuales, siempre que la comunicación no fuere propalada al exterior, en todo o en parte.

Al respecto, aparte de las dificultades prácticas de ejercer el control de todos los establecimientos comerciales sobre el cumplimiento de la segunda parte de este artículo, está la interpretación que se hace del mismo.

Probablemente, en estos momentos estén imaginando las tiendas de venta de electrodomésticos cuyos televisores son expuestos al exterior encendidos y la gente se reúne en torno a dicho establecimiento para ver un partido de fútbol o algún programa especial, o las veces en que hemos sido atraídos a un establecimiento por música agradable a nuestros oídos, que es propalada con el fin específico de que sea escuchada.

Pensemos, entonces, lo que costaría hacer cumplir una norma como la mencionada sin contar con criterios adicionales que se puedan difundir y que no tengan que ser materia de interpretación.

Algunas legislaciones que contienen esta misma limitación especifican la distancia que debe haber entre la vidriera exhibidora y la calle (aproximadamente 2 metros), con lo cual todos los establecimientos comerciales que hagan uso de esta limitación toman las medidas necesarias para cumplir el requisito previsto para el uso libre, porque de lo contrario están infringiendo la ley de Derecho de Autor.

Estas tres limitaciones descritas líneas arriba, de alguna manera representan una voluntad de flexibilizar el carácter absoluto del Derecho de Autor, porque son excepciones al mismo. Del mismo modo, son una muestra de lo difícil que puede resultar para un autor e incluso para las Sociedades de Gestión Colectiva el control del cumplimiento de las normas que protegen los derechos del autor, considerando lo complejo que resulta establecer claramente el contenido de las limitaciones que permiten el libre uso de las obras.

La otra forma de interpretar la racionalidad de estas normas, independientemente de su condición de normas, que el Perú ha suscrito a través de un Convenio Internacional, es considerando que no se han aclarado los supuestos donde se establecen requisitos para el uso libre de una obra, con la finalidad de otorgarle mayor flexibilidad a su aplicación.

En este sentido, en el marco de una disciplina jurídica que puede ser considerada controvertida, lo más importante no es sólo conocer el deber ser de las normas, sino profundizar en la razón de ser de las mismas. En el caso del Derecho de Autor, ésta es retribuir al autor por el fruto de su trabajo, del cual todos disfrutamos intelectualmente.

Siendo las limitaciones al Derecho de Autor excepciones al ejercicio absoluto del derecho patrimonial del autor, es difícil comprender las razones por las cuales en algunos casos las restricciones que se establecen a su ejercicio pueden resultar tan complicadas, sobre todo si se considera que sus fundamentos son de contenido social, cultural y de información.

En la tarea de hacer menos controvertida la disciplina jurídica del Derecho de Autor, se argumenta en favor de las prerrogativas que asisten al autor como creador de obras que todos disfrutamos y que es necesario alentar, para que dichos autores sigan creando.

Hace falta dar un gran salto para que en el Perú la industria de la propiedad intelectual contribuya al aumento del producto bruto interno del país, pero el camino a seguir probablemente deba tener en cuenta el establecimiento de los mecanismos de control que se encarguen del cumplimiento de las normas que protejan al autor y legislar estableciendo indicadores para medir el nivel de cumplimiento de las normas. Asimismo, existe la necesidad de sensibilizar a la población sobre la importancia que puede tener el desarrollo de la industria de la propiedad intelectual en la creación de empleo y riqueza para el país.

LA CANCELACIÓN DE LA MARCA POR FALTA DE USO

Carmen Arana Courrejolles
Profesora de Derecho de la Propiedad Intelectual
Pontificia Universidad Católica del Perú

Existen diversas exigencias, de carácter fundamentalmente económico, que generan en el titular de la marca la carga de usarla, pues de lo contrario corre el riesgo de afrontar una acción dirigida a la cancelación de la misma. El uso de la marca, ciertamente, debe reunir determinadas características, pues únicamente será relevante para efectos legales cuando los productos o servicios que ella distingue hayan sido puestos en el comercio o se encuentren disponibles en el mercado, en la cantidad y el modo que normalmente corresponde; la marca, además, debe usarse de manera seria, de buena fe, normal e inequívocamente.

A lo largo del presente artículo, la doctora Carmen Arana analiza el sistema de cancelación por falta de uso que determina la pérdida del derecho de registro de una marca. En este sistema, señala la autora, encontramos dos situaciones, de un lado, la del accionante de la cancelación, que tiene la iniciativa de la cancelación y, de otro lado, la del titular, quien tiene una exigencia de uso para no perder sus derechos sobre la marca.

La Organización Mundial de Comercio, en el Acuerdo sobre ADPIC, artículo 19.1 contempla que el registro puede anularse si la marca no ha sido usada después de un período ininterrumpido de tres años como mínimo de falta de uso, a menos que el titular demuestre que hubo razones válidas que impidieron ese uso, constituidas por circunstancias que surjan independientemente de la voluntad del titular de la marca, y que representen un obstáculo para el uso de la misma, tales como las restricciones a la importación u otros requisitos oficiales interpuestos a los bienes o servicios protegidos por la marca.

La Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, en su artículo 108, y la Ley Peruana de Propiedad Industrial, Decreto Ley 823, en su artículo 172, Capítulo IV, establecen que cualquier persona interesada puede solicitar a la Oficina Competente que cancele el registro de una marca, siempre y cuando ésta no se hubiese utilizado en el mercado subregional durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación.

Existe una coincidencia entre las normas internacionales y las nacionales, relativas a la cancelación del registro de marca respecto al tiempo de tres años, durante dicho período la marca está vigente sin necesidad de uso y sin correr el riesgo de que un tercero solicite su cancelación por no uso; a partir de ese lapso el titular sigue con sus derechos totalmente plenos sobre la marca, con el riesgo de perder los derechos sobre ella si un tercero solicita la cancelación después de los tres años. Así pues, es conveniente que voluntariamente use la marca.

Nuestra legislación determina la existencia de un riesgo de pérdida de la marca para un titular inactivo que obstaculiza con su marca registrada y no

usada el registro de una marca nueva, similar o idéntica, ya que el titular puede perder los derechos sobre su marca si no logra acreditar su uso después del tercer año, en un procedimiento de cancelación seguido por un competidor.

Esto significa que el titular inactivo no puede impedir el acceso al registro de la nueva marca similar o idéntica en la medida que su marca no está siendo usada, constituyendo la cancelación un punto de equilibrio entre la circulación de productos y servicios en el mercado y la defensa de los derechos de exclusividad adquiridos por el registro.

La defensa de los derechos de exclusividad adquiridos por el registro puede ejercitarse contra terceros, ya que el titular que tiene una marca registrada y no usada continúa ejercitando sus derechos exclusivos, prohibiendo el uso de marca idéntica o similar sin su autorización. Sin embargo, corre el riesgo de perder su marca, pues quien realiza el uso indebido sin tener derechos puede, como defensa, solicitar se cancele la marca no usada y luego tener derecho de preferencia sobre su registro.

En la legislación extranjera consultada (Benelux, Alemania, Francia, Argentina, entre otras), se contempla que los registros marcarios se pierden por falta de uso, con instituciones tales como la caducidad, cancelación -facultativa u obligatoria- o nulidad. Los requisitos y condiciones varían de país a país, pero en todos se ligan los derechos sobre la marca obtenidos con el registro al uso de la marca de los productos en el mercado, con la finalidad de lograr que la marcas sean aprovechadas económicamente. Esto no significa que cada legislación no tenga situaciones específicas que la hagan diferente; pues en algunas se establece en el articulado la obligación de uso, mientras que en otras no.

LA CANCELACIÓN DE UNA MARCA POR FALTA DE USO EN EL PERÚ

Es una acción facultativa activada sólo a pedido de un particular, cuando solicita la cancelación ante la autoridad cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 172 de nuestra ley; las pruebas de uso corresponden al titular. El accionante sólo afirma que la marca no se usa y pide la cancelación por falta de uso, el titular tiene la obligación de aportar las pruebas y la autoridad tiene la facultad de calificarlas como medios idóneos.

Según el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en el Proceso 17-IP-95[1] del nueve de noviembre de 1995: «desde el punto de vista procesal esta figura constituye una excepción de fondo o perentoria opuesta en la vía administrativa, que cuestiona un derecho sustancial. Los procesalistas asignan al tema de la excepción un cierto paralelismo con el de la acción, hasta el punto de considerar a la excepción[2] como 'la acción del demandado' producto de la existencia para él de una «verdadera *necessitas defensionis*».

Se llama también cancelación al acto administrativo por el cual la autoridad competente decide sobre la cancelación, mediante una resolución debidamente motivada (artículo 174 *in fine*).

Asimismo, la cancelación es la inscripción, anotación o asiento en el Registro de Propiedad Industrial de la cancelación de un registro de una marca no usada luego de concluido el proceso de cancelación por falta de uso y una vez consentida la resolución que así lo disponga (artículos 7 y 19 *in fine* y 7 de Decreto Legislativo 823.)

El procedimiento de cancelación del registro de una marca se inicia con la solicitud de la persona interesada, continúa con la expedición de una resolución, previa notificación al titular, para que pruebe el uso de la marca registrada (artículo 179 del Decreto Legislativo 823), concluyendo con la anotación en el Registro de Propiedad Industrial si la acción de cancelación es declarada fundada.

QUIÉN ACCIONA LA CANCELACIÓN POR FALTA DE USO

El sujeto competente para solicitar la cancelación es, según el artículo 108 de la Decisión 344 y artículo 172 del Decreto Legislativo 823, «cualquier persona interesada» que cumpla con las formalidades que se establecen en el artículo147, que tenga poder, que pague los aranceles y otros requisitos. Significa que pueden accionar tanto los competidores del titular de la marca como cualquier otro que no lo sea pero que tenga interés. En tal sentido podrían incluso accionar los consumidores.

Por lo demás, nuestra legislación no faculta a la autoridad competente para actuar de oficio en los casos de cancelación por falta de uso, ésta por lo tanto, no puede cancelar por propia iniciativa el registro de una marca.

[1] El proceso de interpretación prejudicial (-IP-) tiene como finalidad la interpretación uniforme del Derecho Comunitario en el Pacto Andino.

[2] Eduardo J. Couture, «Fundamentos del Derecho Procesal Civil», Depalma 3a. ed. póstuma, págs, 90 y ss.

Así pues, la cancelación por falta de uso se otorga por iniciativa privada; es una acción de los particulares que puede presentar «cualquier persona interesada» con la finalidad de lograr la pérdida de vigencia de una marca registrada pero que no ha sido usada, la cual es eliminada del registro. Simultáneamente, proporciona al accionante interesado derechos preferentes para obtener la titularidad de la marca cancelada por el no uso, autoregulándose de esa manera los intereses privados.

De acuerdo a ello, la cancelación pretendería lograr una mayor competencia en el mercado al fomentar el interés de los competidores por adquirir o lanzar al mercado marcas que pueden obtener ventajas competitivas, esto haría que se esfuercen por colocar sus productos en el mercado para beneficio de los consumidores.

EL DERECHO DE PREFERENCIA

Un efecto singular de la acción de cancelación es el derecho de preferencia que tiene el accionante sobre la marca cancelada, al que se hace acreedor cuando obtiene una resolución favorable. La ley establece que éste gozará del derecho de preferencia para solicitar el registro de la marca cancelada dentro de los 3 meses siguientes a la resolución favorable que pone fin al proceso de cancelación, después de los cuales la marca cancelada está disponible para que lo solicite cualquier persona; es decir, se convierte en una *res nullius*.

Es importante señalar que el derecho de preferencia no asegura del todo a quien tiene la preferencia el registro de la marca, dado que la nueva solicitud tendrá que ser sometida al examen de registrabilidad para determinar la existencia de otras marcas registradas confundibles con la solicitada, pudiendo denegarse la solicitud de oficio o luego de un proceso de observación a pedido de parte, por tanto, la preferencia no es una garantía de que se obtendrá la marca cancelada.

LA PREFERENCIA Y LA PRELACIÓN

Si existe una marca registrada pero no usada (titular) y un tercero (primer solicitante) solicita una marca idéntica a la no usada; y, sin saberlo, otro, con posterioridad, (segundo solicitante) pide, de un lado, la cancelación por falta de uso de la marca registrada y no usada y, simultáneamente, en otro expediente solicita la marca al obtener la resolución favorable de cancelación de la marca no usada, éste no podrá hacer valer su derecho de preferencia si no la ha solicitado dentro de los 3 meses posteriores a la resolución favorable.

La marca será dada al primer solicitante en aplicación del derecho de prelación (artículo 6 del Decreto Legislativo 823), ya que él solicitó la marca antes que el accionante de la cancelación por falta de uso.

Cabe destacar que si el accionante (segundo solicitante) solicitaba la marca con posterioridad a la resolución favorable, dentro de los 3 meses y no antes, en aplicación del derecho de preferencia se le concedía la marca negándosele al primer solicitante. El derecho de preferencia oportuno prima sobre la prelación. Esto se conoce dentro de los especialistas como la figura de «nadie sabe para quien trabaja».

SITUACIONES EN LOS CUALES UNA PERSONA PUEDE TENER INTERÉS EN SOLICITAR LA CANCELACIÓN DE UNA MARCA

Para comprender como opera la cancelación, a continuación veremos cinco situaciones tipo:

Primera situación.- Si un particular quiere competir en el mercado con su marca y solicita su registro para adquirir el derecho exclusivo al uso, y éste es objetado a pedido de parte por un competidor a causa del registro de una marca que no ha sido usada en el mercado durante los tres años anteriores; el interesado puede solicitar de inmediato, como medio de defensa, la cancelación por falta de uso de la marca que esté impidiendo el registro, en el mismo procedimiento de observación o por cuerda separada, iniciando otro procedimiento.

El observante o titular deberá acreditar que su marca anteriormente registrada ha sido usada dentro de los tres últimos años por él mismo, un licenciatario o distribuidor.

Si el observante no logra acreditar el uso de la marca registrada, ésta será cancelada y se concederá el registro a la marca solicitada por haber desaparecido la marca que impedía su registro.

Segunda situación.- Si la autoridad competente deniega de oficio el registro de la marca por considerar, en el examen de registrabilidad, que es confundible con una marca registrada anteriormente pero que no es usada; el solicitante puede interponer una acción de cancelación por falta de uso contra la marca no usada en un nuevo procedimiento, invocando que la marca sobre la base de la cual la autoridad objeta el registro no ha sido usada dentro de los tres años precedentes al inicio de la acción de cancelación.

La carga de la prueba le corresponde al demandado, quien tendrá que probar la falta de uso en relación

con los productos o servicios de la clase que distingue la marca y que constan expresamente en el registro o título.

Si se prueba que sólo se usa para ciertos productos de la clase que distingue un marca registrada, se puede declarar la cancelación parcial. Si no se prueba el uso para ningún producto de la clase se declara la cancelación total de la marca.

Tercera situación.- Cuando el titular de una marca registrada pero no usada, en virtud de sus derechos obtenidos por el registro, interpone una denuncia por infracción de derechos de propiedad industrial, el denunciado puede, como medio de defensa dentro del procedimiento de infracción, solicitar la cancelación de la marca registrada invocando la falta de uso durante los tres años anteriores. La carga de la prueba la tiene el mismo denunciante, quien tendrá que probar que la marca base de su denuncia se está usando; en caso contrario, será cancelada. Esta acción determina la suspensión del pronunciamiento sobre la infracción hasta que se determine la cancelación, después de la cual recién podrán pronunciarse sobre la procedencia de la infracción.

Cuarta situación.- Cuando un empresario quiere lanzar al mercado una marca y esa marca es idéntica o similar a otra registrada que no es usada, entonces puede solicitar la cancelación de la misma; iniciando una acción de cancelación de la marca registrada para que, luego de obtener una resolución favorable al haber sido cancelada la marca no usada pueda registrar la marca similar.

Quinta situación.- Cuando un tercero conoce la existencia de una marca registrada que no es usada y se interesa en ella, puede solicitar la cancelación por falta de uso en el mercado, previo estudio del uso real, es decir, haciendo las averiguaciones para determinar si existen productos con tal marca que se estén produciendo o comercializando.

Como consecuencia de la situación antes descrita, puede afirmarse que en nuestra legislación hay la intención de que la marca sea usada en el mercado, pero siempre y cuando este uso se regule dentro de la libre competencia de los operadores del mercado y sean ellos quienes en forma voluntaria y de acuerdo a sus exigencias de competividad inicien y accionen las cancelaciones. La ley no dice cuándo el tercero deba iniciar la acción; es el particular, quien facultativamente, en cualquier momento después de los tres años de vigencia de la marca, podrá hacerlo, por lo que el titular enfrenta el riesgo de pérdida de vigencia de sus derechos marcarios exclusivos, obtenidos por el registro, por no hacer uso de la marca en el mercado. La cancelación puede ser interpretada desde el punto de vista del titular como una presión u obligación de usar la marca para evitar que ésta sea cancelada.

CONCEPTO DE USO DE LA MARCA

Una marca se encuentra en uso, según el artículo 176 del Decreto Legislativo 823, «cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado, en la cantidad y el modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado».

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en el Proceso No. 2-AI-96 del 20 de junio de 1997, dice que: «El uso debe ser serio, de buena fe, normal e inequívoco. El elemento cuantitativo para determinar la existencia del uso de la marca es relativo y no puede establecerse en términos absolutos sino que ha de relacionarse con el producto o servicio de que se trate y con las características de la empresa que utiliza la marca.»

LA AUTOREGULACIÓN Y LA OBLIGACIÓN DE USO DE LA MARCA

El sistema de cancelación por falta de uso que determina la pérdida del derecho de registro de una marca enfrenta dos situaciones; de un lado, la del accionante de la cancelación, quien tiene la iniciativa de la cancelación y, de otro lado, la del titular, quien tiene una exigencia de uso para no perder sus derechos sobre la marca.

Sin embargo según el artículo 114 de la Decisión 344, el registro de una marca caduca si el titular no solicita la renovación de la marca dentro del término legal, incluido el período de gracia, o si no efectúa el pago respectivo de las tasas. Cabe destacar que la renovación no exige prueba de uso de la marca que se renueva, más aun, el artículo 99 de la Decisión prohíbe expresamente exigir la prueba de uso.

Asimismo, según el artículo 102 de la misma Decisión, el derecho al uso exclusivo de una marca se adquiere por el Registro. Por lo demás, ni en la Decisión ni en el Decreto Legislativo 823 existe ninguna norma que establezca algún plazo de uso obligatorio después del cual se extingan los derechos de la marca registrada *ipso iure*, tampoco hay norma que establezca un plazo límite de no uso después del cual la falta de uso produzca la extinción de los derechos de la marca registrada y no usada.

De otro lado, el artículo 108 de la Decisión 344, concordado con el artículo 172 del Decreto Legislativo 823, que regula la cancelación por falta de uso, se funda en la autoregulación privada y facultativa. Se deja a la iniciativa particular la acción de cancelación, lo cual significa que la Oficina competente sólo puede cancelar una marca si previamente hay un procedimiento administrativo iniciado a pedido de parte.

En este sistema la marca registrada pero no usada goza plenamente de todos sus derechos, teniendo después de los tres años un riesgo de vigencia registral, puesto que si el titular interpone acciones (infracción, observación y nulidad), el demandado puede defenderse vía excepción solicitando la cancelación de la marca no usada, en cuyo caso se perdería la vigencia registral si el titular no prueba el uso. A partir de dicho momento puede interpretarse que hay una exigencia, obligación o coerción para que el titular use la marca. Si el demandado no plantea la excepción la marca no ha perdido sus derechos pese a que no ha sido usada.

A diferencia de la nulidad o las infracciones, la Autoridad Administrativa no tiene facultad para iniciar de oficio un proceso de cancelación o decretarla. En resumen, y de acuerdo a la interpretación sistemática anteriormente expuesta, nuestro sistema legal no pretende la obligatoriedad de uso mediante la intervención administrativa de oficio luego del transcurso de un plazo de caducidad por falta de uso, sino que son los particulares los que decidirán el uso de la marca dentro de la libre concurrencia y solicitarán su cancelación. Todo depende del interés que haya en el mercado.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en el proceso No.2- AI-96[3] del 20 de junio de 1,997, en el punto VIII, considera: «Así como el uso exclusivo de la marca constituye un derecho para su titular, en forma correlativa a ese derecho existe la obligación de utilizar efectivamente la marca en el mercado...»

También opina «que la cancelación por el no uso de las marcas es una medida coercitiva para el cumplimiento por el titular de la obligación de uso, mediante la cual se establece que para la cancelación del registro marcario contemplada en el artículo 108 de la Decisión 344 se requiere que el uso reúna ciertas condiciones mínimas para su aceptación».

El Tribunal también opina en el proceso No. 17-IP-956 del 9 de noviembre de 1995 que «la simple ausencia de uso, salvo excepciones previstas en la norma comunitaria,...no siempre produce los efectos de extinción de la marca".

MEDIOS DE PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL USO DE LA MARCA

En el artículo 172, Decreto Legislativo 823, concordado con el Artículo 108 de la Decisión 344, se señalan una serie de medios de prueba de modo enunciativo y no taxativo, lo que significa que se estiman válidos tanto los mencionados, como cualquier otro medio de prueba idóneo que acredite el uso de la marca (inciso 3 del artículo 172 Decreto Legislativo 823). Se consideran pruebas idóneas los documentos que acrediten de modo objetivo el uso real de la marca en el mercado, es decir, aquellos que cumplan con acreditar regularidad en la comercialización y/o en la producción de los productos o servicios marcados, en la cantidad y modo adecuados al tipo de producto y empresa.

Los medios de prueba numerados en el artículo 172 del Decreto Legislativo 823 son:

1.- Comprobantes de pago; facturas.
2.- Inventario de mercancías certificadas por firma de auditores
3.- Otros medios de prueba idóneos

Para los casos 1 y 2 estos documentos deben demostrar regularidad al menos durante el año anterior a la solicitud de cancelación.

Dentro del numeral 3 se puede considerar la publicidad en cualquier medio, ya sea radio, prensa escrita, televisión, internet, encuestas, papelería (cartas, tarjetas, etc.) e investigaciones que se hayan realizado en el mercado.

Estos medios probatorios son evaluados por la autoridad competente de acuerdo a los siguientes criterios: cantidad, regularidad, disponibilidad o puesta en el mercado, siempre teniendo en cuenta la naturaleza y modo de comercialización en el mercado. Estos criterios pueden ser aplicados por separado o en forma conjunta.

LA PUBLICIDAD COMO MEDIO PROBATORIO

Nos hacemos la pregunta de si la publicidad puede por sí misma constituir un medio probatorio, de tal manera que se cumpla con lo establecido en el numeral 3 del citado artículo 172. Según Cabanellas[4],

[3] La acción de Incumplimiento (-AI-) tiene la finalidad de enfrentar las violaciones de normas del tratado por parte de cualquier país del Pacto Andino.

[4] «Derecho de Marcas» pág 263 Tomo II Ed. Heliasta 1,989, en Alemania, Francia, Gran Bretaña.

se la considera como un medio de prueba suficiente. En Argentina, la tendencia es negar el carácter de prueba de uso a la publicidad o frases publicitarias en tanto se trata de actos preparatorios, es decir, todavia no se ha configurado el hecho objetivo del uso. Se considera que sí es medio probatorio cuando efectivamente se han realizado las ventas, con lo cual se está ligando a la publicidad con las facturas.

Al respecto, consideramos que la publicidad cumple distintas funciones dentro del mercado y del proceso de comercialización, teniendo como base el ciclo de vida del producto. Así, consideramos que:

a. La publicidad de introducción o de lanzamiento del producto o sea aquella que se hace por primera vez, podría ser considerada como prueba idónea si está acompañada de la fuerza de ventas efectiva. Esto significa que la introducción de un nuevo producto al mercado se realiza con una fuerte campaña publicitaria y de promoción (por ejemplo degustaciones, reparto de muestras, etc.) que constituya un acto real de puesta en el mercado a título gratuito para el consumidor, o sea sin que se realice la compraventa. De esta manera, la oferta del producto no queda en un texto lingüístico de propaganda, sino que el consumidor logra una idea clara de las características del producto ofertado y, si lo acepta, influirá a futuro en sus decisiones de compra. En este caso, el interesado puede solicitar a la autoridad competente la verificación de los volúmenes producidos.

   En consecuencia, en este caso la publicidad debería de ser aceptada como prueba eficaz para probar el uso.

b. La publicidad de mantenimiento; se da cuando una marca y los productos que ampara ya son conocidos por los consumidores, porque tienen presencia efectiva en el mercado y el ciclo de vida del producto se encuentra en pleno desarrollo. En este caso la publicidad es también prueba idónea, porque se está utilizando para reforzar la imagen del producto o servicio, para incrementar o mantener los niveles de comercialización alcanzados.

c. La publicidad correctiva o de relanzamiento, cuando el ciclo de vida del producto se encuentra llegando a su fin y la empresa hace modificaciones en su forma o composición, con marca idéntica. En este caso la publicidad podría ser considerada como prueba idónea ya que el producto marcado ha tenido presencia continua e ininterrumpida en el mercado, aunque hayan bajado sus ventas.

MOTIVO JUSTIFICATORIO DE LA FALTA DE USO

La ley señala expresamente como motivo que justifica la falta de uso la fuerza mayor, el caso fortuito, restricciones a las importaciones u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes y servicios protegidos por la marca.

Esta causas justificatorias de la falta de uso tienen la característica común de ser circunstancias tan ajenas a la voluntad del titular que lo eximen de la responsabilidad de uso e impiden la cancelación de la marca.

El concepto de fuerza mayor debe ser interpretado en forma prudente y a la vez amplia. No es necesario que se decrete una guerra o que se queme una fábrica para justificar el no uso. Será suficiente que el uso, por razones ajenas al usuario autorizado, no pueda desenvolverse en condiciones normales en el mercado correspondiente. Pero, tampoco se puede alegar fuerza mayor porque se enfermó el técnico encargado del diseño.

Por su parte, caso fortuito es aquél que no ha podido preverse, o que, previsto, no ha podido evitarse; los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos ambos por dos grandes causas: por la naturaleza o por el hombre. Según este concepto, el término «caso fortuito» se aplica a los hechos producidos por la naturaleza, y «fuerza mayor» a los hechos del hombre.

LA PRUEBA DE USO EN PROCESOS DE CANCELACION DE MARCA POR FALTA DE USO

Desde la aplicación de la Decisión 344 hasta la actualidad se han solicitado numerosas cancelaciones de marca por falta de uso, interpretándose el artículo 108 de dicha Decisión en concordancia con la primera disposición transitoria del Decreto Legislativo 823.

En los casos revisados para la elaboración de este trabajo, hemos visto que el significado del uso de la marca se refiere al uso efectivo y continuo, es decir, que el uso debe ser constante dentro de los tres años precedentes al inicio de la acción de cancelación y quien emite las facturas debe ser el titular que aparece en el registro. (Resolución No. 1122-95-INDECOPI/OSD del 25 de agosto de 1995). El uso de la marca que exige el artículo 108 se fundamenta en la necesidad de la identificación efectiva y exter-

na de los productos o servicios marcados, o sea que los productos o servicios deben identificarse en forma pública.

La Resolución de Segunda Instancia No. 547-96-INDECOPI-TRI del 9 de abril de 1996, confirmando la Resolución anterior consideró que la copias de las facturas presentadas no demuestran la regularidad y cantidad de comercialización.

La Resolución del Tribunal RES-687-96-INDECOPI-TRI, del 6 de mayo de 1996, sostiene en los considerandos que: «los folletos o material publicitario en el cual aparece una marca no son prueba de uso, puesto que para que se considere que hay uso de la marca se requiere que los productos o servicios que distingue, circulen o se presten efectivamente en el mercado, es así que el titular de la marca en *litis* debe probar su uso real, no su uso nominal».

En la Resolución de Primera Instancia RES-6180-95/INDECOPI/0SD, del 6 de julio de 1995, se considera que si se ha aprobado el uso de la marca mediante: «facturas de exportación...para Ecuador, Perú, Bolivia... Resoluciones del Ministerio de Salud que autorizan los productos marcados...se concluye que dicha firma ha acreditado la utilización de la marca para los productos marcados».

En la Resolución del Tribunal RES-1630-95-INDECOPI/TDCPI, del 4 de setiembre de 1995 se considera que: «las treinta y dos facturas presentadas...constituyen prueba válida y fehaciente del uso de la marca...en razón...de que las facturas deben mostrar regularidad y cantidad de comercialización al menos durante el año anterior a la fecha de la acción de cancelación...»

En la RES-1565-95-INDECOPI/OSD, del 4 de diciembre de 1995, se considera que: «evaluadas las pruebas se concluye que ha cumplido con probar el uso...». Se presentaron como pruebas: 5 facturas del año 1993 5 del año 1994 y 8 del año 1995, y dos fotografías de cilindros en los que aparece la marca. De los casos de la jurisprudencia peruana se puede deducir que las facturas constituyen las mejores pruebas para el uso continuo, regular y efectivo de las marcas, ya que aseguran la concurrencia del producto al mercado. La publicidad no está a la misma altura de las facturas como prueba para el uso y está considerada como complementaria de la comercialización. De tomarse en cuenta nuestra sugerencia habría casos en que la publicidad de lanzamiento, de mantenimiento o relanzamiento de productos sería considerada en forma autónoma como prueba idónea de uso en los procesos de cancelación, dadas la técnicas actuales de publicidad y promoción.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en el proceso No. 17-IP-95, del 9 de noviembre de 1995, con relación a las pruebas de uso opina en sus considerandos que el uso de la marca «debe medirse con respecto a su forma, su intensidad, personalidad y la persona a través de la cual debe ejercitarse el uso...", el uso de la marca tiene que ser real y efectivo, no basta la intención de usarla o la publicidad de la misma. El uso real y efectivo es de difícil medición valoración por la autoridad competente

Consideramos de lo expuesto que el espíritu de la ley coloca la autoregulación de los agentes concurrentes al mercado antes que la exigencia u obligación de usar la marca. Esto es necesario para alcanzar el paradigma de la libertad, la libre circulación de las mercancías y la integración, así como para mejorar la competividad en busca del desarrollo del Perú y la región andina.

ESTUDIO ROSELLÓ

CAMINO REAL 348, TORRE EL PILAR, PISO 12
SAN ISIDRO - LIMA 27
PERU

TELEFONOS: (51-1) 222-7700 442-4997 442-4987
FACSIMILE: (51-1) 222-2555 221-1687
E-mail: estudio@rem.com.pe

SISA

SERVICIOS DE INGENIERIA S.A.

SERVICIOS QUE PRESTA:

- **ESTUDIO DE PRE-INVERSION :** Perfiles de Proyectos, Pre-Factibilidad y Factibilidad.
- **INGENIERIA DE PROYECTOS :** Ingeniería Básica, Diseños a nivel Definitivo, Ingeniería de Detalle.
- **SUPERVISION Y/O GERENCIA DE OBRAS :** Control, inspección y verificación de obras en sus aspectos técnicos, económicos, contractuales y administrativos.

ESPECIALIDADES:

- INGENIERIA HIDRAULICA, ENERGETICA, TRANSPORTES, SANEAMIENTO

Manuel Gonzáles Olaechea 462, San Isidro - Lima 27
8194 Fax: 442 8436

Telf.: 442 1822 - 442 5595 - 442
e-mail: sisa@amauta.rcp.net.pe

EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Rubén Ugarteche Villacorta
Profesor de Derecho de la Propiedad Intelectual
Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa
Universidad Femenina del Sagrado Corazón

El tema de los denominados derechos de autor es, tanto a nivel nacional como internacional, un tema de suma importancia, ante el cual, naturalmente, el Derecho no debía -ni podía- permanecer al margen. Sin embargo, el Derecho de Autor ha sufrido, al igual que otras disciplinas jurídicas, una inevitable confrontación con la realidad. Con el transcurso de los años y sobre todo con la explosión tecnológica de las últimas décadas, han ido apareciendo nuevas figuras, nuevas maneras de crear una obra y de difundirla, que presentan un importante reto al sistema jurídico vigente.

El autor, conciente de esta situación, realiza en este artículo una descripción de los sistemas de creación y difusión de obras más recientes, haciendo, al mismo tiempo, una recopilación de las soluciones que los principales ordenamientos jurídicos a nivel internacional, así como las Organizaciones Internacionales especializadas, le han dado al tema, para luego concentrarse en el caso peruano.

IMPORTANCIA DEL DERECHO DE AUTOR

Hace más de dos siglos que el diputado francés Le Chapelier pronunció la inmortal frase: "la más sagrada, la más legítima, la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento de un autor."

El Derecho de Autor no es una disciplina inmutable o "impermeable". Con el correr de los años se ha venido adaptando, sin perder su esencia, a los cambios tecnológicos y a las exigencias del mundo moderno. En el siglo pasado fueron el fonógrafo y el cine; en la actualidad, las transmisiones por satélite, el cable, las computadoras, los sistemas expertos, las bases de datos, la tecnología digital, la multimedia y el mundo interactivo que está por venir de las autopistas de la información; todos ellos nos plantean y nos seguirán planteando grandes retos.

El Perú históricamente ha tenido tres grandes leyes del Derecho de Autor. La primera, denominada "Ley de Propiedad Intelectual", fue firmada por el Presidente Ramón Castilla el 31 de octubre de 1849, siendo Presidente del Senado el Mariscal Antonio Gutiérrez de La Fuente y de Diputados Bartolomé Herrera. La segunda, la Ley 13714, denominada "Ley de Derechos de Autor, fue firmada por el Presidente Manuel Prado y Ugarteche, el 31 de octubre de 1961, habiendo redactado el ante-proyecto Rafael Morales Ayarza. Finalmente, la ley actual, aprobada por el Decreto Legislativo 822, y que lleva como título "Ley Sobre el Derecho de Autor", firmada por el Presidente Alberto Fujimori Fujimori en la fecha declarada por la UNESCO como "Día Mundial del Libro y del Derecho de Autor", el 23 de abril de 1996.

El Derecho de Autor en los tiempos modernos ha dejado de ser ámbito exclusivo de literatos, compositores o poetas, para pasar a ser objeto de discusión en los más importantes foros y acuerdos internacionales, tales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI-, el ADPIC de la Organización Mundial de Comercio, el NAFTA o TLC, el Pacto Andino, etc. El respeto a la propiedad intelectual se ha convertido en requisito ineludible para el progreso cultural, el desarrollo económico y transferencia de tecnología y, en particular, como factor primordial de una economía de mercado globalizada.

Las nuevas tecnologías para la producción de obras así como para su reproducción y transmisión, hacen que la utilización de ellas se produzca a escalas mucho mayores que en el pasado. Asimismo, gracias a la tecnología moderna, el impacto económico en el producto bruto interno de los países por parte de las industrias culturales que producen bienes protegidos por la legislación de Derecho de Autor y derechos conexos, cobra cada día mayor importancia.

La exclusividad o monopolio del ejercicio de explotación de las facultades morales y patrimoniales por parte del autor es el elemento esencial de la propiedad intelectual, como un derecho de propiedad sobre la obra, que conlleva la disposición de autorizar o prohibir el uso de la misma. La propiedad incorporal o intelectual sólo se adquiere mediante cesión expresa, entre vivos o *mortis causa*, o cesión legal; el titular del derecho de autor tiene sobre la obra un derecho absoluto e inalienable, controla todas las formas de explotación que puedan existir sobre su obra, y las excepciones no limitan el derecho sino el ejercicio del mismo.

Vivimos en permanente contacto con las obras protegidas por el Derecho de Autor; cuando prendemos la radio, escuchamos obras; conectamos la televisión, vemos obras; tomamos un diario o revista y leemos obras; alquilamos un video, vamos al cine o al teatro para ver obras; apreciamos pinturas, esculturas y demás obras plásticas; construimos nuestras casas plasmando obras arquitectónicas, las adornamos con artesanías y otros objetos de arte aplicado; nos divertimos con juegos electrónicos y juguetes; trabajamos con computadoras que utilizan *software* y dibujos que representan circuitos integrados; estudiamos con libros y escuchando las disertaciones de las obras orales que constituyen las lecciones de los profesores; concurrimos a una fiesta, discoteca o concierto a disfrutar de las obras musicales e interpretaciones artísticas; gozamos de la música ambiental en restaurantes, supermercados, aeropuertos, corridas de toros, etc. Como consecuencia de todo ello, gracias a los autores progresamos, nos culturizamos, educamos, divertimos y vivimos mejor. Se piensa que los ciudadanos tenemos derecho a educarnos, hacer negocios y divertirnos a costa de los autores sin retribuirles debidamente, debiendo ellos contentarse con gozar del reconocimiento, alentando de esa manera una situación injusta. En ese caso, en aras de la salud, la educación y el esparcimiento, los profesores deberían dar clases gratuitamente; los médicos atender sin cobrar; los laboratorios privados distribuir sin pago alguno las medicinas; y las discotecas no cobrar. No debemos romper la cuerda por el lado más débil ni fomentar la ley del embudo.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Últimamente se escucha a diversas personas mencionar con frecuencia las palabras "nuevas tecnologías", "sociedad de la información", "era digital", "ciber-espacio", "cultura binaria", "multimedia", "autopistas de la información", etc.; pero, ¿estamos seguros del significado exacto y la trascendencia de cada una de esas palabras en lo que al Derecho se refiere, en especial en lo que concierne al Derecho de Autor?

El profesor Alberto Bercovitz[1] señala que "Hay nuevas tecnologías que dan lugar a nuevos tipos de obras: *software*, bases de datos; otras facilitan la reproducción: copia (reprografía, reproducción copia, audiovisuales); otras facilitan la comunicación al público (cable, satélite); y, por último, la digitalización de las obras permite su almacenamiento y transmisión convirtiéndolos en impulsos eléctricos. Pues bien, la combinación de diversas nuevas tecnologías dan lugar a lo que se denomina: autopistas o sociedad de la información" (...) "Las autopistas o la sociedad de la información son el resultado de la confluencia de diversas tecnologías: la digitalización, los programas de ordenador y las redes de transmisión de banda ancha".

Las nuevas tecnologías en la sociedad de la información han traído consigo la digitalización o desmaterialización de las obras a través de la informática, produciendo una verdadera revolución en el Derecho de Autor. Y es que las disposiciones legales "modernas" sobre los derechos morales y patrimoniales han sido concebidas en la mayoría de

[1] "Riesgos de las nuevas tecnologías. La quiebra de los conceptos tradicionales del Derecho de Propiedad Intelectual. Soluciones jurídicas", en "El Derecho de Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías", Ministerio de Cultura de España, 1996, p. 71.

las leyes para una tecnología analógica. Antonio Millé aclara que, dentro de este contexto, la palabra información "...equivale a dato procesable por un sistema computarizado..."[2].

LA MULTIMEDIA

En relación a la multimedia, cabe destacar que este nuevo tipo de soporte permite incorporar en formato digital texto, sonido e imagen posibilitando que el usuario pueda interactuar con el material fijado. Es decir, que a diferencia de cuando uno es sólo un espectador pasivo al mirar una película en la televisión o en el cine, sin poder interferir con el desarrollo de la obra que estamos mirando, en este caso se puede intervenir de manera activa pudiendo programar y modificar las imágenes, el sonido o el texto.

En consecuencia la multimedia le plantea al Derecho de Autor grandes retos. Hay especialistas que afirman que estamos ante un nuevo género de obra, mientras que para otros sólo nos encontramos frente a un nuevo tipo de soporte que contiene obras pero que no es obra en sí mismo, como en el fonograma. En la posición que se asuma, los conceptos de obra y titularidad primigenia o derivada serán fundamentales. En lo que no hay duda es que el productor de un multimedia deberá obtener la autorización del autor del *software*, la música, el texto, y las obras audiovisuales que incorpore, además de los derechos artísticos pertinentes, dado que el autor autoriza la reproducción de su obra bajo cualquier forma o procedimiento, salvo que se trate del ejercicio del derecho de cita.

De otro lado, la multimedia ha remecido la institución de lo que André de Morillot denominara como "derechos morales". Los derechos morales tienen su origen en la jurisprudencia francesa del siglo pasado y constituyen hoy en día una derivación de los derechos de la persona en tanto que el autor, asume que la obra es una expresión de la personalidad de su creador. Uno de los derechos morales básicos es el del respeto a la integridad de la obra y por tanto a impedir su deformación. "Las obras tienen que respetarse y mantenerse como el autor las creó". Los derechos morales encuentran su expresión máxima en el artículo 27, inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La digitalización de las obras, propia del mundo informático, es de por sí un cambio en la materia que revisten las obras. La interacción, o como dice Fernando Zapata[3] la "...posibilidad de influir sobre la obra, retirando o adicionando elementos..." que caracteriza a la multimedia, va contra todos los principios del derecho a la integridad. Mientras sea sólo para uso personal no habrá problemas con el Derecho de Autor y el ejercicio interactivo. Pero, si utilizando la tecnología multimedia modificamos o transformamos una obra y la difundimos, con esa modificación estaremos ante una transgresión del derecho. La Decisión Andina 351 y el Decreto Legislativo 822 señalan que no constituye transformación la adaptación de un programa de ordenador realizada por el usuario legítimo para su exclusiva utilización.

DEL MUNDO ANALÓGICO AL DIGITAL

Douglas Comer, en "El libro de Internet", afirma que un sistema es analógico cuando produce una analogía física exacta de la información. En el antiguo fonógrafo la aguja recorría el disco el cual tenía canales que formaban el sonido. Con la aguja vibraba un diafragma que producía los sonidos y con el uso, estos canales o topes se desgastaban, perdiéndose de esa manera la calidad del sonido. La profundidad de los topes controla el volumen, por lo que el uso constante del soporte lo desgastaba y poco a poco perdía fidelidad. Igualmente sucede con los casetes o grabaciones magnéticas, donde el magnetismo es proporcional al sonido que se percibe mediante circuitos electrónicos; es por ello que si se pasa un imán a un video o cassette la información contenida se distorsionará o desaparecerá.

En la tecnología digital o binaria se usa una secuencia de números ceros y unos para guardar la información. En una computadora cada vez que se presiona una letra del teclado o se graba una imagen, la reproducción se efectúa en forma binaria. Un disco compacto contiene una serie de números codificados que sólo pueden ser leídos por una señal laser. Cada vez que se lee el disco la señal no lo desgasta y por tanto la grabación se mantiene inalterable. Cuando estamos frente a un disco compacto de música falsificado, se ha producido una reproducción clónica, es decir exactamente igual a la original, por tanto es sumamente difícil detectarlo y sólo se

[2] "Las Autopistas Digitales desde el Estrecho de Bering hasta la Tierra del Fuego: Las Américas y la Infraestructura Global de la Información", en Simposio Mundial de la OMPI sobre los Derechos de Autor en la Infraestructura Global de la Información, p. 124, Ciudad de Mexico, 22 a 24 de mayo de 1995.

[3] Fernando Zapata López, "La Multimedia, un derecho de gestión", en Boletín Informativo de CECOLDA, N° 3, año 1994, Bogota, Colombia, p. 35.

podrá hacerlo ya no por la calidad del sonido sino por las licencias o canales de distribución.

Bill Gates[4] indica, refiriéndose a Internet y a las autopistas de la información que "En los Estados Unidos, la conexión de todas estas computadoras se ha comparado a otro proyecto masivo: el emparrillado del país con autopistas interestatales que comenzó durante la era de Eisenhower. Por eso se llamó a la nueva red la superautopista de la información. El término lo popularizó el entonces senador Al Gore, cuyo padre patrocinó en 1956 la *Federal Aid Highway Act*". Internet no es una autopista de la información sino tan sólo una trocha. Todas las computadoras unidas entre sí conforman Internet, y al interactuar a través de la red telefónica constituyen lo que se denomina el "ciber-espacio"; pero el ancho de banda, por ser de cobre y no de fibra óptica es aún angosto, es decir, no es en todas partes bidireccional, y por tanto la calidad y rapidez de la imagen y sonido todavía dejan mucho que desear. Para que una obra circule por Internet tiene que tener autorización del autor. La responsabilidad en caso de infracción no puede recaer en los que prestan la infraestructura de la red, pues es imposible saber qué es lo que circula en ella, debido a que la información no sólo va digitalizada sino también comprimida. Cuando visualizamos en la pantalla del computador una obra que hemos bajado de la red, nos encontramos frente a un acto de comunicación pública y frente a una reproducción temporal. Las perspectivas de las autopistas de la información son fascinantes desde el punto de vista tecnológico y cultural, pero no por ello se deberán avasallar los derechos de los autores. El Derecho debe cumplir su papel regulador.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Dentro de nuestro sistema jurídico autoral latino continental, siempre se ha considerado que sólo el hombre o persona natural es el autor de las obras, negándose la posibilidad de que los animales, las personas jurídicas o las máquinas puedan ser consideradas como creadoras. Es decir que, si por ejemplo, un mono pinta un cuadro, esa pintura no podrá ser tratada como obra ni será objeto de derechos de autor.

En los últimos años se han desarrollado computadoras que son capaces de producir mediante sistemas expertos sus propios programas. Analizan una problemática especial y a la luz de los antecedentes proponen diversas soluciones, todo ello sin intervención humana. La OMPI ha destacado que los sistemas expertos o inteligencia artificial "...tienen ciertas características asociadas con la inteligencia humana, tales como la percepción, el entendimiento, el aprendizaje, el razonamiento y la solución de problemas". Los sistemas expertos pueden ser una categoría especial de *software* o una combinación de *software* y base de datos. Por otro lado, como ya hemos mencionado, en las obras creadas por la máquina sin que exista una intervención humana de por medio, sólo encontramos que en la Ley del Reino Unido se considera en ese caso como autor "a la persona que haya tomado las disposiciones necesarias para la creación de dicha obra".

SOFTWARE Y BASES DE DATOS

El *Software* o Programa de Ordenador es una secuencia de instrucciones que hacen que una máquina realice una tarea determinada. Esa secuencia de instrucciones, al tener una forma concreta de expresión, creativa y original, es considerada como una obra literaria. Bajo el Derecho de Autor obra literaria es toda creación que tenga un lenguaje determinado como forma de expresión, siendo, en este caso, un lenguaje de programación. El Derecho de Autor protege todas las obras o creaciones intelectuales originales sin importar su mérito o destino. Hoy en día, si bien existe casi unanimidad en proteger el *software* por el Derecho de Autor como una obra más, dado que en casi todas las leyes el listado de obras protegidas es sólo ejemplificativo, cabe aclarar que no siempre fue así de claro.

Como anota el profesor Ricardo Antequera[5], las primeras computadoras venían con el *software* formando parte del equipo como una pieza más y por tanto no se le consideraba un bien jurídico distinto. La protección que se le daba era por la propiedad industrial como un secreto industrial. Dichas computadoras, de primera generación, eran por lo general de grandes dimensiones. Luego, cuando el *software* se separa de la máquina y surgen las primeras computadoras personales, máquinas tontas por no poder realizar por sí mismas ninguna tarea sin el *software*, se inicia la polémica sobre el régimen jurídico a aplicarse, dada además la extrema facilidad del copiado. Se descartó la propiedad industrial, pues el *software* no introduce cambios en el mundo físico al no ser un bien tangible. También se

[4] "Camino al futuro", Publicado por McGraw-Hill Interamericana, S.A.. Colombia 1995, p.5.

[5] "La Protección de los Programas de Computación", en "La Protección Jurídica del *software* y de las Bases de Datos", Instituto Venezolano del *Software*, 1990, p.p. 37-60.

descartó una protección especial o *sui generis* salvo, entre otros, el caso de Brasil. Finalmente, después de arduas discusiones se decidió que la protección más idónea era por el Derecho de Autor, por ser el *software* una obra del ingenio, como señaláramos en líneas anteriores. Para desarrollar el *software* se requiere de todo un proceso creativo, que se inicia con la formulación de la idea para la solución de un problema; se diseña un algoritmo o método, una carta de flujo u organigrama y finalmente el código fuente en lenguaje de programación que la máquina convertirá en código objeto. El *software* incluye también la memoria descriptiva y los manuales de uso.

Es a partir de 1970 que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI- comienza a estudiar el problema de la protección jurídica del *software*. No existe uniformidad para su denominación: en España se le denomina programa de ordenador; en Chile programa computacional; en México programa de computo; en Perú y la Comunidad Andina, *software* y programa de ordenador.

Los países han incorporado al *software* como objeto de protección del Derecho de Autor de diferentes maneras. Algunos, como Argentina, lo hicieron primero por la jurisprudencia; otros, por Decretos Supremos y otros por Resoluciones Administrativas. Como lo ha destacado el autoralista Carlos Villalba[6], la primera Ley de Derechos de Autor que introdujo el *software* entre las obras protegidas fue la de Filipinas en 1972; Estados Unidos lo hizo en 1980; Japón y Francia en 1985 y España en 1987. Actualmente el *software* y las bases de datos son tratados expresamente en el Acuerdo ADPIC en los mismos términos que las obras literarias.

La piratería de *software* se presenta de diferentes formas. Los llamados "cloneros", que venden computadoras ensambladas localmente, muchas veces al entregarle al cliente la máquina le "obsequian" algunos *software* como premio: dicho acto es ilícito y el que usa el *software* sin las licencias respectivas como el que lo reprodujo son igualmente responsables. Otra modalidad se da cuando una empresa adquiere un programa con licencia para una PC y lo instala en varias; o cuando simplemente adquiere un *software* licenciado a un tercero o lo compra a un vendedor sin la licencia respectiva.

La primera sanción administrativa por piratería de *software* fue impuesta mediante la Resolución Jefatural 086-93-ODA-INDECOPI, del 24 de setiembre de 1993.

Se dice que el *software* o las nuevas tecnologías se protegen solas y que no requieren legislación para ello. Para eso existen los mecanismos de autotutela, como el encriptado, las claves o dispositivos de acceso y la codificación. Se están desarrollando sistemas electrónicos de identificación de obras y de sus titulares, que permiten ubicar además a los posibles infractores así como facilitar la gestión de los derechos, dado que para acceder a una obra mediante la computadora deben previamente dar su número de tarjeta de crédito. Sin embargo, lamentablemente también se ha desarrollado toda una tecnología destinada a violar dichos mecanismos. Es por ello, que en las legislaciones modernas se prevén sanciones judiciales y administrativas para los infractores que soslayen los mecanismos de autoprotección; como ejemplo, recordemos que, mediante aparatos decodificadores, los organismos de radiodifusión algunas veces bajan señales codificadas portadoras de programas sin las autorizaciones respectivas y las retransmiten por cable o señal abierta, violando no sólo los derechos del organismo de radiodifusión de origen sino también de los autores musicales y/o productores audiovisuales, (demás está decir que la infracción se comete igualmente aunque la señal venga abierta y sin codificar). El autor controla todas las formas de explotación que puedan existir sobre la obra, siendo el Derecho de Autor de naturaleza territorial, no existiendo en el Perú un agotamiento internacional del derecho, tan sólo nacional en lo que se refiere sólo al derecho de distribución mediante reventa del ejemplar legítimo.

Las **Bases de Datos** se describen en la legislación como toda "compilación de obras, hechos o datos en forma impresa, en unidad de almacenamiento de ordenador o de cualquier otra forma". Por el momento, las bases o compilaciones de datos o de otros materiales están protegidas siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales. La protección no se hace extensible a los datos o material compilado. Por ejemplo, las páginas blancas de la guía telefónica son una base de datos ordenada en forma alfabética, es decir, en la selección o disposición de los datos o nombres no existe creatividad ni originalidad alguna, dado que el orden alfabético no lo es. En las guías donde aparecen primero los números telefónicos ordenados en forma creciente o una compilación

[6] "La protección de los programas de computación", en "La Protección jurídica del software y de las bases de datos", ob.cit., p.3.

legislativa ordenada por fechas o número de leyes, es igualmente así.

ESQUEMAS DE TRAZADO (TOPOGRAFÍAS) DE CIRCUITOS INTEGRADOS

El Derecho de Autor protege a todas las obras o creaciones intelectuales originales sin importar su mérito o destino. Es decir, no interesa la finalidad que va a tener la obra realizada, ni si para su elaboración se ha tenido que realizar o no una inversión económica sustancial. El artículo 4 del Decreto Legislativo 822, literal a, que señala que "El derecho de autor es independiente y compatible con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra" se basa en la legislación española. En caso de conflicto se preferirá siempre a lo que más favorezca al autor.

Tanto el Convenio de Berna (artículo 2, inciso 1) como la Decisión Andina 351 (artículo 4, literales g y k) y la ley peruana de Derecho de Autor (artículo 5, literales f. e i.) señalan entre las obras artísticas protegidas a los dibujos, mapas, planos y croquis relativos a la topografía, arquitectura, etc. El Glosario de Derecho de Autor de la OMPI establece que un "plano" es toda representación gráfica de un objeto que va a construirse en forma tridimensional; y que un "dibujo" es una obra artística en la que todo tipo de objetos o elementos imaginativos se representan por medio de líneas. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica que una "topografía" es el arte de describir y delinear detalladamente una superficie; y señala que un "trazado" es el recorrido o dirección de un camino. A su vez "trazar" es describir, dibujar, exponer por medio del lenguaje los rasgos característicos de una persona o asunto. Finalmente, la palabra "esquema" es definida como la representación gráfica y simbólica de cosas inmateriales o de una cosa atendiendo sólo a sus líneas.

Todas las definiciones anteriores son importantes pues el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los esquemas de trazado de los circuitos integrados, aprobado en Washington en 1989, obliga a dar protección intelectual respecto a los esquemas de trazado (topografías) originales, independientemente de que el circuito integrado se encuentre incorporado o no en un artículo. El Tratado define al circuito integrado como "...un producto, en su forma final o en una forma intermedia, en el que los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y alguna o todas las interconexiones, formen parte integrante del cuerpo y/o de la superficie de una pieza de material y que esté destinado a realizar una función electrónica". Asimismo, señala que "se entenderá por esquema de trazado (topografía) la disposición tridimensional, expresada en cualquier forma, de los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y de alguna o todas las interconexiones de un circuito integrado, o dicha disposición tridimensional preparada para un circuito integrado destinado a ser fabricado".

Si el esquema de trazado (topografía) esta dado a través de un dibujo original y creativo, cuyo trazo representa un plano o secuencia lineal, entonces estará protegido como tal por el Derecho de Autor sin importar su finalidad; es decir, sin importar qué vaya a representar un circuito integrado o cualquier otra cosa. El artículo 4 del Tratado de Washington deja en libertad a los países para proteger los esquemas de trazado de circuitos integrados por una ley especial o mediante la Ley de Derecho de Autor, patentes, modelos de utilidad, dibujos o modelos industriales, competencia desleal o cualquier otra ley o cualquier combinación de dichas leyes. Este tratado nunca entró en vigor, pues no alcanzó el número mínimo de cinco Estados requerido. A pesar de ello, ha cobrado actualidad dado que el artículo 35 de ADPIC obliga a los países a aplicar las disposiciones de los artículos 2 al 7 (con excepción del párrafo 3 del artículo 6), el artículo 12 y el párrafo 3 del artículo 16 del Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual Respecto de los Circuitos Integrados. Creemos que, independientemente de la protección que otorga el Derecho de Autor a los planos, topografías o dibujos en general, se requiere una doble protección para los circuitos integrados a través de una ley especial.

Mediante la Partida Registral 0658-97 del 06 de octubre de 1997, el Registro Nacional de Derecho de Autor de la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, ha inscrito por primera vez, una obra artística en forma de plano, que representa un dibujo de un esquema de trazado de circuito integrado, del autor Fernando Fernández Riccio, otorgándole únicamente una prueba de anterioridad.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA E INTERNACIONAL

Evidentemente que en la Ley 13714 de 1961 (ley peruana), el *software* no estaba incluido en el listado enunciativo de obras protegidas. A pesar de ello, desde 1987 el Registro Nacional de Derechos de Autor, que en ese entonces funcionaba en la Biblioteca Nacional del Perú, bajo la Dirección General de Derechos de Autor, hoy en día Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, comenzó a registrar el

software como una obra del ingenio más. En ese sentido, en el "Reglamento de Inscripciones en el Registro Nacional de Derechos de Autor", aprobado por Resolución Directoral 001-89-DIGDA-BNP, del 2 de enero de 1989, se consigna en el artículo 17 que "Tratándose de obras creadas para computador, generadas mediante programas de computación, incorporadas en soportes materiales magnéticos u otros objetos materiales análogos, el interesado acompañará a su solicitud un ejemplar del soporte material magnético o soporte material análogo en el cual está contenida la obra, así como una memoria descriptiva del soporte lógico del programa o programas". La palabra soporte lógico es tomada de la terminología francesa *"logiciel"*. El artículo 37 del Decreto Ley 25868 menciona por primera vez, a nivel de ley, al *software* como objeto del Derecho de Autor al encargarle a la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI su protección. Luego, el 21 de diciembre de 1993, al aprobarse la Decisión Andina 351 se dedicó el capítulo VIII a la regulación de los Programas de Ordenador y Bases de Datos, el mismo que fue trasladado, ampliándolo, a la nueva Ley Sobre el Derecho de Autor.

El artículo 36 de la Ley 13714 al enumerar, en forma no limitativa, algunas maneras de explotación de la obra, controladas por el autor como ejercicio de su derecho patrimonial, y señalar, entre otros medios, el de publicación y distribución por venta, televisión, radiodifusión, reproducción por disco, fotografía, etc., expresamente indicaba **"o de cualquier otro conocido"**. De esta manera, la tecnología digital de la que hemos venido tratando, así como los nuevos géneros de obras, estaban comprendidos en la vieja Ley 13714.

El **Decreto Legislativo 822**, que aprueba la nueva **Ley Sobre el Derecho de Autor,** armoniza la legislación peruana con la Decisión Andina 351; con la doctrina moderna y los Tratados Internacionales sobre la materia, principalmente el Acuerdo ADPIC o TRIPS de la OMC, el Convenio de Berna, así como los de Roma, Ginebra y Bruselas, que regulan los derechos conexos y las distribuciones de señales portadoras de satélite. Asimismo, dentro de la legislación comparada se tomó como antecedente la Ley 85-660 de Francia; la alemana de 1965, con la reforma de1990; la Ley española de 1987; las Leyes 23 y 44 de Colombia; la reforma de Chile de 1990; la boliviana; la venezolana; la de Estados Unidos y Panamá; los proyectos de Nicaragua, Paraguay y Uruguay. También se consideraron las Directivas de la Comunidad Europea y sus dos libros verdes sobre las nuevas tecnologías; el "libro blanco" de los Estados Unidos sobre la Propiedad Intelectual en la Infraestructura Nacional de la Información, publicado por Bruce Lehman en 1995; el Proyecto de Disposiciones Tipo sobre Derecho de Autor de la OMPI y los Documentos de los Comités de Expertos de la OMPI relativos a un Posible Protocolo sobre el Convenio de Berna y un Nuevo Instrumento sobre los derechos de los artistas y productores de fonogramas. Demás está decir que las disposiciones de la Ley 13714 de Perú fueron sumamente valiosas, dada la experiencia de más de treinta años de aplicación.

De otro lado, se solicitaron sugerencias a la Asociación Peruana de Autores y Compositores -APDAYC; al Comité de Productores de Fonogramas y Videogramas de la Sociedad Nacional de Industrias; a los representantes legales en el Perú de la industria del *software* y cinematografía (PROSOF, BSA y MPEAA); a la Cámara Peruana del Libro y a la Cámara Peruana de Editores; y a la Asociación Nacional de Artistas Intérpretes. Asimismo, se contó con el valioso apoyo del doctor Antonio Delgado, jurista español, coautor de la Ley de Propiedad Intelectual de España, que es la madre de todas las leyes modernas de América Latina y una de las mentes más lúcidas del Derecho de Autor. Igualmente los expertos Gustavo León y Guillermo Bracamonte alcanzaron importantes comentarios.

Con toda esa información la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, con el apoyo de la doctora Susana Cabrera, que se sumó al equipo, elaboró, luego de un año de trabajo, un Documento Base de Discusión. Éste, que luego fue concordado con el Documento Base traído por Ricardo Antequera, coautor de la Decisión Andina 351, autor del anteproyecto de la reforma de la ley venezolana, consultor de la OMPI, que elaborara un texto para Panamá, Paraguay y Uruguay y que dio al Perú su aporte invalorable y fundamental, fruto de lo cual se redactó un nuevo Documento; el cual, siendo mejorado por los especialistas del Área de Estudios Económicos y Asesores del Indecopi y del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales -MITINCI, se presentó para su promulgación.

El Decreto Legislativo 822 no sólo traslada en sus capítulos II y III del Título VI el articulado del capítulo VIII de la Decisión Andina 351 sino que lo mejora ampliamente; siendo nuevos los artículos 71, 72, 76 y 77 del Decreto Legislativo 822 en lo que al *software* se refiere. Por ejemplo, el artículo 76 fue una adaptación de lo establecido al respecto (ingeniería inversa o descompilación para obtener la interoperabilidad del programa) en la Directiva sobre Programas de Ordenador de la Comunidad Europea.

A fin de hacer su aplicación más comprensible se incorporó en el artículo 2 de la nueva ley un glosario de 49 definiciones. Se explican, entre otros, los conceptos de ámbito doméstico, distribución, comunicación pública, emisión, fijación, fonograma, grabación efímera, obra literaria, radiodifusión, reproducción, reproducción reprográfica, retransmisión, satélite, señal y sociedad de gestión colectiva.

Se incluye expresamente la tecnología satelital, de cable y digital, utilizando, al igual que en la Ley 13714, el listado meramente ejemplificativo, tanto para el listado de obras o creaciones protegidas como para la enumeración de derechos patrimoniales o particulares formas de explotación, como un modo de reproducción, comunicación o distribución controlada por el autor. Sin embargo, por errata no salvada, se utiliza indebidamente el término "digital" en los numerales 5, 39 y 46 del artículo 2 y en el literal c) del artículo 33.

Igualmente, se controla el acceso público a bases de datos de ordenador por cualquier medio o procedimiento, en cuanto incorporen o constituyan obras protegidas (literal g, artículo 33).

Los productores de fonogramas también podrán controlar la comunicación digital de sus fonogramas, cuando tal comunicación sea equivalente a un acto de distribución, por permitir al usuario realizar la selección digital de la obra y producción.

En relación a la **normatividad internacional** cabe señalar nuevamente que tradicionalmente existen diferencias entre el sistema jurídico latino y el anglosajón; ello ocurre no sólo con respecto a los derechos morales y su carácter inalienable, irrenunciable e imprescriptible, sino también, en lo que se refiere al reconocimiento de autoría, a las personas jurídicas y a dar categoría de "obra" a determinadas producciones que no necesariamente lo son. En la actualidad hay un proceso de acercamiento entre ambos sistemas, proceso que se nota sobre todo en los nuevos Tratados aprobados por la OMC y la OMPI.

A nivel de la Unión Europea, inicialmente se elaboró el denominado "libro verde sobre el Derecho de Autor y el desafío tecnológico", el cual originó la Directiva sobre Programas de Ordenador, en la que se destaca la originalidad para la protección de los mismos . Luego, apareció el otro "libro verde acerca del Derecho de Autor y la sociedad de la información", y posteriormente la Directiva sobre Bases de Datos.

En los Acuerdos Internacionales de Integración Comercial, tales como el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, México y Estados Unidos -NAFTA o TLC-; Pacto Andino (Decisión Andina 351); Mercosur y el Acuerdo de Propiedad Intelectual en materia de Comercio -ADPIC- o TRIPS de la Organización Mundial de Comercio -OMC-, entre otros, se han incluido también los adelantos tecnológicos ya mencionados y su regulación por el derecho de autor.

En lo referente a la OMPI, Organización especializada del sistema de Naciones Unidas establecida en 1967 por el Acuerdo de Estocolmo, administra el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y artísticas, instrumento internacional aprobado en 1886, que, como es natural, ha tenido varias revisiones, siendo la última la de París en 1971. Inicialmente este convenio tuvo un espectro principalmente europeo, y por tanto su estructura responde básicamente al sistema jurídico latino continental; basta con ver el artículo 6 bis referido a los derechos morales. En la actualidad tiene más de 121 Estados miembros que conforman la "Unión de Berna", a la cual el Perú ingresó en 1988.

El Convenio de Berna señala en el artículo 2,1 que "Los términos obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualesquiera sea el modo o forma de expresión, tales como...". Este Convenio no incluye expresamente al *software*, bases de datos ni a la comunicación digital, aún cuando diversos países interpretaron que el artículo 2 de Berna, al no ser taxativo, sí incluía al *software* por ser una obra del ingenio. Lamentablemente, para poder rectificar el Convenio de Berna se requiere la unanimidad de los Estados miembros y, por la cantidad de ellos, hoy en día es casi imposible. Por ello se escogió la vía de la elaboración de Protocolos Adicionales o nuevos Tratados paralelos.

Hemos tenido el privilegio de participar desde el inicio, en noviembre de 1991, en los Comités de Expertos y la Conferencia Diplomática de 1996, que elaboraron y aprobaron respectivamente, los dos últimos tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor y derechos conexos que incorporan las nuevas tecnologías.

En la primera sesión del Comité de Expertos, para el en ese entonces denominado "Eventual Protocolo al Convenio de Berna", se pusieron a consideración como temas, entre otros: la aplicabilidad del Convenio de Berna; los programas de ordenador; las bases de datos; los sistemas expertos y otros sistemas de inteligencia artificial; obras producidas por computador; fonogramas; almacenamiento de obras en ordenador; derecho de alquiler y préstamo público; derecho de distribución; derecho de importación; transmisión digital y administración colectiva de

los derechos. Es decir, abarcaba prácticamente todo lo relacionado con las nuevas tecnologías. Dentro de las discusiones de expertos y negociaciones llevadas a cabo, muchos temas se quedaron en el camino y otros nuevos se incorporaron luego.

Los derechos y disposiciones de los nuevos Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (25 artículos y varias Declaraciones Concertadas de carácter interpretativo, adoptadas por la Conferencia Diplomática) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (33 artículos y Declaraciones Concertadas) se encuentran contenidos en su totalidad en la Ley peruana Sobre el Derecho de Autor (Decreto Legislativo 822) y en parte de la Decisión Andina 351. En efecto, en cuanto a los nuevos géneros de obras, el primer tratado menciona los *software* y las bases de datos que sean originales y creativas por la selección o disposición de sus contenidos. En relación a los derechos trata sobre el de distribución, alquiler y comunicación al público para todo tipo de obras. El derecho de comunicación incluye cualquier sistema alámbrico o inalámbrico y expresamente el de la puesta a disposición del público de obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, entendiéndose en ella la comunicación interactiva de internet. El tratado también obliga a las partes a prever sanciones contra los que violen los mecanismos de autotutela, identificación de obras y titulares. En cuanto a las obras fotográficas se equipara el plazo de protección con las demás obras a 50 años.

Actualmente se viene analizando en la OMPI la posibilidad de ampliar la protección de las bases de datos a las no originales, es decir, a las que en su elaboración hayan demandado una inversión económica sustancial, mediante un tratado especial; asimismo se está discutiendo un nuevo tratado para ampliar los derechos de los artistas intérpretes sobre las obras audiovisuales, de las que fueron injustamente discriminados en el anterior Tratado Sobre Interpretación o Ejecución.



De frontera a frontera un concesionario NISSAN lo espera.

En todo el Perú usted encontrará un ambiente acogedor en sus concesionarios NISSAN. Siempre será tratado como un ilustre huésped y cuando opte por un modelo específico, no sólo se le garantizará un producto innovador de la más alta calidad, sino el servicio de profesionales cuya prioridad es brindarle la más completa satisfacción a través de todos sus años como propietario. Esta es una de las razones por las que miles de propietarios de autos NISSAN continúan siéndolo año tras año.

Con NISSAN, todas son ventajas para usted.

CAUSA

NISSAN

Maquinarias

NISSAN MAQUINARIAS S.A.

40 OFRECIENDO SERIEDAD Y RESPALDO PERMANENTE EN TODO EL PERU

Miembro de ARAPER

CONCESIONARIOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACION NISSAN A NIVEL NACIONAL

• **AREQUIPA** • ROBERTS AUTOMOTRIZ S.A. • RESERSUR **CAJAMARCA** • CIRO ARRIBASPLATA S.A. **CUSCO** • AUTOMOTRIZ ANDINA S.A. **CHICLAYO** • VEHICULOS S.A. **CHANCHAMAYO** • FERNANDO ROJAS Y CIA.S.A. **CHIMBOTE** • COREINSA **HUACHO** • INVERSIONES ALEJANDRINA S.A. • J.F. EQUIPOS S.A. **HUANCAYO** • HUANCAYO AUTOMOTRIZ S.A. • MAQUI SERVIS E.I.R. LTDA. **HUANUCO** • CARRION AUTOMOTRIZ S.A. **HUARAZ** • ALBERTO TORRES Y TORRES RODRIGUEZ HNAS. S.C.R.L. **ICA** • WONG HNOS. AUTOMOVILES S.A. **IQUITOS** • CADEMSA **LIMA** • ALMACENES SANTA CLARA San Borja • ALMACENES SANTA CLARA Ate-Vitarte • AUTODELTA S.A. • AUTOMOTORES ARENALES S.A. • AUTOREPUESTOS LIMA S.A. • MAQUINARIAS COMERCIAL S.A.-San Miguel • MAQUINARIAS COMERCIAL S.A.-San Isidro • MAQUINARIAS COMERCIAL S.A.-Los Olivos • MAQUINARIAS COMERCIAL S.A.-La Molina • MAQUISISTEMA DE FONDOS COLECTIVOS S.A. • SCORPIO MOTORS S.A. **PIURA** • VEHICULOS GRAU S.A. **PUCALLPA** • CHIU HNOS. S.R.L. **TACNA** • CANEPA Y CIA. S.C. • RIMASSA GNECCO Y CIA. S.C. **TARAPOTO** • AUTOMOTORES TARAPOTO S.A. **TARMA** • ALMACENES SANTA CLARA S.A. **TINGO MARIA** • CARRION AUTOMOTRIZ S.A. **TRUJILLO** • CARLOS A. MANNUCCI S.A.

CENTRAL DE ASESORIA AL CLIENTE 0-800-1-5600

CONSTITUCIONES Y COMPROMISO: LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES PUBLICAS GUBERNAMENTALES EN LA INGLATERRA DEL SIGLO XVII*

Douglas C. North
Luce Professor of Law and Liberty
Washington University

Barry R. Weingast
Senior Research Fellow
Hoover Institution
Stanford University

Este artículo estudia la evolución de las medidas constitucionales en la Inglaterra del siglo XVII que siguieron a la Revolución Gloriosa de 1688. Se centra en las relaciones entre las instituciones y el comportamiento del gobierno, e interpreta los cambios institucionales sobre la base de los objetivos de los vencedores -derechos de propiedad inviolables, protección de la riqueza y la eliminación de la expropiación por parte del gobierno. Se sugiere que las nuevas instituciones permitieron al gobierno brindar la credibilidad necesaria para mantener los derechos de propiedad. Este éxito fue importante, como lo demuestra la formación y crecimiento de los mercados de capital.

Este artículo se centra en los factores políticos que permitieron el crecimiento económico y el desarrollo de los mercados -no simplemente las leyes de intercambio económico promulgadas por el gobierno, sino también las instituciones que determinaron cómo se debían cumplir estas leyes y cómo éstas podían ser modificadas. Un factor político crucial es el grado en el que el régimen o el soberano es comprometido u obligado por estas leyes. Las leyes que el soberano puede realmente revisar difieren de manera significativa en las implicancias de su funcionamiento de leyes exactamente iguales, pero que no están sujetas a revisión. Lo que más resalta de esta situación es cuando el soberano altera las leyes relativas a la propiedad para su propio beneficio, lo cual crea una caída en el rendimiento de las inversiones, así como en los incentivos para invertir. Para que tenga lugar el crecimiento económico, el soberano o el gobierno no sólo debe establecer un grupo de leyes relevantes, sino que debe crear un compromiso verosímil con ellas.

Un gobernante puede establecer tal compromiso de dos maneras. Una es sentando precedentes de "comportamiento responsable", demostrando estar comprometido por un conjunto de normas que él mismo hace respetar inequívocamente. La segunda se da a través de la obligación de obedecer este grupo de leyes no tolerando ningun tipo de libertad de acción que permita violar el compromiso asumido. Nosotros muy rara vez hemos observado estas conductas, en buena parte debido a las presiones y continua tensión de la necesidad fiscal, que incentiva a los gobernantes a observar un "comportamiento irresponsable" y, consiguientemente, violar los acuerdos. A esto se refiere, precisamente, la historia que contamos.

* Publicado originalmente en *"The Journal of Economic History"* Vol. XLIX Núm. 4 dic. 1989. Agradecemos al doctor Eyzaguirre por habernos cedido el presente artículo para su publicación.

Intentamos explicar la evolución de las instituciones políticas en la Inglaterra del siglo XVII, centrándonos en las instituciones fundamentales del gobierno representativo que surgieron después de la Revolución Gloriosa de 1688: un Parlamento con un rol central al lado de la Corona y un Poder Judicial independiente de ésta. A comienzos del siglo XVII la necesidad fiscal propició que se incrementaran los niveles de "arbitrariedad" del gobierno, esto es, la expropiación de la riqueza a través de la redefinición de los derechos en favor del soberano. Esta situación llevó, en último término, a una guerra civil. Algunos experimentos fallidos con instituciones políticas alternativas condujeron a su vez a la restauración de la monarquía en 1660. El fracaso de ésta dio como resultado la Revolución Gloriosa de 1688 y el rediseño fundamental de las instituciones fiscales y gubernativas.

Para explicar los cambios que siguieron a la Revolución Gloriosa, primero desarrollaremos el problema que tuvieron que resolver los creadores de las nuevas instituciones, fundamentalmente, el control sobre el ejercicio de la arbitrariedad y el poder confiscatorio de la Corona[1]. Demostraremos entonces cómo, dados los medios, motivos y comportamiento del Rey durante este siglo, los cambios institucionales alteraron los incentivos de los participantes en el gobierno de la manera deseada por los vencedores de la Revolución. Estos cambios reflejaron un intento explícito de hacer verosímil la capacidad del gobernante para cumplir sus compromisos. Los límites explícitos puestos a la capacidad de la Corona para modificar unilateralmente los términos de sus acuerdos jugaron un papel clave aquí, ya que, después de la Revolución Gloriosa, la Corona debió obtener la venia Parlamentaria para poder modificar cualquier compromiso que hubiera asumido. Como el Parlamento representaba a los detentadores de riqueza, su importancia creciente redujo de manera notoria la capacidad del Rey para incumplir sus acuerdos. Además, la estructura institucional que se desarrolló después de 1688 no otorgó al Parlamento incentivo alguno para reemplazar a la Corona e incurrir en un comportamiento igualmente irresponsable. Como consecuencia, las nuevas instituciones produjeron un marcado incremento en la seguridad de los derechos de los particulares.

Como evidencia en favor de nuestra tesis, estudiaremos los cambios importantes en los mercados de capitales durante este período. Luego de unos pocos años de reinado de los Estuardo, la Corona no estuvo en capacidad de obtener fondos. Hacia la segunda década del siglo XVII, bajo la presión de las necesidades fiscales, la Corona recurrió a una serie de "empréstitos forzosos", indicando que no podría obtener fondos a pesar de que estaba deseosa de pagar. Tras la Revolución Gloriosa, sin embargo, no sólo el gobierno comenzó a solventarse financieramente, sino que tuvo acceso a un nivel de fondos sin precedentes. En sólo nueve años (de 1688 a 1697), los préstamos gubernamentales se incrementaron en todos los aspectos. Este agudo cambio en la buena voluntad de los prestamistas para suministrar fondos, refleja una incrementada percepción del compromiso del gobierno para cumplir sus acuerdos. La evidencia demuestra que estas expectativas se cumplieron, y que este patrón se extendió hasta el siglo siguiente.

Desde que nos centramos en la evolución e impacto de las instituciones políticas, necesariamente dejamos de lado los grandes contextos económicos y religiosos, aunque en muchos casos esas grandes cuestiones fueron la causa próxima de acciones y políticas que describiremos luego. En resumen, la historia del siglo XVII no está completa sino se describe tanto el crecimiento de los mercados y el desarrollo de las organizaciones que acompañaron la expansión económica, como las persistentes tensiones religiosas, particularmente entre católicos y protestantes. Un estudio más minucioso, mucho mayor de lo que permite este ensayo, podría intentar integrar los cambios de los costos de oportunidad de los participantes económicos y religiosos y entremezclarlos con los asuntos políticos sobre los cuales nos concentraremos. Pero hemos dicho que es importante enfatizar que nuestra tesis central es una parte clave de todo el proceso por el cual un marco institucional se desarrolló en Inglaterra. Nosotros afirmamos que, mientras la economía inglesa se había expandido y se daba el crecimiento de sus mercados, para continuar con el desarrollo económico era necesario remover las barreras que se describirán más adelante.

Este artículo se desarrolla de la siguiente manera. La Sección I trata acerca de la importancia de las instituciones políticas y la constitución, así como de su relevancia para las secciones que siguen. Las Secciones II y III desarrollan la historia del período, centrándose, respectivamente, en la Inglaterra bajo los

[1] Nuestra discusión de los eventos anteriores a la Revolución Gloriosa (1603 a 1688) simplemente caracteriza este período: no es un modelo o explicación del mismo. No obstante, como nuestra historia pone énfasis en los problemas que los ganadores (los *whig*) tuvieron que resolver, contiene necesariamente fuertes elementos de la historia "*whig*".

Estuardo, y en la evolución de las nuevas instituciones y la seguridad de los derechos que siguió a la Revolución Gloriosa. La Sección IV contiene la parte central de nuestro análisis y revela el por qué estas instituciones hicieron creíble el compromiso del gobierno en el cumplimiento de sus acuerdos. Las Secciones V y VI presentan nuestra apreciación del mercado de capitales, tanto público como privado.

I. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS Y LA CONSTITUCIÓN

El control del poder coercitivo por el Estado para fines sociales ha sido un dilema central a través de la historia. El rol fundamental de la constitución y de otras instituciones políticas es colocar restricciones al Estado y al soberano. Estas instituciones determinan en parte si el Estado produce leyes que benefician a una reducida élite y proveen pequeñas perspectivas de crecimiento a largo plazo, o si producen leyes que fomentan el crecimiento durante períodos prolongados. En otras palabras, un exitoso desarrollo económico a largo plazo requiere de incentivos apropiados no sólo para los agentes económicos, sino también para los políticos.

Debido a que el Estado tiene una ventaja en la coerción, ¿qué le impide usar la violencia para extraer todos los excedentes?[2] Es claro que no siempre forma parte de los intereses del gobernante usar el poder arbitraria o indiscriminadamente; ya que, a través de la celebración de algún acuerdo con sus miembros que les otorgue cierta seguridad, el Estado puede a menudo incrementar sus ingresos. Pero esto por sí mismo es insuficiente para garantizar una conducta consistente por parte del gobernante.

La doctrina sobre costos de transacción e instituciones enfatiza que mientras las partes pueden tener un fuerte incentivo para hacer un negocio, sus incentivos después del acto no son siempre compatibles con el mantenimiento del acuerdo: la conformidad es siempre un problema potencial. Esta doctrina también anota que, cuando los problemas *ex post* son anticipados *ex ante*, las partes intentarán modificar los incentivos para el incumplimiento, ideando instituciones o estatutos que fomentarán la conformidad con los términos de los acuerdos luego de que éstos se hayan celebrado. Oliver Williamson dice: "Las transacciones que están sujetas al oportunismo *ex post* se beneficiarán si acciones apropiadas pueden ser ideadas *ex ante*. Más que buscar una réplica contra el oportunismo, (la parte negociadora) prudente es quien busca tanto dar como recibir compromisos verosímiles. Los incentivos pueden ser realineados y se pueden idear estructuras de gobierno superiores dentro de las cuales se organicen las transacciones."[3]

Los problemas de conformidad con los acuerdos pueden ser reducidos o eliminados cuando las instituciones están cuidadosamente escogidas como para adecuarse a los problemas anticipados de incentivos. Bajo estas circunstancias, las partes son más proclives a celebrar y mantener acuerdos complejos que prevengan el control político por parte del Estado.

Para seguir en este rol, una Constitución debe edificarse desde un contexto de negociación entre el Estado y sus componentes, de tal manera que sus disposiciones prevean cuidadosamente los potenciales problemas de coacción que puedan presentarse entre los principales protagonistas del compromiso. La Constitución debe autoreforzarse, en el sentido de que los principales suscriptores del acuerdo constitucional deben tener incentivos para sostenerlo con posterioridad a su celebración.[4]

Considérese un préstamo a un soberano quien promete devolver el capital más los intereses en una fecha determinada ¿Qué impide que el gobernante simplemente ignore el acuerdo y se quede con el dinero? La reputación ha sido largamente mencionada como un factor importante que limita los incentivos que tiene un soberano para incumplir sus acuerdos, y esta aproximación se ha formalizado recientemente en los elegantes modelos de la moderna teoría del juego. El "largo brazo del futuro" otorga suficientes incentivos para honrar las deudas de hoy con la esperanza de obtener fondos

[2] A través de todo el medioevo tardío y el comienzo de la edad moderna, si los gobernantes no mantenían una ventaja comparativa en la coerción, dejaban pronto de ser gobernantes. Ver William McNeill, *Pursuit of Power* (Chicago, 1983); Douglas North, *Structure y Change in the Economic History* (New york, 1981); y Gordon Tullock, *Autocracy* (Dordrecht, 1987).

[3] Oliver Williamson, *Economic Institutions of Capitalism* (New York, 1985), pp. 48-49.

[4] Nuestra formulación del problema se dibuja en las "nuevas economías de organización". La aplicación de esta aproximación a los problemas políticos -y especialmente, al problema de sustentar instituciones que refuerzen los negocios- está recién comenzando. Ver, sin embargo, Barry R. Weingast y William Marshall, *"The Industrial Organization of Congress; or Why Legislatures, Like Firms, Are Not Organized as Markets, Journal of Political Economy*, 96 (Febrero, 1988), pp. 132-63; y Terry Moe, *"The New Economics of Organization", American Journal of Political Science*, 28 (agosto, 1984), pp. 739-77.

mañana. En muchos de los juegos estudiados por dicha doctrina, este incentivo es suficiente por sí mismo para prevenir los incumplimientos.

Actualmente, sin embargo, es sabido que existen circunstancias donde este único mecanismo falla en su función de prevenir incumplimientos.[5] En el contexto de la deuda externa del Tercer Mundo moderno, Jeremy Bullow y Kenneth Rogoff demuestran que explicar los incumplimientos políticos sobre la base de este mecanismo es claramente insuficiente, pues nos encontramos ante acuerdos institucionales mucho más complejos. De manera semejante, pero en el contexto medieval, John Veitch ha demostrado recientemente que los estados medievales tuvieron incentivos fuertes, pero no del todo diáfanos, para desarrollar una reputación de cumplimiento de los compromisos asumidos, lo que a larga consiguieron. Sin embargo, un conjunto de grandes incumplimientos ocurrió cuando apareció una segunda y típicamente más importante fuente de fondos. Eduardo I confiscó la riqueza de los judíos a finales del siglo XIII una vez que los comerciantes italianos comenzaron a operar en mayor escala, y Felipe IV confiscó la riqueza de los Templarios bajo situaciones similares.

Existe otro contexto importante en el cual los simples juegos son insuficientes para explicar los incumplimientos políticos. Los Estados en los albores de la Europa moderna estuvieron frecuentemente en guerra. Las guerras motivaron un incremento de los gastos en este período, y aumentaron las demandas fiscales del soberano; la supervivencia del soberano y del régimen estaban en peligro. Cuando la supervivencia estuvo en juego, el soberano empezó a pensar en términos inmediatos, haciendo que la ganancia obtenida con los incumplimientos fuera más atractiva que las futuras oportunidades que se perderían. En resumen, hay una larga historia de incumplimientos bajo las tensiones fiscales que acompañaron a las grandes guerras.[6]

La insuficiencia de la sola reputación para prevenir los incumplimientos resalta el rol que cumplen las instituciones políticas. Si el problema de los altibajos en los ingresos del gobierno es lo suficientemente serio, los individuos tienen un importante incentivo para idear instituciones que los protejan contra los incumplimientos. Es importante observar que estas instituciones no sustituyen por completo a una reputación bien establecida, pero en buena medida la complementan.[7] Instituciones apropiadamente elegidas pueden mejorar la eficacia de los mecanismos de reputación, actuando como límites precisamente en aquellas circunstancias donde la mera reputación es insuficiente para prevenir los incumplimientos. La doctrina de la Teoría de la Empresa está repleta con ejemplos que nos permiten apreciar cómo rasgos institucionales específicos de la empresa son necesarios para mitigar un creciente problema de incentivos, que es insuficientemente resuelto por su reputación.[8]

Este enfoque nos ofrece un rol endógeno para las instituciones políticas. Las restricciones en el comportamiento *ex-post* del Estado incrementan su capacidad para cumplir la parte que le corresponde en los negocios celebrados con sus integrantes, lo que puede darse, por ejemplo, no expropiando su riqueza.[9] Como demostraremos más adelante, esta lógica puede ser usada para interpretar los cambios institucionales en la época de la Revolución Gloriosa.

Nuestra perspectiva también implica que el desarrollo de los mercados libres debe ser acompañado por algunas restricciones verosímiles en la capacidad del Estado para manipular las normas que regulan la economía en ventaja de sí mismo y de sus miembros. El desarrollo económico exitoso, ade-

[5] Paul R. Milgrom, Douglas C. North, y Barry R Weingast, *"The Role of Institutions in the Revival of Trade, Part I: The Medieval Law Merchant"*, Mimeo., Hoover institution, Standford University, 1989; Jeremy Bullow y Kenneth Rogoff, *"A Constant Recontracting Model of Sovereign Debt"*, *Journal of Political Economy*, 97 (Febrero, 1989), pp. 155-78; John M. Veitch, *"Repudiations and Confiscations by the Medieval State"*, 46 (Marzo, 1986), pp. 31-36.

[6] Joseph Schumpeter, *"Fiscal Crises and the Taxa State"*, en Richard A. Musgrave y Alan T. Peacock, editores, *Classics in the Theory of Public Finance* (Londres, 1962). John Hicks, *"A Theory of Economic History* (Oxford, 1969). North, *"Structure and Change"*, y Veitch, *"Repudiations and Confiscations"*. Esto no es para decir que el soberano nunca cumplió sus acuerdos, sólo que no siempre lo hacía.

[7] Weingast y Marshall, *"Industrial Organization of Congress"*; Milgrom, North y Weingast, *"The Role of Institutions"*.

[8] La integración vertical es el ejemplo standard: debido a los problemas potenciales de las transacciones para los "activos específicos" o "apropiación de las cuasi-rentas" las empresas que internalizaron el problema vía integración vertical superaron a aquellas que no lo hicieron. Ver Williamson, *Economic Institutions*.

[9] En este sentido, nuestro argumento es paralelo al de James Buchanan y Geoffrey Brennan, quienes arguyen que el "reconocimiento de la dimensión temporal de la elección provee de una razón para las normas - normas que impondrían obligaciones en las opciones de elección después que las normas hayan sido establecidas". James Buchanan y Geoffrey Brennan, *Reason of Rules* (Cambridge, 1981), p. 67.

más, debe complementarse con instituciones que limiten la intervención económica del Estado y que permitan a los mercados y a los derechos de los particulares prevalecer en grandes segmentos de la economía. En otras palabras, debido a que las restricciones constitucionales deben autoreforzarse, ellas mismas deben servir para establecer el compromiso verosímil de que el Estado las respetará.

La capacidad de un Estado para salvaguardar los derechos privados y el comercio es de este modo una condición esencial del crecimiento. Y también, como veremos, un tema central en el debate constitucional en la Inglaterra del siglo XVII.

II. INGLATERRA BAJO LOS ESTUARDO: LIMITAR LOS COMPROMISOS VEROSÍMILES A LOS DERECHOS

Después de que la Corona pasó de los Tudor a los Estuardo en 1603, aumentó la importancia de los problemas vinculados a los ingresos fiscales y sus consecuencias. En esta época el Rey esperaba vivir de sus rentas, esto es, manejar los ingresos del gobierno de una manera doméstica. La ejecución de leyes públicas y los gastos no estaba sujeta a un proceso presupuestario, y el Parlamento jugó sólo un pequeño rol en las decisiones sobre los desembolsos y las inversiones. La Corona tuvo, por lo tanto, un considerable poder discrecional sobre cómo y en qué era gastado el dinero. La principal fuente de influencia política del Parlamento provenía de su capacidad para brindar a la Corona ingresos provenientes de impuestos, típicamente para gastos extraordinarios como los ocasionados por las guerras. El Parlamento también fue responsable de conceder a la Corona ingresos provenientes de otras fuentes, tales como los derechos de aduana, pero en la práctica, los Estuardo, particularmente Carlos I, continuaron percibiendo sus ingresos sin recurrir al consentimiento del Parlamento.

A través de todo el período Estuardo los ingresos provenientes de las fuentes tradicionales no proporcionaron recursos suficientes para cubrir los egresos. Asimismo, los gastos del gobierno durante el período Estuardo no habían sido reunidos sistemáticamente, como sí sucedió en el período siguiente a la Revolución Gloriosa.

En el comienzo del reinado de los Estuardo, las tierras de la Corona produjeron aproximadamente la mitad de los ingresos anuales. Para superar caídas anuales, la Corona regularmente recurría a la venta de estas tierras.[10] Al terminar la guerra con España en 1588, Isabel había vendido el 25% de las tierras, valoradas en 750,000 Libras Esterlinas. A pesar de esto, Jaime I heredó una considerable deuda de la guerra de Isabel. En su reinado (1603-1624), otro 25% de las tierras de la Corona fueron vendidas, y el resto lo fue durante el reinado de su hijo Carlos I (1625-1641). La venta para cubrir los gastos anuales de la principal porción de bienes productores de rentas nos indica que el problema de los ingresos fue endémico. Esto también explica que con el paso del tiempo los problemas para obtener ingresos tenían que empeorar, pues con cada venta las expectativas de ganancias futuras disminuían. Y, como se muestra en la Tabla 1, para el año 1671 los ingresos totales no cubrieron los gastos, dejando un déficit de 36,000 Libras esterlinas, suma que equivale a un 10% de los gastos del período.

Tabla 1: Fuentes de ingresos y nivel de gastos, 1617

Fuentes de ingresos	Cantidad (Lib.Est./anual)
Tierras de la Corona	80000
Derechos de Aduana y «Nuevas Imposiciones»	190000
Distritos Electorales y demás proveedores	180000
Total de Ingresos	450000
Total de Gastos	486000
Déficit	36000

Fuente: David Hume, *The History of England* (Indianápolis, 1983), Apéndice en *«The Reign of James I»*.

Bajo los Estuardo, por lo tanto, la búsqueda de nuevas fuentes de ingresos comenzó a ser la mayor prioridad. Una nueva fuente importante provocó conflictos entre la Corona y el Parlamento, fue la elevación de los ingresos provenientes de los derechos de aduana a través de nuevas "imposiciones". De hecho, en la década de 1630 tales incrementos casi habían quebrado la solvencia financiera del gobierno, y con ella la capacidad de la Corona para sobrevivir sin tener que llamar al Parlamento.

Solicitar préstamos fue otro método utilizado por la Corona para incrementar sus ingresos. El monarca, empero, no pudo desarrollar relaciones sistemáticas y regulares con los inversionistas, pese a que debería haber alcanzado esta situación a través de la celebración de una serie empréstitos en los cuales

[10] Ver por ejemplo, Derek Hirst, *Authority and Conflict: England, 1603-1658* (Cambridge, MA, 1986), cap. 4, y Lawrence Stone, *The Crisis of the Aristocracy, 1558-1641* (Oxford, 1965)

honrara las deudas presentes con la finalidad de poder obtener nuevos préstamos en el futuro. De hecho, la situación fue exactamente inversa Los Estuardo obtuvieron de sus préstamos bajo amenazas, los que desde ese momento fueron conocidos como "empréstitos forzosos". El servicio de la deuda era extremadamente impredecible, y no cumplió nunca los términos del acuerdo original. En el empréstito forzoso de 1604-1605 la Corona obtuvo un préstamo por 111,891 Libras Esterlinas, nominalmente para un año; "si bien...pagó al final 20,363 Libras Esterlinas...no fue sino hasta diciembre de 1609."[11] El empréstito forzoso de 1617 (apenas por debajo de las 100,000 Libras Esterlinas) no fue pagado hasta 1628. La Corona se comportó de manera similar en los empréstitos de 1611 y 1625. Con el correr del tiempo, los préstamos comenzaron a ser vistos cada vez más como impuestos, pero, debido a que nominalmente eran empréstitos, la Corona no necesitó del asentimiento parlamentario para obtenerlos.[12]

La incapacidad de la Corona para cumplir los términos de los contratos de préstamo es un indicador visible de su voluntad de alterar los derechos de los particulares en su propio beneficio. A pesar del incentivo que le proporcionaba el deseo de obtener fondos en un futuro, la Corona optó por priorizar sus intereses de corto plazo, incumpliendo los términos de los contratos celebrados. Como se describirá más adelante, este tipo comportamiento no se limitó a Inglaterra.

Un segundo método para elevar los ingresos de la Corona fue la venta de monopolios. A pesar de que no fue la más importante fuente de nuevos ingresos, es particularmente relevante a causa de sus consecuencias económicas.[13] A fin de elevar los ingresos de esta manera, la Corona empezó a usar las patentes de una forma distinta. Originalmente diseñadas para proteger y promover la invención de nuevos procedimientos, las patentes vinieron a ser usadas para "reducir industrias establecidas a monopolios con el pretexto de mejoras técnicas"[14] Desde la perspectiva de los ingresos de la Corona, las mejores fuentes de nuevos de monopolios se encontraban en actividades económicas que no sólo eran rentables, sino que eran desarrolladas por personas ajenas al círculo del Rey Esto llevó a una sistemática búsqueda y expropiación de las cuasi rentas de la economía. Empero, tal como veremos en la siguiente sección, la Corona utilizó para reforzar estos privilegios un sistema diferente al empleado por los viejos controles mercantilistas, y que era considerablemente más oneroso para la Corona. Este sistema implicaba burlar tanto a los derechos existentes como a las instituciones diseñadas para protegerlos.

Las concesiones de monopolios no sólo perjudicaron claramente los intereses de quienes participaban en la actividad intervenida, sino también los intereses de sus dependientes (por ejemplo, proveedores y consumidores). Las concesiones de monopolios actuaron, de esta manera, como un tributo que, desde que se apropiaba tanto del valor del capital existente como de las futuras utilidades, superaba considerablemente el margen de un impuesto que gravara con el 100% a las utilidades. Este riesgo reducía los beneficios de cualquier nueva inversión, por lo que desalentaba cualquier iniciativa empresarial.

Además de las concesiones de monopolios, Jaime, y especialmente Carlos, usaron una modalidad más sutil de expropiación de la riqueza. A causa de que muchos aspectos de la política pública estaban involucrados, el riesgo político para los ciudadanos se incrementó sustancialmente con relación al de los años anteriores. Un ejemplo importante fue la expansión de la nobleza gracias a la Corona, otra vez a cambio de ingresos.[15] Así como esta expansión tuvo amplias implicancias sociales, culturales e ideológicas, también tuvo efectos significativamente negativos en los nobles existentes. El incremento en el tamaño de la Cámara de los Lores alteró el valor de los escaños, puesto que limitó la capacidad de los lores para protegerse contra la Corona.[16] Entre la

[11] Robert Ashton, *The Crown and the Money Market, 1603-1640* (Oxford, 1960), p. 35.

[12] Ashton, *Crown and the Money Market*, p. 36. Richard Cust, en su reciente estudio sobre los empréstitos forzosos de 1626, proporciona varios ejemplos de sansiones impuestas a individuos que se negaron a proveer fondos: "los principales opositores fueron puestos en prisión o presionados para prestar servicios en el extranjero". Richard Cust, *The Forced Loans and English Politics* (Oxford, 1987), p. 3.

[13] Robert B. Ekelund, y Robert D. Tollison, *Mercantilism as a Rent Seeking Society* (College Station, 1981).

[14] W. Price, *English Patents of Monopoly* (Boston, 1906). Los ejemplos incluyen jabón, tabaco y almidón.

[15] F.W. Maitland, *Constitutional History of England* (Cambridge, 1908); Wallace Notestein, *The Winning of Initiative by teh House of Commons* (Londres, 1924); y Stone, *Crisis of the Aristocracy*.

[16] Hay dos razones diferentes para esto: el número total de votantes fue incrementado y la expansión sumó nuevos miembros cuyos puntos de vista difirieron totalmente de los de los nobles existentes. El intercambio que trajo nuevos nobles a la Cámara de los Lores indudablemente supuso un compromiso de apoyo al rey.

Coronación de Jaime I y el desencadenamiento de la Guerra Civil, la venta de los títulos de nobleza por parte de los Estuardo duplicó el número de nobles de Inglaterra.

El poder gubernamental fue usado de otras formas a fin de aumentar los ingresos de la Corona. Empleando el antiguo "poder de abastecimiento", los agentes de la Corona se apropiaron de varios bienes para "propósitos públicos", pagando los precios más bajos del mercado. Estos abastecimientos trajeron una ingreso anual "no votado" en el Parlamento de 40,000 Libras durante la década de 1620.[17] Jaime también puso títulos hereditarios en venta: por ejemplo, ofreció vender un título de baronet por 1,095 Libras Esterlinas y prometió que sólo un número reducido de dichos títulos sería vendido. Esto aportó 90,000 Libras Esterlinas en 1614. Pero Jaime pronto rompió su palabra, reduciendo el precio de los títulos y vendiendo una cantidad mayor a la inicialmente establecida. Hacia 1622 el precio había caído a 220 Libras Esterlinas.[18] A través de la Corte de los Distritos Electorales, la Corona manejó las herencias transmitidas a menores. Estas fueron a menudo abiertamente administradas en beneficio de la Corona, y no pocas veces su valor total fue completamente extraido.[19] La Corona también puso "dispensaciones" a la venta, esto es, el uso de sus poderes para permitir que individuos específicos fueran favorecidos con una ley o restricción específica. La "venta" de este poder fue a menudo usada conjuntamente con la aplicación o amenaza de aplicación de regulaciones que no habían sido usadas en años. En ocasiones la Corona simplemente se apropiaba de las propiedades de los ciudadanos. Un ejemplo especialmente notable ocurrió en 1640 cuando "el gobierno se apropió de 130,000 Libras Esterlinas en barras de metales preciosos, que comerciantes particulares habían colocado por motivos de seguridad en la Torre de Londres, ocasionando de esta manera numerosas quiebras".[20]

Esta colisión de intereses entre el Rey de un lado y los detentadores de riqueza y contribuyentes del otro, fue la principal razón por la cual la Corona no consiguió obtener concesiones del Parlamento. A cambio de estas concesiones, el Parlamento demandaba condiciones y límites en el poder del Rey que éste no estaba dispuesto a aceptar. Los intereses parlamentarios, de esta manera, exacerbaron el problema que precisamente intentaban eliminar. En efecto, la retención de fondos por el Parlamento empeoró los problemas fiscales de la Corona e intensificó su búsqueda de nuevas alternativas de financiamiento.

Bases Institucionales de la Política de los Estuardo

Tanto el Parlamento como las cortes del *Common Law* combatieron la implementación de monopolios y los cambios en los derechos realizados por la Corona en su búsqueda de rentas. El Parlamento obsequiaba regularmente al Rey una "relación de agravios", lista de problemas ocasionados por el Rey que ellos deseaban remarcar.[21] Las "relaciones de agravios" fueron parte de un proceso de negociación mayor, por medio del cual el Parlamento intentaba, a cambio de la concesión de nuevas rentas, limitar el poder del Rey y su uso de la política con fines de expropiación. A causa de su permanente problema financiero, los Estuardo llamaron a menudo al Parlamento en busca de ingresos adicionales. A cambio de dichas rentas, los intereses parlamentarios demandaban con regularidad que la Corona respetara los derechos de propiedad y las instituciones tradicionales y que, por ejemplo, cesase de declarar nuevos monopolios. La Corona, a su vez, fue evidentemente reacia a aceptar estas restricciones, de ahí que el Parlamento fue a menudo disuelto sin haber podido alcanzar un acuerdo con la Corona.[22]

Se hicieron también otros intentos con el fin de prevenir que la Corona usara el Derecho s en favor

[17] Hirst, *Authority and Conflict*, p. 103; y C. Hill, *Century of Revolution*, 1603-1714 (2nda Edición, New York, 1980), capítulo 4. Ver también John Kenyon, *Stuart England* (2nda Edición, New York, 1985).

[18] Hirst, *Authority and Conflict*, pp. 113-14.

[19] Ibid., p. 103.

[20] C. Hill, *Century of Revolution*, p. 103.

[21] Para detalles ver Notestein, *The Winning of the Initiative*.

[22] Entre las motivaciones de la Corona parece haber estado el deseo de ir hacia el absolutismo prevaleciente en el continente, mayormente en Francia y España. Como Kenyon observa, al comienzo del siglo XVII, "cualquier modificación adicional [en el balance de poder entre el Parlamento y la Corona] era probablemente en perjuicio del Parlamento"(Kenyon, *Stuart England*, p. 43). Esto casi tiene éxito. Hirst describe debates en el Parlamento en los cuales los participantes conocían explícitamente esta posibilidad (Hirst, *Authority and Conflict*, capítulo 3).

de sus objetivos. En 1624, el Parlamento aprobó el Estatuto de Monopolios, por el cual se prohibía el uso de patentes para la concesión de Monopolios, todo esto, a cambio de rentas para la Corona. De esta manera, el Parlamento trataba de defender los tradicionales derechos relativos a la inviolabilidad de la propiedad. Además, las cortes del *Common Law* conocieron el famoso "Caso de los Monopolios" en 1601, logrando que el uso de monopolios por la Corona fuera ilegal en el *Common Law*. La Corona, no obstante, fue capaz de evadir estas restricciones. Mientras estas evasiones tomaban a menudo un cariz de cuestionable legalidad, la Corona era capaz de ponerlas en práctica en la medida en que ya no dependería del Parlamento para obtener ingresos.

Para comprender la subsecuente reacción institucional contra estas políticas reales, es necesario estudiar los mecanismos institucionales usados por la Corona para manejar el gobierno. Con este propósito, tres elementos de los poderes reales y sus instituciones fueron fundamentales para el éxito de la Corona. Primero, una gran fuente de poder para la Corona era la prerrogativa real, por la cual la Corona emitía proclamaciones u ordenanzas reales. Por este medio la Corona podía emitir nuevas normas: esto es, tener poderes cuasi-legislativos sin tener que recurrir al Parlamento. Las normas reales fueron reforzadas, no a través de las cortes del *Common Law*, sino a través de cortes prerrogativas que tenían el poder para suspender la aplicación de las leyes y dispensar de éstas a individuos específicos.[23]

Segundo, la *Star Chamber*, que combinaba poderes ejecutivos, legislativos y judiciales jugaba un rol decisivo. En cuestiones concernientes a las prerrogativas, la *Star Chamber* tenía la última palabra, y podía, en ciertas circunstancias, modificar las resoluciones que perjudicaran a la Corona.[24]

Finalmente, como la Corona era personalmente responsable por las operaciones cotidianas del gobierno, pagaba a los jueces, quienes servían a sus deseos. De manera creciente, los Estuardo usaron su poder sobre los jueces para influenciar en sus decisiones. Algunos jueces -*Chiefs Justices* Coke (1616-17) y Crew (1627)- fueron abiertamente sancionados por resolver en contra de la Corona. Obviamente, esta táctica produjo jueces que daban un gran apoyo al Rey.[25]

El efecto de estas instituciones fue combinar en la Corona los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, limitando el control por instituciones externas. Aunque las proclamaciones reales no tenían el mismo rango legal que los actos parlamentarios, se hacían cumplir directamente a través de las cortes del *Common Law*. Aunque estas cortes no tenían que ir de la mano con el Rey - y a menudo no lo hacían - en última instancia él ganaba a través de la corte mayor, la *Star Chamber*. De este modo, mientras el *Common Law* estaba frecuentemente contra el Rey, éste podía alterar la jurisdicción correspondiente a una disputa mediante la emisión de proclamaciones. El uso extendido de la *Star Chamber* y el éxito alcanzado por la Corona en su empeño de gobernar sin el Parlamento, limitaron la capacidad de las institucional tradicional para controlar al monarca. La posesión efectiva de los poderes legislativo y judicial también dio a la Corona la capacidad de modificar los derechos políticos y económicos cuando le resultara conveniente hacerlo. En comparación con el siglo anterior, los derechos que el Parlamento y otras instituciones estaban destinados a proteger, eran onsiderablemente menos seguros.

Como respuesta a la situación descrita, se formó una coalición en contra de la Corona, buscando preservar las libertades, derechos y riqueza. Esto elevó las apuestas del juego político para los diferentes intereses económicos -en particular, creció la cotización de oponerse a la Corona. Además, debido a que la Corona intentaba privar a sus propios partidarios de la mayor parte de las ventajas que les había otorgado, la cotización del apoyo al Rey declinó. Es claro, no obstante, que el éxito de la oposición hubiera sido improbable si la Corona Inglesa, como sus pares de Francia o España, hubiera dispuesto de un ejército permanente para reprimir el levantamiento inicial.

[23] Dispensaciones para los individuos, como otros poderes bajo los Estuardo, fueron puestas en venta (Maitland, *Constitutional History*, pt. IV).

[24] La *Star Chamber*, en la cual se dieron los ejemplos de poder más notables, se convirtió en un rasgo característico de la Inglaterra de los Estuardo. Ver Maitland, *Constitutional History*, y Friedich A. Hayek, *Constitution of Liberty* (Chicago, 1960), capítulo 11.

[25] La dimisión de Coke, "la primera de un juez en treinta años, llevada a cabo en un período de incremento de la presión real en el Tribunal de justicia: en el reinado de Carlos, otros dos *Chief Justices*, Crew y Heath, y un barón jefe del *Exchequer Court*, Walter, siguieron a Coke (Hirst, *Authority and Conflict*, p. 121). Ver también la extensa y excelente discusión de Hayek, en *Constitution of Liberty*, capítulo 11.

De la Guerra Civil a la Revolución Gloriosa

Eventualmente, la oposición desafío abiertamente al Rey, sumergiendo al país en una guerra civil. Pero, la victoria final de la oposición no era inevitable.

Tras incrementar su poder, la oposición modificó las instituciones que sobrevivían a la derrota de la Corona. No es sorprendente que la *Star Chamber* fuera abolida en 1641 por un Acta que establecía que todos los casos relativos a la propiedad sean resueltos bajo el *Common Law*, añadiendo un hito en el camino hacia la supremacía del *Common Law*, quien era favorable a la conservación de los derechos de propiedad. Las restricciones contra los monopolios fueron así mismo reforzadas. En un intento por prevenir que la Corona gobernase durante períodos importantes sin llamar al Parlamento, este pasó a la legislación Trienial, así llamada por la regular permanencia del Parlamento. El aparato administrativo real fue desmantelado y con él la capacidad de la Corona para imponer regulaciones restrictivas en la economía contrarias a los derechos puestos en vigor por las cortes del *Common Law*.

Cambios importantes redujeron las restricciones en la movilidad laboral. Las modificaciones en la tenencia de la tierra favorecieron a su vez el desarrollo de derechos y mercados privados, y redujeron el control político de la Corona sobre esta parte importante de su estructura.[26] Nuevas y provechosas oportunidades resultaron del abandono de las restricciones al uso de la tierra y de la mejora de los mercados.

Después de la Guerra Civil se dieron un gran número de innovaciones políticas, incluyendo la abolición de la monarquía y de la Cámara de los Lores. Su fracaso guió las presiones para traer de regreso al Rey. Con la restauración de la monarquía en 1660, Inglaterra fue nuevamente gobernada por los Estuardo. Es fundamental, para entender la siguiente cadena de eventos, conocer una limitación relevante de los cambios institucionales previos a la Restauración. A pesar de que los detalles difieren considerablemente, los siguientes 25 años repitieron los acontecimientos del temprano reinado de los Estuardo en un aspecto importante. El conflicto con los ciudadanos condujo a los arbitrarios excesos del Rey. De lejos, el ejemplo más importante de esto -de hecho, el único que generó una nación unida contra la Corona- , concierne a la revisión de los estatutos de los gobiernos locales y el poder político. Esta revisión surgió como una reacción a la "Crisis de Exclusión" dirigida por los *whigs*, que permitió a la Corona deshacer mucha de la oposición y reducir de este modo los impedimentos a su ejercicio del poder. Entre los 104 miembros del nuevo Parlamento constituido a mediados de la década de 1680, sólo había un *whig*. Esto convirtió "lo que había sido un formidable, agresivo y altamente organizado partido de la oposición en una impotente colección de unos pocos individuos."[27]

La Corona tuvo éxito en sus maniobras políticas; existía poco control sobre sus poderes lo que le permitió desembarazarse de cualquier oposición. Pero, entre 1686 y 1688, Jaime II, habiéndose librado de la oposición *whig*, se volvió hacia sus propios partidarios, causando que éstos se unieran a la oposición para removerlo del trono durante la Revolución Gloriosa de 1688.

III. CAMBIOS INSTITUCIONALES QUE SIGUIERON A LA REVOLUCIÓN GLORIOSA

Al mismo tiempo que la Corona pasó a Guillermo de Orange y María, el Parlamento reestructuró las instituciones políticas de la sociedad en el Acuerdo Revolucionario. Para entender las nuevas instituciones, es necesario ver claramente el problema que los intereses parlamentarios tenían que resolver. El uso de la *Star Chamber* por los primeros Estuardo y la revisión de los estatutos realizada por los posteriores amenazaron las libertades y riqueza de los ciudadanos, dejándolos casi desprotegidos contra los intentos de la Corona para apropiarse de sus bienes. Pero, la experiencia había demostrado que el simple cambio de los poderes responsables de la conducta arbitraria era insuficiente para prevenir el abuso. El control de la conducta de la Corona requirió resolver los problemas financieros tanto como restringir sus poderes. Por lo tanto, la Revolución Gloriosa también se convirtió en una revolu-

[26] Ver H.J. Perkins, *"The Social Causes of the British Industrial Revolution"*, *Transactions of the Royal Historical Society*, 18 (1968). Hill, en la discusión del Acta de 1660 confirmando la abolición de las propiedades feudales, anota que en el siglo XVIII Blackstone llamó a esta Acta un beneficio más grande para los propietarios que la Carta Magna en sí misma (*Century of Revolution*, p. 127).

[27] Jones, *Revolution of 1688*, pp.47, 50. Como B.W. Hill observa, los esfuerzos de Jaime para llenar nuevamente de partidarios las asociaciones, "estuvieron cercanos al éxito en todos los aspectos menos en uno: alarmaron a la sociedad terrateniente, *Tori* tanto como *Whig*". Ver B.W. Hill, *The Growth of Parliamentary Parties: 1689-1742* (Hamden, 1976).

ción fiscal. Los principales rasgos de esta revolución institucional se exponen en las líneas siguientes.[28]

Primero, y fundamentalmente, la Revolución inició la era de la "supremacía" parlamentaria. Esta definió para el futuro próximo el tema de la soberanía: ahora era "el Rey en el Parlamento" y no el Rey solo.[29] La Corona no podría más, recurriendo al "Derecho Divino de los reyes", afirmar que estaba por encima de la Ley. La supremacía parlamentaria estableció un rol permanente del Parlamento en la administración del gobierno y desde allí llevó un control directo sobre la Corona. La Corona nunca más llamó o disolvió el Parlamento a su discreción.

El Parlamento también obtuvo un rol central en materia financiera. Su autoridad exclusiva para aprobar nuevos impuestos fue firmemente restablecida; al mismo tiempo, las fuentes de ingresos independientes de la Corona fueron también limitadas. Desde ese momento la Corona, para alcanzar sus objetivos, debía establecer relaciones exitosas con el Parlamento. Poco después, el Parlamento consiguió lo que nunca antes, el derecho de auditoría sobre la forma en que el gobierno gastaba sus fondos. El veto parlamentario sobre los gastos, combinado con el derecho a supervisar cómo habían sido gastados los fondos votados por ellos, puso importantes restricciones a la Corona.

Otro cambio institucional importante se centró en los poderes de la prerrogativa real. Estos fueron substancialmente restringidos y subordinados al *Common Law*, y las cortes de prerrogativas (que permitieron a la Corona poner en vigor sus proclamaciones) fueron abolidas. Al mismo tiempo, fue asegurada la independencia del poder judicial respecto de la Corona. Los jueces ahora servían sujetos a su buen comportamiento (ellos sólo podían ser removidos de sus cargos si eran condenados por ofensa criminal o por acción de ambas Cámaras del Parlamento) y ya no a la voluntad del Rey. La supremacía de las cortes del *Common Law*, favorables a los derechos de los particulares, fue de este modo asegurada.

Debido a que los Estuardo habían violado las libertades individuales de sus opositores (excesiva fianza y caso omiso del Habeas Corpus) como un medio de elevar el costo de la oposición, el reducir los poderes arbitrarios de la Corona condujo no sólo a libertades económicas y derechos de propiedad más seguros, sino también a derechos y libertades políticas. Los derechos políticos fueron vistos como un elemento clave para la protección contra las violaciones arbitrarias de los derechos económicos.

Dos puntos finales deben ser remarcados. Primero, parte del engranaje que conservó unidos estos cambios institucionales unidos fue el exitoso derrocamiento de Carlos I y, más tarde, de Jaime II. Esto estableció una amenaza verosímil para la Corona en caso incurriera nuevamente en comportamientos irresponsables. Las condiciones que podrían "disparar" esta amenaza fueron establecidas en la Revolución de las Colonias y, poco después, en la Declaración de Derechos. Segundo, a pesar de que la supremacía parlamentaria significó que el Parlamento dictaba la forma de las nuevas instituciones políticas, ellos no asumieron la única posición de poder dentro del gobierno, tal como lo hicieron después de la Guerra Civil o en el siglo XIX. A pesar de que se colocaron restricciones substanciales en el Rey, éstas no lo redujeron a ser sólo una fachada.

IV. LA REVOLUCIÓN GLORIOSA Y EL COMPROMISO VEROSÍMIL DE INGLATERRA PARA ASEGURAR LOS DERECHOS

Las innovaciones institucionales incrementaron dramáticamente el control de los tenedores de riqueza sobre el gobierno. Dado que la crisis fiscal inevitablemente presionó a la Corona para incumplir sus acuerdos, eliminar el control unilateral de la Corona sobre las decisiones clave fue un componente indispensable de las nuevas instituciones. Como se describió previamente, esto ocurrió de dos maneras. Primero, requiriendo del asentimiento del Parlamento para mayores cambios en la política (tales como cambiar los términos de los empréstitos o de los impuestos), de manera tal que los representantes de los tenedores de riqueza pudieran vetar dichas propuestas a menos que no afectaran sus intereses. Esto permitió actuar en tiempos de crisis, pero eliminó la actuación unilateral de la Corona. Segundo, fueron eliminadas otras formas a través de las cuales la Corona imcumplía sus compromisos, particularmente su capacidad para legislar de forma unilateral (a través de las prerrogativas), el *by-pass* parlamentario (debido a que la Corona disponía de fuen-

[28] PG.M. Dickson, *The Financial Revolution in England* (New York, 1967).

[29] Ver por ejemplo, Maitland, *Constitutional History*, pp. 298-301, o David Keir, *The Constitutional History of Modern Britain Since 1485* (Londres, 1966).

tes independientes de fondos), o el sancionar a los jueces que no apoyaran los deseos de la Corona.

Dos factores hicieron que las nuevas medidas se autoreforzaran. En primer lugar, la amenaza verosímile de un derrocamiento limitó la capacidad de la Corona para ignorar los nuevos acuerdos. Segundo, a cambio de tener la voz cantante en el gobierno, los intereses parlamentarios acordaron poner al gobierno en una posición financiera sólida, esto es, acordaron otorgarle suficientes rentas a través de los impuestos. Esto no sólo significó la desaparación de un motivo fundamental para el ejercicio del poder arbitrario, sino que supuso para el nuevo Rey Guillermo poder lanzar una gran guerra contra Francia. Las nuevas medidas se mostraron tan satisfactorias para el Rey que una multitud de precedentes fueron colocando la nueva división de poderes sobre una sólida posición. Como consecuencia de estos cambios institucionales, los derechos de los particulares se volvieron definitivamente más seguros.[30]

Restricciones Políticas e Institucionales en el Parlamento

El triunfo del Parlamento puso sobre el tapete la pregunta de por qué no podía entonces actuar como el Rey. Lo motivaba un orgullo no menor que el de aquél. Pero los resultados institucionales disuadieron efectivamente al Parlamento de observar un comportamiento similar. Robert Ekelund y Robert Tollison presentan el siguiente análisis general:

"Los altos costos ocasionados por la incertidumbre y el crecimiento de los ingresos particulares redujeron en Inglaterra las demandas de la industria para establecer regulaciones y controles. Todo esto fortaleció la democracia constitucional emergente, lo cual creó condiciones que hicieron la búsqueda de fondos más cosotosa para el monarca y los mercantilistas. Cuando el foco de poder para obtener rentas se trasladó del monarca al Parlamento...los costos para conseguirlas a través de actos del Parlamento se incrementaron.[31] "

Ellos sugieren que la natural diversidad de puntos de vista en una legislatura incrementan el costo de obtener beneficios particulares a través de regulaciones favorables.

La incorporación de las libertades económicas y políticas en la Ley, los intereses de los principales (por ejemplo, comerciantes) en una mayor cantidad de libertad y las consideraciones ideológicas que barrieron Inglaterra a finales del siglo XVII, se conjugaron para jugar un papel clave en el cambio institucional. El nuevo acuerdo constitucional fue fundado por varios individuos que disponían de poder para vetar, y de este modo se establecieron los comienzos de una división o separación de poderes.[32] Obtener beneficios particulares a expensas de los fondos públicos requería ahora la colaboración de la Corona, el Parlamento y las cortes. Sólo la Corona podía proponer un gasto, pero sólo el Parlamento podía autorizarlo y obtener fondos para la propuesta, y esto únicamente se podía hacer para los fines propuestos por la Corona. Erskin May resume este procedimiento como "La Corona demanda, los Comunes financian y los Lores aprueban el financiamiento". Un balance de poder entre la Corona y el Parlamento limitó sustancialmente la provisión pública de beneficios particulares.[33]

Otros tres factores políticos ayudaron a explicar por qué la nueva etapa de supremacía parlamentaria no transfirió simplemente el poder de la Corona al Parlamento. En 1641, el aparato administrativo centralizado, que reforzaba las tentativas reales para alterar la propiedad y los derechos, fue destruido. La ausencia de una estructura semejante, impidió que tanto la Corona como el Parlamento incurrieran en un abuso similar. Debido a que el nuevo aparato -que fue inicialmente bastante limitado- podría expandirse en un futuro, existían muchos intereses que se oponían a su creación.

[30] Jones en la p. 6 de *Revolution of 1688*, concluye: "Ninguno de sus arquitectos podría haber predicho su efectividad asegurando libertades, religión, propiedad e independencia de la nación después que muchos intentos habían fallado."

[31] Ekelund y Tollison, *Mercantilism*, p. 149.

[32] Nosotros enfatizamos, no obstante, que esta división de poderes no fue un sistema claro de balances y controles. No podemos considerarlo como una verdadera separación de poderes. Los creadores de las nuevas instituciones llegaron lejos preocupándose más por las obligaciones de la Corona que por proteger a la Corona de los abusos del Parlamento. De este modo, en la última mitad del siglo XVIII, el poder de la Corona disminuyó y con él las obligaciones (o controles) del Parlamento. Ver A.F. Pollard, *The Evolution of Parlament* (Londres, 1926).

[33] Erskin May, *Parlamentary Practice* (17ª Edición, Londres, 1966; 1era Edición, 1844). Una investigación adicional de los procedimientos creados en esta época está por venir.

Segundo, la coalición *whig* gobernante, con inclinaciones comerciales, prefirió gobiernos con poderes limitados y, especialmente, poca interferencia en las cortes del *Common Law*. El Parlamento fue de esta manera limitado políticamente a fin de que no intervenga en las cortes. Como R. Braun observa:

"La oligarquía *whig* estaba ansiosa de evitar los abusos contra la privacidad de los negocios de de aquellos grupos que le proporcionaban apoyo. No sólo el marco constitucional e institucional, sino también la base ideológica predominante [de los Whig y sus electores] impidieron que el aparato administrativo central del gobierno británico desarrollara [mayores funciones de regulación y control].[34]

Una generalizada regulación del mercado a cargo del Parlamento, siguiendo la línea de Colbert en Francia (o de los Estuardo), podría haber generado una ruptura con las cortes del *Common Law*. De esta manera, la independencia política de las cortes limitó los abusos potenciales del Parlamento. Combinada con los explícitos límites institucionales a la intervención de la Corona, esta situación aseguró la importancia de las cortes y su autoridad incontestada en grandes áreas de la actividad económica.

Tercero, la creación de un poder judicial políticamente independiente incrementó la capacidad del gobierno para cumplir sus compromisos. Ya que limitaron la capacidad del gobierno para incumplir sus propios acuerdos, las cortes jugaron un papel central, al garantizar el compromiso de proteger los derechos. Como veremos, este compromiso mejorará substancialmente la capacidad del gobierno para incrementar sus recursos recurriendo a empréstitos.

De esta manera, los cambios institucionales y políticos que acompañaron a la Revolución Gloriosa incrementaron significativamente la previsibilidad de los actos del gobierno. Al colocar al gobierno sobre una sólida base financiera y brindarle una tributación regular, suprimieron el azaroso componente de la expropiación vinculada a los intentos reales para obtener rentas. Cualquier grupo de interés que buscara obtener beneficios particulares debía ahora conseguir la aprobación tanto de la Corona como del Parlamento.

V. LA REVOLUCIÓN FISCAL

Para ver los profundos efectos de la Revolución Gloriosa, nos centraremos en un elemento importante de las finanzas públicas, los préstamos solicitados por el gobierno. Como los mercados de capitales son especialmente sensibles a la protección de los derechos de propiedad, nos proveen de un único y altamente visible indicador de la revolución política y económica que se llevó a cabo. En suma, ellos son uno de los pocos medios para evaluar empíricamente los efectos de la Revolución Gloriosa.

Con anterioridad a la Revolución Gloriosa, los pagos de los empréstitos estuvieron sujetos a la manipulación de la Corona; los aplazamientos y retrasos en los pagos fueron comunes. Como se indica en la Tabla 2, los recursos fueron obtenidos a través de empréstitos forzosos en 1604/5, 1611/12, 1617 y 1625. En cada oportunidad la Corona no cumplió con los acuerdos. En el préstamo de 1617, por ejemplo, Jaime I obtuvo en Londres 100,000 Libras Esterlinas por un año con una tasa del 10%. Al final del año, si bien había pagado los intereses, Jaime no había cancelado el capital y demandó que el préstamo fuera renovado. Ningún interés fue pagado durante los años siguientes, y cada año otra renovación era "acordada". En 1624, Carlos I bajó la tasa de interés a un 8%; empero, él no pagó ningún interés, y no reembolsó el capital hasta 1628. Tal comportamiento difícilmente podría servir para ganar la confianza de potenciales fuentes de nuevos préstamos. Como concluye Robert Ashton: "el trato arrogante que la Corona impuso a sus prestamistas, y más especialmente a los prestamistas poco dispuestos, quienes hicieron contribuciones obligatorias a través de la Corporación de Londres", ayuda a explicar por qué la Corporación de Londres y los intereses financieros apoyaron la causa del Parlamento.[35] Los Estuardo nunca hicieron intento alguno para desarrollar una gran fuente internacional de empréstitos.[36]

[34] R. Braun, *"Taxation, Sociopolitical Structure, and State-Building: Great Britain and Brandenburg-Prussia"*, en Charles Tilly, editor, *Formation of Nation States in Western Europe* (Princeton, 1975).

[35] Ashton, *Crown and the Money Market*, p. 113.

[36] Ashton reporta sólo dos de tales empréstitos, el segundo de los cuales (58,400 Libras Esterlinas en 1616) estuvo todavía pendiente en 1636. Aquí los Estuardo fallaron demasiado en crear una reputación de cumplimiento de los acuerdos. Hacia 1630, la Corona no era capaz de pedir préstamos en todas las otras fuentes internacionales de Londres.

Tabla 2: Empréstitos forzados por los Estuardo tempranos, 1603-1625

Año	Cantidad	% por Año	Reembolsos/Pagos
1604/5	111891	10%	20362 Libras Est. no pagadas hasta Dic. 1609
1611/12	116381	10	112000 Libras Est. no pagadas hasta Jul. 1616
1617[a]	96466	10[b]	No pagado hasta 1628
1625[c]	60000	8	No pagado hasta 1628

[a] Extensión en 1624 asegurado por las tierras de la Corona
[b] Reducido unilateralmente al 8% por Carlos I en 1624
[c] Asegurado por las tierras de la Corona.

Fuente: Robert Ashton, *The Crown and the Money Market*, 1603-1640 (Oxford, 1960), cap. 2 y 5.

Varias innovaciones financieras ocurrieron bajo los últimos Estuardo, incluyendo algo que jugó un papel clave en la "revolución financiera" ocurrida después de 1688, esto es, la creación de notas "negociables", es decir, que podían ser vendidas. El reciente trabajo de Glenn Nichols sugiere que los ajustes financieros bajo los últimos Estuardo fueron de lejos superiores que los de los primeros Estuardo. Sin embargo, la tensión fiscal presionó el sistema hasta sus límites y generó un rechazo parcial en el famoso "paro de hacienda" de 1672. La deuda en cuestión, de más de 1 millón de libras, muestra que los últimos Estuardo - hasta ese tiempo por lo menos - podían recolectar sumas elevadas.[37]

Innovaciones Institucionales

Una serie de innovaciones institucionales durante la guerra con Francia (1689-1697) cambiaron la forma en que el gobierno buscó créditos, facilitando la regularización de las finanzas públicas. Primero, el gobierno comenzó, como una práctica regular, a destinar los nuevos tributos, autorizado estatutariamente por cada nuevo empréstito, para pagar los intereses de todos los nuevos empréstitos a largo plazo. Al destinar los tributos anticipadamente, los intereses parlamentarios limitaron la discrecionalidad del Rey cada año en mayor medida, con la finalidad de pagar el interés correspondiente a los prestamistas.

Segundo, el primer gran préstamo a largo plazo (1'000,000 de Libras Esterlinas) asegurado por nuevos tributos tuvo lugar en 1693. Para 1694, empero, estos fondos se habían agotado. Cuando el gobierno buscó un nuevo préstamo de gran magnitud, invitó a los suscriptores a asociarse con el Banco de Inglaterra. El Banco fue responsable del manejo contable de los préstamos y de asegurar la continuidad de los desembolsos prometidos. Ciertas restricciones también fueron impuestas: el Banco no podría prestar dinero a la Corona ni comprar cualquier sus tierras sin el consentimiento explícito del Parlamento. Como Macaulay observó un siglo atrás, esta situación creó un fuerte instrumento del partido *whig* (y por lo tanto de los intereses comerciales). Desde que los préstamos a la Corona se realizaron a través del Banco, "éste debía detener instantáneamente los pagos a la Corona, si es que hubiera cesado de recibir los intereses que la Corona se había comprometido a pagar".[38] El gobierno había creado de esta manera una obligación adicional para su futuro comportamiento, pues condicionaba la utilización de los fondos de un préstamo actual al cumplimiento de los términos de préstamos anteriores.

Otros dos cambios son también importantes. En 1698 el gobierno creó un fondo separado para cubrir insuficiencias en el caso de que los ingresos destinados para amortizar préstamos específicos fueran insuficientes para cubrir las distribuciones respectivas (como fue el caso de varios empréstitos). Esto removió explícitamente el componente de riesgo asociado a cada préstamo, ocasionado por su vinculación a un tributo específico.[39] Segundo, durante este período comenzó la fabricación de moneda, reduciendo la adulteración de la moneda corriente.

Préstamos Gubernamentales (1688-1740)

Así se fundaron los modernos mercados de capitales en Inglaterra. Los cambios institucionales tuvieron más éxito de lo que sus creadores hubieran esperado. La original suscripción al Banco de Ingla-

[37] Ver Glenn O. Nichols, "*English Goverment Borrowing Before the Financial Revolution*", manuscrito, Anderson College, 1988. Para detalles sobre el cese del fisco, ver Dickson, *Financial Revolution*. A cambio de sus pagarés a corto plazo, la Corona dio solicitó nuevos préstamos a largo plazo. No obstante, gran parte del interés de los últimos todavía no fue pagado en el tiempo de la Revolución Gloriosa.

[38] Lord Macaulay, *The History of England*, (Londres, 1914), vol. V, p. 2438.

[39] Como David Ogg explica: "De allí en adelante el inversionista sabía que, prestando dinero con un tributo específico, tenía la garantía parlamentaria de la seguridad de sus inversiones, basado no solamente en fondos particulares, sino en el total de los ingresos nacionales." David Ogg, *England in the Reigns of James II and William III* (Oxford, 1955). En consideración a lo segundo, ver pp. 422-25.

terra, por ejemplo, se esperaba lenta y posiblemente sin éxito. En este período, un tercio del empréstito es suscrito durante el primer día y otro tercio durante el transcurso de los dos días siguientes. Luego de diez días el empréstito está completamente suscrito.

Tabla 3: Crecimiento de la deuda gubernamental, 1618-1740 (en millones de Libras Esterlinas)

Año	Gasto Gobierno[a]	Deuda[b]	Precios(1701=100)[c]
Estuardo Ingleses			
1618[d]	Libras 0.5	Libras 0.8	
mediados 1630[e]		1.0	1.0
1680[f]	1.4		113
1688[f]	1.8	1.0[g]	99
Post Rev. Gloriosa			
1695	6.2	8.4	116
1697	7.9	16.7	122
1700	3.2	14.2	115
1710	9.8	21.4	122
1714	6.2	36.2	103
1720	6.0	54.0	102
1730	5.6	51.4	95
1740	6.2	47.4	100
1750	7.2	78.0	95

Nota: Debido que estas cifras son obtenidas de una variedad de fuentes, ellas están llevadas solamente a proveer una indicación de tendencias subyacentes. Cifras para gastos y deudas después de la Revolución Gloriosa son de más confianza.

Fuentes:

a. Gastos Gubernamentales, post-1688: B.R. Mitchell, *British Historical Statistics* (Cambridge, 1988), cap. 11, Tabla 2.
b. Deuda, post-1688: Mitchell, *British Historical Statistics*, cap. 11, Tabla 7.
c. Precios: Mitchell, *British Historical Statistics*, cap. 14: 1680-97, Tabla 1, parte A.
d. Gastos Gubernamentales y Deuda, 1618: David Hume, *The History of England* (Indianápolis, 1983), «*Appendix to the Reign of James I*».
e. Gastos Gubernamentales y Deuda, mediados 1630: Derek Hirst, *Authority and Conflict: England, 1603-1658* (Cambridge, Ma, 1986), p. 174.
f. Gastos Gubernamentales, 1680 y 1688: C.D. Chandaman, *The English Public Revenue, 1660-1688* (Oxford, 1975), apéndice 2, Tabla 7, «*Total Available for Ordinary Purposes*».
g. Deuda, 1688: H. Fisk, *English Public Finance* (New York, 1920), p. 93.

Para ver los dramáticos resultados de la revolución fiscal, tenemos que volver hacia las finanzas públicas de este período. La Tabla 3 provee información acerca de los gastos y deudas gubernamentales. En vísperas de la revolución, los gastos gubernamentales bordearon los 1.8 millones de Libras Esterlinas, reflejando un lento pero constante incremento en relación a las dos décadas anteriores.[40] La deuda gubernamental estuvo limitada alrededor de 1 millón de Libras esterlinas o entre 2 a 3% del PBI (estimado en 41 millones de Libras Esterlinas). A pesar de esto, mientras que Holanda obtenía un préstamo de largo plazo por 5 millones de Libras Esterlinas a un 4% anual, la Corona inglesa sólo podía prestarse pequeñas cantidades a corto plazo, pagando entre 6 y 30% anual.[41]

La revolución alteró radicalmente este patrón. En 1697, sólo nueve años más tarde, los gastos gubernamentales crecieron el cuádruple, hasta 7.9 millones de Libras Esterlinas. La causa inmediata de esta alza fue una nueva guerra contra Francia. Pero, es importante destacar que la capacidad del gobierno para emplear los recursos de la sociedad se incrementó. Esto se evidencia por el incremento en el tamaño de la deuda pública, que creció, durante los nueve años de la guerra, de 1 millón hasta cerca de 17 millones de Libras Esterlinas. Este nivel de deuda -aproximadamente el 40% del PBI- era anteriormente inalcanzable. No obstante, la capacidad del nuevo gobierno para financiar una guerra a niveles sin precedentes jugó un papel clave para derrotar de Francia. Para ubicar esta situación en una perspectiva moderna, una economía de un trillón de dólares habría comenzado el período con 25 billones de dólares en deudas, los cuales, en nueve años podrían haber crecido sobre los 400 billones de dólares.

Después de la guerra, tanto los gastos gubernamentales como la cantidad financiada a través de la deuda, fueron sustancialmente más altos que en los niveles previos. Hacia 1720 la deuda gubernamental fue cinco veces mayor que la de 1688 en relación al PBI. El financiamiento de las guerras mediante empréstitos tuvo otros beneficios importantes. Previamente, largas e inesperadas guerras fueron siempre seguidas de cerca por grandes demandas fiscales, búsqueda de nuevas fuentes de ingresos y,

[40] C.D. Chandaman, *The English Power Revenue: 1660-1688* (Oxford, 1975).

[41] Para cifras en la deuda gubernamental y PBI estimados, ver B.R. Mitchell, *British Historical Statistics* (Cambridge, 1988). Para porcentajes de interés, ver Sidney Homer, *A History of Interest Rates* (New Brunswick, 1963), p. 149.

consecuentemente, demandas poco favorables sobre los tenedores de riqueza. Tales demandas fueron virtualmente eliminadas por los nuevos métodos de financiamiento. Otra evidencia del incremento de la predicibilidad del nuevo régimen está indicada por los porcentajes de cambio en los precios. A pesar de que el déficit sostenido dio lugar a un gran incremento de la deuda, la política del gobierno no condujo a una economía inflacionaria.[42]

Al mismo tiempo que el ámbito de los préstamos gubernamentales se incrementaba, la tasa de interés que se le cobraba iba disminuyendo. Sus préstamos iniciales a largo plazo, a comienzos de de la década de 1690, tuvieron una tasa de 14% (ver Tabla 4). Hacia finales de dicha década la tasa fue alrededor de la mitad, entre 6 y 8%. Durante las dos décadas siguientes la tasa de interés continuó cayendo, hasta que, hacia 1730, llegó a alcanzar el 3%.

Tabla 4: Préstamos a largo plazo al gobierno: porcentaje de intereses, 1693-1739.

(ingresos selecionados)

Fecha (a)	Cantidad	Intereses	
Ene 1693	Libras 723394	14.4%	Impuestos adicionales de consumo
Mar 1694	1000000	14.0	Derechos de aduana en importaciones
Mar 1694	1200000	8.0	Derechos de aduanas adicionales
Abr 1697	1400000	6.3	Drechos de aduana e impuesto al consumidor
Jul 1698	2000000	8.0	Derechos de aduana al consumidor adicionales
Mar 1707	1155000	6.25	Excedentes de fondos de 5 préstamos de der. de aduana de 1690
Jul 1721	500000	5.0	Ingresos hereditarios de la Corona
Mar 1728	1750000	4.0	Derechos de aduana al carbón
May 1731	800000	3.0	Derechos de aduana
Jun 1739	300000	3.0	Fondos de amortización

(a) Fecha del asentimiento real para el acta de préstamo.

Fuente: P.G. Dickson, *The Financial Revolution in England* (New York, 1967), tablas 2, 3 y 22.

Estas cifras son impresionantes en dos aspectos. Primero, se incrementó notablemente la cantidad de riqueza ahora disponible para ser usada por otros. Segundo, la tasa de interés se redujo al mismo tiempo que los préstamos al gobierno se incrementaban. Agudos incrementos en la demanda acompañados por el descenso en las tasas de interés, indican que el riesgo asociado con la conducta del gobierno disminuyó considerablemente, a pesar del enorme incremento en el tamaño de la deuda pública. Conforme la sociedad ganaba experiencia con sus nuevas instituciones, particularmente su predicibilidad y compromiso en la defensa de los derechos, las expectativas sobre los futuros acontecimientos empezaron a reflejar el nuevo orden.

Este cambio en las expectativas se reflejó directamente en la respuesta de los mercados de capital. Las nuevas bases institucionales de las finanzas públicas proveyeron un claro y dramático compromiso verosímil de que el gobierno podría cumplir sus promesas y mantener el conjunto de derechos existente. Mientras que las condiciones económicas subyacentes fueron, con toda seguridad, un importante componente importante en el gran incremento de la deuda pública, ellas solas no pueden explicar la **rapidez** con la cual creció la deuda así como tampoco su magnitud. No obstante que los últimos Estuardo fueron financieramente más exitosos que sus predecesores, nada sucedidio con anterioridad a la Revolución Gloriosa sugiere el dramático cambio en los mercados de capital que ésta desencadenó.

VI. IMPLICANCIAS PARA LOS MERCADOS PRIVADOS DE CAPITAL

Nuestra tesis es que el compromiso verosímil del gobierno en cumplir sus acuerdos financieros fue parte de un mayor compromiso dirigido a asegurar los derechos privados. Esto último fue, claramente, un gran factor para los cambios institucionales en la época de la Revolución Gloriosa. Los datos acerca de la actividad económica en general son escasos, por lo que no podemos desarrollar nuestra tesis con mayores pruebas, sin embargo, podemos dotarla de algunas bases. Como evidencia, regresaremos al desarrollo de los mercados privados de capital, y a

[42] Los precios subieron apenas sobre el 20% entre 1690 y 1710 (y luego cayeron otra vez entre 1710 y 1730). Pero el enorme incremento en la deuda durante este período sugiere que el gobierno no intentó cumplir con las obligaciones provenientes de las deudas a través de una economía inflacionaria. La visión moderana de la inflación sugiere dos inferencias adicionales (ver, por ejemplo, Thomas Sargent *Rational Expectations and Inflation* [New York, 1986]). A partir de que la inflación reflejó en parte las expectativas sobre el futuro financiamiento gubernamental de los déficits, la falta de mayores incrementos en los precios sugiere que el mercado no esperaba un financiamiento inflacionario. Como este patrón fue mantenido por varias décadas, indica que las expectativas fueron "confirmadas", en el sentido de que la nueva información sobre el comportamiento gubernamental no cambió las expectativas. Robert Barro proporciona evidencia que los déficits presupuestarios casi no tuvieron efecto en los precios desde 1700 hasta las campañas Napoleónicas. Robert Barro, *"Goverment Spending, Interest Rates, prices and Budget Deficits in the UK. 1701-1918", Journal of Monetary Economics*, 20 (setiembre, 1987), pp. 221-48.

la necesaria evolución de las bases financieras del éxito económico a largo plazo.

Mientras es claro que las instituciones subyacentes a los mercados privados de capital se remontan por lo menos algunos siglos atrás, los historiadores económicos están de acuerdo en que los mercados privados de capital privado datan de comienzos del siglo XVIII.[43] El apogeo de los bancos y una gama cada vez más diferenciada de valores, proveyeron medios de ahorro relativamente seguros, y atrajeron los ahorros individuales al sistema financiero. Ashton señala que esto "significó que los hombre estuvieron menos preocupados que sus padres...en cuidar sus monedas, barras de metal y plata guardándolas bajo llave o enterrándolas en jardines o huertos".[44]

Las instituciones que lideraron el crecimiento de un mercado estable para la deuda pública proveyeron de una gran y positiva externalidad para el desarrollo paralelo de un mercado de deuda privada. Poco después de su formación como intermediario para la deuda pública, el Banco de Inglaterra comenzó sus operaciones privadas. Numerosos bancos también iniciaron sus operaciones al mismo tiempo. Este desarrollo proveyó la estructura institucional para el depósito de los ahorros de muchos individuos y para la intermediación entre los prestamistas y sus beneficiarios. Un amplio rango de valores e instrumentos negociables emergieron a comienzos del siglo XVIII y fueron usados para financiar un gran número de actividades.[45]

Phyllis Deane resume el desarrollo de los mercados privados de capital conjuntamente con los mercados de capital público:

Los efectos secundarios de las transacciones financieras del Banco en favor del gobierno hicieron frente a los nuevos instrumentos financieros, los cuales se habían se creado de esta manera...y a causa de que [los instrumentos] emitidos por prestamistas honestos son por sí mismos colocados con facilidad, el efecto coadyuvó a lubricar los canales que vinculan los ahorros e inversiones mediante la creación de un gran stock de papeles negociables que podían ser adquiridos por los nuevos ahorristas. De manera similar, los depósitos de fuentes privadas podrían también ser usados como base para nuevos créditos que se otorgarían al sector privado.[46]

Como consecuencia, los mercados de capital privado florecieron.

Varios tipos de evidencia apoyan nuestras aseveraciones. Primero, la búsqueda de tasas de interés para diversas modalidades de crédito privado revelan que éstas, a grandes rasgos, se establecieron palalelamente en el crédito público.[47] La caída en las tasas privadas de interés incrementó la variedad de proyectos y empresas económicamente factibles, promoviendo de esta manera la acumulación de capital. Como L.S. Presnell concluye, la "acumulación de capital en el siglo XVIII, como la tendencia declinante en los tipos de interés ... indica claramente, aparece como un gran logro económico y social".[48] Desafortunadamente, los datos de la primera mitad del siglo XVIII, en contraste con los de la segunda mitad, son sólo un bosquejo, y los del período anterior a la Revolución Gloriosa son casi inexistentes.

Segundo, el comercio a gran escala en valores privados data de este período.[49] A principios de la década de 1690 el volumen de estos valores promedió las 300,000 Libras Esterlinas anuales. Diez años después, el volumen promedió 3'400,000 Libras Esterlinas anuales, y hacia comienzos de la década de 1710, se promediaron 11'000,000 de Libras Esterlinas anuales. Mientras que el crecimiento decayó después del colapso de la *South Sea Bubble*, entre

[43] Esta sección resume las conclusiones de la doctrina sobre los comienzos del siglo XVIII. Ver, por ejemplo, T.S. Ashton, *An economis History of England* (Londres, 1955); John Clapham, *The Bank of England* (New York, 1945); Phyllis Deane, *The First Industrial Revolution* (2da. Edición, Cambridge, 1979); Dickson, *Finantial Revolution*; Peter Mathias, *The First Industrial Nation* (2nda Edición, Londres, 1983); y E. Powell, *The Evolution of the Money Market: 1385-1915* (Londres, 1966).

[44] Ashton, *Economic History*, p. 178.

[45] "La esencia de la revolución financiera de comienzos del siglo XVIII fue el desarrollo de un amplio rango de valores a través de los cuales nuevas compañías mercantiles y financieras - compañías de flete comercial, compañías bancarias, compañías de seguros, etc. - podían invertir y retirar lo invertido flexible y seguramente"(Deane, *Industrial Revolution*, p. 185).

[46] Ibid., pp.184-85.

[47] Clapham, *Bank of England*; L.S. Pressnell, *"The Rates of Interest in the 18th Century"*, en L.S. Pressnell, editor, *Studies in the Industrial Revolution* (Londres, 1960), p. 181; y Homer, *A History of Interest Rates*.

[48] Pressnell, *"Rate of Interest"*, p. 181.

[49] Como Dickson anota: "El desarrollo de un mercado de valores en Londres en el período de 1688-1756 fue una de los aspectos más importantes de la Revolución Financiera". Dickson, *Financial Revolution*, p. 457.

1715 y 1750 el mercado superó largamente al que existía antes de la Revolución.

Tercero, este período vio el crecimiento y desarrollo de los bancos. El Banco de Inglaterra fue seguido de cerca por numerosos bancos en Londres. Hacia la década de 1720 éstos se contaban en unos 25. Hacia 1750, fueron 30; hacia 1770, 50; y hacia 1800, 70. Mientras tanto, los bancos ubicados en áreas fuera de Londres comenzaron a aparecer en gran número sólo después de 1750. Ashton sostiene que muchas de esta áreas fueron integradas mucho antes en un mercado nacional de capitales.[50] "Las letras y pagarés del interior jugaron un considerable papel en el comercio de toda Inglaterra y Gales. Pero en ninguna parte su uso estaba tan extendido como en el noroeste. La omnipresencia de las letras fue probablemente la razón por la que en esta área la actividad bancaria formal hizo su aparición relativamente tarde.[51]"

Nuestro grupo final de evidencias se concentra en la actividad privada del Banco de Inglaterra en tres áreas: 1) Descuento de letras. Aparentemente no ha sobrevivido información sistemática sobre las operaciones de descuento del Banco. Sin embargo, están disponibles algunos reportes esporádicos que indican un considerable crecimiento de la actividad durante las primeras décadas de operaciones del Banco. Para 1699 la información obtenida revelan el siguiente volumen de letras: 13-31 de junio, 8,534 Libras Esterlinas; 27 de junio-4 de julio, 14,000 Libras Esterlinas. En 1730 la media del volumen diario estuvo por encima de las 10,000 Libras Esterlinas y, hacia 1760, los días con montos superiores a las 100,000 Libras Esterlinas fueron comunes.[52] 2) Pagarés en circulación. Durante el siglo XVIII los pagarés del Banco llegaron a ser un gran medio de intercambio, primero en Londres y luego en toda Inglaterra.[53] En los primeros dos años de operaciones del Banco, el volumen de pagarés creció alrededor de las 760,000 Libras Esterlinas (ver Tabla 5). Hacia 1720 se contabilizaron en 2'900,000 Libras Esterlinas y estuvieron sobre 4'500,000 Libras Esterlinas hacia 1730 y durante las siguientes décadas. 3) Cuentas de crédito. Esta forma temprana de exigir depósitos aparentemente comenzó a ser sistematizada unos veinte años después de la fundación del Banco.[54] Como se muestra en la Tabla 5, las cuentas de crédito eran bastante escasas a finales de la década de 1690. Hacia 1720, ellas contabilizaron más de 1 millón de libras, creciendo sobre los 2 millones en 1730. En resumen, el Banco expandió sus operaciones sobre diversos tipos de crédito privado. Hacia 1720, algo más de veinticinco años después de la fundación del Banco, estas sumas alcanzaron niveles sustanciales, mostrando un crecimiento constante en los servicios financieros para la actividad económica privada.

De esta manera, parece ser que el crecimiento de los mercados privados de capital fue paralelo al de los mercados de capital público. Este desarrollo movilizó los recursos de un gran número de individuos y, hacia mediados del siglo XVIII, proveyó de servicios financieros A un mercado nacional integrado. Estos fondos parecen haber financiado una gran variedad de negocios y jugaron un rol indispensable en la expansión económica a lo largo de este siglo.[55] Mientras que estas actividades no han sido estudiadas en detalle, como sí lo han sido para el período posterior a 1750, vemos como 1688 parece formar parte de un rompimiento más abrupto con el

[50] Ver Charles P. Kindleberger, *Financial History of Western Europe* (Londres, 1984), p. 74; y Mathias, *Industrialized Nation*. El banco provincial más temprano encontrado por Mathias fue en Bristol (1716) y allí no hubo más de una docena en 1750. Sin embargo, hacia 1784 fueron 120, y hacia 1800, 370 (Mathias, p. 151).

[51] Ashton, *Economic History*, p. 185. El reclamo de Ashton es también apoyado por el estudio de otros instrumentos de crédito diferentes a los proveídos por los bancos. B.L. Anderson, discutiendo el crecimiento de las letras del interior, nota que su estatus legal fue marcadamente mejorado en los primeros años del siglo XVIII. "El reconocimiento de las letras como un medio transferible de pago fue un cambio decisivo en el desarrollo del sistema de crédito inglés...[La] práctica inglesa hizo de éste un instrumento de crédito en un sistema de acomodación al papel que fue altamente sensible a las demandas de dinero de la comunidad". B.L. Anderson, *"Money and the Estructure of Credit in the 18th Century"*, *Business History*, 85 (No 1, 1970), p. 90.

[52] Clapham, *Bank of England*, p. 126.

[53] Cuando otros bancos emitieron pagarés, de lejos, para muchos de ellos, la gran fuente del período que estamos estudiando es el Banco de Londres. A través de todo este período, estos pagarés eran convertibles en oro. Ver D.M. Joslin, *"London Private Bankers, 1720-1785"*, en E.M. Carus-Wilson, editores, *Essays in Economic History*, vol. 2, pp. 340-59.

[54] El único año antes de 1720 reportado por Clapham es 1698.

[55] Una evidencia adicional concierne a las inversiones en infraestuctura de transporte, las cuales también se incrementaron en este tiempo. Hacia 1724, hubieron 1,160 millas de río abiertas a la navegación, el doble que un siglo antes. Ver Ashton, *Economic History*, p. 73; Mathias, *Industrial Navegation*, p. 100. Mientras que "la época del canal" se establece a mediados de siglo, ésta "no surgió a la vida en 1750" pero fue "el término de un incremento del esfuerzo"; Mathias, *Industrial Nation*, p. 100. Tanto Ashton como Mathias notan que hubo dos grandes *booms* en la mejora de los ríos durante este período, uno a comienzos del siglo y otro entre 1718- y 1720.

pasado que 1750. Retornando a nuestra tesis principal, este crecimiento indica que los intentos para conservar la seguridad de los derechos privados fueron un gran éxito. A pesar de que la evidencia no puede ser usada para establecer los niveles precisos de seguridad, demuestra que éstos fueron sustanciales. Pruebas más sistemáticas sólo serán fruto de futuras investigaciones sobre estos mercados.

CONCLUSIÓN

En este artículo hemos realizado un breve recuento de la exitosa evolución en las formas institucionales que permitió el crecimiento económico llevado a cabo en los albores de la Inglaterra moderna. Es claro, a partir de esta discusión sobre un siglo de guerra civil y revolución, que estas innovaciones institucionales no se dieron de forma natural. Más bien, ellas fueron forzadas, a menudo violentamente, contra la Corona. De existir un ejército permanente en Inglaterra, éste hubiera estado bajo el control de lla Corona, y de este modo, el futuro económico y político de Inglaterra hubiera sido muy diferente, potencialmente más parecido al de Francia y España.

Hemos demostrado como las instituciones políticas que gobiernan la sociedad pueden ser consideradas de manera endógena. Las obligaciones fiscales y la búsqueda de ingresos por parte de la Corona, problemas que se exacerbaron por la escasa colaboración del Parlamento, crearon una situación de inseguridad respecto a los derechos, en la cual la riqueza y el bienestar de los ciudadanos particulares estuvieron en riesgo. Con anterioridad a la Revolución Gloriosa, instituciones tales como la *Star Chamber* permitieron a la Corona alterar los derechos en su favor, de manera que los intereses parlamentarios fueron fuertemente presionados para resistir.

Debido a sus medios y motivos, el triunfo de los intereses parlamentarios en la Revolución Gloriosa condujo a cinco importantes cambios institucionales. Primero, la remoción de las fuentes subyacentes al sistema, una estructura fiscal arcaica y la consecuente crisis fiscal. Segundo, al limitar los poderes judiciales y legislativos de la Corona, se restringió la capacidad de la Corona para alterar las reglas luego de su establecimiento sin el consentimiento previo del parlamento. Tercero, los intereses parlamentarios reafirmaron su dominio en los temas vinculados a los impuestos, suprimiendo la capacidad de la Corona para alterar modificar unilateralmente los niveles tributarios. Cuarto, los intereses parlamentarios aseguraron su propio rol distribuyendo fondos y manejando sus gastos. La Corona ahora tenía que tratar pactar con el Parlamento en igualdad de condiciones; esto claramente tuvo la ventaja de la amenaza bastante verosímil de destronar al soberano que sobrepasara los límites. Quinto, creando un balance entre el Parlamento y la monarquía -más que eliminando a esta última, como ocurrió después de la Guerra Civil - los intereses parlamentarios limitaron sus propias tendencias hacia comportamientos arbitrarios. Conjuntamente, estos cambios intensificaron en gran medida la previsibilidad de las decisiones gubernamentales.

Lo que fundó el compromiso del gobierno para cumplir sus acuerdos -sobre todo la promesa de no apropiarse de la riqueza o no pagar las deudas- fue que los tenedores de riqueza obtuvieron la oportunidad de expresar su opinión en cada una de estas decisiones a través de sus representantes en el Parlamento. Esto significó que estos cambios se podían hacer únicamente si satisfacían sus propios intereses. El incremento del número de participantes en el veto implicó que un gran número de ciudadanos podía protegerse de los embates políticos, de este modo se redujeron notablemente las circunstancias en que se podría producir un comportamiento oportunista del gobierno.

La principal lección de nuestro artículo es que las instituciones fundamentales del gobierno representativo -un grupo explícito de vetos múltiples y la supremacía de las cortes del *Common Law* en los asuntos económicos- están intimamente vinculadas a la lucha por el control del poder gubernamental. El éxito de los propietarios y los intereses comerciales, permitieron que las instituciones mitigaran de manera simultánea los motivos subyacentes a los manejos de la Corona para encontrar nuevas fuentes de ingresos y también restringieran el comportamiento del gobierno (ahora "el Rey en el Parlamento" y no el Rey solo). Si bien estas innovaciones institucionales fracasaron al anticipar la declinación de la Corona y la ascendencia del Parlamento en la última mitad del siglo XVIII, el sistema de poder balanceado funcionó exitosamente durante sesenta años. En comparación con el siglo anterior o con los gobiernos absolutistas del continente, los compromisos institucionales de Inglaterra para asegurar los derechos fueron largamente más fuertes. Las evidencias provenientes de los mercados de capital nos proporcionan una impresionante muestra de ello.

Investigaciones recientes han revelado el significativo desarrollo económico de Francia antes de la Revolución, lo que podría hacer que se revalúen las interpretaciones tradicionales de la historia económica francesa y británica.[56] Si Inglaterra y Francia tuvie-

[56] Ver por ejemplo, F. Crouzet, *"England and France in the Eighteenth Century"*, en Max Hartwell, editor, *Causes of the Industrial Revolution in England* (Londres, 1867).

ron un desarrollo económico paralelo, esto implica que las instituciones *per se* -y en particular, los cambios institucionales que hemos descrito- no fueron tan revolucionarias después de todo. De manera similar, la elaborada estructura burocrática heredada de Luis XIV no fue un obstáculo en el crecimiento económico. El problema es que esta conclusión ignora las consecuencias que siguieron. Es claro que los cambios institucionales de la Revolución Gloriosa marcaron el camino hacia la hegemonía británica y su dominio del mundo. Inglaterra no podría haber vencido a Francia sin su revolución fiscal; y los fondos disponibles por el crecimiento de la deuda pública entre 1688 y 1697 fueron, seguramente, una condición necesaria para el éxito de Inglaterra en esta guerra con Francia, así como también para su victoria en la siguiente (1703-1714), tras lo cual Inglaterra surgió como el mayor poder en el mundo.[57]

Francia, como Inglaterra, tuvo una continua crisis fiscal; y Luis XIV decidió llegar a un acuerdo con los ciudadanos para obtener más ingresos en los albores de su reinado. Pero su éxito fue temporal, no se desencadenó en cambios institucionales fundamentales, y estuvo muy distante de la magnitud del éxito inglés. La economía de Francia vivió una época de préstamos, y al final, las contradicciones institucionales irresueltas concluyeron en bancarrota y revolución.[58]

La comparación de los índices de crecimiento es por sí misma insuficiente para establecer una paridad en la economía. Mientras que, en 1690, Francia era el gran poder europeo, en el siglo siguiente declinó en poder y tamaño respecto a Inglaterra. Más guerras siguieron a éstas en el transcurso del siglo XVIII, tanto que, en 1765 -al final de la Guerra de los Siete Años, en la cual Francia sufrió una humillante derrota- Francia perdió sus colonias en el Nuevo Mundo (Canadá y Luisiana) y cayó en una crisis financiera de la cual sólo se recuperó después de la revolución. El contraste entre las dos economías a mediados de siglo es notable: en 1765 Francia estaba al borde de la bancarrota bancario mientras que Inglaterra estaba en los albores de la Revolución Industrial.[59]

Esto siempre motiva demasiadas especulaciones ¿Podría realmente Gran Bretaña haber seguido el mismo camino que los países continentales si los Estuardo hubieran ganado? ¿Podría dentonces haberse dado una primera Revolución Industrial en Inglaterra? Uno podría contar una posible historia contrafáctica que enfatizara la fuerza fundamental de los derechos de propiedad ingleses y la *Common Law* desarrollada desde la Carta Magna, y cómo ellos limitaron el comportamiento del monarca hasta llevarlo a un "gobierno responsable". Asimismo, se podría enfatizar la robusta economía (particularmente a nivel local) que existía en la Inglaterra del siglo XVII, a pesar de las incertidumbres que hemos descrito. No existe ninguna teoría del crecimiento económico que podría definirnos las condiciones necesarias y suficientes o la evidencia para reconstruir la necesaria historia contrafáctica. Pero estamos convencidos, a partir de la amplia evidencia histórica y la que brinda el Tercer Mundo contemporáneo, que una condición necesaria para la creación de economías modernas dependientes de la especialización y la división del trabajo (y por lo tanto, del intercambio personal) es la capacidad para celebrar contratos seguros a través del tiempo y el espacio. Ella otorga bajos costos de transacción para los intercambios. La creación de mercados de capital impersonales es la más importante evidencia de que una condición necesaria se ha cumplido.

Hemos mostrado, de esta manera, cómo las instituciones jugaron un rol necesario haciendo posible el crecimiento económico y la libertad política. Además, se desprende de nuestro examen de la Inglaterra del siglo XVII, comparada con el desarrollo histórico de otras economías, y con los records de las economías actuales del Tercer Mundo, que las circunstancias que fomentaron la seguridad en los derechos y, por lo tanto, el crecimiento económico, son relativamente escasas y merecen mayor estudio.

[57] Dickson, *Financial Revolution.*

[58] Ver David Bien, *"Offices, Corps, and a System of State Credit: The Uses of Privilege under the Ancient Regime"*, en K. Baker, editor, *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture* (New York, 1987), vol. 1 pp. 89-114; Philip Hoffman, *"Taxes, Fiscal Crises, and Representative Institutions: The Case of Early Modern France"*, manuscrito, California Institute of Technology, 1988; y Hilton Root y Daniel Ingberman, *"Tying the King's Hands"*, manuscrito, University of Pennsylvania, 1987.

[59] El trabajo reciente, pero controvertido, de Jeffrey Williamson provee de evidencias adicionales para apoyar esta tesis. Este sugiere que el crecimiento de los niveles británicos incrementó sustancialmente la serie de guerras contra Francia, finalizando con la campaña Napoleónica. Si durante este período los niveles de crecimiento ingleses no fueron sustancialmente mayores que los de Francia, su capacidad para gastar más en la guerra sin ocasionar peligros financieros, significó un descenso en el consumo doméstico y en las inversiones, lo que se hizo a expensas del crecimiento. La cercana bancarrota de Francia demuestra que, en comparación, ésta estuvo viviendo un tiempo prestado. Ver Jeffrey G. Williamson, *"Why Was British Growth so Slow During the Industrial Revolution?"*, 64 (Setiembre, 1983), pp. 687-712.

ESTUDIO RUBIO, LEGUIA, NORMAND & ASOCIADOS

Av. Dos de Mayo 1321-San Isidro. Lima-Perú
Teléfono: 442-4900 Fax: (51-1) 442-3511
E-mail: abogados@erubio.com.pe

J. ANTONIO VEGA ERAUSQUIN

ABOGADO - NOTARIO PÚBLICO

Av. Sáenz Peña 214
Callao
Correo Electrónico:
notavega@amauta.rcp.net.pe

Teléfonos : 465-3948/429-2114
469-0324/429-3490
Fax: 453-2266

COMENTARIOS: LAS SIMPLES VIRTUDES DE LA CATEDRAL*

Guido Calabresi**

En 1997 se han cumplido 27 años de la publicación original del ya clásico artículo en la literatura del análisis Económico del Derecho, "Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad, Reglas de Inalienabilidad: un vistazo a la Catedral", escrito por Guido Calabresi y Douglas Melamed. Se cumplen también cinco años de su primera publicación en idioma castellano, realizada en el número 21 de la Segunda Época de THĒMIS-Revista de Derecho.

El 5 de enero de 1997 se realizó un simposium con ocasión de la reunión anual de la Asociation of American Law Schools (AALS), llevada a cabo en Washington D.C., llamado "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: a Twenty Five Years Retrospective", para conmemorar este aniversario. El presente artículo contiene las reflexiones acerca de los veinticinco años de "La Catedral", expresadas por el profesor Calabresi al final del simposium.

Hay algo extraño en el hecho de tomar parte en la discusión sobre el trabajo de uno mismo. Mi suegra era una artista y odiaba ir a las exhibiciones de sus pinturas. Ella se sentía desnuda cuando las personas miraban sus trabajos y los discutían casi como si ella no estuviese presente. Es muy parecido cuando uno escucha sus escritos siendo analizados "¿Yo dije eso? ¿realmente dije eso? !Claro que no dije eso!". O, por el contrario, "!Claro que dije eso! ¿Quién podría pensar que no lo hice? Obviamente esa idea estaba ahí. !Cualquiera

* Originalmente publicado en *The Yale Law Journal*, volumen 106, Número 7, mayo 1997, bajo el título: *Remarks: The Simple Virtues Of The Cathedral*. Se reproduce con expreso consentimiento escrito de su autor y de *The Yale Journal Company, Inc.* El presente artículo ha sido traducido por el Dr. Carlos A. Patrón Salinas, ex miembro del Comité Directivo de THĒMIS-Revista de Derecho. Agradecemos al Dr. Patrón por haberlo cedido para su publicación.

** Juez del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos; Sterling Profesor emeritus of law and Professorial Lecturer in Law, Escuela de Derecho de la Universidad de Yale.

* Nota del Traductor: NAACP representa *National Association for the Advancement of Color People*, que en castellano se traduce como la Asociación Nacional para el Avance de las Personas de Color.

podría darse cuenta de que estaba ahí" ¿Pero quién habrá de decir que estaba ahí de una manera significativa?

Siendo un profesor de responsabilidad por productos defectuosos, supongo que estoy confinado a la noción de que una vez que uno crea un producto, un artefacto, ese artefacto debe hablar por sí mismo, debe ser tomado con todo aquello que sus usuarios encuentren en él, o encuentren que le falta. Y uno no puede exonerarse por completo de los daños ocasionados por un posible uso del producto diciendo : "Yo no pretendía que fuese usado de esa manera". A pesar de ello, uno está tentado a sugerir cómo debe y cómo no debe emplearse su artefacto, y por eso estoy aquí.

Estoy muy contento al ver que Douglas Melamed también está acá; me hubiera gustado que saltase inesperadamente de un pastel; desafortunadamente no hay un pastel. Pero él está acá, y ustedes han tenido la oportunidad de oírlo. En especial, lo quería a él acá porque con el paso de los años muchas personas me han preguntado "¿Quién es Melamed?", como si él no existiera, como si no fuese uno de los principales abogados del país. Muchos de ustedes, como yo, son profesores y académicos, y nosotros muchas veces pensamos que en el mundo sólo importan los logros académicos. Estamos, por supuesto, muy equivocados.

Había un hombre llamado Nathan Young, quien se graduó de la Escuela de Derecho de Yale en 1918. El fundó el NAACP en Missouri y luego fue el primer juez de origen africano en Missouri. En el décimo séptimo aniversario de su graduación, retornó a la escuela de derecho y habló en una ceremonia. Para ubicarlo entre sus compañeros de clases, obtuve una lista de las personas que se habían graduado con él en 1918. Entre ellos estaba Karl Llewellyn. Naturalmente, le pregunté a Young si conocía a Lewellyn y él respondió: "Karl Llewellyn... por supuesto que conozco a Karl, escribimos un trabajo juntos, tipo inteligente... ¿Qué fue de su vida?"* Entonces, si alguno de ustedes no sabe quien es Doug, y qué es lo que ha hecho, recuerden que es un mundo estrecho aquél en el que vivimos.

Quisiera comenzar a hablar sobre "La Catedral" con un poco de pensamiento legal. O, más bien, con un poco de historia del pensamiento legal, si así puedo dignificar lo que voy a decir. Primero, una cuestión cronológica. El artículo fue escrito en la primavera de 1971. Fue escrito más o menos al mismo tiempo en que se publicó el comentario de Dick Posner sobre "El Costo de los Accidentes". En ese comentario, Posner señalaba que él no era un abogado en responsabilidad extracontractual, pero que tampoco lo era Calabresi, porque cualquiera que estuviera haciendo algo tan sorprendente como emplear análisis económico del derecho para discutir accidentes no estaba realmente hablando sobre la responsabilidad extracontractual[1]. En 1971, Mitch Polinsky recién comenzaba sus estudios de graduado en MIT. Nick Tideman, quien, junto con Saul Levmore, ha hecho uno de los trabajos más interesantes sobre autodeterminación, acababa apenas de concluir su Doctorado (PhD.) en Harvard. Jules Coleman, no hacía mucho que había atravesado la adolescencia, y Jody Kraus probablemente aún usaba pantalones cortos hasta las rodillas. En aquel tiempo, la mayoría de las personas creían que el análisis económico del derecho era una cosa de locos.

Quizás esa es la razón por la que este artículo casi fue rechazado. Fue comisionado al Harvard Law Review porque yo era un profesor visitante en Harvard aquel año. Cuando los editores lo vieron, sin embargo, estaban tan sorprendidos por mi manera de aproximarme a las cosas que casi lo rechazaron. (Finalmente lo publicaron con menos cambios de los que fueron hechos por los editores de cualquier otro artículo que haya escrito, pero sólo después de que pude explicarles cara-a-cara de lo que trataba).

Este contexto explica la simplicidad, lo que Saúl amablemente ha llamado "la elegancia" del modelo[2]. La falta de complicaciones, de sub-reglas y sub-sub-reglas se deriva del hecho de que, pese a la simplicidad del modelo, éste era demasiado complicado para su tiempo. Susan Rose-Ackerman, en su artículo clásico, por ejemplo, ha distinguido muchos tipos distintos de inalienabilidad: cuando uno puede dar pero no vender; cuando uno puede vender, pero no destruir; y así sucesivamente[3]. Todas

* Nota del traductor: Karl Llewellyn fue uno de los más prominentes y prolíferos profesores y académicos norteamericanos de este siglo. Asociado con la corriente "realista", es considerado el autor del Código de Comercio Uniforme, para muchos la más exitosa codificación norteamericana. Fue además profesor de las escuelas de derecho de la Universidad de Yale, de la Universidad de Columbia, de la Universidad de Harvard y de la Universidad de Chicago, en la cual, actualmente, una cátedra lleva su nombre.

[1] Ver POSNER, Richard A., *The Costs of Accidents - A Legal and Economic Analysis*, 37 U. Chi. L. Rev. 636,636 (1970).

[2] Ver LEVMORE, Saul, *Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules, and Starling Rules*, 106 Yale L.J. 2149,2155 (1997).

[3] Ver ROSE-ACKERMAN, Susan, *Analienability and the Theory of Property Rights*, 85 Colum. L. Rev. 931, 93435 (1985)

estas (y otras) distinciones cruciales fueron omitidas de "La Catedral" no porque tuve el sentido de hacer el modelo simple y elegante. Fueron dejadas de lado porque tenía que hacer el modelo simple para que las personas pudieran entenderlo.

Irónicamente, la falta de complejidad del modelo ha sido una de las razones por las que "La Catedral" ha tenido tanta influencia. La simplicidad del artículo lo convertía en poco más que un esquema; una manera de mirar las cosas. Como tal, deja lugar para otros. Ellos pueden complicar la estructura. Ellos pueden usar el modelo en áreas distintas de aquellas en que surgió. Ellos pueden criticarlo por sus omisiones e intento de sutilidad, y al mismo tiempo valerse de él. De tal versatilidad está hecha la influencia.

Segundo, quisiera hablar de lo que Carol Rose apropiadamente ha llamado "el ejemplo de la sombra"[4]. ¿Qué fue lo que me condujo a escribir el artículo? El comentario más académico, y por tanto el mejor, de "El Costo de los Accidentes" fue publicado a principios de 1971. Fue "Una Perspectiva NO-Accidental de los Costos de Calabresi" por Frank Michelman[5]. En él, Frank tomó mi discusión sobre los accidentes y demostró cómo el mismo tipo de análisis económico podía ser usado en otros contextos. Lo adaptó a disputas por razón de vecindad* porque ese es el campo que yace justo en la confluencia de la responsabilidad extracontractual y la propiedad. Su importante trabajo inspiró mi artículo.

Gary Becker también fue una fuente, no en el sentido de haber sido una inspiración, sino más bien porque encontré uno de sus artículos muy perturbador[6]. En ese artículo, Becker describía el Derecho Penal como un simple mecanismo de precios en el cual la sanción de un crimen debía equivaler al valor de un bien robado multiplicado por la probabilidad de ser atrapado. Eso me parecía tonto. Encontraba extraño que Becker -quien pensé se horrorizaría si, en el contexto de propiedad, a alguien se le permitiese demandar tu reloj o tu tierra a cambio de lo que una agencia estatal dijese que valiera- pareciera decir eso en el contexto del Derecho Penal. Me dije "Becker no puede querer decir eso. Hay algo mal en su análisis". Buscando qué es lo que estaba mal encontré la distinción entre las reglas de propiedad y reglas de responsabilidad. Por supuesto, buscar qué es lo que estaba mal también significaba pensar en la responsabilidad extracontractual, los contratos y el Derecho Penal no como campos separados, sino, más bien, como parte de un solo sistema. Y eso, como Richard Epstein tan perceptivamente, ha señalado, es sumamente subversivo[7].

Dominio eminente es el modelo para las Reglas 3 y 4. Por supuesto, las situaciones en las que permitimos a las personas tomar los bienes de otras libremente luego de pagar un precio fijado colectivamente para esos bienes (una especie de dominio eminente privado), son muy distintas a las situaciones en las que solamente se le entrega a las personas el derecho a iniciar actividades que conllevan una clara posibilidad (casi una certeza) de causar daños a otras. Y son distintas a pesar de que en la segunda lo único que los actores deben hacer, una vez que el daño ha ocurrido, es también pagar un precio colectivamente fijado como compensación. A pesar de ello, tales situaciones -como manejar un automóvil o construir un puente, por ejemplo- son aún más distintas de aquellas que regulamos por contratos. Y esto es así sin importar si uno considera los contratos en la manera en que lo hace Epstein, o si uno acepta la llamada disidencia Holmseniana según la cual las personas tienen un derecho a incumplir un contrato y pagar los daños[8].

Al final, sin embargo, "La Catedral" no pretendía tomar partido en la discusión de si Holmes o Epstein tenían razón, ni siquiera en si deberíamos fijar precios para los crímenes de la manera en que Becker parecía sugerir. Su intención era dar un marco de trabajo, un pequeño modelo de mente simple, que daría lugar a los cajones y de esa manera alentaría a

[4] ROSE, Carol M., *The Shadow of The Cathedral*, 106 Yale L.J. 2175,2176 (1997).

[5] MICHELMAN, Frank I., *Pollution as tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, 80 Yale L.J. 647 (1971)

* Nota de traducción: El texto original se refiere a *nuisance*, campo del Derecho Común relacionado a las disputas que surgen por razón de vecindad, tales como los ruidos molestos o las luces brillantes que interrumpen el sueño de uno.

[6] Ver BECKER, Gary S., *Crime and Punishment:An Economic Approach*, 76 J.Pol. Econ. 169 (1968).

[7] Ver EPSTEIN, Richard A., *A Clear View of The Cathedral: The Dominance of Property Rules*,106 Yale L.J. 2091, 2103-05 (1997).

[8] Ver HOLMES, Oliver Wendell, The Common Law 301 (1881) ("La única consecuencia universal de una promesa legalmente obligatoria es que la ley hace al promitente pagar los daños si el evento prometido no se realiza"). Epstein argumenta que los remedios por incumplimiento incluyen no sólo los daños, sino también, en el caso apropiado, la ejecución forzada. Ver Richard A. Epstein, *Towar a Revitalization of the Contract Clause*, 51 U. Chi, L.REv. 703,741 (1984).

los académicos a intentar determinar si existían situaciones en el mundo que llenaran esos cajones. Fue diseñado para ayudarnos a echar luces sobre cosas que el método del Derecho Común había dejado en la oscuridad. Una de estas era la 4ª Regla. Virtualmente no habían casos en el Derecho Común que ejemplificaran esta regla. Como resultado, académicos del Derecho, que sólo miraban casos, no se daban cuenta de su existencia. Y esto era así a pesar de que, de los casos impugnados -en el mundo administrativo, en el dominio eminente, y en todo tipo de otras áreas- la 4ª Regla, como Melamed ha expresado, está viva y coleando[9].

Adicionalmente, el artículo era una manera de decir que podemos mirar una situación y considerar si una regla es más apropiada que otra en términos que van más allá de la eficiencia y permiten a quienes toman las decisiones responder, por ejemplo, a deseos distributivos de igual manera. Es por esta razón que tengo relativamente poca paciencia respecto al debate sobre cuál es más eficiente, una regla de propiedad o una regla de responsabilidad, cuando los costos de transacción son muchos o pocos. Ciertamente vale la pena tener este debate, pero no es tan interesante como la pregunta de cuándo es que queremos usar un remedio en vez del otro.

Tengo un punto más, referido a la historia intelectual, y concierne al joven James Atwood. Muchos de ustedes no saben nada sobre Atwood. Pero cuando lean estos ensayos, sabrán que era un alumno que, en una nota publicada en 1969 en una revista de derecho, señaló la existencia de la 4ª Regla[10]. Desearía que él también estuviese acá -me gustaría conocerlo. Estoy muy contento de que lo hayan encontrado. Los Atwood de este mundo deberían ser reconocidos; ¡siempre están acá! Como señaló Itzak Englard en un escrito sobre mi artículo, "Respecto a la Causa y la Responsabilidad extracontractual", y su definición del nexo causal o vínculo causal[11], algunas personas habían dicho lo mismo en Alemania en el siglo XIX[12]. Aún si son ignorados en su tiempo, tales personas deben ser acreditadas luego, cuando la idea que expresaron, quizás demasiado pronto, se vuelve popular como resultado de los escritos de otro. Por esta razón, el hecho que Atwood haya sido encontrado ahora me deleita[13].

Me gustaría ahora compartir algunas ideas sobre la sustancia. Por supuesto que el llamado remedio define la naturaleza del derecho, como Jules Coleman y Jody Kraus[14], así como Carol Rose, han dicho[15]. Ciertamente, yo (probablemente de manera incorrecta) pensé que había dicho lo mismo en el artículo. La naturaleza de las titularidades depende de las circunstancias; las reglas de propiedad y de responsabilidad no se adhieren a las cosas -ni a los automóviles, relojes, tierras o cuerpos- sólo se adhieren a las cosas en circunstancias específicas, en contexto particulares. ¿Cuándo es que la sociedad o su sistema legal te da el derecho a tomar mi titularidad? ¿Cuándo es que la sociedad te da un derecho a actuar de tal forma que pueda causar que tal expropiación se dé? ¿Cuándo es que lo hace diciendo que puedes pagar X cantidad, o haciéndote pagar Y, o Y más Z?

Para tal caso, ¿cuándo es que la sociedad dice que debes pagar Y más Z, pero que también debes sufrir un estigma, porque la sociedad en realidad no quiere que tomes mi titularidad? ¿Cuándo es que la sociedad dice que no sólo debes pagar sino que adicionalmente te botaremos de la cámara de comercio, o usaremos la paleta, el látigo o el tornillo en contra tuyo si estás tomando mi titularidad unilateralmente? Estas son preguntas que en última instancia vale la pena preguntar. Y es por eso que encuentro que no es de mucha ayuda la abstracta

[9] Ver MELAMED, A. Dougla, *Remarks: A Public Law Perspective*, 106 Yale L.J. 2209, 2209 (1997)

[10] Ver ATWOOD, James R., Note, *An Economic Analysis of Land Use Conflicts*, 21 Stan. L. Rev. 293,315 (1969)

[11] Ver CALABRESI, Guido, *Concernign Cause and the Law of Torts*, 43 U. Chi L. Rev. 69 (1975).

[12] Ver ENGLARD, Izhak, *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, 10 Int I Rev. L.& Econ. 173, 179 (1990) (describiendo el libro de 1888 de un académico austríaco, que fue publicado en Alemania y en gran parte fue ignorado por la docencia norteamericana).

[13] Después de las sesiones del AALS, Doug Melamed me contó algo que arroja mayores luces sobre el tema de cómo proliferan las ideas. Atwood y Melamed habían sido alumnos en el mismo seminario enseñado en Yale College por C. Edward Lindblom, un gran e innovativo académico cuyos trabajos -entre ciencias políticas y economía- eran problemáticos para ambas disciplinas. Yo también estudié con Lindblom, aunque considerablemente antes. No creo ni por un instante que Lindblom nos haya "enseñado" la 4ª Regla, ni tampoco lo piensa Melamed. ¿Pero es acaso demasiado forzado pensar que las características e inusual aproximación a los problemas de Lindblom incentivó a tres de sus alumnos a mirar las cosas de una manera que ocnduciría a la misma revelación?

[14] Ver COLEMAN, Jules L. & KRAUS, Jody. *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 Yale L. J. 1335, 1342-43 (1986).

[15] Ver ROSE, supra nota 4, en 2119.

discusión respecto a cuándo es una regla de propiedad mejor que una regla de responsabilidad. Encuentro, sin embargo, que es muy útil cuando se desarrolla dentro de un contexto, al preguntar dentro de una determinada situación por qué una regla es mejor que la otra.

Y por supuesto, el costo de costear es importante. Es por eso que cuando Krier y Schwab dicen que siempre debemos tomar en cuenta cuánto cuesta definir el monto de la compensación a ser entregada, tienen toda la razón[16]. Pero igualmente debemos tomar en consideración cuánto le cuesta a las personas definir el precio en el cuál venderían, si fuésemos a emplear reglas de propiedad en lugar de reglas de responsabilidad. En el momento que uno piensa en todos los intentos -sea a través de remates secuenciales[17] o auto-determinación[18] - para determinar el precio al que una persona vendería, se da cuenta cuan altos pueden ser los últimos costos. Entonces estamos de regreso en la revelación de Coase: no hay almuerzo gratis. Todo tiene costos: hay un costo en la manera en que la responsabilidad transfiere titularidades, y también hay un costo en cualquier otro manera de hacerlo. Inevitablemente, estos costos relativos son factores importantes y deben ser considerados al decidir la aproximación a ser usada en cualquier situación particular. Influenciarán cuando dejemos a las personas obtener titularidades pagando un precio colectivamente fijado y cuando, en cambio, requiramos que paguen un precio negociado. También influenciarán si ellos no pagan el precio negociado, ya sea porque los hagamos responsables por daños "extra" o daños punitivos, los arrojemos a la cárcel o, simplemente, los botemos del club de campo.

Quisiera concluir mencionando dos temas de interés que actualmente tengo en esta área. El primero es el de las "reparticiones". Creo que el mayor cambio en el campo de la responsabilidad extracontractual en los últimos treinta años (un cambio tan importante como lo fue la creación de los seguros hace setenta años) es el hecho de que no estamos regidos únicamente por reglas «todo o nada»[19]. Drámaticamente, desde la advenimiento de la negligencia comparativa, repartimos los daños de todo tipo de formas. Estamos repartiendo entre conductas culposas y no culposas que se combinan para causar daños, por ejemplo. Algún día estaremos quizás repartiendo causas próximas diciendo, sí, hay una causa próxima pero solo es relativamente próxima, por lo que el damandante debererría recuperar parte de, pero no todos los daños sufridos. La noción del siglo XIX de que la compensación debería ser todo-o-nada está desapareciendo. Mas aún, el uso cada vez más frecuente de reglas de responsabilidad produce reparticiones. Como señaló Carol Rose, ellas permiten formas de repartición que son sumamente complicadas[20]. Como resultado, quisiera ver más trabajos que empleen las reglas de "La Catedral" como técnicas para repartir.

El otro tema en el que estoy interesado en estos días es el de los cuerpos: saber si es que somos propietarios de nuestros propios cuerpos y de nuestros órganos corporales, o quiénes son sus dueños, quién tiene un derecho a ellos si nosotros no lo tenemos. Ese es el contexto en el que me gustaría preguntar si es que -y cuándo es que- tenemos derechos protegidos por reglas de propiedad, reglas de semi-propiedad, sub-reglas del tipo sobre las que Rose-Ackerman escribió[20], o reglas contrarias. ¿Puedo reclamar que me estás lesionando si no me das el órgano que necesito para un transplante? ¿El poseedor de un órgano que funciona tiene entonces el derecho de invocar la regla Krier-Schwab, diciendo, "Está bien, te lo doy, pero debes pagarme los daños que buscabas de mi cuando tratabas de inducirme a dártelo"? Me agrada en especial la idea de mirar estas reglas en el difícil contexto de los órganos corporales, en el cual la mayoría de nosotros decimos (aún más que en la propiedad) aquello que es mío es mío, pero donde resulta (al igual que en el contexto de la propiedad) que a veces eso no es así. Una vez más, estoy inclinado a concluir que el simple marco de trabajo del artículo puede ser sorprendentemente útil al analizar los órganos corporales. Si es así, los próximos veinticinco años de "La Catedral" están asegurados.

[16] Ver KRIER, James E. & SCHWAB, Stewar J., *Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Ligth*, 70 N.Y.U.L.Rev. 440,454-55 (1995).

[17] Ver AYRES, Ian & BALKIN, J.M., *Legal Entitlements as Auctions: Property Rules, Liability Rules, and Beyond*, 106 Yale L.J. 703 (1996)

[18] Ver LEVMORE, Saul, *Self-Assessed Valuation Systems for Tort and Other Law*, 68 Va. L. Rev. 771 (1982)

[18] Ver CALABRESI, Guido & COOPER, Jeffrey O., *New Directions in Tort Law*, 30 Valparaiso U. L.Rev. 859, 868-83 (1996).

[19] Ver ROSE, supra nota 4, en 2182-87

ESTUDIO

OSTERLING, ARIAS - SCHREIBER, VEGA, ORBEGOSO & ASOCIADOS

FELIPE OSTERLING PARODI
MAX ARIAS - SCHREIBER PEZET
JORGE VEGA VELASCO
FERNANDO DE ORBEGOSO BARAYBAR
ARTURO TELLO DIAZ
ENRIQUE FERRANDO GAMARRA
ARY ALCANTARA VALDIVIA
TANIA LOPEZ-GUERRA RIVERO
MADELEINE OSTERLING LETTS
ALFREDO CALVO CORDOVA
MAURICIO MARTINEZ RAMIREZ-GASTON
ANDRES EMMERICH DE HARO
JORGE VEGA SOYER
FERNANDA GARCIA YRIGOYEN MAURTUA
GIANNINA ASSERETO BOSSIO

Pardo y Aliaga 640
Piso 8° San Isidro
Lima - Perú
Teléfonos : 442 0770 - 421 1616
441 5637
Facsimile : 442 0770
E-Mail : osaveo@estost.tci.net.pe

Especialidades

Práctica General, Derecho Comercial, Constitucional, Aeronáutico, Administrativo, Tributario, Laboral, Minero, Petrolero, Bancario y Seguros, Internacional Privado, Industrial, Derechos de Autor, Marcas y Patentes, Inversión Extranjera, Pacto Andino, Derecho Procesal Civil, Derecho Ambiental y Privatizaciones.

HUGO PIAGGIO BERTORA, DECANO Y MAESTRO DE DERECHO (1909 - 1997)

Teodoro Hampe Martínez
Doctor en Historia
Universidad Complutense de Madrid
Profesor de Historia del Perú
Pontificia Universidad Católica del Perú

Los logros de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica a lo largo de su historia son una muestra de la generosidad, compromiso y desinterés de aquellos que, de una u otra manera, desde la docencia, la investigación o las labores administrativas, han contribuido para que nuestra Facultad, tras un comienzo modesto pero lleno de promesas, haya alcanzado metas en un principio inimaginables, convirtiéndose en inagotable productora de distinguidos juristas, jueces probos, maestros notables y abogados que unen el exitoso ejercicio profesional con el respeto a los valores que inspiran nuestra disciplina. Entre los hombres que han forjado esta institución que hoy nos enorgullece, figuran en primera línea los Decanos de nuestra Facultad, que han puesto su esfuerzo, talento y virtud al servicio de su vocación de maestros.

En esta ocasión, THĒMIS - Revista de Derecho, considera indispensable, a través del aporte del doctor Teodoro Hampe, un merecido homenaje al recientemente fallecido doctor Hugo Piaggio Bertora, quien fuera el primer decano en la rama jurídica de la Universidad Católica cuyos estudios se realizaron íntegramente en nuestra alma mater. En el presente artículo se narran diversos aspectos de la trayectoria del doctor Piaggio, entremezclados con recuerdos y sabrosas anécdotas, y se incluye la última entrevista que este Decano y Maestro de Derecho concediera, a la persona del autor de este trabajo.

La Pontificia Universidad Católica del Perú se encuentra de duelo por la sensible desaparición del doctor Hugo Piaggio Bertora, recordado maestro en el área del Derecho Penal, quien falleció en Lima el 18 de noviembre del presente año. El doctor Piaggio fue, durante el período de 1948 a 1951, el cuarto decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra casa de estudios. Le tocó suceder en el decanato al ilustre pensador y jurista Víctor Andrés Belaunde, a quien había apoyado eficazmente en su gestión estabilizadora y consolidadora de esta unidad académica. Aquí vamos a evocar la trayectoria vital del desaparecido catedrático, situándolo en las coordenadas pedagógicas e intelectuales de mediados de siglo, y vamos a exponer algunos de sus recuerdos personales, tal como afloran de una entrevista (inédita) que Piaggio nos concedió gentilmente en su casa de La Molina, un par de años antes de su fallecimiento.[1]

[1] Deseo expresar mi gratitud al señor Renzo Honores Gonzales, abogado e investigador del Instituto Riva-Agüero, quien me ayudó eficientemente en la recolección de los datos.

CURSO VITAL DE UN HOMBRE DE LEYES

Hugo Piaggo Bertora nació en el Callao el 22 de setiembre de 1909. Era hijo de Atilio Piaggio y Cecilia Bertora, ambos pertenecientes a familias de inmigrantes italianos con prósperos negocios en el primer puerto de la república. Ingresó a la antigua Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Perú en 1929, y en mérito a su dedicación y sus altos calificativos, fue premiado en diversas ocasiones. En esta Facultad obtuvo el grado de bachiller con la tesis titulada "Teoría y práctica del acto de última voluntad" (1934); trabajo en el cual Piaggio exploraba diversos aspectos del derecho sucesorio: requisitos y clases de testamentos, libertad de testar, colación de bienes, entre otros. El 8 de setiembre de 1934 recibió el título de abogado, y en 1947 accedió al grado de doctor en Derecho en la misma Facultad. Por cierto, Hugo Piaggio Bertora ha sido el primer decano en la rama jurídica de la Universidad Católica cuyos estudios se realizaron enteramente en nuestra *alma máter*.

A poco de su graduación como abogado se incorporó a la docencia en el área del Derecho Penal, donde cumplió una valiosa tarea durante muchos años. Tuvo a su cargo las cátedras de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal Privativo y también Derecho del Trabajo. Representó a la Universidad Católica en numerosos certámenes académicos. Fue llamado al cargo de director de estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (instituida con este nombre en 1936), posición desde la cual intervino juntamente con el secretario Xavier Kiefer Marchand para organizar y fundar el Seminario de Derecho, en 1943. Era propósito de este organismo fomentar las tareas de investigación por parte de maestros y alumnos y contribuir a la edición de textos jurídicos.

El Seminario de Derecho tuvo como medio de expresión formal a la revista Derecho en sus seis primeros números, que salieron de octubre de 1944 hasta diciembre de 1946. En esta revista el doctor Piaggio Bertora publicó los siguientes artículos: «La responsabilidad en el Código Penal peruano» (No. 1, 1944, p. 5-10); «Las operaciones de Bolsa» (No. 2, 1945, p. 37-43); y «Algunos aspectos de la delincuencia juvenil en Lima y Callao» (No. 8, 1948, p. 9-18). El Seminario de Derecho cumplió un papel importante en la activación de estudios y debates de temas jurídicos, pero su labor decayó, por desgracia, al cabo de unos pocos años.

Junto con la dedicación académica penalista —para la cual se preparó mayormente con bibliografía oriunda de Italia—, Hugo Piaggio Bertora ejerció la abogacía, aunque sobre todo en el área del Derecho Comercial. Asesoró en sus inicios a su abuelo Faustino Piaggio, quien poseía fuertes inversiones en los ramos de minería y petróleo. Como la mayoría de bufetes de renombre a mediados de este siglo, el estudio Piaggio estaba ubicado por los años 1940 en el centro de Lima (dirección: Colmena 383). Todavía en los años postreros de su vida, el recordado maestro seguía activo en la consejería y gestión de varias empresas familiares.

Por sus cualidades académicas y su colaboración de larga data con la Pontificia Universidad Católica del Perú, el doctor Piaggio Bertora fue justamente reconocido en los actos celebratorios de las bodas de diamante de la Facultad de Derecho, en 1994. Así se rendía homenaje de gratitud a uno de los profesores más antiguos y característicos de este claustro.

LA FACULTAD DE DERECHO EN LOS AÑOS 1940/50

Puede decirse que la erección canónica de nuestra Universidad Católica, dispuesta por la Sagrada Congregación de Seminarios y Universidades en Roma, el 30 de setiembre de 1942, marca simbólicamente el inicio de una nueva etapa en la historia institucional. A partir de esa fecha, el modesto plantel fundado por los padres franceses de la Recoleta adquiría el título y prestancia de una Universidad Pontificia, puesta bajo la protección de los Sagrados Corazones de Jesús y María. La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas contaba entonces con 24 profesores titulares y 226 alumnos, que formaban el 9,3 por ciento de todo el estudiantado (comprendiendo facultades, escuelas e institutos de la Universidad).

El área de Derecho ganó consolidación formal en 1947, al aprobarse cinco reglamentos largamente esperados dentro de la Facultad: (1) el de catedráticos y alumnos, (2) el del Seminario de Derecho, (3) el del grado de bachiller, (4) el del título de abogado y (5) el de premios. Ese mismo año, merced a las gestiones del decano Víctor Andrés Belaunde, maestros y discípulos se trasladaron a la vieja casona de los Ramírez de Arellano, en la calle Lártiga (cuarta cuadra del jirón Camaná), legada a la Universidad en su testamento por don José de la Riva-Agüero y Osma. Aquí utilizó la Facultad para sus distintos quehaceres el aula magna, el salón de grados y otras tres aulas más ubicadas en el traspatio. Fue éste un escenario, por entonces, muy bien ubicado y agradable para el desarrollo de las actividades lectivas, que permitía a los docentes abandonar por unas horas su cercano bufete, en algún jirón del centro de Lima, y dedicarse en ese corto intervalo a la enseñanza de su especialidad.

Tras la renuncia de Belaunde, hubo a principios de 1948 una nueva elección para cubrir el decanato, y a partir de esta fecha observamos una ordenada sucesión de profesores que asumen el puesto cada tres años. Durante el período que enfocamos actuaron como decanos Hugo Piaggio Bertora, catedrático de Derecho Penal (nuestro biografiado), en 1948-1951; Luis Echecopar García, catedrático de Sucesiones, en 1951-1954; Ismael Bielich Flórez, catedrático de Derechos Reales, en 1954-1957; y Domingo García Rada, catedrático de Derecho Procesal Civil, en 1957-1960.

¿Cómo era el régimen de estudios que seguían los aspirantes a jurisconsulto en ese tiempo? La mayor parte de los cursos eran anuales, pues había sólo unos cuantos de duración semestral. No existía ninguna asignatura optativa y el currículum era el mismo para todos los alumnos de la Facultad: abarcaba cinco años, con un promedio de 15 a 17 horas de clase semanales. Para ejercer públicamente la profesión legal era necesario, por cierto, completar todas las materias del currículum, elaborar una tesis de bachillerato y aprobar el examen para el título de abogado. Pero también estaba abierta la posibilidad de seguir posteriormente el ciclo de doctorado: consta que la sección doctoral inició sus actividades en 1936, con especial dedicación a la Filosofía del Derecho, y que en 1958 volvió a ponerse en funcionamiento, brindando cursos avanzados de Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Privado Comparado.

Es a partir de los años cuarenta, además, que los planes de estudios adquieren mayor especificidad y una creciente solvencia. En 1941, los cursos de Derecho Civil, que hasta entonces eran sólo cuatro, se desdoblan e incrementan. Así, Derecho Civil I (primer año) abordaba las materias de Personas y también Acto Jurídico; Derecho Civil II estaba exclusivamente dedicado a los Derechos Reales (el nombre de «cosas» fue virtualmente eliminado de los esquemas curriculares); Derecho Civil III comprendía las Obligaciones, y en el cuarto año había otros dos cursos de Derecho Civil: Contratos y Sucesiones, los mismos que para entonces habían adquirido plena entidad jurídica. En 1947 aparece el curso de Derecho de Familia en cuarto año, el libro segundo del Código Civil de 1936 se ocupaba de este tópico, incrementando así la lista de estudios civilistas. También aparecen en 1947: Legislación Aduanera (segundo año), Derecho Registral y Notarial (cuarto año) y Lógica Jurídica (cuarto año).

Por otra parte, es pertinente indicar que no todos los cursos eran de materia jurídica. Una excepción fue la asignatura de Instrucción Militar (en cuarto y quinto año), la cual puede apreciarse en los planes de estudios a partir de la segunda Guerra Mundial y del conflicto peruano-ecuatoriano de 1941. Se estipulaba que efectivos del Ejército dictarían esa asignatura. Otros cursos, inspirados en una línea confesional, eran los de Teología Apologética (primer año) y Moral Cristiana (primer año). Cada uno de ellos, sin embargo, tuvo una corta existencia.

La revista Derecho, órgano que ha caracterizado en buena parte la imagen pública de esta rama en la Universidad Católica, surgió en octubre de 1944 en el seno del Seminario de Derecho, teniendo como co-directores a Hugo Piaggio Bertora y Xavier Kiefer Marchand. Ambos personajes se mantuvieron a cargo de la edición durante más de dos décadas (hasta los cambios institucionales de los años sesenta). El propósito inicial fue que la revista tuviera una periodicidad trimestral, pero desde 1947, cuando se transformó oficialmente en órgano de la Facultad de Derecho, empezó a publicarse sólo de manera anual. La primera época de Derecho comprende una serie de 25 números (1944 a 1966), en los cuales aparecieron valiosos trabajos de investigación, algunas tesis de bachillerato notables e informes sobre las actividades dentro del claustro.

Asimismo, el Seminario inició la publicación de manuales para el estudio de grandes temas jurídicos, con el objeto de facilitar el aprendizaje e investigación de los alumnos y superar el deficiente sistema de las «copias» o apuntes de clase. Así fue que se editaron las obras de algunos profesores, como el "Derecho Comercial" de Andrés León Montalván (1943) y el "Poder Judicial" de Domingo García Rada (1994), y se formaron de manera complementaria círculos de estudios en las áreas de Derecho Penal, Derecho Laboral e Historia del Derecho Peruano. El referido Seminario, que había funcionado con éxito bajo la conducción inicial del doctor Piaggio Bertora (1943 a 1951), reanudó sus tareas en la exploración y reflexión de los problemas legales a partir de 1957, teniendo como nuevo director a José Merino Reyna, catedrático de Derecho Procesal Civil.[2]

ENTREVISTA CON HUGO PIAGGIO BERTORA

Usted pertenece a las promociones casi fundacionales de nuestra Facultad de Derecho. ¿Podría recordar las circunstancias de su graduación?

[2] Para mayores detalles sobre la evolución histórica de la Facultad de Derecho, véase mi ensayo «Vida académica en la Facultad de Derecho: setenta años de historia (1917-1987)», en THĒMIS-Revista de Derecho, segunda época, No. 12 (set. 1988), p. 22-26, y No. 13 (dic. 1988), p. 49-54.

No lo recuerdo exactamente, pero debe haber sido en la primera mitad de los años treinta (1934). Entonces funcionaba Derecho en el local de la Recoleta. Allí habremos estado por un período de quince años.

De la casona de Riva-Agüero, en cambio, no guardo una memoria tan firme. En cierta ocasión fui invitado a un acto en Lártiga para comentar el Código Penal vigente por entonces. Vino un importante penalista español, de tendencia marcadamente izquierdista. No era un hombre honesto, empezó a atacar de mala manera a la doctrina católica. Por la Universidad fuimos nombrados el doctor Raúl Vargas Mata y yo. Tuvimos un fuerte intercambio de opiniones y se molestó muchísimo por ello, aunque sólo traté de decirle lo que pensaba. Le dije además que habíamos venido a comentar el Código y que ésa era, fundamentalmente, una reunión académica.

¿Cómo llegó usted a especializarse en Derecho Penal?

Llegué en realidad de manera casual. Me gustaba mucho el Derecho Civil y el Derecho Comercial, sobre todo este último, pues mi padre trabajaba en cuestiones aduaneras.
Mi incorporación a la cátedra de Penal ocurrió de modo casi fortuito, cuando el padre Jorge Dintilhac me llamó poco después de mi graduación como abogado. Había establecido que los mejores alumnos pasaran a dictar en la Facultad, lo cual significaba una gran recompensa. Mi padre siempre se preocupó porque yo tuviese una buena formación, y me proveyó de materiales para constituir una excelente biblioteca de Derecho Penal.

De su investigación en el campo del Derecho Penal, ¿qué nos puede decir?

En la Facultad había un Seminario de Derecho, que yo fundé en los años de 1940. Muchos abogados no se interesaban mayormente por las labores de investigación del Seminario. Me parece que este organismo nació virtualmente desahuciado. Allí conté con la colaboración de Xavier Kiefer Marchand, un hombre de veras extraordinario.

¿Qué maestros recuerda usted principalmente?

Tuvimos un gran profesor de Filología (cuyo nombre no retengo), que se fue a Europa. En el campo propiamente jurídico, aprovechamos las enseñanzas magistrales del doctor Carlos Arenas y Loayza, del doctor Jorge Félix Aramburú y del doctor Raúl Noriega Ayarza, catedrático de Derecho Procesal Civil. Los cursos de Derecho Penal, en primer y segundo año, estaban a cargo del doctor Samamé, un abogado provinciano, quien no era en verdad un buen profesor. Por su parte, el doctor Raúl Vargas Mata enseñaba Derecho Procesal Penal.

De sus condiscípulos de la época estudiantil, ¿recuerda a algunos?

Había varios buenos compañeros, pero hoy casi todos están muertos. Conmigo estudiaron por ejemplo Xavier Kiefer Marchand, el doctor Rosell (que después fue vocal de la Corte Suprema), el doctor Zubiaga. Y entre los que fueron mis alumnos, recuerdo a grandes juristas como Manuel de la Puente y Lavalle, Jorge Avendaño Valdez, Fernando de Trazegnies Granda y otros.

¿Su actividad como profesor en la Facultad empezó, pues, casi inmediatamente de conseguir la graduación?

Esto puedo recordarlo con detalle, porque me designaron para ejercer la cátedra como premio a mis buenos notas en el estudio. Pero ocurrió un inconveniente, ya que el profesor que antes estaba dictando ese curso se quejó, diciendo que él era más antiguo y que le correspondía la cátedra. El Padre Jorge Dintilhac no sabía qué hacer. Me llamó entonces y me preguntó si me gustaría hacer alguna otra cosa en la Universidad. Yo me sentía en realidad impedido, por mi falta de preparación, y dejé que el tiempo pasara simplemente.

En eso, a los tres meses me llamó el doctor Carlos Arenas y Loayza, que era el abogado de mi padre, y además vecino en el balneario de La Punta (vivía en una casa en la esquina de la plaza). ¿Así que tú quieres mi cátedra?, me increpó. Yo no quiero su cátedra, respondí, esto me lo han dado a mí en la Universidad a manera de premio. Yo estoy viejo y enfermo, dijo Arenas: mejor hagamos una cosa, en tal fecha te encargas definitivamente de la cátedra. Pero si a usted le gusta tanto, ¿por qué me la deja? No, replicó, ya está decidido, no quiero ser más catedrático...

En 1948, sucediendo a Víctor Andrés Belaunde, fue usted elegido para el decanato de la Facultad de Derecho.

En efecto, mi despacho quedaba junto a la iglesia de la Recoleta. Continué dictando en el Hospicio Manrique, donde se daban las clases prácticas. Tras abandonar el decanato en 1951 seguí enseñando por muchos años más, hasta que me enfermé; en realidad, había perdido la memoria.

No había política entonces en la Universidad Católica. No existía el cogobierno, pero llegábamos a una solución entre todos nosotros. Mi brazo derecho era Xavier Kiefer Marchand, quien sentía un gran cariño por la Universidad. Nunca conseguimos, sin embargo, que enseñara por lo menos Historia del Derecho, a pesar de que poseía una excelente biblioteca; Xavier declinó porque prefería dedicarse por completo a la vida administrativa de la Facultad. Él tenía un hermano que también era abogado, asesor legal del cuerpo de bomberos. Pertenecían a una familia de origen francés, era gente eficiente y muy colaboradora. Los alumnos querían mucho a Xavier, que inclusive ayudaba a los estudiantes con problemas económicos. Era una persona muy generosa y seriamente comprometida con el destino de nuestra Facultad.

El ambiente de la Universidad Católica era como el de una familia. Monseñor Fidel Tubino, el rector, que era sacerdote y abogado a la vez, era amigo de nuestra familia; conocía como muy pocos el Derecho Romano.

Después de varios años de ejercicio docente en la Facultad de Derecho, usted se retiró de la casona de Lártiga a comienzos de la década de 1960.

Sí, recuerdo que era por entonces el decano Raúl Ferrero Rebagliati, un muchacho fuerte y trabajador, que murió relativamente joven. Su padre, que era muy amigo de mi propio progenitor, había trabajado en la Embajada italiana. La familia estuvo signada por la mala suerte, porque tanto Raúl como sus hermanos Rómulo y Alfredo murieron en la flor de la edad.

¿Qué memorias guarda usted del crecimiento desmesurado que experimentó la Universidad Católica en los años de 1930, cuando se recesó oficialmente a San Marcos?

Nadie se ocupó de la Católica, nuestra institución se desarrolló sola. Javier Correa Elías, que era el secretario general de la Universidad, ayudó mucho en aquella coyuntura.

Aparte de desempeñar la cátedra de Derecho Penal, ¿ejercía usted profesionalmente como abogado penalista?

Como penalista no me gustaba, pero en la parte comercial sí. Mi abuelo, Faustino Piaggio (el primero que trajo el apellido desde Italia), tenía una compañía petrolera y muchos otros negocios. Así que me dediqué a trabajar con él, en una labor por completo absorbente.

Cuando el mariscal Oscar R. Benavides llegó a la Presidencia de la República, me citó por teléfono para conversar. Me explicó entonces las medidas que había planeado tomar, y en virtud de las cuales toda la fortuna de mi abuelo desaparecía. Le dije: ¿Pero qué es lo que usted me está proponiendo? Que me extienda una carta diciendo que todos los bienes de su abuelo son de interés público, replicó. Mi respuesta fue de plano negativa. Usted me está ofendiendo, sentenció finalmente.

En otra reunión, además, Benavides me dijo que quería expropiar la gran casa que teníamos en el Callao, un sitio que había servido de residencia a virreyes y personajes notables. Yo le dije sin embargo que la casa estaba habitada por fantasmas, no para desanimarlo o asustarlo, sino porque era la pura verdad. Es una casa ubicada en la calle Sáenz Peña, frente a la sede principal del Banco de Crédito en el Callao; posee una torre antigua, que ha resistido a decenas de revoluciones. Allí vi yo el fantasma en la forma de una señora, que caminaba junto a la baranda sin hacer ruido, no pesaba nada. He visto a esta figura desplazarse a un metro de distancia de mí. Vi que recorría toda la baranda del patio y bajaba hacia la enorme cochera, donde desapareció. Me quedé por cierto muy impactado. Y un primo mío, mayor que yo, trató de calmarme: Oye, no te asustes, no te hace nada. De vez en cuando aparece esta persona, ya estamos acostumbrados en la casa....

Durante mucho tiempo existió la idea de que en aquella mansión había un «entierro», y el Gobierno dio una orden para expropiarlo. Pero nosotros en la familia nunca lo tocamos. Ahora la casa encantada pertenece a unos primos míos.

Parece que su ocupación principal eran los negocios familiares y que usted dedicaba unas cuantas horas por semana a la enseñanza en la Universidad. ¿Cómo era la realidad?

Bueno, yo tenía en verdad dos cátedras paralelas (y el Padre Jorge quería darme hasta una tercera). Era un trabajo por el cual recibía una pequeña remuneración, unos 12 ó 15 soles cada semana. Con los dos cursos que estaban a mi cargo tenía una dedicación de seis horas semanales. Todos los días iba desde el Callao al centro de la ciudad para dar mis clases.

En su labor profesional de jurista, ¿a quiénes reconocería como maestros?

Puedo evocar al doctor Juan Mariano Velasco Segura, gran experto en minería, el cual no me dictó formalmente clases, pero me enseñó como maestro y como amigo. Era abogado de mi abuelo para sus

negocios de petróleo y minería. Abandona la vida forense y dedícate a otra cosa, me decía. Eres un flojo, tienes la plata en la mano. Porque su idea era que el dinero estaba en las minas; entonces, había que ser minero. Velasco no era un abogado metódico, ordenado, pero sí un gran especialista en cuestiones de minería. Más otra cosa no le interesaba. Era inteligente y muy profundo.

Usted ha recordado al doctor Samamé como su profesor en la rama de Derecho Penal. ¿Fue él realmente quien lo forjó en la profesión?

No, mi padre me hizo traer desde Italia lo mejor y más reciente de la bibliografía jurídica de la época. También contribuyó a mi vinculación con el ambiente italiano la venida de un pariente genovés, el doctor Vignoli, médico, que se ocupaba de atender pacientemente a los heridos de guerra, hasta que fue capturado por los alemanes y sentenciado a muerte. Pero logró escaparse gracias a la ayuda de cierto oficial alemán y así fue como llegó al Perú, al seno de nuestra familia. Estuvo con nosotros un buen tiempo, pero se desesperaba porque quería ejercer la cirugía, que era el sentido de su vida. Al final regresó a Génova, donde era un personaje importante, reconocido por todo el mundo.

¿Hay algo más que le parezca importante mencionar con respecto a la Facultad de Derecho?

Bueno, es digno referir el empuje que todos pusimos por sacar adelante a la Facultad. Incluso algo importante es que ninguno abría la boca para pedir dinero.

¿Y no conserva algunas anécdotas?

Tengo presente una del año 1936, cuando se realizó una Olimpiada deportiva interuniversitaria, que enfrentó a la Católica y San Marcos. Se armó por entonces una gran huelga contra las medidas del gobierno de Benavides, instigada conjuntamente por el APRA y los comunistas. En esas circunstancias, nuestros equipos tuvieron una actuación sorprendentemente buena en la Olimpiada, y los periódicos hablaban muy bien de nosotros; pero se encendió la ira de los enemigos, y a mí casi me matan. Me acuerdo que yo iba a dictar mi clase a las seis de la tarde, en la Plaza Francia, cuando de pronto un muchacho llega gritando: ¡Se vienen cinco mil! Por la calle Amargura venía una muchedumbre enardecida, exclamando mueras a la Universidad Católica y a la autoridad de los curas.

El portón de la Recoleta esta abierto de par en par, con el Padre Jorge parado al centro, impasible. Yo le sugerí: Padre, vámonos adentro, al salón de Filosofía que está vacío; ahí podremos guarecernos hasta que pase la turba. Pero Dintilhac respondió que estaba en su casa, y ahí se quedó parado, y como consecuencia de esto nos quedamos todos. Varias balas quedaron incrustadas en el marco de la puerta. Aunque dispararon, el hecho es que no pudieron hacernos nada. Cuatro personas nos habíamos quedado, temblando de miedo, junto al Padre Jorge.

Una vez pasado el susto, salí con rumbo al Callao. Llegué hasta la Colmena y avancé en seguida a la plaza Dos de Mayo. Ahí paraba un tranvía, el cual forzosamente tenía que abordar porque no había otra forma de viajar. Como las balas habían ahuyentado o herido a los conductores, un pasajero cualquiera se sentó en la torrecilla de mando, y enrumbó el coche hacia el Callao. Llegamos allá alrededor de la una de la madrugada.

Para evitar que cayeran en manos de los apristas, nosotros escondimos los instrumentos de la banda que acompañaba al equipo de la Universidad. Enterramos las piezas en el patio del local de la Recoleta, junto a un arbolito que todavía allí debe estar. Creo que últimamente han sacado los instrumentos para ponerlos en un museo. Yo sé que los han sacado, pero no sé donde los han guardado. Yo sugerí que los pusieran en el «museo», un simple cuarto en el edificio de la Plaza Francia donde se guardaban todas las cosas que tenían algún valor histórico. Por muchos años continuaron preguntándonos dónde estaban los instrumentos de música de aquella banda, pero el Padre Jorge dio la consigna de que no se hablara de ellos. Creo que fue en la época de gobierno de Belaunde que se recuperaron finalmente los objetos, verdaderas preseas de guerra.

Qué interesante, Dr. Piaggio, veo que está usted lleno de memorias. Ha sido muy gentil en concedernos este tiempo para tomar parte de sus recuerdos.[3]

[3] La entrevista se llevó a cabo el viernes 23 de setiembre de 1994, en la casa del Dr. Hugo Piaggio Bertora en la calle Los Guindos, distrito de La Molina (Lima).

DAÑO A LA IDENTIDAD PERSONAL

Carlos Fernández Sessarego
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Comité Consultivo
THĒMIS - Revista de Derecho

En una sociedad en la que mediante distintos condicionamientos los comportamientos de las personas se vuelven cada vez más uniformes, el ser humano, valiéndose de su cuerpo y de su psique, es capaz de realizar su propia decisión y de ser quien quiere ser gracias a la libertad connatural a él. Así, el ser humano es capaz de diferenciarse de los demás al tomar sus propias decisiones, las cuales lo definen como uno y por consiguiente lo diferencian de los demás. Este derecho, por la importancia que tiene en relación al desarrollo de los seres humanos, es protegido por las distintas legislaciones mediante una figura que recién empieza a hacerse presente en la jurisprudencia comparada; la identidad personal.

La protección a la identidad personal, sustentada en la naturaleza misma de ser humano, es una figura novedosa y por lo mismo es necesario que sea delimitada acertadamente. La gran mayoría de los países la protegen a través de cláusulas generales y abiertas mediante las que se puede proteger cualquier interés relacionado a la identidad personal que no se encuentre expresamente prescrito en otra norma, siendo el Perú y Portugal los únicos países en los que se protege mediante norma expresa.

En este artículo, el autor analiza detalladamente esta novedosa figura, partiendo de las características de la misma y los aspectos que incluye, tanto estáticos o de identificación como dinámicos o de las múltiples y diversas manifestaciones de la personalidad, para terminar analizando jurisprudencia europea y argentina y presentar al lector cómo poco a poco, y tras iniciales equivocaciones en la sustentación legal de las mismas, se ha llegado a sentencias que no sólo dan adecuadas reparaciones, ya sea a través de rectificaciones o montos de dinero, por ejemplo, sino que comprenden el fondo del problema y la importancia del mismo; la importancia de proteger el derecho de todos los seres humanos de ser únicos y capaces de tomar sus propias decisiones en relación a cómo interactúan con los demás y a quiénes en realidad son, es decir, el derecho a una identidad personal.

SUMARIO

1. El ser humano como libertad
2. Vida, libertad, identidad
3. Aspectos estáticos y dinámicos de la identidad personal
4. Supuestos de la identidad personal
5. La "verdad" personal como interés existencial jurídicamente protegido
6. La verdad personal y los demás aspectos de la personalidad
   a.- Introducción
   b.- Signos distintivos
   c.- Imagen y voz
   d.- Intimidad de la vida privada
   e.- Honor y reputación
   f.- Derecho de autor
   g.- Apostilla
7. Protección jurídica de la identidad personal
8. Daños a la identidad personal
9. El daño a la identidad personal en la jurisprudencia comparada
   a.- Introducción
   b.- Precursora jurisprudencia italiana
10. Daño a la identidad personal en cuanto al estado civil, la ocupación y la ideología y su deslinde con el daño a la imagen
11. Daño a la identidad política y su deslinde con el daño al honor
    a.- Sentencia del juez de Turín de 30 de mayo de 1979
    b.- Sentencia del juez de Roma del 30 de mayo de 1980
    c.- Sentencia del juez de Roma del 27 de marzo de 1984
12. Daño a la identidad científica
13. Daño a la identidad ideológica y su deslinde con el daño al honor

14.- Reparación del daño a la identidad personal
15.- Casuística jurisprudencial argentina
a.- Caso "Ekmekdjian contra Sofovic Gerardo y otros"
b.- Caso "Campillay Julio César contra La Razón y otros"
c.- Identidad sexual: sentencia de la Primera Cámara de Apelación de San Nicolás de los Arroyos de agosto de 1994

1. El ser humano como ser libertad

Dada la novedad de la figura de la identidad personal, no sería conveniente ni aconsejable ingresar al tratamiento del daño que podría ocasionársele sin antes deslindar, aunque fuere esquemáticamente, en qué consiste la noción de identidad personal para lo cual, necesariamente, se debe hurgar en sus supuestos. No se apreciaría debidamente los alcances y repercusiones del daño a la identidad personal sin saber qué es exactamente lo que se daña, en qué consiste lo que es materia de una específica lesión. Por ello, dedicaremos las páginas iniciales de este trabajo al esclarecimiento de esta temática introductoria.

Los recientes aportes de la filosofía de la existencia, que datan de la primera mitad del presente siglo XX, y nuestras propias experiencias personales, permiten sostener que la libertad constituye el ser mismo del hombre. No se equivocó Boecio cuando en el siglo VI d.C. sostuvo que el ser humano era una substancia indivisa. Con el transcurrir de los siglos y los hallazgos y precisiones de la Antropología Filosófica se sabe que, en consonancia con lo expresado por Boecio, el ser humano constituye una unidad psicosomática. Es decir, la conjunción del cuerpo en sentido estricto, y la psique.

Boecio, sin embargo, definió a esta "unidad indivisa" como una de índole "racional", con lo que la caracterización de la **naturaleza** del ser humano no trascendió la esfera psíquica en cuanto la razón, inteligencia o capacidad intelectiva, y radica en la esfera psicosomática, más exactamente en el aspecto de esa unidad que solemos identificar como "psique". Los aportes de la Antropología Filosófica, que se hacen patentes principalmente entre las dos guerras que asolaron la humanidad en este siglo, ponen de manifiesto que el ser humano no se reduce a ser tan sólo una unidad psicosomática. En efecto, se hace evidente que dicha unidad psicosomática se halla en función de la **libertad**, que es el ser mismo del hombre.

Dicho en otras palabras, cada ser humano se vale de su cuerpo y de su psique para realizar en el mundo fenoménico su propia libre decisión. Nuestras decisiones se concretan mediante el instrumento de la unidad psicosomática. La libertad está enclavada en esta unidad, la misma que hace posible su realización mundanal a través de actos de conducta. La libertad, para fenomenalizarse, requiere de la voluntad, de los sentimientos, de la inteligencia, del cuerpo.

La libertad es posibilidad de decidir por sí mismo, no obstante los agobiantes condicionamientos que normalmente constriñen la actividad humana, se trate tanto de aquéllos de raíz genética como los que provienen del ambiente, utilizando este último concepto en su más amplia acepción [1]. La libertad no es, pues, absoluta sino relativa, en cuanto es inherente a ella un peso múltiple, el que le viene de uno mismo, de las particularidades limitantes de cada cual, y las que "le llegan del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen"[2]. Por ello, se suele decir que la libertad sólo se hace patente a través de la angustia[3], en los escasos momentos en los cuales, en el transcurso de toda una vida, el ser humano debe adoptar decisiones de suma importancia, de las que generalmente depende el rumbo de toda la existencia. Son instantes estelares en los cuales el hombre se enfrenta a sí mismo, se siente abandonado, en completa soledad ante su propio yo, urgido por la necesidad de decidir. En este momento el ser humano logra conquistar su propia raigal libertad superando, excepcional y transitoriamente, los múltiples condicionamientos que lo sumen en la rutina del quehacer cotidiano, en aquello que Heidegger designaba como "lo inauténtico". Sólo en este supremo instante, que muchos hombres probablemente nunca han experimentado, es que el ser humano descubre el hontanar de su **ser libertad** y, por consiguiente, se siente

[1] Asumimos el concepto de "ambiente" en su más amplia acepción, es decir, como todo aquello que en el mundo rodea al ser humano y que permite equilibrar, llegado el caso, las propias tendencias genéticas.

[2] MOUNIER, Emmanuel, "El Personalismo", Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 36. Cfr. HEIDEGGER, Martin, "El ser y el tiempo", Fondo de Cultura Económica. México , traducción de José Gaos, 1951, pág. 217.

[3] Tanto Martin Heidegger como Sartre utilizan la noción de "angustia" para describir aquella situación existencial del ser humano en la que el tener que decidir por sí mismo enfrenta a su propio yo comprometiendo todo su ser, haciendo patente su sentido de responsabilidad

responsable. Por ello, puede sostenerse que ser libre es ser responsable.

La libertad, como expresa Mounier, "no se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos" [4]. Una decisión libre supone una previa y dura batalla consigo mismo para superar los determinismos que le son inherentes. Sólo en contados momentos de la vida ello es posible si se tiene la fuerza para vencer "el peso múltiple" de los determinismos que nos condicionan. Sin embargo, estos determinismos o la carencia de una propia experiencia de la libertad, no niegan la libertad en cuanto ser del hombre. Ella, a pesar de todo, está ahí, instalada en el centro mismo de su ser.

La libertad es indemostrable desde que surge, como está dicho, a partir de una experiencia personal y, por lo tanto, intransferible. A la libertad sólo se le capta "desde dentro y de raíz, surgiendo con ella". Esta experiencia, que no todos los seres humanos comparten, hace difícil comunicarla. No son pocos los que quisieran tenerla ante sus ojos, próxima a sus sentidos. Por ello, la pregunta por el ser no halla respuesta para quienes no tienen una propia experiencia del mismo. Esta situación, normalmente, nos perturba. Para calmar o aplacar esta sensación, que puede invadirnos al caer en el silencio de la nada, quisiéramos "captar la libertad en flagrante delito, tocarla como a un objeto, al menos probarla como a un teorema, establecer que hay libertad en el mundo". Como sostiene Mounier, ello es en vano desde que la libertad "es afirmación de la persona; se vive, no se ve" [5].

Como anota el fino pensador francés, "es la persona la que se hace libre, después de haber elegido ser libre". Y es que "en ninguna parte encuentra la libertad dada y constituida. Nada en el mundo le asegura que ella es libre si no penetra audazmente en la **experiencia** de la libertad".[6] La libertad no está clavada en el hombre como una condena, "le es propuesta como un don". Por ello, se le acepta o se le rechaza.

La libertad es, de suyo, creativa, estimativa, proyectiva. Sólo el ser libre es creador y vivenciador de valores. Sólo el ser libre es capaz de proyectar su vida prefiriendo unos valores sobre otros y creando su propia vida. Estas posibilidades distinguen al ser humano de los demás seres de la naturaleza. No podemos dejar de tener en cuenta la condición de animalidad del hombre sometido a sus instintos aunque, por ser libre, es capaz de administrarlos. El hombre, mediante su unidad psicosomática, participa de la naturaleza.

2. Vida, libertad, identidad

Vivir es desplegar la libertad en el tiempo, para crear proyectando, de acuerdo a instancias valorativas. Vivir supone la existencia de un ser libre y creador, capaz de vivenciar valores, con mayor o menor intensidad. La realización de cada hombre, no obstante ser igual a los demás, lo hace sólo idéntico a sí mismo. Ello no podría ocurrir si el ser humano no fuera capaz de vivir la vida de la libertad. La libertad, que es pura decisión, permite que la vida de cada uno, su propia biografía, sea única, singular, intransferible. Esta posibilidad, que fluye del propio existir, hace posible que el ser humano, que cada ser humano, sólo sea idéntico a sí mismo. De ahí que vida, libertad e identidad constituyan las tres más importantes características de la existencia humana. La vida es la vida de la libertad que, por ser tal, hace que cada ser humano sea sólo idéntico a sí mismo. Vida, libertad e identidad conforman la trilogía básica para la comprensión de la extraordinaria y compleja naturaleza del ser humano.

De la vida y de la libertad -más de la primera que de la segunda- se habían ocupado los pensadores desde siempre. Ambas constituyen un misterio que incentivó su interés y que despertó su mayor curiosidad intelectual. La primera pregunta, por ello, versó siempre por aquel "¿de dónde venimos y a dónde vamos"? También se había sostenido, con acierto, que todos los hombres eran iguales. En verdad, sin experiencia de la igualdad no es posible hacer referencia a la libertad. Si no hay igualdad, la libertad fenoménica -es decir, el ejercicio de la libertad- es tan sólo una quimera, una ilusión, lo cual no niega la libertad ontológica en que consiste cada cual. Y es que no deben confundirse las dos instancias de una única libertad: su intrínseca capacidad de decisión y la puesta en marcha de esta decisión a través de actos de conducta intersubjetiva, de comportamiento social.

Lo que no se había advertido hasta hace poco es que, sin negar la igualdad de todos los seres humanos -

[4] MOUNIER, Emmanuel, "El Personalismo", pág. 36.

[5] Ibid, pág. 35.

[6] Ibid, pág. 36.

dotados de libertad y unidad psicosomática-, se percibe que sobre esa igualdad de base se erige la identidad en que cada cual consiste. La identidad habíase jurídicamente confinado en el aspecto biológico del ser humano, aspecto al que se suele comúnmente designar con la expresión "identificación". Solicitar a una persona que se identifique suponía que ella manifestase sólo cuál era su nombre, se verificase sus huellas digitales y, en general, el que proporcionase los datos consignados en su documento de identidad. Dentro de este planteamiento no jugaba ningún rol la libertad en cuanto ser del hombre.

Sólo en tiempos recientes se ha evidenciado que la identidad no se confunde con la identificación, cuyos datos son generalmente invariables, sino que por su calidad ontológica de ser libre el hombre está también dotado de una identidad dinámica, la cual está conformada por las características de su personalidad. De ahí que la identidad esté esencialmente vinculada con la libertad, desde que el ejercicio de ésta permite el despliegue de la personalidad en el tiempo. La **biografía** de un ser humano no se contrae a poner sólo en evidencia su nombre o el día en que nació sino, principalmente, a resaltar sus obras, el producto de su libre quehacer vital en el tiempo, bosquejar el perfil de su personalidad. La pregunta ¿quién eres? no se reduce, por cierto, a una respuesta que pone sólo de manifiesto elementos estáticos de la identidad sino, sobre todo, aquellos de carácter dinámico propios de su personalidad [7].

3. Aspectos estáticos y dinámicos de la identidad personal

La identidad es el conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permiten distinguir indubitablemente a una persona de todas las demás. Es decir, la identidad es "ser el que soy y no otro" o, dicho en otros términos, "ser uno mismo y no otro".

La identidad tiene dos tipos de componentes que constituyen una unidad inescindible. Ella surge, primariamente, como resultado de una información genética de base que, como se sabe, es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son claros exponentes de lo que constituye la identidad estática en cuanto ella, por principio, es invariable. A esta información genética, a la que se ha accedido en las últimas décadas, habría que agregarle otros elementos de identificación del sujeto tales como el nombre, la fecha y el lugar del nacimiento, la filiación, los caracteres somáticos en general, entre otros datos. Generalmente, estos datos, como está dicho, son invariables, inmodificables. No obstante, excepcionalmente alguno de ellos puede sufrir alguna variación. Es el caso concreto del nombre que puede alterarse, por decisión judicial, ante una fundada petición.

Pero, aparte de dicho componente biológico, la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad.

El elemento dinámico de la identidad está pues compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre, entre otros elementos. Este plexo de atributos y características individualizadoras del sujeto se exterioriza, se proyecta al mundo exterior y permite a los demás identificar al sujeto en el seno de la comunidad.

Si se inquiere por la identidad de una persona que discurre en una reunión social o simplemente camina por la calle, lo que primero se pone en evidencia son sus caracteres somáticos tales como su estatura, su sexo o el color de su pigmentación. Pero, obviamente, ello es insuficiente para identificar a dicho sujeto. Por lo demás, dichos caracteres somáticos se hacen patentes ante una simple observación. Sin embargo, el inquirente, por lo general, quiere saber más sobre la identidad del ser humano que tiene ante sí por lo que pregunta por su ocupación, su ubicación social, sus creencias de todo tipo. A través de las respuestas que se le proporcionen va perfilando la identidad de "aquella" persona que resulta poseer baja estatura, ojos pardos, cabello negro, sexo masculino. Así, la identidad de una persona se constituye por la unitaria conjunción de los elementos estáticos y aquellos que, sustentados en la libertad, son de suyo dinámicos.

4.- Supuestos de la identidad dinámica

La identidad dinámica se explica a partir de la libertad. En el ejercicio de la libertad ontológica en que consiste el ser humano, o sea, en el despliegue

[7] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

de la libertad, se va constituyendo la personalidad de cada cual. Es la libertad la que permite que cada ser humano decida sobre su propia vida y desarrolle su personalidad en una u otra dirección, según una determinada escala de valores. Es en virtud de la libertad que cada cual puede escribir su biografía y perfilar su identidad.

Pero la identidad dinámica que, como está dicho, se sustenta en la libertad, se despliega en el tiempo. Ella se forja a partir del pasado, desde el momento de la concepción donde se encuentran sus raíces para, trascendiendo el presente existencial, proyectarse en el futuro. La identidad no es algo acabado, finito. Por el contrario, es lábil, fluída, dinámica, como lo es la propia vida del ser humano. La personalidad se perfila en el tiempo, se enriquece y se empobrece, se modifica. Este aspecto de la identidad se diferencia de aquel otro, de carácter estático que, como en el caso del genoma humano, es invariable, inmodificable en el transcurso del tiempo.

La dinámica propia de la personalidad hace a menudo difícil su aprehensión por los demás. Puede ocurrir que la persona, en el devenir de su vida, niegue o matice un determinado aspecto de su personalidad. Si no fuera así no serían comprensibles las conversiones, las deserciones, las renuncias ideológicas, los cambios de credos religiosos, las múltiples variantes que pueden producirse en lo que concierne al proyecto existencial. Por todo ello la persona, en un instante de su vida, puede no reconocerse más con un determinado aspecto de su personalidad que considera superado.

La Corte Suprema de Italia, en sentencia del 22 de junio de 1985, al recoger el aporte de la doctrina y de algunas aisladas sentencias que se referían a la identidad personal, la describió como el evento en el que "cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva" [8].

Recordamos un reciente e ilustrativo caso, por lo demás público y notorio, vinculado con la fluidez inherente a la identidad dinámica. Se trata de un inquieto literato, de excepcional calidad, que habiéndose adherido en su juventud a una concepción ideológico-política próxima al social cristianismo, pasó luego a incrementar la corriente de pensamientos de carácter marxista-leninista que lidera Fidel Castro, a la que estuvo ligado durante un lapso de su vida. Finalmente, recusó esta posición de raíz totalitaria para virar, de modo radical y ostensible, hacia un declarado y militante neoliberalismo. En este caso de la vida real observamos la dinamicidad de uno de los aspectos de la personalidad como es aquel referente a las convicciones ideológico-políticas de un determinado ser humano. Esta metamorfosis es explicable por el carácter de ser libre y racional que distingue al ser humano.

En síntesis, cabe sostener que la noción de identidad personal es integral. Comprende, por consiguiente, no sólo los datos biológicos y otros de carácter generalmente estáticos, e invariables sino, además, aquellos que determinan la personalidad dinámica del sujeto. Dicho en otros términos, la identidad personal no se agota en los alcances conceptuales de lo que se suele definir como "identificación", noción que no abarca los aspectos propios de la personalidad del ser humano. La identidad personal es una noción comprensiva de todas las calidades de cierto ser humano, sin exclusión alguna. Es, pues, un concepto amplio, rico, complejo, que guarda concordancia con las características existenciales propias del ser humano.

De lo expuesto en precedencia se percibe con claridad los caracteres del derecho a la identidad personal, como son su naturaleza omnicomprensiva, su objetividad y su exterioridad. En efecto, tal como se desprende de lo anteriormente descrito, la identidad personal es omnicomprensiva desde que involucra todos los aspectos, estáticos y dinámicos, que distinguen a un cierto ser humano de los demás. La identidad surge como una totalidad de atributos, signos y características que permiten que pueda afirmarse, sin lugar a dudas, que nos hallamos frente a un ser humano único, singular, no intercambiable.

De otro lado, la identidad personal es objetiva en cuanto supone el conjunto de caracteres que son aprehendidos por los demás en forma concreta y unívoca, tal como la persona es conocida o podría serlo. La identidad personal se presenta en un plano objetivo, captable por las otras personas, en tanto ella se proyecta hacia el exterior.

5.- La "verdad" personal como interés existencial jurídicamente protegido

La identidad personal, por todo lo anteriormente expuesto, merece la más amplia tutela jurídica. La

[8] Sentencia publicada en "*Nuova Giurisprudenza Commentata*", 1987-II-467.

identidad, en cuanto bien personal, en tanto privilegiado interés existencial, se constituye como una "situación jurídica subjetiva" (plexo de derechos y deberes), por la cual todo sujeto tiene el derecho a ser representado fielmente en su proyección social. Pero, al mismo tiempo, tiene el deber de ser consecuente con su personalidad, con su peculiar "manera de ser", por lo que debe proyectarse con autenticidad, tal cual es. Toda persona "es la que es y no otra".

La verdad personal constituye una noción de la mayor amplitud conceptual, ya que en ella están comprendidas todas las variadas, múltiples y complejas notas que permiten identificar a una persona para distinguirla indubitablemente de todas las demás. La verdad personal abarca desde aquellos datos estáticos, a los cuales hemos hecho referencia, hasta los atributos y características que configuran su personalidad. En este concepto se incluyen, además, la paternidad de todas las conductas y acciones intersubjetivas dimanadas del ejercicio de la libertad, así como sus expresiones escritas o habladas. Al sujeto le corresponde, dentro de su biografía, asumir la titularidad de las mismas. Pero, al mismo tiempo, tiene el derecho de rechazar aquellas conductas o expresiones que indebida y gratuitamente se le imputan en la medida que él no se reconoce sujeto o protagonista de las mismas.

Toda persona tiene el derecho a que se le conozca, aprehenda y defina en lo que con toda propiedad podemos designar su **"verdad personal".** La verdad personal constituye, por lo tanto, lo que se suele aludir como el bien jurídico protegido por el derecho a la identidad personal. Este derecho supone el que aprecie a la persona tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, desnaturalizaciones, falseamientos o distorsiones. Es decir, sin imputarle, de una parte, atributos de los que carece o, de otra, omitir aspectos fundamentales que contribuyen a presentar al sujeto en la plenitud de su verdad personal. El derecho a la identidad personal significa, por consiguiente, el respeto que merece la verdad biográfica de toda persona. Es decir, a todo aquello que configura el que cualquier ser humano "sea el que es y no otro".

Como acontece con todas las situaciones jurídicas subjetivas, frente al derecho del sujeto titular se yergue, como correlato, el deber de los demás de respetar, de modo objetivo, la "verdad personal" que dicho sujeto socialmente proyecta. En resumen, cabe precisar que el bien jurídico protegido, tratándose del derecho a la identidad personal, es aquel aspecto del ser humano que "lo hace ser el que es" y no "otro". Es decir, su "verdad personal".

6.- La verdad personal y los demás aspectos de la personalidad.

a.- Introducción

La precisión del bien jurídicamente protegido, tratándose del derecho a la identidad personal, permite distinguir esta novedosa situación jurídica subjetiva de otras que le son conceptualmente próximas y con las que se le suele confundir tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia comparada.

No fue fácil, en un primer momento y pese a su nitidez, definir el concepto de "identidad personal" en sentido integral; y mucho más complicado aún resultó el que esta nueva figura jurídica fuera aceptada por la mayoría de los estudiosos. La novedad de esta noción generó, como es común apreciar en la historia del derecho, muchas explicables dudas y perplejidades, lo que es comprensible en la medida en que para su cabal aprehensión es necesario remitirse a su supuesto o sustento filosófico y a su cabal aplicación en la experiencia jurídica.

Lo que es más difícil de comprender fue el rápido y a menudo poco reflexivo rechazo que, generalmente, mereció dicho concepto por parte de ciertos autores, la mayoría de los cuales se aferraban, como no es infrecuente observar en la evolución histórica de la disciplina jurídica, a una tradición dentro de la cual, obviamente, no se consideraba esta nueva noción jurídica. Como se ha señalado anteriormente, el concepto de identidad personal se refiere a un aspecto fundamental del ser humano digno de la mayor y más amplia tutela jurídica, al cual solo se le había concedido atención por parte de los filósofos y jusfilósofos en tiempos recientes [9].

La novedad del planteamiento relativo a la noción integral de "identidad personal" originó, las más de las veces, el que en la dimensión jurídica se le confundiera con otras nociones que le son conceptualmente vecinas, como es el caso, sobre todo, de los signos distintivos -tales como el nombre o el seudónimo-, la intimidad de la vida privada, el honor, la reputación y el derecho personal del autor.

Al respecto debemos recordar que todos los derechos de la persona -a los que se alude también con

[9] Entre los autores que de una u otra manera y medida se oponen o tienen observaciones en cuanto a la noción de "identidad personal", puede citarse, entre otros, a Falzea, Scalisi, De Martini, Marchesiello, Auteri, Pace.

las designaciones de "derechos de la personalidad" o "derechos personalísimos"- se encuentran esencialmente vinculados en cuanto todos ellos tienen un mismo y único fundamento, un idéntico centro de referencias, desde que sólo tutelan diversos aspectos de un mismo ente, el ser humano. En efecto, todos y cada uno de tales derechos se refieren siempre al "yo", en cuanto es a la persona a quien el derecho protege de modo amplio e integral. Es, pues, el propio ser humano el único y absoluto fundamento, la razón de ser, de tales derechos. Esta relación esencial entre los diversos derechos que protegen al ser humano explica, en parte, la posibilidad de confusión que puede existir entre derechos que tutelan aspectos muy próximos o afines de la personalidad, como son aquellos referidos en el párrafo anterior.

Después de una inicial confusión, explicable en una etapa primigenia en cuanto al desarrollo conceptual del derecho a la identidad personal, se inicia un proceso de decantación en relación con aquellas figuras jurídicas que le son afines. Este necesario deslinde conceptual se nutre a partir de la acción conjunta de la creatividad jurisprudencial, por una parte, y del análisis crítico de la doctrina, por otra. No obstante los avances realizados en los últimos años en este necesario y obligado proceso, podemos advertir que la tarea esclarecedora aún no ha terminado. O, lo que es lo mismo, que la noción de identidad personal se halla sometida al debate y a la crítica doctrinaria, a pesar de que la jurisprudencia de ciertos países ya la ha incorporado a sus repertorios de intereses existenciales dignos de tutela jurídica.

b.- Signos distintivos

Como es sabido, el nombre se constituye entre los signos distintivos de la persona como el instrumento más simple y directo para su primaria identificación. La doctrina es unánime al reconocer que el nombre cumple una función identificadora e individualizadora de la persona humana dentro de la sociedad [10]. Pliner, sin embargo, formula una distinción conceptual entre la función individualizadora y aquella identificatoria propias del nombre. Mediante la primera, es decir la individualizadora, se aísla al sujeto de su contexto social con el propósito de distinguirlo de los demás, mientras que con la segunda, es decir la identificatoria, se verifica quién es la persona a quien corresponde dicho nombre [11]. Podemos comprobar así que el nombre resulta ser uno de los tantos medios de identidad estática de la persona aunque, como se desprende de todo lo hasta aquí sintéticamente expresado, no es un dato ni suficiente ni absolutamente seguro para dar cuenta de la rica y compleja identidad de un ser humano. Podríamos afirmar, en resumen, que el nombre no da cuenta ni razón de la entera y total personalidad del sujeto, mientras que la noción integral de identidad personal, por el contrario, es una fórmula sintética y global que permite una casi completa aproximación a la "verdad personal" de cada cual.

Y decimos a una "casi" completa identidad de la persona por cuanto cada ser humano es una unidad en la que confluyen una multiplicidad de aspectos, atributos y características que hacen imposible, por su complejidad, dinamicidad y riqueza, aprehender, sin resquicios ni dudas, la total y absoluta identidad de cada persona, fundamentalmente por el hecho de que el ser, en sí mismo, no es objeto de comprobación. Por ello es que Jaspers puede sostener que el hombre es siempre más de lo que se puede saber sobre él [12] o, como metafóricamente afirma Mounier en el mismo sentido, "mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa y que quiere" [13].

Todo lo expuesto sobre el nombre se puede aplicar al caso del seudónimo cuando éste, para ser jurídicamente protegido, alcanza la importancia del nombre o tiende a sustituirlo como no es infrecuente que ocurra.

c.- Imagen y voz

En cuanto a la imagen, el Derecho se preocupa de la protección jurídica del contorno exterior de la persona, de su apariencia física, en suma, de su perfil somático. La imagen, junto al nombre, constituye otro valioso elemento para configurar la identidad

[10] ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Consideraciones sobre el nombre de las personas", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 13 y RIVER, Julio César, "El nombre en los derechos civil y comercial", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1977, pág. 19.

[11] PLINER, Adolfo, "El nombre de las personas", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966. Existe una segunda edición por Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 86.

[12] JASPERS, Karl, "La fe filosófica", Editorial Losada, Buenos Aires, 1968, pág. 54.

[13] MOUNIER, Emmanuel, "El Personalismo", pág. 6.

estática del sujeto. No obstante su importancia para este efecto, no puede perderse de vista que quedan de lado otros aspectos del ser humano, también de carácter estático, que contribuyen a delinear este tipo de identidad. Pero, sobre todo, queda asimismo marginado el rico bagaje que constituye la identidad dinámica de la persona. De ahí que, como en el caso de los signos distintivos, y en particular del nombre, la imagen represente un elemento de suyo insuficiente para dar cuenta y razón de la identidad personal. Como apunta Dogliotti, ni los signos distintivos ni la imagen agotan la identidad de la persona [14]. Dicho en otros términos, estos elementos estáticos no nos proporcionan una proyección social completa de la identidad del sujeto.

Lo expresado a grandes rasgos sobre la relación entre la noción genérica y comprensiva del derecho a la identidad personal y el específico derecho referido a la imagen puede trasladarse a aquella otra que existe entre el primero de estos derechos y la voz. Esta última constituye también uno de los tantos elementos estáticos que contribuyen a definir la identidad del sujeto. Son apenas dos los códigos civiles que en la actualidad tutelan expresamente el derecho a la voz. El más reciente es el Código Civil peruano de 1984, el mismo que se ocupa del derecho a la voz, junto con el de la imagen, en su artículo 15.

d.- Intimidad de la vida privada

La noción de identidad personal está también muy ligada con la de intimidad de la vida privada. En síntesis y como es sabido, el derecho a la intimidad protege el interés de la persona a gozar de un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusiones de ninguna especie, lo que constituye el núcleo de su vida privada. Supone el derecho a la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales, es decir, de aquellos que el sujeto requiere se sustraigan de la curiosidad ajena. Se trata de aquellas actividades que carecen, por sus propias características, de trascendencia social.

Mientras que en el derecho a la identidad personal se tutela la "mismidad" del sujeto, su manera de ser, o sea, su verdad personal, en el derecho a la intimidad de la vida privada es del todo indiferente el problema de la "verdad personal" por cuanto lo que es materia de protección jurídica es la esfera de su privacidad, de aquellos comportamientos que, por su naturaleza, quedan al margen de cualquier tipo de intrusiones por parte de aquellas personas ajenas al mundo de la intimidad personal y familiar.

e.- Honor y reputación

El derecho al honor y el derecho a la reputación protegen intereses existenciales muy próximos. En el primero se tutela jurídicamente el sentimiento que posee la persona en conexión con su propia valía. Como señala De Cupis, es "el sentimiento o conciencia de la propia dignidad personal" [15]. Se trata, por consiguiente, de una actitud subjetiva de autoestima. En lo que concierne al derecho a la identidad personal, en cambio, nos situamos en una dimensión objetiva donde aquello que se protege, como está dicho, es la "verdad" personal, es decir, la proyección social de la personalidad en su plenitud de verdad, la cual es la representación de la persona tal como ella es en su vida de relación.

La reputación, a diferencia del honor, consiste en la valoración que de la persona tienen los demás miembros de la comunidad. La fama, como también se le designa, tiene que ver con el juicio crítico que sobre cierta persona formulan aquéllos que la conocen en tanto la frecuentan. A diferencia de la autoestima, que consiste en el sentimiento del honor, la reputación es la estima que de la persona tienen los otros, por lo que se distingue del honor en tanto trasciende el ámbito de la mera subjetividad. Su vinculación con la identidad personal es, por ello, muy estrecha.

La reputación, por tratarse de un juicio crítico de valor que los demás poseen sobre la persona, no considera a la "verdad personal" como un factor esencial. En cambio, en el caso de la identidad personal, lo que interesa no es la valoración que los demás formulan sobre la persona sino la "verdad histórica" del sujeto. En este último caso, es decir, en el de la identidad personal se trata, en sentido estricto, de una actitud de raíz gnoseológica. En la reputación, por el contrario, predomina la actitud axiológica. A partir de la verdad, los demás emiten una "opinión", un juicio de valor sobre el sujeto. Sobre esta base axiológica, y no gnoseológica, se construye la reputación de la persona, sin que la verdad sea un factor determinante en cuanto a su formulación.

f.- Derecho de autor

Es muy íntima la relación existente entre el derecho de autor, en su vertiente personal o extrapatrimonial,

[14] DOGLIOTTI, Massimo, *"Le persone fisiche"*, en Rescigno (dir) *"Trattato di Diritto Privato"*, UTET, Torino, 1982, pág.98.

[15] DE CUPIS, Adriano, *"I diritti della personalità"*, Giuffrè, Milano, 1982, pág. 251.

y el derecho a la identidad personal. En el primero de ellos se protege la creatividad de la persona en cuanto ser libre. Esta tutela alcanza tanto a las ideas, cuya finalidad es su empleo para la específica producción de bienes o servicios, es decir para las "invenciones", como a las ideas cuya utilidad consiste en su propia y simple comunicación. El derecho personal del autor consiste, básicamente, en que se le reconozca como el creador de cierta obra, producto de su imaginación, talento e ingenio. Esta protección se extiende a la integridad de la obra en sí misma, por lo que ella no puede ser mutilada o alterada, en cualquier sentido, sin su expresa autorización.

La relación entre el derecho personal del autor y el derecho a la identidad personal es, como está dicho, muy estrecha en cuanto a través de la obra creativa se califica la personalidad. La creatividad es un instante de una muy significativa y alta expresión de la personalidad, contituyéndose en una manera especial de proyección de la misma. Mediante el producto de la creatividad personal nos aproximamos a una faceta de singular importancia en cuanto a la identidad se refiere, aunque ésta no se agote en esta valiosa manifestación de la personalidad.

El somero pero imprescindible deslinde que hemos efectuado de diversos intereses de la persona que son vecinos o que están comprendidos en el ámbito mismo del concepto de identidad personal, y que son jurídicamente tutelados, nos facilita precisar los peculiares y característicos alcances de este aspecto fundamental del ser humano. Hemos sucintamente mostrado cómo los signos distintivos constituyen una faceta estática integrante de la genérica noción de identidad como lo es, también, el producto de la creatividad de la persona en cuanto el ser humano se convierte en autor de una obra que contribuye, en alto grado, a perfilar su identidad personal. De igual modo, se ha precisado la conexión entre la imagen, que es un aspecto estático y exterior de la identidad, con el interés existencial de la identidad personal. Finalmente, se ha puesto asimismo de manifiesto las diferencias existentes entre los intereses existenciales protegidos, tratándose del honor y la reputación, con aquel tutelado en el caso de la identidad personal.

Cabe expresar, como lo hemos manifestado anteriormente, que es perfectamente posible lesionar conjuntamente dos o más intereses existenciales como, por ejemplo, agraviar simultáneamente la identidad y lesionar el honor o la reputación. Tampoco es infrecuente atentar contra algunos aspectos estáticos de la identidad, como el nombre o la imagen, conjuntamente con otros elementos dinámicos de la identidad personal. Las delimitaciones entre uno y otro de los derechos lesionados surgirán de la precisión, en cada caso, del interés existencial que ha sido agraviado, valiéndose para ello de los alcances conceptuales referidos en el presente parágrafo. Este deslinde conceptual se puede apreciar con la máxima claridad a través de la casuística jurisprudencial a la que nos referiremos, también sucintamente, en algún párrafo de este trabajo.

7. Protección jurídica de la identidad personal

La identidad personal está expresamente tutelada en las Constituciones de Portugal y del Perú de 1993. No conocemos de otro ordenamiento jurídico que contenga similar disposición protectora. No obstante, entre una y otra Constitución existe una notable diferencia en cuanto al alcance conceptual que cada una de ellas otorga a la identidad personal. En efecto, tratándose de la Constitución portuguesa la doctrina y la jurisprudencia, hasta donde alcanza nuestra información, la asimila a lo que hemos designado como identidad estática o identificación. En cambio, la incorporación expresa del derecho a la identidad personal en la Constitución peruana estuvo precedida de una doctrina que le otorgaba a la identidad una connotación más amplia, integral, en cuanto no sólo consideraba la dimensión estática sino también la dinámica. En este sentido, puede sostenerse que la peruana es la primera Constitución que recoge este derecho que tutela al ser humano en su "verdad personal", es decir, en aquella calidad que lo distingue, en absoluto, de cualquier otro ser humano.

El inciso l del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993 prescribe la tutela jurídica de la identidad personal al lado de otros derechos fundamentales como son el derecho a la vida, al libre desarrollo y bienestar de la persona y a su integridad psicosomática. No conocemos, hasta el momento, ningún fallo judicial que aplique en el Perú este novísimo derecho. De otro lado, cabe señalar que en el inciso 7 del mismo artículo 2 de la Constitución del Perú se prescribe que toda persona afectada "por **informaciones inexactas** o agraviada en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley". Cabe resaltar que la Constitución distingue la lesión que puede sufrir la persona por informaciones inexactas de cualquier agravio a otro derecho que la proteja.

La derogada Constitución peruana de 1979 contenía también un dispositivo similar al del inciso 7 del artículo 2 de la Constitución vigente, no obstante que este cuerpo legal no tutelaba la identidad perso-

nal mediante norma expresa como sí ocurre, tal como se ha anotado, en la Constitución de 1993. Hasta donde alcanza nuestra información, esta disposición no fue nunca invocada relacionándola expresamente con el derecho a la identidad personal, ya que en aquel entonces todavía no se le asociaba con este derecho, el mismo que sólo fue tratado, en primera instancia, por la doctrina nacional en la década de los años ochenta.

Es del caso anotar que en el mencionado inciso 7 del artículo 2 de la Constitución peruana, en párrafo aparte, se trata el derecho al honor, a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la imagen y a la voz, por lo que el constituyente deslindó estas figuras jurídicas del derecho a la identidad personal referido en el inciso 1 del artículo 2. Asimismo, se precisó, en el inciso 7, el derecho de toda persona afectada por informaciones inexactas a hacer valer el derecho a su "verdad personal". Por lo expuesto, no existe, según lo acotado, posibilidad de confusión conceptual alguna entre el derecho a la identidad personal y los otros derechos de la persona dentro del texto de la Constitución peruana de 1993.

Somos del parecer que si se hubiera presentado un caso de lesión a la identidad personal dentro del régimen de vigencia de la anterior Constitución de 1979, un juez atento y diligente lo hubiera tenido que amparar a tenor de la cláusula general contenida en el artículo 4 de esta Carta Magna, el mismo que prescribía que debería protegerse todo interés existencial derivado de la dignidad de la persona humana. Esta cláusula general, abierta o en blanco, brindaba al juez sustento más que suficiente para proteger la identidad personal lesionada no obstante no existir, como sí ocurre en la Constitución vigente, norma expresa que la tutelase. Vale la pena señalar que la actual Constitución tiene una cláusula general y abierta igual que la anteriormente mencionada, la que se aloja en su artículo 3.

Por lo demás, dicho juez, aparte de lo dispuesto en el artículo 4 antes citado, podía aplicar, para el efecto de proteger la identidad personal, la norma por la cual se aseguraba a cualquiera persona agraviada a través de informaciones inexactas el solicitar la rectificación de las mismas. Lamentablemente, durante la vigencia de la Constitución de 1979 no se tenía en consideración el derecho a la identidad personal con los alcances y contenido conceptual que le ha otorgado la doctrina más reciente.

Lamentablemente también, así como no fue posible introducir un dispositivo de protección expresa de la identidad personal en la Constitución peruana de 1979, tampoco ello pudo concretarse tratándose del Código Civil peruano de 1984, a pesar de que se alcanzó a la Comisión Revisora una propuesta en este sentido sugerida por el ponente del Libro Primero de este cuerpo legal dedicado a regular lo concerniente al Derecho de las Personas. En la Exposición de Motivos del Código, escrita en 1985, se expresa que si bien es cierto que sólo en algunos pocos países la jurisprudencia admitía, aún tímidamente, el derecho a la identidad personal, no se veía motivo para que en el Perú no fuera posible regular este derecho en mérito a su fundamento y validez jurídica. En dicha Exposición de Motivos se señala, a modo de comentario, que la omisión "obedece tanto al incipiente desarrollo del tema dentro de la doctrina civil y la jurisprudencia comparada como a la nula atención que la doctrina nacional ha otorgado a la materia". Sin embargo, agrega que se ha logrado a pesar de este vacío legal y a la "espera de un serio tratamiento del asunto, que la jurisprudencia nacional, con sentido creativo y sustentándose en el derecho a la libertad, a la integridad psicosomática y al nombre, proteja el derecho a la identidad tanto en el sentido de impedir que se imputen a la persona conductas que no le pertenecen, como en el de evitar el que otras asuman la paternidad de aquéllas de las que realmente es protagonista" [16]. Finalmente, como se ha apuntado, la Constitución de 1993 incorporó expresamente el derecho a la identidad personal abriendo el camino para su futura incorporación al Código Civil.

Consideramos que en aquellos países en los que todavía la legislación no ha reconocido entre los derechos de la persona a aquel referente a su identidad, no existe ningún impedimento para que los jueces la tutelen fundándose para ello en las cláusulas generales y abiertas que aparecen en sus Constituciones o en sus códigos civiles y, en última instancia, reconociendo la exigencia jurídica de tutelar cualquier interés existencial que derive de la dignidad de la persona humana. Esta es una experiencia que se percibe en algunos países, como es el caso de Italia y, recientemente, el de la República Argentina.

Sobre el particular, es del caso recordar algunos artículos alojados en las diversas constituciones o códigos civiles que permiten al juez encontrar en ellos el fundamento que requieren para amparar la identidad personal lesionada. Así, el artículo 2 de la

[16] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano", Studium, Lima, Tercera edición, 1988, pág. 77.

Constitución italiana de 1947, que reconoce y protege los derechos inviolables del hombre, o el artículo 823 del Código Civil alemán de 1900, que reconoce la existencia de ulteriores derechos de la persona aparte de aquéllos expresamente referidos en su articulado. En este mismo sentido, el artículo 5 del Código Civil peruano de 1984, que prescribe la protección de los derechos fundamentales de la persona, deja abierta la posibilidad de tutelar aquéllos otros que sean inherentes a la persona.

8. Daño a la identidad personal

El daño a la identidad personal es una lesión que afecta a uno de los más importantes aspectos del ser humano. Es, por consiguiente, un daño subjetivo o daño a la persona, que puede tener consecuencias tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, o ambas simultáneamente.

En un trabajo de hace algunos años atrás [17] proponíamos una nueva sistematización de los daños, sugiriendo distinguirlos en dos grandes grupos en función del ente dañado. Es así que considerábamos un daño subjetivo o daño a la persona -como generalmente se le designa- que atenta contra el ser humano en sí mismo. A su lado, advertíamos la presencia de un daño objetivo que era aquél que incidía sobre los objetos del mundo exterior, sobre las "cosas" de las cuales se vale el ser humano para realizarse como tal.

A su vez, distinguíamos también entre el ente dañado -ser humano u objetos- y las consecuencias derivadas del daño en sí mismo. En este sentido observábamos que tanto el daño subjetivo o daño a la persona como el daño objetivo podían generar, como se ha anotado, tanto consecuencias extrapatrimoniales o personales como patrimoniales o extrapersonales. Así, un daño subjetivo o daño a la persona que afectase una mano, con la pérdida de algunos dedos de la misma, ocasionaba consecuencias extrapersonales o patrimoniales en cuanto había que resarcir el daño emergente -gastos de hospitalización, médicos, medicinas- como el lucro cesante respectivo pero, al mismo tiempo, debía repararse las consecuencias personales o extrapatrimoniales, como las que se objetivan en las repercusiones ocasionadas en la salud o en la frustración del proyecto de vida, así como aquéllas de índole psíquica, como las que afectan la esfera afectiva generando sufrimiento o dolor, es decir, lo que común y tradicionalmente se designa como daño moral en sentido estricto [18].

El daño objetivo, o daño a los objetos exteriores al ser humano que yacen en el mundo, puede así mismo dar lugar a consecuencias extrapersonales o patrimoniales, que son las más frecuentes, y consecuencias personales o extrapatrimoniales. En este caso podemos considerar, por ejemplo, la pérdida de una única y antigua fotografía de un ser querido perdida a raíz de una falta de diligencia de un depositario. En esta hipótesis, la fotografía no tiene un valor económico pero, no obstante, posee un singular valor afectivo para la víctima, generando de este modo consecuencias no apreciables en dinero en forma directa e inmediata.

Las distinciones que hemos propuesto no tienen un carácter puramente teórico ni se afilian al afán de los juristas ochocentistas de hacer proliferar las clasificaciones en el mundo del derecho. Ellas tienen una finalidad práctica, la de advertir a los operadores del derecho que las técnicas de resarcimiento de los daños son diferentes ya sea en el caso que el ente dañado es el ser humano o cuando lo es una cosa mundanal. En otros términos, hay que evitar aplicar en la reparación de las consecuencias personales o extrapatrimoniales de un daño a la persona las técnicas que funcionan desde antiguo en los casos de resarcimiento de los daños extrapersonales o patrimoniales. El ser humano no puede confundirse con los objetos del mundo tampoco en el caso de indemnización de los daños que se le ocasionen y que no generan consecuencias apreciables en dinero en forma directa e inmediata.

Finalmente, siendo el derecho una relación entre seres humanos, en la cual interaccionan dinámicamente vida humana, normas y valores [19], es obvio

[17] Esta Clasificación se planteó en el trabajo "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", publicado en "Cuadernos de Derecho", Universidad de Lima, Lima, Año 2, No. 3, 1993, pág. 28 y sgts.

[18] En todos los trabajos que hemos elaborado en torno al daño a la persona hemos insistido en el hecho de que el llamado daño moral -expresión heredada de la dogmática francesa al igual que persona moral-, en cuanto dolor o sufrimiento, es un daño a la esfera psíquica del sujeto, específicamente a aquella afectiva o sentimental, y como tal, es un componente del genérico daño a la persona que comprende todos los daños que inciden sobre el ser humano considerado en sí mismo. Entre estos daños apreciamos los que inciden en el cuerpo o la psique, es decir, en la esfera psicosomática, y aquellos que a través de alguno o algunos de éstos, afectan el ejercicio de la libertad, es decir, frustran el proyecto de vida. Ver, entre otros trabajos, "Protección jurídica de la persona", Universidad de Lima, Lima, 1992, capítulo IV *in extenso*.

[19] Nos referimos a la concepción tridimensional del Derecho. Ver del autor "El derecho como libertad", Studium, Lima, primera edición, Lima, 1987,o la segunda edición, Universidad de Lima, Lima, 1994.

que, tanto los daños subjetivos como los objetivos inciden siempre y en última instancia en el sujeto del derecho, que no es otro que el propio ser humano. Es decir, un ser humano que, en cuanto sujeto del derecho, se presenta en la experiencia jurídica como concebido, persona natural, persona "jurídica" u organización de personas no inscrita, comúnmente designada esta última como ente de hecho o irregular. Obviamente, merecerá la mención de ente de "hecho" o "irregular" mientras el ordenamiento jurídico positivo no incorpore a esta organización de personas no inscrita como sujeto de derecho. Por el contrario, si algún ordenamiento jurídico positivo la considera sujeto de derecho, no podríamos seguir refiriéndonos a ella con estos últimos apelativos pues se encuentra normativamente regulada. Este es el caso del ordenamiento jurídico peruano [20].

Como se ha precisado en su lugar (punto 5), el interés existencial o de la persona protegido por el Derecho tratándose de la identidad personal, es la "verdad" de cada cual, de cada ser humano. Dicho en otros términos, se trata de la calidad existencial de "ser uno mismo y no otro" o el "ser como realmente soy", con mis atributos y características, asumiendo la paternidad de mis propias ideas y conductas y sin que se me atribuyan aquéllas que no me pertenecen, que no integran mi "mismidad".

¿Cómo se lesiona la identidad personal? A juzgar por lo hasta aquí expuesto, ello acontece cuando, de algún modo y en diversa medida, se atenta contra la "verdad personal" que es, como se ha expresado, el interés existencial protegido por este específico derecho. Se agravia la identidad personal, de modo genérico, desnaturalizando, falseando, desvirtuando, alterando, distorsionando, ocultando dicha "verdad". Es decir, imputando al ser humano atributos, características, conductas o ideas que no le pertenecen, que no integran su "verdad" personal o negándole aquéllas que le son propias. Lo contrario a la verdad, como es bien sabido, lo constituye la inexactitud. Por consiguiente y en principio, toda falsedad que se exprese y se difunda, por cualquier medio, contra la identidad personal es un agravio que debe ser materia de rectificación por parte del lesionante y, si fuere el caso, causal para indemnizar los daños que se pudieran haber producido.

Múltiples como son las facetas o elementos que configuran la identidad personal, son también las posibilidades de causar daño a cualquiera de sus numerosos aspectos, sean ellos estáticos o dinámicos. Se puede lesionar la identidad personal, por ejemplo, contestando el nombre de una persona o atribuyéndole un estado civil que no le corresponde. Es ello también posible si se le imputa a un cierto sujeto una determinada creencia religiosa, una ideología o una filiación política que no le corresponde. Se lesiona la identidad personal alterando la filiación, la fecha de nacimiento, el sexo, la nacionalidad o la ocupación de la persona. Ello también ocurre si se le imputan a la persona rasgos de la personalidad que no la definen o se ocultan otros que sí le son inherentes y pueden contribuir de manera notoria a perfilar su identidad, así como al atribuírsele conductas, actitudes, comportamientos o ideas que no le son propias. Estos son algunos del amplio abanico de posibilidades de la existencia de daños a la identidad personal.

Como con suma frecuencia se suelen realizar estas falsedades, ocultamientos o distorsiones de la identidad personal a través de los medios de comunicación social, es que algunas legislaciones, aún en el caso que no hayan recogido en su aparato normativo el derecho a la identidad personal, consideran la posibilidad de que el agraviado pueda hacer uso del derecho de rectificación, dentro de los requisitos establecidos por cada ordenamiento jurídico.

Precisamente por ser los medios de comunicación social los vehículos mediante los cuales las más de las veces se lesiona la "verdad personal", es en el campo de la información donde se presentan las más arduas discusiones en torno a la autonomía de la situación jurídica subjetiva relativa a la identidad personal. El tema central en debate es el referente a los reales o supuestos límites del derecho a la identidad personal ante el derecho a informar, en tanto este último constituye un aspecto de la libertad de expresión. Tratándose de derechos de fundamental importancia, los juristas están en el deber de encontrar un sistema justo y equilibrado, que compatibilice los intereses individuales inherentes a la identidad personal con aquellos que dimanan del derecho a informar y a ser informado.

Es frecuente que el daño a la persona afecte o lesione más de un aspecto de la personalidad. Así, se puede agraviar simultáneamente el honor y el derecho a la imagen o, al mismo tiempo, cualquiera de éstos y el derecho a la identidad personal. Es por ello impor-

[20] El Código Civil peruano de 1984 es el primer cuerpo legal a nivel de la legislación comparada que considera cuatro categorías de sujetos de derecho, es decir, concebido, persona natural, persona jurídica y organización de personas no inscritas. Las organizaciones de personas no inscritas, asociación, fundación y comité, están reguladas en la Sección Tercera del Libro Primero sobre "Derecho de las Personas" del Código Civil peruano (arts. 124 a 133).

tante el deslinde jurisprudencial de los intereses que son materia del daño ya que, como se ha expresado en precedencia (punto 6), lesionar a través de una o más inexactitudes la identidad de la persona no supone, siempre y necesariamente, que se agravie su honor o su reputación. Como se ha señalado, la "verdad" es materia de un juicio gnoseológico mientras que la "reputación", por ejemplo, supone un juicio axiológico.

9. El daño a la identidad personal en la jurisprudencia comparada

a.- Introducción

Es de gran utilidad acudir, aunque sea brevemente, a la no muy nutrida jurisprudencia comparada para apreciar con mayor claridad conceptual las posibilidades en las cuales, en la cotidianeidad de la experiencia jurídica, es dable lesionar la identidad personal, ya sea de manera individual o conjuntamente con otros derechos de la persona que le son afines.

Es importante destacar que a la evolución y desarrollo de la figura jurídica de la identidad personal han contribuído parejamente tanto la doctrina como la jurisprudencia. Aún más, nos atreveríamos a sostener que mayor gravitación a este propósito ha tenido la jurisprudencia que la doctrina, aunque es posible comprobar que en las dos últimas décadas se ha producido una rica y constante interacción intelectual, un permanente y enriquecedor diálogo entre juristas y magistrados. Si revisamos la breve historia de la identidad personal observamos que dejando de lado algunos aislados vislumbres, la evolución de la figura que venimos tratando encuentra su sustento en dos sentencias muy ilustrativas como son la pronunciada el 6 de mayo de 1974 por un juez romano y la del 30 de mayo de 1979 emitida por un juez de Turín. Es a partir de estas sentencias, que constituyen verdaderos hitos históricos en el desarrollo de la teoría del derecho a la identidad personal, que se despierta y se acrecienta sucesivamente el interés de los juristas. Es así que se reúnen hasta tres Congresos destinados al análisis de esta singular y novísima figura, dos de los cuales se celebraron en Roma y Génova en el año de 1980 y el tercero en Messina en 1982. No obstante lo expresado, y hasta donde alcanza nuestra información, no se ha editado en Italia ningún libro que trate sobre la identidad personal.

Una primera etapa en la evolución de la figura jurídica atinente a la identidad personal se cierra con el fallo pronunciado por la Corte Suprema italiana de fecha 22 de junio de 1985. En esta sentencia se delineó con mayor nitidez el contorno conceptual y se consolidó la presencia a nivel de la dogmática jurídica del nuevo derecho a la identidad personal tendente a proteger un aspecto de suma importancia del ser humano. Con este pronunciamiento se generó un notorio progreso en la elaboración jurisprudencial del derecho a la identidad personal, pues a través del mismo se desarrolló, con sentido crítico, la producción jurisprudencial anterior y, al mismo tiempo, se incorporaron los aportes de la doctrina, sobre todo aquellos derivados de las reuniones científicas celebradas entre 1980 y 1982.

En la mencionada sentencia de 1985 la Corte de Casación incorporó la más completa definición hecha hasta ese momento en lo que concierne a la identidad personal en su dimensión dinámica. En este sentido se declara que cada persona tiene interés en que "en el exterior no se desnaturalice, ofusque, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., tal como se había exteriorizado o aparecía, en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social". Precisando más la figura se añade que el derecho a la identidad personal "tiende a garantizar la fiel y compleja representación individual del sujeto en el ámbito de la comunidad, general y particular, en la cual tal personalidad viene desarrollándose, exteriorizándose y solidificándose".

b.- Precursora jurisprudencia italiana

Es tal vez la jurisprudencia italiana de la década de los años ochenta y la de los años que corren la más ilustrativa en esta materia aunque, como está dicho, ella no es todavía muy numerosa. Recurriremos en los parágrafos siguientes a algunas sentencias que, por su variedad casuística, son útiles a este propósito. No obstante, es muy elocuente reseñar algunas escasas y solitarias sentencias precursoras que se remontan a los años sesenta y, sobre todo, a aquélla que data del año 1974 que podríamos considerar como la más expresiva en cuanto a la precisión del daño a la identidad personal. En este último fallo se precisa un caso del mayor interés en cuanto en él se lesionan simultáneamente la identidad personal de manera genérica, y el derecho a la imagen.

En la sentencia del 7 de diciembre de 1960, la Corte Suprema de Italia, limitándose al ámbito de la intimidad y de la verdad histórica, hacía referencia a la falsa representación de los caracteres esenciales de la personalidad, así como al derecho a la verdad personal en relación con las propias opiniones. Este pronunciamiento se originó en el hecho de que a una determinada persona se le habían atribuído indebidamente conductas que no le correspondían, de las cuales no había sido actor, de las que jamás

había sido titular. En este fallo no se aprecia todavía una cabal delimitación conceptual del derecho a la identidad personal tal como se le concibe en la actualidad [21]. Se trata, sin duda, de una elaboración embrionaria y precursora de lo que, años más tarde, se delimitaría como derecho a la identidad personal.

En otra sentencia expedida por la Corte de Apelaciones de Milán, del 22 de mayo de 1964, se precisaba que el derecho a la identidad personal suponía que "la figura de un individuo no pudiera ser falseada" [22]. En este fallo, sin mencionar directamente el derecho a la identidad personal, se reconocía la posibilidad de lesionarla mediante afirmaciones carentes de verdad. Significa, por ello, un hito nada desdeñable en el lento proceso de definición de la nueva figura de la identidad personal.

En la sentencia de la Corte Suprema de Italia, del 13 de julio de 1971, se observa un decisivo desarrollo del concepto de identidad personal. En este fallo, que de suyo es un importante hito en la evolución de esta novísima noción, se definía al derecho a la identidad como "el derecho de cada individuo a ser reconocido en su peculiar realidad". Es decir, de referírsele con los "atributos, calidad, caracteres, acciones que lo distinguen respecto a cualquier otro individuo". Esta definición, si bien aún embrionaria, representa un definido bosquejo de lo que en el curso de los últimos años ha venido a consolidarse como aquel atributo fundamental del ser humano, como es su propia identidad [23].

En los siguientes párrafos comentaremos algunas sentencias a través de las cuales es posible comprobar la diversidad de modalidades que asume el daño a la identidad personal. En efecto, y como se ha puesto de manifiesto, la identidad personal surge de la unitaria conjunción de una multiplicidad de elementos, unos de carácter estáticos y otros dinámicos. De ahí que se explique la razón por la cual existen diversos modos de lesionar la identidad. Algunos de estos casos han sido recogidos por una jurisprudencia en trance de consolidar, con el apoyo de la doctrina, los contornos conceptuales del derecho a la identidad personal.

10. - Daño al derecho a la identidad personal en cuanto al estado civil, la ocupación y la ideología, y su deslinde con el daño a la imagen

Hubo que esperar hasta el 6 de mayo de 1974 para encontrar un histórico e ilustrativo pronunciamiento del pretor de Roma que coadyuvaría, en gran medida, a esclarecer la noción genérica de identidad personal y, como lo hemos apuntado, a distinguirla de aquella referida al nombre en cuanto específica expresión estática de la identidad personal. Este pronunciamiento constituyó un avance del mayor interés científico para los estudiosos en lo que concierne a este peculiar derecho. De ahí que ello motivara un incipiente movimiento tendente a incorporarlo dentro de aquellos aspectos del ser humano que merecen una privilegiada tutela jurídica. Si bien este proceso de consolidación del derecho a la identidad personal no ha concluído aún, es también cierto que día a día son más numerosos los jueces y los autores que comprenden su gran significación y trascendencia para la protección de un aspecto fundamental del ser humano [24].

El caso que llegó a manos del juez de Roma se refería a un afiche o cartel publicitario que había sido diseñado e impreso para ser utilizado dentro del proceso de la campaña electoral promovida a raíz del referéndum que debería realizarse para determinar el mantenimiento o vigencia de la ley que regulaba el divorcio o, por el contrario, decidir por su abrogación. El mencionado cartel había sido confeccionado por aquellos promotores y partidarios de derogar la ley del divorcio y reproducía las imágenes de dos personas humanas, un varón y una mujer, quienes se pronunciaban en favor de la abrogación de la mencionada ley. A esta pareja se les presentaba como cónyuges cuya ocupación era el cultivo de la tierra.

Las personas cuyas imágenes aparecían en el aludido cartel publicitario iniciaron una acción judicial para que se declarase que no eran cónyuges, ni menos campesinos y que -esto era lo substancial- eran decididos partidarios del mantenimiento de la ley vigente sobre el divorcio. En efecto, se trataba de dos colegas y amigos no ligados por vínculo matri-

[21] La sentencia se publicó en *"Il Foro Italiano"*, 1961, I, 43.

[22] La sentencia se publicó en *"Il Foro Italiano"*, 1964, I, 432.

[23] La sentencia se publicó en *"Il Foro Italiano"*, 1972, I, 432.

[24] La sentencia se publicó en *"Giurisprudenza Italiana"*, 1975, I, 2, pág. 514.

monial alguno, cuya ocupación era el Derecho y que habían pertenecido, precisamente, al grupo promotor de la citada ley.

El juez romano, con precisión y lucidez dignas de elogio, halló que mediante el cartel publicitario en mención se habían lesionado dos derechos de la persona como eran el referido a la imagen y el atinente a la identidad personal. En efecto, en cuanto al primero, los promotores de la campaña antidivorcista habían contravenido lo dispuesto en el artículo 10 del Código Civil italiano de 1942 en la medida que habían reproducido las imágenes de aquellos personajes sin su previa autorización conforme lo dispone la ley. De otro lado, en lo atinente al segundo de aquellos derechos, se había simultáneamente falseado la verdad personal de aquéllos al presentarlos inexactamente como cónyuges, campesinos y adherentes al movimiento contrario a la vigencia de la ley del divorcio.

Como se advierte de la sentencia anteriormente glosada, en el caso *sub litis* se habían formulado hasta tres inexactitudes en relación con la "verdad personal" de la pareja aludida en el cartel publicitario. Estas falsedades lesionaban, por consiguiente, su respectiva identidad: se falseó su estado civil, se desnaturalizó su ocupación y se distorsionó su posición ideológica en cuanto al divorcio. Es decir, el daño a la identidad personal abarcó tres aspectos distintos de la misma pero todos ellos referentes a la peculiar "manera de ser" de dichas personas. El primer elemento lesionado se relacionaba con uno de carácter estático como es el atinente al estado civil, ya que éste tiene tendencia a la estabilidad, mientras que los otros dos lesionaban aspectos más bien dinámicos de la personalidad como son la ocupación y la posición ideológica, ya que ellos pueden variar a través del tiempo.

Si bien para el efecto de la tutela del derecho a la imagen la sentencia se fundamentó, como se ha mencionado, en el artículo 10 del Código Civil; en cambio, en ausencia de norma específica que en el ordenamiento jurídico italiano protegiera la identidad personal, el juez intentó sustentar su decisión vinculando el problema de la verdad personal con el de la reputación. El juez cometió un error en este aspecto, pues en vez de fundar su fallo, como debería haberlo hecho, en el artículo 2 de la Constitución italiana, que funciona como cláusula general y abierta en cuanto a la protección de los derechos de la persona, lo vinculó con la noción de reputación. En su lugar (punto 6) advertimos la diferencia existente entre la noción de identidad personal y la de reputación, por lo que estimamos innecesario reiterar los argumentos expuestos al respecto. En síntesis, el juez visualizó certeramente el hecho de la lesión a lo que significa la identidad personal pero no utilizó el fundamento legal adecuado para sustentar su posición.

El referido artículo 2 de la Constitución italiana que, como está dicho, funciona como cláusula en blanco para la tutela de todos los intereses existenciales y derechos de la persona, establece que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente o en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social.

Como se desprende de la lectura del artículo 2 antes citado, su texto representa una extraordinaria y sólida base en la que pueden fundarse los jueces en lo que atañe a la protección integral y unitaria del ser humano. Como se observa, el Estado, al garantizar los derechos inviolables del hombre, establece que esta tutela no sólo alcanza al hombre individualmente considerado sino que también cubre su accionar dentro de las formaciones sociales donde necesariamente desarrolla su personalidad. Es digno de destacar la importancia que el numeral concede al valor de la solidaridad generalmente puesto de lado por los ordenamientos jurídicos en los cuales sólo se exaltan los valores de justicia y seguridad.

En dicha sentencia el juez ordenó, a título de reparación del daño inferido a la identidad personal de los recurrentes, que cesara la distribución y colocación de dichos desnaturalizantes carteles publicitarios y dispuso, al mismo tiempo, la publicación de un comunicado público destinado a rectificar las inexactitudes contenidas en el afiche para el efecto de restablecer la verdad personal de las personas cuya peculiar realidad había sido distorsionada mediante la mencionada propaganda electoral.

11. Daño a la identidad política y su deslinde con el daño al honor

a.- Sentencia del juez de Turín del 30 de mayo de 1979

El juez de Turín, con fecha 30 de mayo de 1979, emitió una ilustrativa sentencia que permitió apreciar una nueva modalidad de daño a la identidad personal y, al mismo tiempo, contribuyó a distinguirlo de lo que significa una lesión al honor.

El caso se refería a un conflicto suscitado por aquellos años entre Marco Pannela, quien era un polémico y muy activo líder parlamentario del Partido Radical, y la Federación de Turín del entonces Partido

Comunista italiano [25]. La sección turinesa de este Partido había confeccionado y distribuido volantes que contenían propaganda electoral, en los cuales se enfatizaba que dicho parlamentario radical había estado inscrito en la lista de representantes de "*Nuova Reppublica*", la que constituyó un grupo político de diferente ideología a la del radicalismo en el cual militaba el recurrente.

Iniciada la acción judicial de parte del líder político, que se consideraba agraviado en su honor, el diario "*Unitá*", vocero del Partido Comunista, de circulación nacional, publicó una nota rectificatoria mediante la cual el referido periódico reconocía que la noticia propalada a través de los citados volantes era inexacta en tanto Marco Pannella nunca había pertenecido a tal grupo político, atribuyendo esta falsa noticia a las fuentes de las cuales se había valido, las mismas que, según el periódico comunista, habían conducido a dicha inexactitud. El diario, sin embargo, remarcaba que tanto la actual posición del referido político como la del grupo *Nuova Reppublica* tenían en común una visceral actitud anticomunista.

El juez en su sentencia sostuvo que la afirmación contenida en los volantes publicitarios en referencia no lesionaba el honor del político, ya que no era deshonroso haber pertenecido en el pasado al citado grupo político cuya ideología no era incompatible con el sistema democrático imperante en Italia con posterioridad al fascismo. Expresó, en cambio, que dicha noticia representaba una inexactitud en cuanto dicho político en su pasado no había pertenecido al grupo político en mención. De ahí que el juzgador concluyera afirmando que si bien la noticia difundida por los volantes no configuraba un agravio al honor del político italiano, sí significaba una lesión que dañaba su identidad política. En efecto, de lo expuesto es fácil percibir cómo la referida inexactitud, en cuanto desfiguración de su pasado político, atentaba contra su "verdad personal". El juez estimó, por lo demás, que la inexactitud difundida mediante los citados volantes lesionaba la coherencia política del líder radical.

Como se puede apreciar, el fallo del juez de Turín al mismo tiempo que precisó la existencia de un daño a la identidad política, deslindó la lesión de este específico interés existencial con el que representa un daño al honor.

b.- Sentencia del juez de Roma del 30 de mayo de 1980

Otro caso donde el daño a la identidad personal versa sobre la verdad política de una persona es aquel al que se refiere la sentencia del juez de Roma del 30 de mayo de 1980 [26]. El caso se refiere a las declaraciones periodísticas ofrecidas por un experto en materia de salud pública en cuanto a la situación de las instalaciones sanitarias en Italia. Estas declaraciones a la prensa habían sido utilizadas en un espacio de propaganda política contratado por el entonces "*Movimento Sociale Italiano*", de tendencia neofascista, sin cumplir con advertir al público que el entrevistado no pertenecía a este grupo político de extrema derecha. El recurrente consideró que la presentación en tal espacio político contratado sin haberse dejado en claro su no afiliación al citado partido, distorsionaba su ideología política atentando, de este modo, contra su identidad personal. Es decir, estimaba que se había dañado su "verdad" en esta materia.

El juez de la causa sentenció amparando la acción interpuesta por el recurrente en la medida que consideró que los hechos acreditados habían dañado la identidad política del experto en salud pública. Es decir, se había distorsionado un aspecto decisivo de su verdad personal.

c.- Sentencias del juez de Roma del 2 de junio de 1980 y de 11 de mayo de 1981

Situación parcialmente coincidente con las anteriormente reseñadas es la que afrontó, en su sentencia de 2 de junio de 1980, otro juez de Roma, el mismo que tuvo que pronunciarse sobre un caso en el cual, a través de diversas notas periodísticas, se daba como un hecho cierto la realización de maniobras o manipulaciones políticas mediante las cuales se había logrado una colusión entre el grupo parlamentario italiano recurrente y otra facción de diverso signo político [27].

La denunciada supuesta maniobra habría consistido, según las informaciones periodísticas, en solicitar, de parte del grupo presuntamente agraviado, el procedimiento de votación secreta para el juzgamiento de la conducta de algunos parlamentarios a pesar de tenerse pleno conocimiento de que no era posible llevar adelante dicha votación porque esta modalidad procedimental requería reglamen-

[25] El fallo se publicó en "*Giustizia Civile*", 1980, I, 965.

[26] La sentencia se publicó en "*Il Foro Italiano*", 1980, I, 2048.

[27] La sentencia apareció en "*Il Foro Italiano*", 1980, I, 2046.

tariamente de un determinado quórum legal que en ese momento no era posible obtener.

En las referidas publicaciones periodísticas se interpretaba y se opinaba sobre tal hecho como si se tratara de una maniobra política que, según se afirmaba por dichos medios de comunicación, tenía como finalidad impedir maliciosamente la votación y eludir, de este modo, la responsabilidad de los cuestionados parlamentarios.

Después de las investigaciones del caso, el juez de la causa determinó que los actores de tales noticias periodísticas habían cometido el error de no verificar escrupulosamente en la misma fuente la veracidad o no de la supuesta actitud del grupo parlamentario al que se imputaba una maliciosa maniobra política que, como se ha señalado, estaría dirigida a proteger a ciertos parlamentarios sometidos a juzgamiento. Como resultado de esta omisión atribuible a los responsables de la difusión de la noticia, el juez consideró que los medios de comunicación habían confundido, en este caso, lo que constituía una "noticia", que debería ser objetiva y veraz, con una "opinión" subjetiva de los periodistas implicados. Es decir, que para el juez de la causa los periodistas daban por cierto, sin una previa y diligente comprobación, un supuesto hecho, incorrecto y malicioso, atribuido a un grupo parlamentario.

En la sentencia se sostenía, después de las investigaciones del caso y de las pruebas actuadas, que el vocero y su grupo parlamentario no habían actuado con incorrección y malicia, por lo que su voluntad y propósito no fueron aquellas recogidas por las crónicas periodísticas. Como resultado de esta comprobación el juez manifestó en su fallo que mediante tales notas periodísticas se había distorsionado la proyección política tanto del vocero como de su grupo parlamentario al habérseles atribuido un comportamiento contrario a la verdad. De este modo, el juez consideró que se había dañado la identidad tanto del referido vocero como del grupo político al cual pertenecía, por lo que los medios de comunicación social que habían difundido la inexacta noticia estaban obligados a rectificarla de acuerdo a ley.

La sentencia brevemente comentada tiene una particularidad que vale la pena resaltar. Nos referimos al hecho de que en ella se protege no sólo la identidad personal de un parlamentario sino la de todo su grupo político, es decir, de un ente colectivo.

Cabe también relevar que los recurrentes solicitaron la suma de cien millones de liras como reparación por el daño personal que se les había causado al mostrarlos ante la opinión pública como un grupo político que actuaba incorrectamente al proteger supuestamente a parlamentarios que habían sido sometidos a juzgamiento. El juez redujo la reparación solicitada a sólo cuatro millones de liras, suma que Dogliotti, uno de los comentaristas del fallo, consideró irrisoria. Este hecho motivó que el autor de la nota estimara que los jueces italianos, en aquel entonces, no habían aún comprendido la importancia que en estos casos de daño a la persona adquiere la reparación pecuniaria como pena privada frente al poder creciente de los medios de comunicación social [28].

En esta misma línea de pensamiento cabe también recordar, por su especial interés, la sentencia del pretor de Roma, del 11 de mayo de 1981, que contribuye al deslinde conceptual entre el derecho a la identidad personal y el derecho al honor. En este fallo se expresa que el derecho a la identidad surge como una ulterior elaboración del derecho al honor. Se remarca, de este modo, una clara distinción entre el interés existencial tutelado en cada caso no obstante su esencial conexión. [29].

d.- Sentencia del Tribunal de Roma de 27 de marzo de 1984

Aparte de los casos anteriormente reseñados existe otro muy especial que obtuvo singular resonancia tanto en la doctrina jurídica italiana como en la opinión pública. Nos referimos al que protagonizara nuevamente Marco Pannella, el notorio y popular líder del Partido Radical de aquel entonces, cuya identidad política fue totalmente falseada mediante una nota periodística ampliamente difundida. El caso merece también atención por la rica y analítica argumentación de la sentencia y por la metodología seguida por el juzgador para la fijación del monto de la reparación civil. Nos referimos al fallo pronunciado por el Tribunal de Roma del 27 de marzo de 1984[30].

En la referida nota periodística se vinculó temerariamente a dicho político nada menos que con el

[28] Dogliotti, Massimo, *"Ancora sull'identità personale, la tutela dell'onore e il risarcimento del danno"*, en *"Giustizia Civile"*, 1982, II, 2824.

[29] La sentencia se publicó en *"Il Foro Italiano"*, 1981, I, 1737.

[30] La sentencia se publicó en *"Giustizia Civile"*, 1985, I, 534.

terrorismo que por aquel tiempo emergió en Italia, nota a través de la cual, como es fácil percibir, se infería un gravísimo daño a su identidad política, hecho que fue debidamente valorado por el Tribunal al momento de sentenciar.

Es importante destacar, como se ha apuntado, los diversos criterios y la metodología seguida por el Tribunal para fijar el monto de la reparación civil. Consideró al efecto varias circunstancias como son la notoriedad y gravitación del político afectado, la entidad financiera de la empresa editora, el tiraje ascendente a aproximadamente 350,000 ejemplares diarios que eran leídos por lo menos por medio millón de personas, el sector del público al cual estaba dirigida la publicación y que no era otro sino aquél en el cual el político obtenía el mayor número de adhesiones y, por consiguiente, de votos en época de elecciones.

Sobre la base de todas y cada una de las consideraciones anteriormente expuestas, el Tribunal fijó el inusual monto de setenta millones de liras por concepto de reparación civil en favor del agraviado por el daño que a su identidad política se había ocasionado con la difusión de la mencionada noticia. Esta situación fue ampliamente comentada tanto por la doctrina jurídica como por los medios de comunicación social ya que nunca antes se había establecido una cifra tan elevada como reparación civil ante un daño cometido a la persona en aquellos aspectos que no tenían una directa e inmediata valoración en dinero.

Diversos autores pusieron de manifiesto que el fallo significaba, al fin, el inicio de una nueva etapa en la que los jueces, al dejar de lado su mentalidad puramente patrimonialista, empezaban a valorar debidamente aquellos aspectos del ser humano que habían anteriormente ignorado o subvalorado y por los que se fijaban, en caso de ser objeto de daños, montos "simbólicos" en lo atinente a la reparación civil, como si sólo merecieran una justa reparación civil los daños cometidos cuando se trataba del patrimonio. De otro lado, algunos tratadistas resaltaron que con esta singular y ejemplar sentencia se volvía al antiguo y desechado concepto de las penas privadas.

El Tribunal de Roma había considerado en su pronunciamiento que el derecho a la identidad personal representa una ulterior evolución del derecho a la intimidad de la vida privada (*diritto alla riservatezza*), opinión que no compartimos pues en cada una de dichas situaciones el bien jurídicamente protegido es diferente, como lo hemos destacado en el parágrafo sexto de este trabajo. Se trata de aspectos diversos de la unidad psicosomática en que consiste el ser humano, sustentada en su libertad.

Al respecto, la Corte de Casación en su fallo de 22 de junio de 1985, distingue con precisión ambos derechos cuando señala que el derecho a la identidad personal "asegura la fiel representación de la proyección social", en tanto que el derecho a la intimidad de la vida privada protege "la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable". Cabe observar como en el curso de un lustro la jurisprudencia italiana fue precisando los linderos conceptuales existentes entre los diversos aspectos de la persona que son materia de expresa y autónoma protección jurídica. Autonomía ciertamente relativa ya que todos los derechos de la persona, como se ha hecho patente, están esencialmente ligados en tanto encuentran un único y común fundamento que no es otro que el valor del ser humano considerado en sí mismo.

12. Daño a la identidad científica

Un sonado caso judicial, con importante repercusión en la opinión pública italiana, fue aquél que resolviera el Tribunal de Milán con fecha 19 de junio de 1980, en el cual un eminente científico italiano en el campo de las ciencias médicas, mediante una rueda de prensa, analizó el tema relativo a los efectos del tabaco sobre el organismo humano. En esta cita con los medios de comunicación social, el notable y reputado investigador se había pronunciado en forma categórica, indubitable y reiterada sobre el grave daño que representaba para la salud de las personas el nocivo uso del tabaco. Su posición, por clara y rotunda, no ofrecía resquicios de duda. Por lo demás, dado el prestigio y la gravitación social del citado científico, su pensamiento sobre este específico asunto era ampliamente conocido por la opinión pública [31].

No obstante lo expresado en cuanto a la transparencia de sus declaraciones, pasajes de su exposición fueron aprovechados, fuera del contexto y sin el asentimiento del mencionado científico, por una empresa industrial para publicitar una determinada marca de cigarrillos. Se valieron del hecho de que en un momento dado de sus declaraciones había ma-

[31] La sentencia se publicó en "*Giurisprudenza Italiana*", 1981, 2, pág. 373 y sgts.

nifestado, colateral e incidentalmente, que algunas marcas y tipos de cigarrillos eran menos dañinos que otros, reduciéndose por ello en un cierto porcentaje, el daño generado por el hecho de ser fumador consuetudinario. Obviamente, el que existiera menos riesgo no significaba dentro de su pensamiento, de ningún modo, que la adicción al cigarrillo dejara de tener graves consecuencias sobre la salud. Esta posición, por lo demás, se desprendía con absoluta nitidez del texto de sus declaraciones aparte de que coincidía plenamente con lo expresado por el mencionado científico en anteriores oportunidades, circunstancia que era, por consiguiente, del dominio público.

La empresa productora de cigarrillos, extrapolando del contexto de sus declaraciones la mencionada observación o matiz, mediante una maniobra publicitaria, la utilizó en beneficio de una de sus marcas de cigarrillos al efecto de inducir al lector a considerar que el famoso científico sostenía que la marca y tipo de cigarrillos promovidos por la publicidad no eran dañinos para la salud.

En su pronunciamiento, el Tribunal de Milán estimó que tales fragmentarias opiniones del conocido científico, respecto al relativo menor peligro de un determinado tipo de cigarrillos, habían sido utilizadas sin su conocimiento, distorsionando su pensamiento, contrario en absoluto al hábito de fumar, en beneficio de una empresa industrial y en desmedro del reconocido prestigio del citado científico y del Instituto al cual pertenecía. Según el Tribunal, el científico nunca habría permitido, dada su radical posición contraria al uso del tabaco, que se aprovecharan sus declaraciones para presentarlo como favorable al uso del mismo cuando se trataba de cierta marca y tipo de cigarrillos. Ello habría significado, sin duda, un mayúsculo atentado contra su seriedad científica. Por lo demás, la divulgación publicitaria lo presentaban en una actitud contraria a su brillante trayectoria como investigador científico.

La indebida utilización por parte de la empresa industrial de fragmentarias declaraciones del científico, fuera de su contexto, ofrecían de él una proyección social que desnaturalizaba y falseaba su personalidad, en contraste con el aspecto de su verdad personal en el ámbito de su posición científica. Se distorsionaba así la representación externa de su personalidad a través de una versión inexacta de su actitud y trayectoria científica. Ello significaba, en síntesis, un daño a su identidad personal susceptible de una adecuada reparación.

Cabe señalar al respecto que, si bien la sentencia estuvo acertada en lo que concierne a la protección a la identidad personal, no supo encontrar un adecuado fundamento legal, como hubiera sido apelar al artículo 2 de la Constitución italiana de 1947, el mismo que, como se ha señalado, actúa como cláusula general y abierta para la integral protección de la persona humana. La sentencia se sustentó, en cambio, en el artículo 7 del Código Civil de 1942 que se contrae a la protección del nombre. Este error en la fundamentación legal de la sentencia es explicable en cuanto debe atribuirse al incipiente desarrollo alcanzado por el derecho a la identidad personal, si se tiene en cuenta que la sentencia data del año 1980.

Años después, en 1985, la Corte de Casación ratificó el fallo del Tribunal de Milán antes glosado. En su pronunciamiento, la Corte enmienda el error de sustentación legal en que había incurrido la sentencia del mencionado Tribunal. En efecto, la Corte fundamenta correctamente la sentencia en lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución italiana de 1947 que, como se ha referido, funciona como cláusula general y abierta para la protección de todos los intereses existenciales que dimanen de la dignidad misma del ser humano [32].

De otro lado, y esto es importante tenerlo presente, el pronunciamiento de la Corte de Casación contribuye a distinguir con nitidez las dos vertientes que confluyen en el unitario concepto referente a la identidad personal. En efecto, al criticar la errónea sustentación legal del fallo del Tribunal de Milán, la Corte de Casación precisa que los signos distintivos, como el nombre o el seudónimo, en cuanto aspectos estáticos, identifican a la persona en el plano "de la existencia material y de la condición civil y legal", en tanto que la identidad dinámica constituye una fórmula que distingue al sujeto "desde el punto de vista global de sus específicas características y manifestaciones". Es decir, de aquellas expresiones culturales, ideológicas, morales, ocupacionales, políticas, intelectuales que, en su conjunto, ponen de manifiesto lo que la Corte define como "la concreta y efectiva personalidad del sujeto".

13.- Daño a la identidad ideológica y su deslinde con el daño al honor

El Tribunal de Roma, mediante sentencia del 15 de noviembre de 1983, resolvió un caso vinculado con el daño a la identidad ideológica y remarcó su deslinde con el daño al honor [33].

[32] El fallo aparece en *"Nuova Giurisprudenza Civile Commentata"*, 1987, II, 467.

[33] Esta sentencia se publicó en *"Il Foro Italiano"*, vol. CVIII, 1985, I, 1.

En un libro titulado *"I massoni in Italia"* se atribuyó a un General del Cuerpo de Carabineros el estar inscrito en una logia masónica secreta. El recurrente demandó al autor del libro por considerar que no sólo se había lesionado su identidad personal, pues no pertenecía a ninguna logia masónica, sino que, además, el demandado había violado la obligación contraída de hacer una inequívoca rectificación pública en la que quedara debidamente establecido el error cometido por el autor de la citada obra.

El Tribunal partió de la premisa de que no configuraba un ilícito civil el que una persona estuviera inscrita en una logia masónica en aplicación de la libertad de asociación contemplada en el artículo 18 de la Constitución italiana y del texto de la Ley del 25 de enero de 1982, considerando que las logias masónicas constituían lo que designaríamos, según el lenguaje utilizado por el Código Civil peruano, "organizaciones de personas no inscritas" o, de acuerdo con la doctrina italiana, como entes de hecho. Se aclaraba, sin embargo, que este derecho se refería a la inscripción en logias que no perseguían fines secretos contrarios al orden público.

En la sentencia bajo comentario se hacía una importante aclaración en torno a las logias masónicas, al distinguir el hecho de la reserva mantenida por los asociados en cuanto a su pertenencia a esta asociación y el secreto sobre supuestos fines ilícitos, desestabilizantes del sistema democrático u otros análogos. En el fallo se establecía que se consideraban secretas y, como tales ilícitas, a las logias masónicas que ocultaban su existencia, o sea mantenían conjuntamente en secreto su finalidad social y sus actividades, situación en la que los asociados desarrollarían acciones destinadas "a interferir en las funciones de órganos constitucionales, de la administración pública, de entes públicos también de índole económica, así como de servicios públicos esenciales". En este último caso, evidentemente, las logias constituirían asociaciones secretas creadas para delinquir y, en este sentido, serían contrarias a la ley.

En la aludida sentencia se establecía que, al haberse acreditado plenamente por el demandante el hecho de no haber estado nunca afiliado a una logia masónica, la información contenida en el libro en referencia se erigía como una información inexacta, contraria a la "verdad personal" del recurrente, distorsionante de su posición ideológica. Para los magistrados romanos, a la altura del año de 1983, el derecho a la identidad personal se configuraba como aquel "derecho de cualquier individuo, en cuanto tal, de no ver desnaturalizada para la consideración pública la imagen de su propia personalidad, prescindiendo que el falseamiento integre, o no, una ofensa al honor, a través de la atribución de hechos no cometidos, de opiniones no manifestadas, de calidades que en realidad no se poseen". En este párrafo quedaban definidos no sólo los alcances del concepto de identidad personal, sino que se dejaba constancia de la diferencia entre la violación de lo que se considera la "verdad personal" o identidad y la lesión al honor o autoestima de la persona.

Además, quedó también comprobado que el autor del libro había incumplido su obligación de publicar una inequívoca rectificación en la que se desmintiera la falsa información contraria a la identidad personal del demandante.

En la sentencia se precisaba que el demandante no había solicitado una específica reparación, como pudiera haber sido la publicación de la sentencia u otra análoga, sino que había solicitado una indemnización en dinero por el daño sufrido a raíz de la falsa noticia difundida en el indicado libro. Sobre este aspecto, los magistrados, sujetos a lo dispuesto en el artículo 2059 del Código Civil y 185 del Código Penal, consideraron que no era posible una reparación por un daño extrapatrimonial si el hecho no se había configurado como un delito. Esta situación no se hubiera producido si la sentencia se hubiera emitido con posterioridad a aquélla No. 184 de la Corte Constitucional italiana del 14 de julio de 1986[34].

En efecto, el artículo 2059 del Código Civil italiano establece que el daño no patrimonial debe ser indemnizado sólo en los casos determinados por ley, estableciendo así un absurdo principio claramente inconstitucional. La ley restringía indebidamente la indemnización sólo a los casos en que el daño derivaba de un previo ilícito penal. Esta increíble situación limitativa del derecho a ser indemnizado perduró en la jurisprudencia italiana hasta que la Corte Constitucional, ante una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 2059 del Código Civil promovida hasta por dos Tribunales italianos, resolvió el problema mediante la aludida sentencia del 14 de julio de 1986[35].

[34] La sentencia de la Corte Constitucional se publicó en *"Il Diritto dell' Informazione e dell' Informatica"*, 1986, pág. 825.

[35] El problema legal y el consiguiente debate que se suscitó en Italia sobre este tema ha sido tratado en diversos trabajos del autor como "Nuevas tendencias en el derecho de las personas", Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 141 y sgts. y en "Protección jurídica de la persona", Universidad de Lima, Lima, 1992, págs. 149 y sgts.

La Corte Constitucional declaró que el caso previsto en el citado artículo 2059 se circunscribía solamente al resarcimiento de aquellos daños extrapatrimoniales referidos al denominado daño moral, es decir, a aquellos daños que afectaban la esfera sentimental o afectiva del sujeto. De ahí que todos los demás daños a la persona de carácter extrapatrimonial podían ser reparados sin limitación alguna. Fundaba su sentencia en el artículo 32 de la Constitución relativo al derecho a la salud y en lo dispuesto en el artículo 2043 del Código Civil que establece que cualquier daño doloso o culposo que origina a otros un daño injusto obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño. Cabe aclarar que, según el lenguaje utilizado en la sentencia en referencia, se identifica el daño a la persona con la expresión de daño biológico, el mismo que constituye un daño a la salud en su más amplia acepción.

Precisamente, dado que la sentencia bajo comentario se emitió en el año de 1983, es que el Tribunal no accedió a reparar el daño a la persona reclamado por el demandante. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2059 no era posible, en aquel entonces, atender la solicitud del reclamante para que se indemnizara el daño extrapatrimonial. Sin embargo, el Tribunal, sobre la base de indicios genéricos, otorgó al demandante una reparación de quinientas mil liras sólo como compensación por los imprecisos desembolsos en los que habría incurrido el demandante para obviar las consecuencias que se habrían generado al no haber cumplido el demandado con efectuar la publicación rectificatoria a la que formalmente se había comprometido.

14. Reparación del daño a la identidad personal

Debemos partir del principio general, actualmente de general aceptación por su sustento humanista, de que ningún daño debe quedar sin reparación, no obstante los casos límites de ausencia de culpa por parte del agente del mismo. En cualquier caso, la imaginación de los juristas está alerta para buscar y proyectar mecanismos alternativos de reparación en el caso de que el causante del daño fuera insolvente o en situaciones de ausencia de culpa del agente o de aquellas otras que conllevan un riesgo o peligrosidad en una era de neta expansión tecnológica.

Pero si, en principio, ningún daño debe carecer de indemnización, no hay duda alguna de que debe privilegiarse la reparación del daño que incide en la persona misma sobre aquélla que se centra en su patrimonio. La primacía del **ser** sobre el **haber** no ofrece vacilación alguna dentro de una cultura que considera al ser humano como fin supremo de la sociedad y del Estado, al lado del cual el patrimonio es tan sólo un indispensable instrumento del que se vale la persona para su realización integral.

Si el ser humano es el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo enunciaba el artículo 1 de la derogada Constitución peruana de 1979, no puede existir duda de ninguna especie para considerarlo como el centro y el eje del Derecho. Ello es obvio desde que lo jurídico es una necesidad existencial del hombre en cuanto, por mandato de su propia naturaleza, debe necesariamente convivir en sociedad dada su dimensión coexistencial. Esta convivencia no es imaginable ni posible si el ser humano, que es estructuralmente coexistencial, no contase con normas reguladoras de sus relaciones sociales. La sociedad es su hábitat natural y para vivir en él requiere inexorablemente de reglas de conducta, ya sean éstas morales o jurídicas.

De lo expuesto se desprende la prioridad que dentro de los ordenamientos jurídicos adquiere la protección preventiva, unitaria e integral de la persona a través, principalmente, de los derechos fundamentales. Esta tutela, con las características enunciadas, tiene como antecedente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945 y los pactos internacionales que de ella derivan y que son generalmente asumidos por las constituciones de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Dentro de estos derechos fundamentales la vida, la libertad y la identidad personal pertenecen al núcleo mismo del ser humano.

La protección jurídica de la identidad personal, como oportunamente se ha puesto de manifiesto, se sustenta en la naturaleza misma del ser humano y tiene su expresión normativa en las cláusulas generales y abiertas que integran los diversos ordenamientos jurídicos y mediante las cuales es posible proteger cualquier interés existencial en los casos en que no exista norma alguna que a él se refiera. Es éste el fundamento que permite a cualquier juez tutelar el interés existencial representado por el derecho natural de la persona a que se respete su propia identidad. Este es el caso general, ya que sólo a título de excepción las Constituciones de Portugal y del Perú contienen normas expresas protectoras de la identidad personal.

En efecto, como lo hemos mencionado anteriormente, el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993 es el primer cuerpo legal que tutela la identidad personal en su más amplia acepción. Es decir, no sólo el tradicional y conocido aspecto estático, físico o biológico, generalmente designado como "identificación", sino también tutela la expresión dinámica de la misma que comprende todas las

múltiples y diversas manifestaciones de la personalidad. Tal como lo hemos acotado en precedencia, la Constitución del Portugal restringía la protección a sólo la vertiente estática de la identidad personal.

Generalmente, la identidad personal es dañada mediante noticias u opiniones vertidas por los medios de comunicación social, por lo que no son escasos los problemas, las controversias y conflictos de delimitación o linderos existentes entre el ejercicio del derecho a la identidad personal y el derecho a la información. Obviamente, dado lo delicado y sensible de este asunto, que compromete dos derechos de singular importancia para la civilizada y pacífica convivencia humana, corresponde al juez, equitativamente, resolver casuísticamente los casos sometidos a su jurisdicción.

En el caso del ordenamiento peruano, como lo hemos referido de modo incidental en páginas precedentes, el inciso 1 del artículo 2 contempla el derecho a la identidad personal mientras que el inciso 7 del mismo artículo 2 de la Constitución vigente de 1993 establece el derecho que corresponde a quien sufre un daño en el ámbito de su identidad personal para obtener su normal reparación. En este inciso se prescribe literalmente que "toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

De la lectura del citado inciso 7 del artículo 2 de la Constitución peruana se hace patente que el inmediato derecho con que cuenta quien padece un daño a su identidad personal es el de obtener que el medio de comunicación social donde apareció la noticia que falseaba su verdad personal, distorsionando o desnaturalizando de alguna manera algún aspecto de su identidad, ya sea que se trate de su vertiente estática o dinámica, proceda a la oportuna rectificación de la inexacta noticia.

Según lo prescrito por la Constitución del Perú, el derecho de rectificación se contrae a la información que, por inexacta, falsea algún o algunos aspectos de la identidad personal, sin limitación de ninguna especie. Este amplio derecho de rectificación es obviamente gratuito y, de acuerdo a lo establecido en este cuerpo legal, debe producirse de inmediato a fin de hacer sentir sus efectos antes de que la deformación de la verdad personal pueda sedimentarse en la memoria de los lectores u oyentes del medio de comunicación donde se dañó la identidad personal. Por lo demás, la nota por la cual el medio de comunicación social cumple con la debida rectificación debe guardar proporción con la magnitud y características de la noticia inexacta, es decir, debe hacerse en la misma página o en el mismo programa radial o televisivo, con similares dimensiones o extensión temporal, con los caracteres y en el lugar donde apareció la inexactitud deformante de la verdad personal del agraviado. La acción puede dirigirse contra el titular de un periódico, una revista, un espacio televisivo o radial, o cualquier otro tipo de publicaciones, como libros o folletos, según sea el caso.

No obstante lo anteriormente expuesto, es preciso señalar que el medio defensivo de la víctima no se limita a la acción de rectificación dirigida a que el medio lesionante restablezca, enmiende o corrija la inexactitud que desnaturaliza o falsea la verdad personal sino también, como lo señala el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución del Perú, cabe la correspondiente acción para obtener la reparación del daño infligido mediante la inexactitud puesta de manifiesto por el medio de comunicación social a través de la entrega a la víctima de una suma de dinero a título de brindar, al menos, una satisfacción al agraviado.

El derecho de rectificación se concede a las personas que, de alguna manera y en diversa magnitud, han sido lesionadas en su identidad personal por la publicación y consiguiente difusión de inexactitudes o noticias falsas que afectan alguno de los múltiples aspectos que constituyen su personalidad, es decir, su "manera de ser". La noticia falsa puede incidir por ello, y entre muchos otros casos, en alguna manifestación de su pensamiento, de su posición ideológica, de su conducta. El interés existencial lesionado es siempre el concerniente a la identidad personal. El derecho de rectificación permite al agraviado proporcionar su versión y restablecer la verdad deformada, desnaturalizada o falseada dejando así a salvo su propia identidad personal.

Más allá de la posibilidad de rectificar públicamente las inexactitudes difundidas sobre la identidad personal, cabe también la adopción de otras medidas tendientes a lograr, en ciertos casos, la corrección de la falsedad o inexactitud y el consiguiente restablecimiento de la verdad lesionada. Es el caso, por ejemplo, de la retractación, por la cual el agente del daño a la identidad hace una pública declaración de su falta y restablece la verdad desconocida o falseada. Otro medio, que se utiliza cuando existe negativa a proceder a la rectificación de parte del medio de comunicación social autor del daño, es la publicación en un órgano periodístico de la sentencia condenatoria.

Como es sabido, la acción de rectificación recogida por ciertas Constituciones contemporáneas tiene su fuente en el artículo 14 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, mediante el cual se dispone que "toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

Se ha discutido si el Pacto de San José o las disposiciones constitucionales tienen tan sólo un carácter programático, de buenos deseos, de simples aspiraciones jurídicas o, por el contrario, operan directamente, es decir, son de aplicación por los tribunales sin necesidad de ley interna que reglamente esta capital acción de defensa de los derechos fundamentales de la persona. Personalmente consideramos que, en cuanto norma jurídica vigente es obligatoria y, por consiguiente, debe ser aplicada sin esperar ulteriores desarrollos los que, como sabemos, nunca se producen y permiten, a menudo, constituirse en argumentos dilatorios tendientes a impedir la actuación de un derecho fundamental del ser humano cual es la defensa de su identidad personal. Tenemos entendido que en este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de la República Argentina.

Por lo demás, de conformidad con lo prescrito en diversos artículos del Pacto de San José, los Estados ratificantes de este instrumento quedaron obligados a desarrollar la reglamentación de diversas instituciones en él contenidas, como es el caso de la acción de rectificación, previéndose una sanción para el Estado renuente a cumplir con este deber. Son varios los países de nuestro subcontinente que no han cumplido aún con esta obligación por razones fáciles de imaginar y que son de público conocimiento [36].

Son numerosos los países del mundo occidental que cuentan con instrumentos legales que consagran la acción de rectificación para restablecer la verdad en cuanto a la identidad, el honor o la reputación agraviados por un medio de comunicación social. Entre otros, es el caso de Francia, país en el cual, a comienzos del siglo XIX, se reglamentó esta acción, o el de otras naciones como Bélgica, Dinamarca, Austria, Alemania, Italia, España, Suiza. Entre estas legislaciones cabe destacar, por ser bastante completa, la Ley española del 26 de marzo de 1984.

Es digna de mención, aunque fuere brevemente, la reforma del artículo 28 del Código Civil suizo del 16 de diciembre de 1983 en cuyo inciso g) se consagra la acción de rectificación o respuesta en favor de aquél que es afectado en su personalidad a través de los medios de prensa, la radio o la televisión. No es ésta la ocasión para revisar y comentar los dispositivos correspondientes aunque sí vale la pena destacar que, a diferencia de otras legislaciones que erróneamente limitan la acción a los casos en que se afectan los derechos al honor o a la reputación, la ley suiza, con gran amplitud, extiende la acción a cualquier acto que afecte la "personalidad". Esta previsión permite incluir dentro de ella la rectificación de inexactitudes que, sin que agravien necesariamente el honor o la reputación, lesionan, sin embargo, el derecho a la identidad personal que es el interés existencial a ser "uno mismo y no otro" y, por consiguiente, a ser reconocido por los demás en esta específica calidad, es decir, "tal cual uno es".

Un caso digno de tenerse en cuenta en relación con la reparación del daño a la identidad personal, tanto por la creciente importancia que empezó a concederse al derecho a la identidad personal hace apenas escasos diez años atrás como por la consiguiente operatividad de la acción de rectificación en las hipótesis de violación de este medular interés existencial, es aquél sobre el cual recayó la sentencia del juez de Varese de fecha 27 de enero de 1986. El hecho no es común ni frecuente ya que se trata de una agresión a la identidad personal mediante un libro [37].

Un libro, a diferencia de lo que acontece con los medios de comunicación social de periódica aparición, resulta potencialmente un vehículo generalmente más notorio, eficaz y trascendente en lo que atañe a la agresión a la verdad personal en la medida de su permanencia, de su inactualidad, lo que permite mantener por un mayor tiempo en la memoria colectiva la inexactitud o falsedad deformante o distorsionante de este fundamental interés existencial. Frente a este acontecimiento, los jueces tienen que apelar a medios adecuados para contrarrestar los efectos de este singular agravio a la verdad personal.

[36] Convención sobre Derecho de Rectificación aprobada en la Asamblea de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1952.

[37] La sentencia se publicó en *"Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica"*, 1986, 553.

El fallo del pretor de Varese que reseñamos resalta la particular situación antes mencionada cuando, en los considerandos de su pronunciamiento, reconoce que tratándose de una lesión a la identidad personal que se efectúa mediante un bien "con carácter permanente, como un libro, aparecen remedios cautelatorios idóneos para limitar la extensión del perjuicio como el envío de comunicaciones de desmentida a los notorios poseedores del volumen, la publicación de este mismo comunicado en un cotidiano, la orden de insertar la precisión en la misma página del libro en caso de su reedición".

Las apreciaciones del juez antes referidas y expuestas en los considerandos de su sentencia fueron efectivamente aplicadas, por lo que todas aquellas medidas cautelatorias de la verdad personal del agraviado que se pusieron en práctica, resultaron operativas. De este modo, se logró rectificar la falsedad contenida en las páginas del libro y se trató, por los medios posibles al alcance del juez, de contrarrestar la lesión a la identidad personal llevada a cabo mediante la publicación de un libro. Apreciamos así cómo la imaginación judicial no reconoce límites, dentro del marco de lo jurídicamente posible, cuando se tiene presente el valor de la persona humana y, por consiguiente, la inexorable necesidad de protegerla de modo eficaz, preventivo, unitario e integral. Estimamos que la reacción del juez de Varese ante la alteración de la verdad personal del actor permitió, dentro de los medios disponibles amortiguar, al menos, los efectos de la agresión cometida por el agente del daño.

En los párrafos precedentes nos hemos referido a diversas acciones o medios de protección de la identidad personal al alcance del juez, principalmente aquél referido a la rectificación, así como a otros que van desde la publicación de sentencias condenatorias o comunicados públicos o circulares a la retractación del agente o a las medidas posibles de adoptar cuando la agresión se lleva a cabo mediante un libro. Debemos añadir que es justa y oportuna, cuando el juez lo considere necesario y previa petición del afectado por la alteración de su verdad personal, la concesión de sumas de dinero a título de reparación satisfactoria. Ello, por ejemplo, está previsto en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución del Perú, antes glosado, cuando después de enunciar el derecho que corresponde al agraviado de hacer uso de la acción rectificatoria, deja a salvo la posibilidad de reclamar, de acuerdo a ley, por los daños que se le hubieren causado mediante la divulgación de una inexactitud en cuanto a su identidad personal.

Aparte de todas las medidas antes enunciadas, y alguna otra que la imaginación del juez considere acertada y oportuna dentro del marco del ordenamiento jurídico para proteger la identidad personal, es del todo posible ante el reclamo del damnificado que se le otorgue una suma de dinero a título de satisfacción por los daños sufridos a partir de la divulgación de una noticia o un dato inexacto en lo que concierne a la verdad personal.

Sobre el tema de la entrega de dinero a título de satisfacción por los daños inferidos a la persona cuando éstos no tienen una traducción inmediata y directa en dinero, es decir, cuando carecen de significación económica, consideramos que el arduo debate que se suscitó en su momento sobre esta posibilidad ha sido superado, no obstante lo cual debe aún existir alguna nostálgica voz disidente al respecto. El tema ha sido tratado por calificados autores. Por nuestra parte, nos hemos ocupado de este problema en trabajos precedentes, por lo que consideramos ocioso repetir la argumentación sustentatoria de la necesidad, en ciertos casos, de recurrir a la entrega de dinero como medida de reparación frente a un daño a la persona de carácter extrapatrimonial. Reiteramos lo que es por demás conocido, es decir, que sería injusto impedir, bajo cualquier pretexto, la reparación de un daño al valor de la persona humana, sobre todo cuando observamos que no existe ningún inconveniente, objeción ni dificultad alguna, tratándose de la indemnización de daños producidos a su patrimonio. Es por ello imprescindible y de toda justicia que, en concordancia con el significado mismo de la calidad ontológica inherente a la "persona humana", se repare el daño de consecuencias extrapatrimoniales que se le pueda causar mediante la entrega de una suma de dinero a título de compensación satisfactoria [38].

La argumentación sustentatoria de la reparación en dinero de un daño de carácter extrapatrimonial inferido a la persona por violación de su derecho a la identidad, se centra en el incontrovertible principio jurídico consistente en el deber genérico de todo sujeto de reparar el daño cometido contra un ser humano. Este deber, primario y elemental, que encuentra su fundamento en los valores de justicia, seguridad y solidaridad, debe regir, sin excepcio-

[38] Consideramos que el tema ha sido superado. A nivel de la doctrina y de la jurisprudencia se admite en la actualidad la posibilidad de una reparación en dinero, a título satisfactorio, por un daño a la persona de carácter extrapatrimonial. En este sentido ver del autor "Nuevas tendencias en el derecho de las personas", pág. 301 y "Protección jurídica de la persona", pág. 176 y sgts.

nes, las relaciones interpersonales en cualquier circunstancia, aun en el caso límite de que el daño haya sido causado sin culpa del agente. En esta hipótesis, se aplica la teoría del riesgo o de la peligrosidad de las situaciones que originaron el daño y en el hecho objetivo de que la víctima, en ninguna circunstancia, debe dejar de ser compensada por el daño que se le hubiere infligido. En último extremo, y si quedara alguna duda al respecto, cabe también recordar a este propósito el convincente argumento que entre el agente inocente y la víctima inocente del daño se debe preferir a ésta última.

Nos explicamos el estupor que, en cierto sector extremadamente apegado a la tradición y amante de las posiciones conservadoras, pueda causar el enunciado de la simple posibilidad de reparar un daño injusto cometido sin culpa del agente. Es conveniente citar a este propósito la valiosa opinión de Giovanna Visintini, reconocida y calificada estudiosa italiana, sobre este particular. Según su parecer -que por lo demás compartimos- y dentro de la línea de la tradición, no han variado los dos elementos sobre los cuales se estructura el acto ilícito, como son el subjetivo, es decir el de la culpabilidad, y el objetivo, que se constituye por la lesión del derecho ajeno. Lo que ha cambiado, nos dice, es el marco de aplicación de estos dos elementos en el sentido de que "la culpabilidad no es el único criterio de imputación de la responsabilidad" [39]. Tan es así, agrega, que la lesión de un derecho subjetivo no es el único caso de daño injusto, entendido éste como el equivalente a la lesión de intereses jurídicamente relevantes.

Como hemos señalado anteriormente, los hombres de derecho deben imaginar soluciones alternativas que, sustentadas en el deber social de distribuir el costo de los daños originados por un riesgo causado por los avances tecnológicos u otros motivos de beneficio colectivo, ofrezcan la posibilidad de atender el monto de las reparaciones en los casos de insolvencia del agente causante del daño o de la absoluta inculpabilidad del mismo o en aquellos otros casos en los cuales la propia víctima contribuyó al desencadenamiento del daño. Obviamente, y como también lo hemos apuntado, aparecen algunas soluciones que ya han sido experimentadas en ciertos países con relativo éxito, como es el caso de la aseguración obligatoria, la implantación de una seguridad social eficiente y operativa o la creación de fondos de garantía generalmente promovidos por los gremios o sectores expuestos a la responsabilidad por riesgo o peligrosidad de los medios empleados.

De otro lado cabe, así mismo, recordar lo anteriormente mencionado en el sentido de que la desechada teoría de la pena privada, apoyada en la actualidad por un importante sector de la doctrina, resulta ser, además, otro plausible sustento del deber de reparar el daño causado a la persona carente de una directa e inmediata repercusión en dinero.

En conclusión, no debería por consiguiente escandalizar a ninguna persona sensible y con intensas vivencias de justicia y solidaridad, como se supone son los juristas por vocación, el hecho de reparar el daño no patrimonial causado a una persona. La toma de conciencia del valor del ser humano, considerado en sí mismo, y de su primacía sobre su patrimonio instrumental, deberían ser suficientes argumentos para no dubitar más sobre la justa y solidaria exigencia de la reparación en dinero de un daño carente de significación económica pero que lesiona seriamente al ser humano. Ello, claro está, en las situaciones que fuere necesario según las circunstancias y el criterio de conciencia del juez.

15. Casuística jurisprudencial argentina

a).- Caso "Ekmekdjian contra Sofovich Gerardo y otros"

No conocemos muchos casos en los cuales la jurisprudencia argentina haya reconocido, directa o implícitamente, el deber de reparar un daño a la identidad personal.

Tal vez el que alcanzó mayor repercusión, al extremo de superar las fronteras, fue el discutido fallo en el famoso caso "Ekmekdjián vs. Sofovich Gerardo y otros", pronunciado por la Corte Suprema con fecha 7 de julio de 1992 y que fuera publicado en Jurisprudencia Argentina en la edición del 29 de dicho mes y año. De esta sentencia se desprende, como lo pone de manifiesto Mosset Iturraspe, un reconocimiento y protección del derecho a la identidad personal y su correspondiente reparación a través del derecho de rectificación o réplica.

Como se recordará, en dicho caso el recurrente se sintió profundamente lesionado en "su sentimiento de católico y de cristiano" ante expresiones agraviantes a Jesucristo y a su Santísima Madre. En esta situación no se afectaba ni el honor, ni la intimidad, ni la reputación, ni los signos distintivos, ni la dignidad personal del actor. Se lesionaba, en cambio, sus creencias o patrimonio religioso que confi-

[39] VISINTINI, Giovanna, *"Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno"*, en *"Contratto e Impresa"*, 1987, 1, pág. 80.

guran su propia identidad personal de "católico y cristiano".

A pesar de que los votos de la minoría de miembros de la Corte, representados por los magistrados doctores Petracchi y Moliné O'Connor, desestiman la demanda, reconocen, sin embargo, que la rectificación o réplica "es un modo de proteger ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación...". Lo rescatable de la declaración de estos magistrados, pese a su posición contraria a la demanda, es el explícito reconocimiento del derecho a la identidad personal y del correspondiente medio de tutelarla mediante la acción de rectificación o réplica. Obviamente, este procedimiento no es el único a emplearse, sino que será el adecuado a las circunstancias.

Mosset Iturraspe[40] observa, al respecto, que no debe sorprendernos que los doctores Petracchi y Moliné O'Connor descarten, en el caso sometido a su conocimiento, la existencia de un daño a la persona que incida en el aspecto relativo a su identidad. El maestro argentino encuentra la explicación de tal exclusión en el hecho de que hace sólo diez años se empezaron a delinear los alcances conceptuales de la identidad personal, al precisarse que en esta noción se incluían, en una indesligable unidad, dos vertientes o aspectos complementarios como eran la identidad estática y la identidad dinámica que se refiere a la verdad personal y a su consiguiente proyección hacia el exterior. De ahí que la lesión de la creencia o sentimiento religioso significa una desnaturalización de la verdad personal y, por consiguiente, un evidente agravio a la identidad dinámica de la persona, violando, por consiguiente, el derecho que la protege.

La Corte Suprema, a través del voto mayoritario, estimó que en el caso *sub litis* se habían violado valores vivenciados por el común de los hombres y, por consiguiente, la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad, entre los que se señala la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad. Si bien en el voto de la mayoría no se precisa explícitamente el valor de la identidad personal, puede deducirse que éste derecho se halla implícito en la expresa alusión a "los sentimientos" a que alude la sentencia. Estos sentimientos pertenecen al patrimonio de la personalidad, los mismos que contribuyen a definir la identidad de una persona. En otros párrafos de la sentencia se hace referencia, tratándose del actor, a que "su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo", así como también se menciona el derecho de la persona "a una suerte de representación colectiva", a la "dimensión personal de la ofensa a las profundas creencias, sentimientos y valores reconocidos como substanciales ..."

Es digno destacar la mención que hace la sentencia a que el actor, a través de "una suerte de representación" encarna los sentimientos de una colectividad, de una comunidad en la que mayoritariamente imperan las mismas y comunes creencias religiosas y que contribuyen, por lo tanto, a la identidad religiosa de todos y cada uno de sus miembros. Creencias religiosas que, en esta medida, merecen el reconocimiento y el respeto de los disidentes.

b).- Caso "Campillay Julio César con La Razón y otros"

Un caso que tuvo también amplio eco fue el de "Campillay Julio César vs. La Razón, Crónica y Diario Popular". En esta hipótesis cabe señalar que en los diarios antes mencionados se publicaron noticias inexactas contenidas en un comunicado de la Policía Federal argentina en el cual el demandante aparecía comprometido en la comisión de diversos delitos de los que luego fue sobreseído definitivamente en sede penal. Los diarios, al difundir la noticia, no citaron la fuente en la cual ella se generaba por lo que asumieron como suya la información publicada, pese a que en el mencionado comunicado se aclaraba que el actor no había sido aún oído y menos juzgado por la autoridad judicial. Es decir, estaba en un instante procesal en el que se debe presumir su inocencia.

En el voto de la mayoría de los magistrados se reafirmaron principios atinentes a la responsabilidad derivada por la publicación de noticias inexactas, aludiéndose, entre otros casos, a la lesión que tales noticias podían producir en la esfera del honor de una persona por medio de los delitos de injurias o calumnias, extendiendo la tutela de este interés existencial a otros supuestos como los actos culpables o abusivos cometidos en el ejercicio del derecho de informar. De ahí se afirma que el propietario o editor de un periódico no puede quedar al margen de la responsabilidad civil que tales actos generen. Por ello, los daños causados a través de publicaciones inexactas deben ser reparados.

[40] MOSSET ITURRASPE, Jorge, en "La sentencia de la Corte Suprema en el tema "Derecho de Réplica" y el "Daño a la intimidad" en La Ley, martes 22 de setiembre de 1992, pag 1.

En el caso bajo comentario la Corte consideró que la noticia debió ser difundida atribuyendo directamente su contenido a la fuente utilizada, empleando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los involucrados en el hecho ilícito. En lo que concierne a la sentencia cabe señalar que el voto en minoría dejó establecido que, de conformidad con el "Pacto de San José", se reconoce la vigencia de la acción de rectificación o réplica como el instrumento idóneo para contrarrestar la noticia estimada falsa o inexacta.

A nuestro entender, en el caso al cual nos referimos se lesionó no sólo el honor o sentimiento de autoestima del agraviado y su reputación sino también se atentó, simultáneamente, contra el interés existencial relativo a su identidad personal. En efecto, la propagación de la noticia inexacta lesionó la identidad de la persona agraviada al atribuírsele comportamientos que no le correspondían, causándole así un daño no sólo a su identidad personal sino un daño a su honor, a su reputación, a su sentimiento moral, a su patrimonio de hombre de bien, así como dañó también la proyección social de su personalidad. Desde el ángulo de la identidad cabe reiterar que la lesión a la verdad personal del demandante consistió en el hecho de que se le atribuyeran conductas que le eran ajenas. Como se aprecia de lo dicho, la sentencia no analizó este singular aspecto vinculado con el daño a la identidad dinámica del actor. Valdría por ello la pena profundizar en el análisis crítico de este fallo de la justicia argentina, ya que si bien es cierto que se afectó el honor del actor, el cual es un sentimiento de autoestima de carácter subjetivo, y se comprometió su reputación, también y al mismo tiempo se lesionó su identidad personal, la proyección social de su personalidad, la que se constituye como un hecho objetivo.

El caso "Campillay", que se presenta como uno en el cual se lesionan simultáneamente varios derechos o intereses existenciales de la persona, nos muestra que, a pesar de no existir un análisis detenido del aspecto substantivo concerniente al derecho a la identidad personal, se consideran sus efectos o consecuencias y se alude al medio procesal -como es la rectificación, réplica o respuesta- a través del cual se contrarresta, en alguna medida, la inexactitud de apreciaciones o noticias sobre la persona agraviada.

c).- Identidad sexual: sentencia de la Primera Cámara de Apelación de San Nicolás de los Arroyos de agosto de 1984

Otro caso famoso del que tuvimos noticia por las variadas reacciones y comentarios que produjo fue aquél que en agosto de 1994 pronunciara la Cámara Primera de Apelación de San Nicolás de los Arroyos. Se trata de un caso referido a la identidad sexual de una persona afectada de un particular pseudohermafroditismo congénito, la misma que, al vivir y sentir como mujer, solicita se autorice una intervención quirúrgica de adecuación de los genitales exteriores al sexo femenino y se proceda a la anulación de su partida de nacimiento, que le asignaba el sexo masculino, para adecuarla a su nueva realidad [41].

Decimos que se trata de un particular caso de pseudohermafroditismo porque el sexo cromosómico detectado era el masculino y, según las pericias efectuadas, tenía esbozados incipientes genitales correspondientes a este sexo no obstante lo cual, y como está dicho, vivía y sentía como mujer. Es decir que, dentro de la relativa situación de un particular pseudohermafroditismo, su sexo psicológico-social era el femenino.

El juez pudo comprobar la profunda angustia existencial que afectaba al peticionario como consecuencia de su problemática identidad personal, la misma que derivó hasta en tres intentos de suicidio. Si bien en esta hipótesis el transexualismo no era evidente, o era en todo caso incipiente en tanto que los genitales exteriores pertenecientes al sexo masculino no eran normales en cuanto estaban tan sólo esbozados, la persona presentaba el cuadro existencial de quien vive una indefinición sexual por la disociación entre el sexo cromosómico y aquél psicológico social. Es pues, como lo hemos apuntado, un caso de particular pseudohermafroditismo por las características antes mencionadas. En efecto, y como se ha mencionado, la pericia practicada definió sexualmente a la persona como la de un "pseudohermafrodita masculiniforme". Esta situación fue descrita por el juez como una en la cual el sujeto tiene "algunos rasgos en común con el transexual". El error en la atribución sexual, que los transexuales atribuyen a la naturaleza, fue interpretado por el juez como un error que "está en la indefinición pues (la persona) vive y siente un sexo que tiene por nítido e indudable: el femenino"[42].

[41] El fallo se publicó en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 14 de junio de 1995, No. 5937, pág. 32 y sgts.

[42] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", pág. 287 y sgts.

Tratándose de un caso definido por los peritos como uno de particular pseudohermafroditismo masculiniforme se hace necesario que el derecho contribuya a que la persona, según su manera de vivir y de sentir, opte libremente por una determinada identidad sexual a fin de superar la ambigüedad que experimenta el transexual y la consiguiente angustia existencial que raigalmente lo atormenta.

La Cámara consideró que "el elemento genético de por sí pueda erigirse como el inexorable determinante para responder -y oponer- a la persona que procura consolidar la identidad sexual comprometida por un padecimiento congénito que, al tener las características de lo confuso, conspira decisivamente contra la identidad total del sujeto". Es decir, cabe destacar que los magistrados comprendieron que se trataba de un ostensible caso de identidad personal vinculado a la esfera sexual del sujeto recurrente.

La Cámara, aparte de la doctrina citada para la fundamentación de su fallo, tuvo como antecedente el famoso caso por el cual la Corte Europea de Derechos Humanos condenó a Francia por no haber accedido al reclamo de un transexual que perseguía la adecuación de su sexo a las vivencias por él experimentadas. Aunque el caso resuelto por la Corte Europea antes citada se refería a un caso de transexualismo y no de intersexualismo, la Cámara estimó que los argumentos expuestos eran válidos para el caso sometido a su jurisdicción. Por lo demás, recordó que la Corte de Casación francesa había concordado su criterio al del tribunal europeo al atender, en cuanto a la identidad sexual en casos de transexualismo, al comportamiento efectivo del transexual. Es decir, a su manera de vivir y de sentir.

Al declarar fundada la demanda, la Cámara argumentó, en definitiva, "que el individuo tiene derecho a la reafirmación de su identidad sexual aquejada por el destino que le tocó", por lo que "persigue, ante la indefinición de origen, lograr la definición consubstancial con su persona". En el fallo se autorizó la intervención quirúrgica de adecuación sexual a fin de corregir el diaformismo genital congénito y se acogió, por consiguiente, el cambio de nombre y su correspondiente inscripción registral a fin de dejar constancia de su sexo femenino bajo el prenombre de "Juana".

La necesariamente breve extensión de este trabajo nos exime, por el momento, de continuar exponiendo críticamente otros casos jurisprudenciales para descubrir, si fuere oportuno, en cuántos de ellos se podría haber lesionado la identidad personal sin que los jueces hubiesen reparado en este hecho por no ser suficientemente amplia la difusión que, hasta el momento, ha alcanzado la doctrina y la jurisprudencia comparada en torno a este interés existencial de fundamental importancia en lo atinente a la protección del ser humano, en lo que él mismo es, en su verdad personal y en la consiguiente proyección social de su personalidad.

De otro lado, sería también útil revisar cuidadosamente la jurisprudencia con la finalidad de precisar aquellos casos en los que, dada la riqueza y complejidad del ser humano, los jueces no hubieran advertido que junto con la lesión de otros derechos de la persona se atentó, simultáneamente -lo que no es infrecuente- contra el derecho a la identidad. Y, finalmente, nuestra búsqueda estaría también enderezada a ubicar, para resaltarlas, aquellas sentencias en las que, como en alguna de las anteriormente glosadas, los jueces no han dubitado en hacer patente el daño a la identidad personal determinando su adecuada reparación en términos de justicia y solidaridad.

Como conclusión de lo expuesto en este trabajo podemos vislumbrar cómo la novedad del derecho a la identidad, la escasa literatura existente sobre la materia y la nada numerosa jurisprudencia que se ocupa explícitamente del tema, han impedido hasta el momento que un gran sector de operadores del derecho haya logrado captar el sentido y los efectos del derecho a la identidad personal. También es posible advertir cómo algunos jueces, sin mencionar específicamente el bien lesionado, que en este caso es la identidad misma del sujeto, proceden a contrarrestar procesalmente las noticias inexactas vertidas en torno a la verdad personal sin tomar plena conciencia del aspecto de la persona que ha sido afectado por tales falsedades.

Todo lo expuesto, tratándose de una institución en pleno proceso de evolución doctrinal, obliga a redoblar esfuerzos para difundir los supuestos y alcances del derecho a la identidad personal y a poner de manifiesto su capital importancia ya que el objetivo es el de proteger a la persona humana en aquellos aspectos fundamentales de su existencia como son su vida misma, su libertad y su identidad.

LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES

Enrique Elías Laroza
Profesor de Derecho Mercantil
Pontificia Universidad
Católica del Perú

En el Perú, como en otros países en que se tiene una regulación mercantil, la escisión, como institución jurídica, ha sido precedida por normas tributarias que regularon los efectos derivados de una escisión societaria que resultaran de interés para la administración pública. Estas normas, en su expresión, aluden a la "reorganización de sociedades o empresas", y explican ésta como la resultante de la fusión o división de las mismas.

Sobre esta "división" de sociedades, sin embargo, no existía mayor precisión jurídica, generando así un espacio de indefinición e inseguridad respecto de este tema en nuestro sistema jurídico.

La Ley General de Sociedades ha recogido esta problemática y otorga una sección a la regulación de la escisión de sociedades.

El presente artículo es una forma adecuada de conocer el sentido de la nueva regulación respecto de este tema; y el orden de ideas que, en opinión del autor, da origen a la mencionada sección de la Nueva ley General de Sociedades.

I. CUESTIONES PRELIMINARES.

1.1 Antecedentes.

La escisión es una institución jurídica de reciente aparición en el Derecho Mercantil. Su primer antecedente legislativo, al menos en el ámbito estrictamente mercantil, fue la ley francesa de sociedades de 1966[1]; sin embargo, cierto sector de la doctrina ha pretendido encontrar el origen de la escisión en el tratamiento que se otorga a la «*scorporazione*» en la jurisprudencia italiana[2].

Ahora bien, no todos los antecedentes legislativos de la escisión han sido de carácter mercantil. En los distintos países en que la escisión tiene una regulación legal de Derecho Mercantil, ella ha sido casi siempre precedida por alguna norma fiscal vinculada al régimen impositivo de las fusiones de sociedades. Este fenómeno ha ocurrido en nuestro país.

En efecto, ni en la actual Ley General de Sociedades peruana ni en su antecesora, la Ley de Sociedades Mercantiles, existieron normas sobre la escisión. Pero sí encontramos en nuestra legislación normas tributarias que regularon los efectos fiscales derivados de una escisión societaria, que fueron de interés para la Administración Pública.

[1] La Ley 66537 del 24 de julio de 1966. Al respecto, Justino Duque Domínguez sostiene: «Los procesos de escisión o división de sociedades, surgidos en la práctica del derecho de la reestructuración de empresas en el Derecho francés, se remonta a los años 1949 y 1952.» En «Escisión de Sociedades» de «Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría», p. 128.

[2] La doctrina se inclina a considerar que la *scorporazione* es una modalidad de reorganización de sociedades de distinta naturaleza a la escisión. Según Fargosi, la *scorporazione* es la decisión de los accionistas de «escindir la explotación económica en dos sociedades distintas, a cuyo efecto, la ya existente, reduce su capital y el patrimonio así liberado pasa a constituirse en aportación inicial de la nueva sociedad» (Citado por SASOT B, Miguel y SASOT, Miguel P. en «Sociedades Anónimas Constitución, Modificación y Extinción», p. 591). Volveremos sobre este tema en infra 1.6.

Es así que el Decreto Ley 25748[3] dispuso que la transferencia de bienes realizada como consecuencia de la reorganización o traspaso de empresas no se consideraba una operación gravada con el Impuesto General a las Ventas. El reglamento de dicha ley precisó que la «reorganización de empresas» aludida era aquella resultante de la fusión o división de las mismas. En igual sentido, el Decreto Ley 25751[4] dispuso que, en la transferencia de bienes realizada con motivo de la reorganización de sociedades, la ganancia que resultaba del mayor valor atribuido a los bienes transferidos no era gravable con el Impuesto a la Renta. Nuevamente la norma consideraba que la «reorganización de sociedades» se expresaba bajo las figuras de la fusión y de la «división» de sociedades. Estas normas, con ligeras variaciones, se han mantenido en nuestra legislación tributaria, sin una normativa integral de la escisión que regulase los efectos mercantiles de la institución.

El que nuestra legislación fiscal haya empleado el término de «división de sociedades» merece un comentario aparte. Es por todos conocida la pregonada autonomía del Derecho Tributario, defendida por el Fisco como una necesidad pero cuestionada desde muchos ámbitos del Derecho en los cuales se han inmiscuido, con notable desacierto, las normas fiscales, «tributarizando»[5] una serie de instituciones de Derecho Privado. Ese también ha sido el caso de la escisión de sociedades en nuestro país, pues la institución fue regulada -al menos en los efectos que le interesaban al Fisco- primera y fragmentariamente por el Derecho Tributario, como parte de los procesos de reorganización de sociedades.

Sin embargo, esa incipiente regulación fiscal dejaba grandes espacios de indefinición e inseguridad, pues siempre cabía preguntarse cuál era el contenido jurídico de la llamada «división de sociedades», regulada como un mecanismo de reorganización societaria. Tal regulación se dio sin que existiera un marco legal que definiese los alcances y limitaciones de la misma, ni menos el proceso interno de las sociedades intervinientes.

Adicionalmente, al no ser la «división de sociedades» un término usual de nuestro Derecho Mercantil[6], la delimitación jurídica de esta institución devino en una necesidad impostergable.

Como respuesta a esta problemática y para darle un contenido preciso a la escisión[7], en la actual Ley General de Sociedades[8] se ha dedicado toda una sección a la regulación de esta figura societaria. Esta innovación legislativa debe ser materia de reflexión y crítica por quienes están interesados en que nuestro sistema jurídico sea algo más que un conjunto de normas prácticas. El presente artículo expresa algunas reflexiones sobre una institución que responde a una realidad cambiante y a la necesidad de contar con reglas que permitan a los agentes económicos actuar con precisión.

1.2 Naturaleza de la escisión.

La escisión de sociedades, como otras instituciones jurídicas de incorporación relativamente reciente al Derecho Mercantil, es el producto -moderno y no deseado- de la evolución del fenómeno de la concentración empresarial. La afirmación puede parecer extraña a primera vista, pero es certera[9]. El progreso tecnológico y administrativo ha permitido un crecimiento acelerado de las empresas y una concentración de sus recursos y fuerzas en una sola empresa o en un solo conjunto económico. El crecimiento, a su vez, ocasiona no pocas veces otros efectos colaterales

Sin embargo, Duque Domínguez precisa, citando a Graziani y refiriéndose a la *scorporazione*, que para la opinión predominante de la doctrina italiana «la escisión no corresponde a ningún instituto jurídico individualizado y que el resultado que quiere obtener se logra mediante la combinación de varias operaciones.» Ob. cit., p. 129, negando autonomía a esta institución.

[3] Antigua Ley del Impuesto General a las Ventas.

[4] Antigua Ley del Impuesto a la Renta.

[5] Algunos dirían «desnaturalizando» las instituciones de Derecho Privado.

[6] A diferencia del Derecho Mercantil francés en el cual se denomina división a alguna de las modalidades de escisión, tal como lo señala OTAEGUI, Julio en su «Fusión y Escisión de las Sociedades Comerciales», p. 240.

[7] No debe olvidarse que la actora principal de la escisión es la sociedad y que los intereses que ella afecta pertenecen, esencialmente, a quienes actúan en la vida económica y social a través de la formación y constitución de sociedades mercantiles.

[8] Ley 26887 publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 9 de diciembre de 1997 y que entrará en vigencia el 1 de enero de 1998.

[9] FARGOSI, Horacio, Estudios de Derecho Societario, p. 161: «Respecto de la escisión si bien en una apreciación inicial puede presentarse como un fenómeno contrario al de la fusión y como un medio de desconcentración dirigido a la especialización, en realidad integra con aquélla el fenómeno de la concentración de empresas, aunque en la categoría de las secundarias».

inevitables. La centralización de la gestión origina deficiencias en la administración de la empresa o del grupo resultante de una gran concentración, así como también la falta de dinamismo en la conducción y la demora en la toma de decisiones.

A raíz del crecimiento, la organización empresarial concentrada tiende a perder dinamismo y, con el tiempo, origina ineficiencia en la empresa. La administración termina destinando cada vez más recursos a administrarse a sí misma antes que a la producción. Otras veces debe ocuparse de nuevas actividades que antes no tenía, pues la empresa gigante, producto de fusiones, tiende a incursionar en campos vinculados, paralelos o distintos a los de su actividad original.

Ante estas situaciones se presenta la necesidad de reorganizar la empresa o el grupo económico, para retomar la dinámica de su impulso productivo original. En ese contexto aparece la escisión, como uno de los instrumentos importantes de las reorganizaciones societarias. Coincidimos con Julio Otaegui cuando afirma que la escisión otorga «un mayor crecimiento por multiplicación, porque la excesiva centralización administrativa es un obstáculo para el desarrollo»[10].

Pero ello no nos lleva a admitir la afirmación de un sector de la doctrina, que considera que la escisión es un fenómeno inverso al de la fusión[11]. Ello ocurre con cierta frecuencia, como por ejemplo en una sociedad que escinde en varios bloques patrimoniales, cada uno de los cuales sirve para la constitución de una sociedad nueva. Allí hay, claramente, una desconcentración empresarial.

Pero la escisión, en ese aspecto, es un fenómeno más variado y complejo que la fusión. También puede originar, en otros casos, un efecto exactamente inverso al de la desconcentración. Si una sociedad se escinde en varios bloques patrimoniales y cada uno de ellos es absorbido por distintas sociedades existentes, se producirá un efecto de concentración societaria en cada una de las absorbentes.

Un tercer caso surge cuando la escisión persigue fines de especialización empresarial. Si una empresa escinde dos bloques patrimoniales que representan líneas de producción independientes de su actividad principal, los cuales son absorbidos por dos empresas que se dedican a esas actividades, y a su vez la empresa original recibe bloques patrimoniales de las otras dos, que sí le sirven para su actividad principal, no se habrá producido ninguna concentración ni desconcentración. Las tres empresas habrían logrado, únicamente, una mayor especialización y un mayor volumen en sus actividades principales, abandonando las actividades secundarias para las cuales quizás no estaban debidamente preparadas.

De otro lado, no podemos dejar de mencionar que la escisión también resulta un instrumento de gran utilidad para la solución de conflictos internos en la sociedad que escinde, cuando existen grupos de socios con intereses contrapuestos, situación que suele ser motivo de conflictos que pueden llevar, incluso, a la parálisis de la sociedad. Ello puede ser superado mediante la escisión, en forma tal que los socios se agrupen en función a sus intereses comunes[12].

Podemos concluir que la escisión es un instrumento de gran importancia en los procesos de reorganización de sociedades, que permite lograr objetivos muy diversos y complejos para las personas naturales y jurídicas involucradas. Por esta razón, consideramos que la escisión merece un tratamiento legislativo propio, pues ello otorga seguridad, orden y simplicidad al procedimiento de reorganización empresarial que, de otra forma, tendría que ser enfrentado a través de una serie de operaciones sucesivas y complejas.

La escisión no es la suma de distintas operaciones, sino un procedimiento de reorganización con caracteres propios, cuya utilidad e importancia justifican una regulación como la propuesta en la Ley General de Sociedades.

1.3 Concepto.

Tradicionalmente se había considerado que la escisión es una institución jurídica que regula la división del patrimonio integral de una sociedad en dos o más partes, las cuales son atribuidas a igual número de sociedades, nuevas o existentes, lo que tiene como efectos la desaparición de la sociedad escindida y la entrega a sus ex-socios de participaciones sociales en las sociedades beneficiarias de la escisión.

[10] «Fusión y Escisión de Sociedades Comerciales», p. 236

[11] «La fusión persigue la concentración de fuerzas económicas y la escisión tiende más bien, a descentralizar esas fuerzas». URÍA, Rodrigo en «Derecho Mercantil», p. 390.

[12] DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. Ob. cit., p. 133.

Este concepto se ha ampliado considerablemente en las legislaciones modernas, como veremos más adelante.

Las características, formas y modalidades que adopta la escisión dependen, finalmente, de la normatividad que se adopta en un sistema jurídico determinado. Como se mencionó, recién en la Ley General de Sociedades se propone regular la escisión en forma integral. Así, el artículo 367 de la Ley define a la escisión:

"Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley".

La nota característica de la escisión es el fraccionamiento patrimonial de la sociedad que escinde. Éste puede ser total o parcial; sin embargo, en ambos casos, las fracciones patrimoniales que serán atribuidas a las sociedades beneficiarias deben constituir, como veremos más adelante, bloques patrimoniales.

Ahora bien, para calificar un proceso de reorganización societaria como la escisión es necesario analizar la situación en la que quedarán la sociedad escindida y los socios de ésta. En efecto, cuando la sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos en su totalidad, la consecuencia del proceso de escisión resulta evidente: la sociedad escindida desaparece. En cambio, tratándose del caso en el cual conserva uno de los bloques en que fraccionó su patrimonio, ella conservará su existencia jurídica. En ambos casos los socios de la escindida recibirán participaciones sociales en las sociedades beneficiarias.

Debemos reiterar que el tratamiento legislativo de la escisión difiere en cada país. Por ello, en algunas legislaciones tendremos que la definición de la escisión es parcialmente distinta a la contenida en la Ley[13]. Para despejar dudas respecto de cuales formas de reorganización societaria deben tratarse como escisión y cuales no, la Ley ha efectuado precisiones en torno a las modalidades de escisión admitidas.

1.4 Formas de Escisión.

En doctrina se menciona la existencia de dos modalidades que puede adoptar la escisión: la denominada propia y la llamada impropia.

En la escisión propia la sociedad escindida queda necesariamente extinta, pues todo su patrimonio, dividido en dos o más partes, es atribuido a sociedades beneficiarias en las cuales son recibidos los accionistas o socios de la sociedad escindida[14]. A esta forma se le ha denominado «división», en algunos casos.

En la escisión impropia, también llamada segregación o excorporación, la sociedad escindida no se extingue, sino que conserva una de las partes de su patrimonio fraccionado, segregando el resto a favor de una o más sociedades beneficiarias[15].

Ambas modalidades tienen su correlato en la Ley General de Sociedades, cuyo artículo 367 establece que la escisión puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades existentes. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o,
2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

Un factor que permite distinguir a la escisión de otras formas de reorganización empresarial consiste en que en la escisión los socios de la sociedad escindida se convierten en socios de la, o las sociedades escisionarias. Ello está expresamente recogido en la última parte del artículo 367 de la Ley General de Sociedades:

"En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso".

[13] Por ejemplo, los Sasot definen a la escisión de la siguiente manera: «La escisión, en cuanto instituto jurídico que regula la segregación de una porción del patrimonio activo de una sociedad comercial en funcionamiento para, sin disolverse, destinarla a la formación de una nueva sociedad o incorporarse a una sociedad ya existente [...]». Ob. cit., p. 592.

[14] URÍA, Rodrigo. «Derecho Mercantil», p. 390.

[15] Ibid. p. 390.

A partir de la definición contenida en el artículo 367 de Ley General de Sociedades se puede advertir algunas notas características que tendrá la escisión en el Perú y que la diferenciarán del tratamiento legal que esta institución tiene en otras legislaciones.

1.5 Notas características.

La escisión societaria prevista en la Ley General de Sociedades tendrá las siguientes peculiaridades:

a. La posibilidad de escisión no estará limitada a las sociedades anónimas. Por el contrario, la Ley contempla la escisión en otras formas societarias reguladas por la ley mercantil. Esta es una nota diferenciadora con la ley española[16], en la cual la escindida sólo puede ser una sociedad anónima.
b. La escisión podrá ser efectuada para constituir nuevas sociedades o en favor de sociedades existentes. En este punto se ha adoptado un criterio similar al de otras legislaciones.
c. Los socios de la sociedad escindida adquirirán la condición de socios de la sociedad escisionaria. Esta característica, fundamental en la distinción de la escisión frente a otras formas de reorganización, ha sido recogida en el artículo 368 de la Ley. En esa disposición se prevé, como norma general, que las nuevas acciones o participaciones que la escisionaria emitirá serán atribuidas a los socios o accionistas de la sociedad escindida, en la misma proporción que tenían en el capital de ésta, salvo pacto en contrario.
   El pacto en contrario que la Ley prevé, permitirá, por ejemplo, que uno o algunos de tales socios no reciban acciones o participaciones de alguna o algunas de las sociedades escisionarias o que las reciban en proporción distinta a su participación en la sociedad escindida[17].
d. La transmisión de los bloques patrimoniales de la escindida a favor de las sociedades escisionarias podrá realizarse a título singular o global. Esta también es una diferencia frente al criterio adoptado por las doctrinas española[18] y argentina[19].

   Ello se desprende de la regla contenida en el artículo 369 de la Ley, que al definir «bloque patrimonial»[20] establece que este puede ser:
   i. Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida;
   ii. El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y
   iii. Un fondo empresarial.

   Como se aprecia, los bloques patrimoniales que se asignarán a las sociedades escisionarias pueden estar constituidos únicamente por activos, lo que determina que la transmisión de tales bloques se realizará a título singular. Esta posibilidad está reiterada en el numeral 4 del artículo 372 de la Ley, en el cual se precisa que en el proyecto de escisión deberá incluirse una relación de activos y pasivos, en su caso, que corresponden a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión. Evidentemente, tratándose de bloques patrimoniales que incorporen activos y pasivos, la transferencia se realizará a título global.

En consecuencia, la discusión sobre la forma en que se produce la segregación del patrimonio de la escindida ha quedado zanjada en una forma práctica, dejando a la libre voluntad de los socios inclinarse por cualquiera de las opciones señaladas.

1.6 Extinción o reducción de capital de la sociedad escindida.

La escisión es un procedimiento cuyos efectos redundan en todas las sociedades participantes, tanto en la escindida como en las escisionarias, en caso

[16] URÍA, Rodrigo. Ob.cit., p. 390.

[17] Cfr. Supra 1.1. La utilidad y conveniencia de la escisión también se aprecia cuando en la sociedad se producen conflictos irreconciliables entre los socios; gracias al pacto en contrario previsto en la Ley General de Sociedades, los socios en conflicto podrán desvincularse a través de su no participación en alguna o algunas de las sociedades escisionarias.

[18] URÍA, Rodrigo. Ob. cit., p. 391: «La transmisión a las sociedades beneficiarias de las partes en que se divida el patrimonio de la sociedad escindida se hace en bloque por sucesión universal.»

[19] OTAEGUI, Julio. Ob.cit., p. 242, se refiere a la Ley de Sociedades argentina: «La transmisión parcial a título universal del patrimonio de la sociedad escindente a favor de la o de las sociedades escisionarias en la excorporación, y la transmisión total a título universal del patrimonio de la sociedad escindente a favor de las sociedades escisionarias en la división (...)».
Sin embargo, los Sasot señalan que, en el contexto de la Ley de Sociedades Comerciales, la ley permite únicamente la escisión imperfecta por lo que la sociedad escindida sólo fracciona una parte de su patrimonio activo y sigue soportando el pasivo social anterior a la escisión. En este caso, los Sasot concluyen que la transferencia del patrimonio no se produce a título universal (SASOT, B. Miguel y SASOT, Miguel P. «Sociedades Anónimas Constitución, Modificación y Extinción», p. 595).

[20] Debe recordarse también que la escisión es definida en el artículo 367 de la Ley General de Sociedades como el proceso por el cual «una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques (...)».

estas últimas se encuentren previamente constituidas. De allí se desprende que la escisión debe ser acordada por la Junta General de todas las sociedades participantes, pues la ejecución de los acuerdos de escisión modificará la estructura y composición de todas ellas. Sin embargo, tratándose de una escisión que creará nuevas sociedades, resulta evidente que el acuerdo será adoptado, respecto de las sociedades escisionarias, por los mismos socios de la escindida expresado en el acto constitutivo o fundacional, conjuntamente con los nuevos socios, si los hubiere.

Resulta importante señalar que el segundo párrafo del artículo 370 de la Ley General de Sociedades señala que, al acordarse la escisión, no resulta necesario acordar la disolución de la o las sociedades que se extinguen, de ser el caso. Al igual que en el acuerdo de fusión[21], la reorganización de la sociedad por escisión no requiere del acuerdo de disolución de la misma.

La escisión tendrá entonces como consecuencia jurídica la extinción de pleno derecho de la escindida, sin que se requiera del innecesario acuerdo de disolución que se prevé en otras legislaciones y que fue admitido en la práctica mercantil nacional por aplicación analógica de las disposiciones contenidas en el artículo 354 y en el numeral 4 del artículo 359 de la Ley General de Sociedades anterior, sobre fusión.

El acuerdo de escisión, al cumplirse, conduce a la extinción de la sociedad escindida en el caso de la escisión propia. Tratándose de una escisión impropia, la sociedad escindida deberá reducir su capital en el monto que corresponde a los bloques patrimoniales transferidos. De allí que en el proyecto de escisión deberá consignarse la información correspondiente al acuerdo de reducción de capital. Sobre este tema volveremos más adelante.

1.7 Otras formas de reorganización de sociedades.

En el Proyecto se ha previsto que el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes -recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones emitidas por las sociedades receptoras de dichos aportes- no se considera una escisión sino una forma de reorganización societaria distinta.

Tal como quedó señalado, es consustancial al proceso de escisión que los socios de la escindida adquieran también la condición de socios de las sociedades escisionarias. En la escisión propia la sociedad escindida se extinguirá, por lo que resulta imposible que sea ella la que adquiera las acciones o participaciones que serán emitidas por las sociedades escisionarias. Pero la Ley establece que, incluso en la escisión impropia, la sociedad escindida no adquiere para sí las acciones o participaciones emitidas por las escisionarias, pues las mismas corresponden a sus propios socios o accionistas.

En consecuencia, la reorganización de sociedades que se realiza por el aporte que hace una sociedad de parte de su patrimonio, previa reducción de su capital social y recibiendo ella a cambio las acciones emitidas por la sociedad beneficiaria del patrimonio aportado, no es una escisión.

Sobre estas operaciones, la doctrina argentina también se ha pronunciado negándoles la calidad de escisión. Es el caso, por ejemplo, de la denominada escisión-*holding*, operación en la cual una sociedad aporta sus bienes y su pasivo a dos o más sociedades constituidas al efecto, recibiendo como contraprestación participaciones sociales de las mismas. Se ha concluido que esta forma de reorganización no es verdadera escisión[22].

Dudoso es el caso en el cual la sociedad aporta uno o más bloques patrimoniales a favor de dos o más sociedades, nuevas o existentes, recibiendo a cambio acciones o participaciones emitidas en parte a favor de los socios de la aportante y en parte a favor de la propia aportante. En este supuesto cabría sostener que se presenta una combinación de verdadera escisión y de mera reorganización societaria.

II. EL PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN.

2.1 Acuerdo de escisión.

Como hemos señalado, la escisión modifica sustancialmente la composición patrimonial de la sociedad escindida. Ello es determinante para que la decisión de llevar adelante un procedimiento de escisión deba

[21] Artículo 345 de la Ley General de Sociedades.

[22] OTAEGUI, Julio. Ob. cit., p. 244. Añade el autor: «La doctrina francesa califica este supuesto de falsa escisión, y en nuestro derecho tampoco sería escisión [...]».

ser adoptada en el seno de las sociedades intervinientes, con arreglo a los requisitos que la Ley establece para la modificación del pacto social y estatutos[23].

Además, el interés personal de los socios podría no coincidir con la situación de la sociedad después de la escisión. De allí que en la Ley se prevé el derecho de separación de los socios de la escindida[24], con la única limitación de que los socios que se separen también responderán personalmente por las obligaciones sociales contraidas antes de la escisión[25].

De otro lado, como quedó anotado previamente[26], cuando de la escisión derive la extinción de la escindida, no será necesario que el órgano competente de la escindida decida la disolución de ésta.

2.2 Proyecto de escisión.

En la Ley se ha regulado la necesidad de que las sociedades intervinientes en la escisión cuenten con un instrumento que documente las condiciones en que se verificará tal procedimiento, así como el cumplimiento de los requisitos legales aplicables a la escisión. Este instrumento se denominará «proyecto de escisión» y recoge una práctica desarrollada por las sociedades mercantiles que se escindieron al amparo de la anterior Ley General de Sociedades[27].

En cuanto al contenido del proyecto de escisión, se ha previsto con detalle los puntos sobre los cuales las sociedades intervinientes deberán pronunciarse para llevar a cabo el procedimiento. La minuciosidad con la que se deberá elaborar el proyecto de escisión tiene por finalidad que el proceso se realice de manera ordenada y con intervención de los órganos administradores, los cuales se entiende que están calificados para someter a la asamblea una propuesta elaborada en base a criterios técnicos; de esa forma se busca garantizar que las asambleas o juntas de las sociedades intervinientes adopten la decisión que corresponda sobre la base de una información suficiente que explique las características y fundamentos de la escisión propuesta. A continuación nos referiremos a las notas más saltantes que deberá contener el proyecto de escisión.

Se ha previsto que conste el acuerdo de las sociedades intervinientes acerca de la forma de escisión que se ejecutará, definiendo qué función cumplirá cada una de ellas[28].

También se contempla la inclusión de una explicación al proyecto de escisión, tanto en sus aspectos jurídicos como económicos. Dentro de estos últimos, deberá consignarse la exposición de los criterios de valoración utilizados respecto de los bloques patrimoniales que se escindirán y la relación de canje entre las respectivas participaciones de los socios de las sociedades intervinientes en la escisión.

Asimismo, deberá incluirse en el proyecto la relación de elementos del activo y del pasivo que serán adscritos a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión. Debe tenerse presente que los bloques patrimoniales resultantes de la escisión, tal como está proyectada, podrán estar constituidos no solamente por un conjunto de activos y pasivos, sino también por uno o varios activos o la combinación de alguno o algunos activos y uno o más pasivos, o un fondo empresarial[29].

Por último, resulta de interés señalar que en el proyecto de escisión deberá precisarse la relación del reparto de las participaciones a ser emitidas por las escisionarias entre los socios de la escindida, lo que constituye la nota característica y fundamental

[23] Artículo 370 de la Ley General de Sociedades.

[24] Artículo 385 de la Ley General de Sociedades.

[25] El supuesto se refiere, evidentemente, a sociedades en las cuales la responsabilidad personal de los socios no está limitada al monto del aporte al capital social, como es el caso de las sociedades colectivas. De otro lado, el momento a partir del cual cesará la responsabilidad del socio secesionario será, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades, después de informada su decisión de separación a la sociedad mediante carta notarial.

[26] Supra 1.5.

[27] Así, en la derogada Ley General de Sociedades no se regulaba para la fusión la preparación de un documento en el cual queden contenidas las características y requisitos legales para la ejecución del procedimiento, pese a lo cual la práctica mercantil llevó a la necesidad de organizar y ordenar tal procedimiento con arreglo a un instrumento preciso elaborado por la administración de las sociedades intervinientes. Esta práctica también ha sido sistematizada y regulada por la Ley General de Sociedades y es común en otras legislaciones.

[28] Como se sabe, la Ley General de Sociedades prevé la regulación de dos formas de escisión en su artículo 367.

[29] Supra 1.4.

de la escisión[30]. Asimismo, se consignarán las compensaciones complementarias, si las hubiera, el capital social resultante en cada una de las sociedades intervinientes, las variaciones producidas y la emisión de participaciones originada, y el procedimiento para el canje de títulos, si se requiriese.

A partir de la aprobación del proyecto de escisión y hasta el momento en que se realicen las juntas generales convocadas para aprobar la escisión en cada una de las sociedades intervinientes, los administradores de estas últimas se encuentran obligados a no realizar actos o ejecutar decisiones que pudieran comprometer significativamente la relación de canje de las participaciones aprobada en el proyecto de escisión[31].

El proyecto de escisión, con todos sus requisitos y con la aprobación de la administración de las sociedades intervinientes, deberá ser sometido a la votación de las juntas.

2.3 Aprobación del proyecto de escisión.

La escisión afecta sustancialmente la existencia de las sociedades intervinientes. Por tal razón, las sociedades participantes deberán convocar a sus juntas generales para que decidan la conveniencia y oportunidad de la escisión.

Para tal fin se ha previsto que la convocatoria se realice con un mínimo de diez días de anticipación a la fecha de realización de la junta o asamblea

.

La convocatoria tiene por finalidad no solamente cumplir con una formalidad para la reorganización de la sociedad, sino también permitir que los terceros interesados en la composición de las sociedades intervinientes tengan oportunidad de apreciar si la proyectada escisión afectará de alguna manera sus intereses.

En efecto, a partir de la publicación del aviso de convocatoria a las asambleas, cada sociedad interviniente deberá poner a disposición de sus socios, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, la siguiente documentación: (i) el proyecto de escisión y el balance anual auditado del último ejercicio de las sociedades intervinientes; (ii) el proyecto de modificación del pacto social y estatuto de la escindida, o, tratándose de escisión por absorción, las modificaciones que se incorporarán a las escisionarias; (iii) la relación de los principales accionistas y administradores de las sociedades intervinientes.

En la fecha de celebración de las juntas o asambleas, éstas también recibirán el informe de la administración de la sociedad referido a cualquier variación en la relación de canje que se hubiera producido desde la elaboración y aprobación del proyecto de escisión, el cual será aprobado por las asambleas, debiendo fijarse una fecha para la entrada en vigencia de la escisión.

Se ha previsto que la falta de aprobación del proyecto de escisión en el plazo que este mismo establezca, o en el plazo supletorio de tres meses contados a partir de la fecha de su aprobación por los administradores[32], producirá la caducidad del proyecto de escisión.

2.4 Entrada en vigencia de la escisión.

La Ley contiene una disposición innovadora, que servirá para zanjar la discusión en torno al momento en que la escisión empieza a surtir efectos legales. Al no existir una normatividad expresa sobre esta forma de reorganización de sociedades, surgía la duda sobre cuál era el momento exacto en que la operación entraba en vigencia. Tanto la fecha del acuerdo de escisión (con el problema adicional de la existencia de varios acuerdos), como la fecha de la escritura pública e, incluso, la fecha de inscripción en el Registro, eran postuladas como las probables fechas de entrada en vigencia de la escisión. Sin embargo, la Ley define esta cuestión en favor de un momento preciso, que podrá ser elegido por las sociedades intervinientes.

El proyecto de escisión aprobado por las juntas o asambleas entrará en vigencia en la fecha establecida, momento a partir del cual se producirá la transmisión de los bloques patrimoniales a favor de las escisionarias.

[30] Justino DUQUE D., expresa: «[...] tampoco podrá hablarse de una escisión propiamente dicha cuando la sociedad transmite su patrimonio a otras sociedades preexistentes o que se crean *ex novo* con este fin, si las acciones (o participaciones) que recibe como contraprestación por esta transmisión no se entregan directamente a los socios de la sociedad transmitente, sino que la contrapartida representada por las acciones o participaciones sociales en las sociedades adquirentes permanecen en el patrimonio de la sociedad que se desprende de su patrimonio.» Ob. cit., p. 139.

[31] Conforme se dispone en el artículo 373 de la Ley General de Sociedades.

[32] En la Ley General de Sociedades se indica que el plazo debe computarse desde «la fecha del proyecto», referencia que, entendemos, alude a la fecha de aprobación por el directorio o por la mayoría de los administradores, con arreglo a lo establecido en el artículo 371.

En consecuencia, desde ese momento las escisionarias asumen la titularidad de las operaciones, derechos y obligaciones integrantes del bloque patrimonial que adquieren, cesando la titularidad con respecto a ellos de la o las sociedades escindidas[33].

La Ley prescribe que la escisión tendrá todos sus efectos a partir de la fecha misma de entrada en vigencia, supeditado todo ello a que, posteriormente, la escritura pública de escisión se inscriba en el Registro, en la partida de todas las sociedades intervinientes.

Asimismo, la transferencia de bienes, derechos y obligaciones que integran el bloque patrimonial que se escinde asume plena vigencia desde la misma fecha.

2.5 Balances de escisión.

En la Ley se ha previsto que las sociedades intervinientes preparen el balance de escisión al día anterior al fijado como fecha de vigencia de la escisión. Tratándose de sociedades que serán constituidas como consecuencia de la escisión, la obligación se cumplirá con la elaboración del balance de apertura del día fijado para la entrada en vigencia de la escisión.

En la Ley se establece[34], razonablemente, que los balances no deben ser insertados en la escritura pública de escisión, práctica engorrosa que aumentaba innecesariamente la documentación que se presentaba al Registro, pero de escasa o ninguna utilidad. En todo caso, la inserción del balance ha sido reemplazada con la aprobación del mismo por los administradores de la sociedad y por su puesta a disposición de los socios, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales de la sociedad respectiva. Los balances deberán mantenerse a disposición de estas personas por un plazo no menor de sesenta días contados luego de transcurrido el plazo para su preparación, es decir, dentro de treinta días, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la escisión.

2.6 Formalización de la escisión.

Conforme al principio general de publicidad mercantil, cada uno de los acuerdos de escisión deberá ser publicados con cinco días de intervalo entre cada publicación. A partir de la fecha de publicación del último aviso podrá ejercerse el derecho de separación de los socios.

La escisión debe ser formalizada mediante escritura pública. Ésta se otorgará únicamente después de vencido el plazo de treinta días contado desde la fecha de publicación del último aviso indicado en el párrafo precedente, salvo que hubiera existido oposición[35].

En la Ley se ha previsto que la escritura de escisión tenga un contenido preciso y limitado. La licitud y regularidad de la escisión, así como el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a aquélla, se han manifestado desde el inicio del procedimiento; ahora, en la culminación, no se considera necesario la preparación de un documento complejo y abultado que dé cuenta de la correcta realización del procedimiento de escisión. De allí que las exigencias de la escritura de escisión, en cuanto a su contenido, son limitadas.

Cabe señalar que en dicha escritura pública de escisión deberán constar los acuerdos de las juntas de las sociedades intervinientes que aprobaron la escisión. Asimismo, los requisitos legales del contrato social y constitución de las nuevas sociedades creadas como consecuencia de la escisión, en el caso de la escisión por incorporación. También las modificaciones del contrato social de las sociedades intervinientes, en cuanto a sus estatutos y capital social, cuando así se requiera. En la escritura pública deberá consignarse, asimismo, la fecha de entrada en vigencia de la escisión y se acompañará la constancia de haber cumplido con las publicaciones que dan cuenta del inicio del procedimiento de escisión.

2.7 Derechos de los acreedores.

Como se ha mencionado con anterioridad, los acreedores de las sociedades intervinientes tienen el derecho de oposición. El ejercicio de ese derecho es regulado por la norma contenida en el artículo 219 de la Ley, que establece con detalle el derecho de oposición de los acreedores en el caso de reducción de capital.

[33] En realidad, esa «cesación» es consecuencia del acto traslativo del patrimonio escindido.

[34] Artículo 379 de la Ley General de Sociedades.

[35] Los acreedores de cualquiera de las intervinientes tienen derecho de oposición al procedimiento. Se ha previsto que la oposición de mala fe, o con notoria falta de fundamento, será sancionada por el juez con una penalidad a cargo del acreedor y en beneficio de la sociedad afectada, sin perjuicio de la indemnización que por daños y perjuicios pudiera corresponder.

2.8 Responsabilidad de los socios.

La Ley establece que a partir de la entrada de vigencia de la escisión las sociedades beneficiarias asumen las obligaciones que integran el pasivo del bloque patrimonial que se transfiere, sea en vía de traspaso o de absorción de ese bloque patrimonial[36].

Como mencionáramos, ésa es la consecuencia natural del fenómeno traslativo que produce la escisión. Sin embargo, la norma admite el pacto en contrario a este principio. No se precisa la situación en que quedará la escindida que acuerde, en el proyecto de escisión, que permanecerá obligada respecto de las obligaciones y pasivos transferidos a las escisionarias.

En efecto, la norma no señala bajo qué modalidad quedará obligada la escindida -que podría ser solidaridad, subsidiariedad, garantía, etc.-, por lo que entendemos que las sociedades intervinientes en la escisión podrán acordar libremente sobre este punto, siempre que quede expresamente determinado en el proyecto.

Por otra parte, la Ley prevé que las sociedades escindidas responderán legalmente por el saneamiento de los bienes que integren el activo del bloque patrimonial transferido. Regla importante si se tiene en cuenta que las obligaciones de saneamiento a que se refiere el artículo 28 de la Ley[37] sólo son exigibles al socio aportante y, como hemos expresado anteriormente, la escisión, incluso bajo la modalidad de la escisión por incorporación, es un procedimiento societario distinto de la constitución de sociedades por reducción de capital y aporte simultáneo a la sociedad constituida.

Por último, la escindida no deberá saneamiento por las obligaciones transmitidas en el bloque patrimonial transferido. A este respecto, debemos anotar que, en estricto, no cabe la referencia al saneamiento respecto de deudas u obligaciones puesto que aquél es una institución que sólo es aplicable a los negocios traslativos de derechos reales, no existiendo respecto de las deudas o posiciones pasivas. En todo caso, entendemos que la proyectada norma está referida a la existencia y exigibilidad de las obligaciones transmitidas.

2.9 Nulidad de la escisión.

En la Ley se ha previsto la posibilidad de solicitar y declarar la nulidad del procedimiento de escisión. A tal efecto serán de aplicación las normas que regulan la pretensión de nulidad de la fusión[38].

En tal sentido, la demanda de nulidad, dirigida a invalidar una escisión inscrita en el Registro de Personas Jurídicas, sólo podrá sustentarse en la nulidad de los acuerdos de las juntas o asambleas de las sociedades intervinientes[39]. La demanda deberá dirigirse contra la sociedad escindida o escisionaria en la cual se hubiera incurrido en el supuesto de nulidad o vicio de invalidez del acuerdo societario.

El plazo de caducidad para interponer la demanda de nulidad será de seis meses contados a partir de la inscripción de la escisión en el Registro de Personas Jurídicas.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la escisión, la Ley prevé que las obligaciones contraidas por la sociedad en cuyo seno se originó la nulidad son válidas, siendo todas las sociedades intervinientes solidariamente responsables por el cumplimiento de tales obligaciones frente a terceros acreedores. La validez se mantendrá incluso en el caso en que la demanda de nulidad hubiera quedado inscrita cautelarmente en el Registro, pues lo que se pretende es mantener la operatividad y funcionamiento de las sociedades intervinientes en el proceso de escisión, sobre la base de que el patrimonio de las involucradas responderá, en vía de solidaridad, por todas las obligaciones contraidas por tales sociedades. Adviértase que la responsabilidad se extiende no solamente a la sociedad en cuyo seno se originó la nulidad, sino en todas las intervinientes.

[36] Artículo 389 de la Ley General de Sociedades.

[37] Norma equivalente al artículo 12 de la Ley General de Sociedades derogada.

[38] Artículos 365 y 366 de la Ley General de Sociedades.

[39] Artículos 139 y siguientes de la Ley General de Sociedades.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA VERSUS AUTOCRACIA REPRESENTATIVA

Valentín Paniagua Corazao
Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Perú

Es por todos conocido que en nuestro país nunca se ha gestado, real y efectivamente, una democracia en la que exista un verdadero control del poder, a través de un Congreso independiente y conciente de su labor fiscalizadora; de instituciones democráticas sólidas y, sobre todo, de un pueblo que crea en la democracia verdadera, y no acepte falsas imitaciones.

En este artículo, el autor reconoce concretamente que en nuestro país no ha existido una democracia representativa genuina, sino la llamada "autocracia representativa", aunque, en realidad, esto no sea más que un contrasentido. Consecuentemente, procede a analizar de manera exhaustiva las diferencias entre la democracia verdadera, y aquellos denominados "cesarismos", contrarios a la libertad y el desarrollo democrático de un país, para luego concentrarse en el caso peruano.

INTRODUCCIÓN.

Autocracia y democracia han sido los polos entre los que ha oscilado, pendular y dramáticamente, nuestra vida constitucional. Durante ciento veintitrés de los ciento setenta y cinco años de vida independiente, el Perú ha soportado autocracias de distinta índole frente a esporádicas y efímeras "vacaciones democráticas" que, en conjunto, suman escasos 49 años. Sólo en este siglo, el Perú logró la proeza histórica de mantener el régimen democrático durante 11 años continuados (1980-1992): casi tanto como el "oncenio" de Leguía (1919-1930) y apenas un año menos que el regimen castrense que usurpó el poder en 1968. La persistencia de las autocracias en el Perú se explica perfectamente.

Autocracia y democracia encarnan, en realidad, el perenne choque entre la idea del "gobierno fuerte", sobreponiéndose, casi siempre, a la "idea de la libertad". En parte, porque nos ha faltado -según lo ha recordado Basadre[1]- la "sensualidad de los derechos" y, en parte, porque el reclamo de orden es, tradicionalmente, mucho más perentorio y exigente que la demanda de libertad. En ese contexto, autoridad ha sido siempre sinónimo de "mano dura" o "capacidad de mando", entendidas como aptitud y disposición para usar la fuerza y la coacción, razonablemente o no, a fin de imponer el "orden". Tal mentalidad, típica de los militarismos[2] y de vastos sectores populares, se expresó muy gráficamente en

[1] Jorge Basadre: " Perú: problema y posibilidad " - 2da. Edición Banco Internacional del Perú, 1978. Pág.54.

[2] Francisco García Calderón. "El Perú Contemporáneo". " El Presidente nacido en una revolución, formado en las batallas, de espíritu militar, quería la dictadura. Quedaba no obstante el respeto a las formas. Convocaba un congreso, reunía a la opinión y daba un carácter provisorio a su mandato. El parlamento se formaba convirtiéndose en una camarilla política: su voluntad era la del jefe y la dictadura, de hecho, se tornaba dictadura de derecho. El Presidente creaba nuevos cargos, siendo el centro de una burocracia servil e ignorante.....". La política no era más que el juego de ambiciones, el reino del personalismo y la soberanía "el privilegio de un jefe y de una camarilla ambiciosa; tiranía de un hombre o de un grupo, sin conciencia del voto o la oposición del parlamento". Pág.193.

la exigencia que la guarnición de Lima formulara al primer Congreso Constituyente. Demandó, en efecto, que se nombre como presidente a "un hombre que mande y sea velozmente obedecido". Pero la fe en las virtudes taumatúrgicas de la autoridad encontró eco también -desde luego en momentos excepcionales- en intelectuales y hasta en demócratas de insospechable devoción constitucional. Así, Víctor Andrés Belaúnde llegó a afirmar, en 1917, que, frente al absolutismo presidencial que él denominaba "cesarismo burocrático", sería preferible la fórmula elitista y autocrática de García Calderón, como tránsito necesario para llegar a la democracia[3]. Los excesos del Apra entre 1945-1947 indujeron al presidente Bustamante y Rivero a dotar al jefe del Ejecutivo de "potestad incontestable de mando"[4]. Computando los factores de disolución social, la indisciplina tradicional y la ausencia de instituciones firmes y sólidas, la Asamblea Constituyente de 1979 confirió al Presidente una neta e inequívoca hegemonía en el sistema político. Es indudable que en las posiciones anotadas en todos estos últimos casos influyó un realismo, no exento de desconfianza, en la viabilidad de la democracia frente a la necesidad perentoria de orden y disciplina.

La autocracia tiene, pues, vieja y solida raíz en el Perú y, naturalmente, resueltos aunque no siempre abiertos defensores. La democracia, en cambio, ha sido víctima del odio estratégico de los extremistas de derecha (aliada y beneficiaria regularmente de los militarismos) y de izquierda (que usó de sus instituciones para "acumular fuerzas" y para socabarla, ideológica y políticamente). Además, ha padecido igualmente el embate de sus aparentes partidarios, que siembran el desaliento y el escepticismo juzgando, sumariamente, las breves experiencias constitucionales, no a la luz de la realidad, sino de las utopías democráticas y, naturalmente, de lo que Bobbio considera sus "falsas promesas"[5].

Es un hecho que el Perú no ha logrado institucionalizar su democracia. Y es que se ha empeñado en destruirla, sin -o a pesar de- los partidos. Defensores y adversarios de la democracia, no obstante sus diferentes propósitos y signos, han sido invariablemente hostiles a aquellos. Ese sentimiento contribuyó a acentuar la violenta intransigencia que ha caracterizado siempre al juego democrático y que explica, en parte, la inexistencia de un sistema de partidos. La antidemocracia contra los partidos, también es resultado de la precaria idea de régimen democrático y, sobre todo, de la intervención formal que se impuso sobre ellos durante largas etapas, como se verá más adelante.

Son muchos, por cierto, los déficits de la democracia representativa. Pero no parece que la disyuntiva sea la mañana "autocracia representativa" o la tarde democracia representativa, sino la de las siguientes comprobaciones:

Primera.- Democracia y autocracia son términos antitéticos e incompatibles.

Segunda.- Autocracia y representación popular son incompatibles también en su origen, lo que no impide que la representación popular se torne autocrática por razón de su ejercicio.

Tercera.- De existir la autocracia representativa no sería sino una ficción del régimen representativo, precisamente por desnaturalización o falsificación de la representación popular, por desnaturalización de las instituciones de control y equilibrio constitucional, o por adulteración de esas mismas instituciones en la estructura o en el diseño constitucional, como acontece en la Constitución de 1993.

I.- DEMOCRACIA Y AUTOCRACIA: TÉRMINOS ANTITÉTICOS.

La distribución o concentración, y el control o el repudio del control del poder, así como sus respectivas técnicas (competencia, concurrencia, persuación y concertación versus coacción o imposición) distinguen -según Loewenstein- el constitucionalismo de la autocracia. Esta es -como

[3] Francisco García Calderón.- Ob Cit. Considera nuestro destino político muy diferente a Chile y Colombia. "Debemos llegar al gobierno democrático, por la oligarquía. Todo lo demás no es política oratoria, teñida de fórmulas absolutas e irrealizables"; "Un sociólogo italiano, Mosca, ha demostrado que el gobierno de toda república o monarquía es la obra de una minoría dominante y que ésta es una ley inflexible, producida por la desigualdad de los hombres y por la lenta diferenciación social" (349); "Hay que formar un gran partido nacional sobre la base de uno de los existentes para "preparar el advenimiento de una nueva política, de verdad, democrática e ideal".

[4] J. L. Bustamante y Rivero. "Mensaje al Perú" Edit Univ. 1955

[5] N. Bobbio. "El futuro de la democracia" Fondo de Cultura Económica 1986. Las falsas promesas son el nacimiento de la sociedad pluralista, la reivindicación de los intereses, la eliminación de las oligarquías, la ampliación del espacio político al social, la eliminación de los poderes invisibles y la educación del ciudadano. El mismo Bobbio admite que la democracia debió confrontar tres graves obstáculos que han comprometido su futuro: la necesidad de la tecnocracia, el aumento del aparato burocrático del estado y su escaso rendimiento o ingobernabilidad. Pág. 17 y sgtes.

dice Sartori- "el contrario exacto", la contradicción misma de la democracia, la que repugna el poder personalizado y no admite que nadie pueda autoproclamarse gobernante o detentar el poder irrevocablemente. Es, a su juicio, un axioma democrático que el poder del hombre sobre el hombre sólo pueda ser concedido por otros hombres y únicamente sobre la base de su revocabilidad. Democracia, así, es el sistema en el que nadie puede investirse a sí mismo con el poder de gobernar. La autocracia, en cambio, es precisamente arrogarse el poder por propio y exclusivo arbitrio. De allí, el indisputable prestigio de la democracia.

La voluntad popular que venció, en su día, a la legitimación de origen divino, se ha convertido, después de la caída del muro de Berlín -esto es, de la liquidación histórica del comunismo- en "el único principio" de legitimación del poder. Ha fulminado, por fin a todos sus enemigos. Subsisten -según el mismo Sartori- sólo las acechanzas de la espada, de la fuerza, de la sinrazón, de la arbitrariedad. De allí que todos intenten vestirse con sus apariencias. La autocracia representativa sería una expresión de ese típico intento de falsificación o simulación de formas democráticas.

II.- AUTOCRACIA Y REPRESENTACIÓN POPULAR : INCOMPATIBLES.

Autocracia y representación popular son también incompatibles. La representación presupone una delegación, una elección, una designación o, cuando menos, una cooptación: en suma, una relación institucionalizada que riñe con cualquier fórmula de autodesignación o de poder personalizado. Por ello mismo, la autocracia intenta embozarse siempre detrás de algunas formas de poder representativo (caudillismo), o identificarse con imágenes históricas que han prestigiado el ejercicio autocrático del poder (vg. cesarismo o bonapartismo). Toda precaución frente a ese intento de falsificación, es poca. Por ello mismo, es preciso establecer sus rasgos típicos y característicos.

El cesarismo o caudillaje popular es -según Sánchez Agesta- uno de los cinco principios de legitimación o fundamentos del poder. Naturalmente, del poder personalizado o individualizado. Es, en cierto modo, el poder carismático de que hablara Max Weber. Sin embargo, no todo caudillismo, y por ende, no todo caudillo es, necesariamente, autocrático. Lo prueban los insospechables afanes democráticos de Domingo Elías, Manuel Pardo y Nicolás de Piérola, en el siglo pasado, o, en el presente, los de Fernando Belaúnde. Todos ellos se empeñaron en afirmar nuestro sistema democrático y lucharon, infructuosamente, por lograrlo.

El "cesarismo empírico", por oposición a las "dictaduras ideológicas", es, según G. Burdeau, una forma de autoritarismo, huérfana de otra inspiración o propósito que no sean los apetitos o aspiraciones de su animador o beneficiario. Es un típico autoritarismo que rechaza el valor de la libertad y menosprecia la dignidad de las personas y, naturalmente, repudia la ilustración y la inteligencia. Su más conspicua expresión podría ser el cesarismo que Laureano Vallenilla Lanz, con indudable abuso del idioma, apodó "democrático" para cohonestar las dictaduras primitivas so pretexto de su vocación y eficacia organizadora frente a la indisciplina de los pueblos latinoamericanos.

"Cesarismo burocratico" llamó VíctorAndrés Belaúnde al régimen peruano, es decir, al absolutismo presidencial. Era su rasgo definitorio: el uso del poder para eliminar la fiscalización del Congreso y para enfeudar al arbitrio presidencial, las fuerzas económicas y sociales, todo ello merced a un irracional trastrueque de funciones entre Ejecutivo y Legislativo, de exoneraciones y beneficios económicos y de burocratización de las clases medias. Esa caracterización distinguía el caudillismo mesiánico del siglo pasado, fundado exclusivamente, en el respado popular (vg. Castilla Vivanco, Elías, Pardo, Piérola) de los regímenes cesaristas que, después de la Guerra de Chile contra el Perú, nacieron y se sostuvieron por obra de un inocultable entendimiento con la plutocracia costeña, la burocracia militar y el caciquismo parlamentario. Ese "cesarismo burocrático" "es una típica degeneración del régimen representativo. Más aún. Es su negación.

García Calderón atribuye al historiador portugués J.P. Oliveira Martins ("Historia de la Civilización Ibérica", 1901) la autoría del concepto de "cesarismo democrático". Entendíase éste como la igualdad lograda en la sociedad estamental de la colonia, merced al sometimiento de todos bajo la autoridad de un monarca teocrático y absolutista. Así se satisfacía el orgulloso individualismo español y se garantizaba el orden bajo una autoridad paternalista capaz de poner freno a la arbitrariedad. Ese sentimiento de igualdad bajo un autócrata, favoreció, de un lado, el inmovilismo económico y social y afirmó, de otro, el poder de los caudillos que protagonizaron la emancipación. Esta, como es sabido, no fue obra colectiva ni de instituciones. Fue proeza de hombres providenciales, a diferencia de las revoluciones inglesa y norteamericana en las que instituciones tradicionales de carácter aristocrático (Lores espirituales y terrenales), o de origen democrático (ex. colonias inglesas), condujeron los respectivos procesos dándoles, desde su inicio, firmeza y estabi-

lidad. La inexistencia de instituciones de intermediación y de participación en el ejercicio del poder acentuaron, entre nosotros, el carácter personalista del proceso de emancipación y de la posterior organización de nuestra democracia. En todo caso, la igualdad bajo el caudillo, implicaba la renuncia a la libertad, el triunfo de la autoridad sobre la libertad y del absolutismo personal sobre la soberanía popular. El cesarismo así sirvió sólo para perpetuar el colonialismo bajo formas republicanas.

El historiador venezolano, Laureano Vallenilla Lanz ("El cesarismo democrático", 1920) creía que el caudillo, "dictador necesario", había sido "la única fuerza de conservación social" que salvó a las democracias de la anarquía, merced "a su carácter representativo" y a su capacidad para imponerse sobre los egoísmos rivales. La tesis pretendía cohonestar las dictaduras de Vicente Gómez y las que, por entonces, oprimían al continente (Estrada Cabrera, Leguía, etc). Tal cesarismo, democrático por plebeyo encarna, idealmente, en alguien que proviene "de abajo", del pueblo. No es, pues, César el aristócrata Bolívar. Lo es, a plenitud el llanero Páez. Sin embargo, el Libertador inspira el sistema político y define sus rasgos fundamentales. Su Constitución Vitalicia es el modelo para perpetuar en el poder al "gendarme necesario" o a la "dictadura organizadora" que José Santos Chocano preconizaba en un breve opúsculo titulado precisamente "Las dictaduras organizadoras" (1922).

El Cesarismo plebiscitario o bonapartismo, prototipo de la autocracia moderna, según Loewenstein, es "el dominio autoritario pero disfrazado de Estado constitucional democrático". La legitimación popular, inesquivable después de la revolución, hizo que Napoleón sometiera sus tres Constituciones (1800, 1802 y 1804) a sendos plebiscitos y que creara una ficción de representación popular a través de tres Cámaras distintas (Cuerpo Legislativo, Tribunado, Senado) que le permitían asegurar su hegemonía sobre el sistema. Ese régimen originó el "neopresidencialismo" de Napoleón III y el de las autocracias tradicionales de América Latina en los que "todos los órganos del poder están estrictamente sometidos al Jefe del Estado".

En el cesarismo napoleónico halló Bolívar las ideas esenciales de la Constitución Vitalicia (elección restringida, tricameralidad, Jefe de Estado y de gobierno vitalicios y con derecho a designar sucesor, centralización y concentración dentro de la unidad del Estado) y hasta el procedimiento de su sanción: a través de los Colegios Electorales. Y es que el plebiscito ha sido siempre el arma predilecta del poder personal o individualizado. Con él, según Burdeau, que cita a Alain, el sufragio "perece por aclamación" y es contrario a la democracia, porque es una renuncia anticipada a la soberanía y al derecho de control. No es casual pues que Leguía recurriera a él so pretexto de reformar la Constitución de 1860.

En conclusión, el examen precedente revela que cualesquiera que sean las formas o procedimientos que use el "cesarismo", no puede dejar de ser lo que en esencia es: una forma de poder personalizado incompatible con la representación democrática. Y es que el cesarismo es -como lo define con todo acierto la Real Academia de la Lengua- "un sistema de gobierno en el cual una sola persona asume y ejerce los poderes públicos".

III.- AUTOCRACIA REPRESENTATIVA: DESNATURALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA .

La autocracia pretendidamente representativa no es ni puede resultar, pues, sino de la desnaturalización o degeneración de la representación popular. Si aquello acontece es obvio que se produce una transformación cualitativa que despoja al régimen de todo carácter genuinamente representativo. Así parecen probarlo las diferentes formas de desnaturalización que sufren, por cierto, sólo las democracias débiles e insuficientes.

1.- Desnaturalización de la representación popular por falta de verdad y libertad electorales.

Eran sin duda autocracias con apariencia representativa, las nacidas de elecciones sin verdad ni libertad y en las que el arbitrio del Congreso suplantaba la voluntad popular. Así aconteció, casi regularmente, tanto cuando la elección correspondía a los Colegios electorales que, a su turno, debían elegirse por sufragio prácticamente universal (1823-1896) como cuando se restringió el voto a los alfabetos y se estableció el sufragio público, directo y en doble cédula (1896-1931). Ni la creación de la Junta Electoral Nacional ni la intervención de la Corte Suprema (1912-916) lograron extirpar el fraude o impedir que el Congreso siguiera siendo el gran elector hasta 1931 .

En ambas etapas, era cierto -como decía Manuel Vicente Villarán- que los votos adornaban al candidato pero no eran indispensables para su elección. Desde luego que algunos de aquellos procesos, coincidieron con grandes corrientes de opinión nacional (1872, 1895) o con genuinos liderazgos que el Congreso tampoco podía desconocer sin riesgo. En todo caso, detrás de aparentes procesos electorales,

se embozaban regímenes que habían nacido de "imposiciones". Eran naturalmente típicos "cesarismos burocráticos" en que el gobierno de turno aseguraba su sucesión, además de su propia mayoría, merced a la renovación parcial del Congreso. Tales regímenes difícilmente podrían considerarse genuinamente representativos aunque simularan órganos, instituciones y procedimientos aparentemente democráticos.

2.- Falsificación de la voluntad popular y sometimiento de las instituciones constitucionales al arbitrio presidencial.

Las viciosas costumbres políticas que legitimaron el fraude electoral, se degeneraron, aun más, en el presente siglo. Dos mecanismos sirvieron a ese fin: la adulteración desembozada de las elecciones y la posibilidad de interdicción legal de ciertos sectores políticos y, con ellos, la de los adversarios del gobierno de turno a través de draconianas e inconstitucionales leyes de excepción.

Leguía, que intentara, en su primera administración, las "ubicaciones" (distribución concertada de las representaciones parlamentarias entre todos los partidos) sustituyó, en 1919, la "designación" por la elección. Con ese objeto, restableció la Ley de Elecciones Políticas de 1861 que permitía imponer los resultados a través del control de las Comisiones de Credenciales del Congreso. Y fue a partir de Leguía que el Perú admitió, sin mayores escrúpulos, la interdicción legal no sólo de actividades y conductas, inobjetablemente lícitas, sino la más abierta y desembozada persecusión de partidos o ciudadanos por razón de sus ideas imponiéndoles, de hecho, una *capitis diminutio* que impedía su participación en la vida política del país. Ese régimen que sobrevivió a Leguía se agudizó, lamentablemente, a su caída.

La Constitución de 1933 despojaba de todo derecho político a los militantes de partidos de organización internacional (artículo 53). Las leyes de excepción[6], dictadas para darle cumplimiento, no sólo tipificaban como delitos actos políticos perfectamente lícitos (difusión o prédica de ideas, crítica a los gobernantes, organización de partidos, etc) sino que entregaban el juzgamiento de tales conductas y de otros actos ilícitos ya al Poder Ejecutivo, ya a las autoridades políticas y desde luego, a Cortes Marciales con procedimientos, efectivamente, sumarios. Ese régimen de excepción rigió, casi ininterrumpidamente, entre enero de 1932 y julio de 1945 (leyes 7479 y 8505) y entre 1948 y 1956 (Decreto Ley 11049 o Ley de Seguridad Interior). Aunque sin llegar a tales extremos, no fue distinta la situación de algunos partidos (vg. Acción Popular) durante la primera "fase" del régimen castrense entre 1968 y 1977.

Por cierto que los regímenes de excepción permitieron falsificar instituciones de apariencia constitucional y simular su funcionamiento. Leguía, Benavides y Odría[7] designaron, sin embozo alguno, a los integrantes del Congreso para los períodos de 1919-30. 1939-45 y 1950-56. De allí su docilidad frente al Ejecutivo y, naturalmente, la desaparición de toda fiscalización y control. Es obvio que tales regímenes no eran ni podrían ser representativos, sino de la voluntad omnímoda del autócrata de turno.

3.- Degeneración de las instituciones democráticas por desnaturalización de las instituciones de control del poder.

Hay quienes pretenden que son autocracias representativas también las democracias en que se atenúa o desaparece la fiscalización porque un mismo partido asume el control del Ejecutivo y el Congreso o porque se produce una abierta discrepancia entre el gobierno y las grandes corrientes de opinión popular como consecuencia de cambios de posición, ya de uno, o de otro, o de ambos a la vez. Las dos tesis - generalmente esgrimidas por los partidarios encubiertos de las autocracias- pierden de vista los papeles que corresponden a la mayoría y la minoría y al gobernante frente a los gobernados.

Las democracias que, como ha dicho Revel, mueren de debilidad, requieren también de estabilidad. A diferencia de las autocracias, sólo pueden hallarla en el respaldo mayoritario del Congreso. Esa nece-

[6] No debe olvidarse que, en 1919, fueron sometidos a interdicción todos los partidos y organizaciones hostiles a Leguía y que, a partir de enero de 1932 rigieron hasta 1945 leyes de excepción que suspendieron la vigencia de la Constitución de 1933 y los sometieron a absoluta interdicción (Ley de Emergencia Nacional 7479, Ley de de Defensa Social y Seguridad Interior de la República 8505, perfeccionada por las leyes 8528 , 8842 y 8843). Quebrado el orden constitucional en 1948, se dictó la Ley de Seguridad Interior de la República que rigió entre 1949 y 1956. Finalmente, al amparo del Estatuto de la Fuerza Armada, el regimen castrense persiguió al Partido Accion Popular entre 1968 y 1977.

[7] El sistema mayoritario en circunscripciones provinciales (Diputados) y departamentales (Senadores) permitió que Leguía nombrara a todos los representantes del Congreso y que Benavides hiciera lo propio con los de las Provincias de mayor importancia política. Por haberse establecido el sistema de Grey (lista incompleta en circunscripciones departamentales), Odría designó como representantes elegidos por mayoría a sus partidarios y escogió, entre sus opositores, a los representantes de la minoría.

sidad no riñe con la fiscalización, que es la función y el privilegio de las minorías de oposición. Su eficacia dependerá de la existencia e idoneidad de instituciones y mecanismos que la Constituición debe arbitrar. Tal es la tradición occidental que se ha institucionalizado en las democracias más longevas del mundo merced a la disciplina de voto impuesta, por lo general, en los partidos políticos, situación que algunos consideran una inevitable limitación que la realidad impone a la democracia. Y así, del mismo modo que no cabe que las mayorías se sumen a la oposición, no es admisible que ésta intente gobernar. Cuando tal acontece, el régimen sencillamente quiebra. Así lo han demostrado, con evidencia incontestable, las desafortunadas experiencias de 1945-48 y 1963-68. Por todo ello es, sin duda, exagerado, considerar como autocracias regímenes en los que existe, con todas las imperfecciones imaginables, la posibilidad de oposición y libertad para ejecitarla.

Las democracias deben gobernar, en lo posible, en consonancia con las grandes corrientes de opinión popular. Esa permeabilidad, sin embargo, no debe convertirlas en simples cajas de resonancia o en juguete de las cambiantes tendencias del sentir popular, lo que sería populismo fácil. Es obvio que sus divergencias con ese sentir pueden crear problemas de gobernabilidad e incluso de legitimidad. Sin embargo, ese hecho no llega a configurar, necesariamente, una autocracia. Depende, desde luego, de la coyuntura específica e incluso hasta del sistema electoral y de partidos vigente. El sistema mayoritario, a diferencia del proporcional, favorece la fidelidad del representante con su electorado, en tanto que ese vínculo es más estrecho con el partido en el sistema proprocional. En todo caso, esa discordancia no crea una autocracia[8]. Una autocracia presupone o un inocultable origen antidemocrático o una adulteración total de los mecanismos de equilibrio y control de modo tal que se produzca una inevitable concentración y centralización del poder que elimine las posibilidades de cualquier fiscalización.

4.- Desnaturalización de las instituciones y de los mecanismos de control y equilibrio en el diseño constitucional.

La Constitución, que es una norma de reparto, prefigura la forma de ejercicio del poder y, naturalmente, impide su control si consagra mecanismos perversos que, lejos de impedir, facilitan su concentración y centralización. La Constitución de 1993 -dictada en verdad para permitir la reelección de Fujimori - ha consagrado, en realidad, un cesarismo autocrático. Un régimen en el que el Presidente, convertido en árbitro del sistema político, puede ejercer hegemonía inconstestable sobre todas sus instituciones como consecuencia de :

1) El debilitamiento de la autonomía funcional del Congreso y su subordinación al Poder Ejecutivo. Todo ello por obra de la limitación de sus atribuciones legislativas, la ficción del voto de investidura del Consejo de Ministros y, sobre todo, por la "penalización" de su más característica función de control político mediante la disolución.
2) La concentración y centralización del poder del Estado por el debilitamiento general de las instituciones constitucionales autónomas y, de manera especialísima, de los órganos de descentralización regional y local.
3) El robustecimiento del poder personal del Presidente mediante la doble vuelta electoral, la reelección inmediata, la inviolabilidad jurídica y política y su conversión en árbitro del sistema lo que le permite despedir libremente al Gabinete y crear las condiciones para someter al Congreso mediante la ficción del voto de investidura, la amenaza de su disolución y la ficción del arbitraje popular.

(i) El debilitamiento del Congreso.

El Congreso ha sufrido grave menoscabo. En el plano legislativo lo prueban: el reconocimiento de la legislación de urgencia como una suerte de legislación delegada[9], la extensión, verdaderamente sorprendente, de la iniciativa en la formación de las leyes, su forzado sometimiento al Ministerio de Economía y Finanzas para otorgar beneficios o exoneraciones tributarias, la pérdida del monopolio del derecho de gracia y de la competencia para aprobar Tratados y Convenios Internacionales y su exclusión en el otorgamiento de grados y ascensos militares así como en la ratificación de Embajadores o Ministros Plenipotenciarios.

No es menor su debilitamiento en el plano político. Además de haber perdido la facultad de autoconvocarse o de provocar su convocatoria en legis-

[8] La legislación de urgencia es, en el Derecho Constitucional comparado, legislación provisional. Si no es ratificada, expresamente, caduca. Entre nosotros, subsiste igual que la legislación delegada.

[9] El JNE ha adoptado, en los últimos tiempos, una línea de independencia, en verdad, plausible.

latura extraordinaria, el Congreso ha quedado sometido al arbitrio del Ejecutivo por virtud de dos ficciones: la pretendida investidura del Consejo de Ministros por el Congreso, y los votos de censura y los votos negativos de confianza. No cabe "investir" a quienes ya juraron y ejercen funciones ministeriales y pueden ser libremente removidos por el Presidente. Tampoco cabe aprobar, en rigor, una política que el Presidente puede modificar con absoluta prescindencia del Congreso. Este, de otra parte, carece de autonomía para rehusar confianza o censurar, sencillamente, porque son actos políticamente punibles, ya que legitiman al Ejecutivo para disolver al Congreso. De ese modo, se han convertido en el arma más eficaz para someterlo al arbitrio presidencial. Tal el efecto de la amenaza de disolución, desatinada innovación introducida, lamentablemente, en la Carta de 1979.

(ii) El debilitamiento de la autonomía de las instituciones constitucionales y de los órganos de gobierno descentralizado.

Todas las instituciones constitucionales autónomas han sufrido grave merma en su independencia por diversas razones. Dos botones de muestra: el llamado Sistema Electoral[10] (dividido en tres instituciones, dos de las cuales están subordinadas, inexplicablemente, al Consejo Nacional de la Magistratura) y el Tribunal Constitucional (designado íntegramente por el Congreso). Ambos casos son patéticos. En realidad, el debilitamiento de esas y otras instituciones constitucionales, favorece la hegemonía del Ejecutivo y hace ilusorio el control de sus actos. A todo ello se ha sumado, desde luego, la deserción de responsabilidades de los personeros de algunos otros entes. El caso más lamentable es, por cierto, el del Ministerio Público .

No menos significativo es el caso de los Gobiernos Regionales y Locales que el llamado CCD pretendió sustituir por Intendencias análogas a las consagradas en la Constitución chilena de Pinochet. La presión de la opinión popular logró la subsistencia de Regiones y Municipalidades, desde luego con atribuciones muy limitadas y enfrentadas a un Gobierno que ha asumido la administración regional so pretexto de la transición y que intenta avasallar a las Municipalidades recortando, día por día, las competencias, funciones y actividades que le son inherentes. La razón de su hostilidad es obvia. Su existencia y funcionamiento riñe con la lógica del cesarismo, que es incompatible con la descentralización del poder.

(iii) El cesarismo autocrático o el régimen de absolutismo presidencial.

El absolutismo presidencial se ha robustecido, casi insensiblemente, desde la Constitución de 1920. La Carta de 1979 que racionalizó, con acierto, el poder del Congreso, acentuó los rasgos del regimen personal mediante el *"ballotage"* y la disolución del Congreso. La Carta de 1993 lo ha llevado a la más absoluta irracionalidad con la reelección presidencial; la conversión del Presidente en árbitro del sistema político; la consagración definitiva de su inviolabilidad jurídica y política; y la ficción del arbitraje popular, como señuelo para legitimar la disolución del Congreso.

El *"ballotage"*, típico del semi-presidencialismo legitima políticamente al Presidente de Francia como árbitro de un sistema político en el que el Jefe de Gobierno nace y se sostiene por voluntad de la Asamblea Nacional. La elección popular del Presidente por mayoría superior al tercio, basta para legitimarlo allí donde hay- como decía Villarán- "un Presidente fuerte y un Gabinete débil", porque el Presidente es Jefe del Estado y del Gobierno y porque el Congreso que puede derribar Ministros no puede sostenerlos ni imponerlos. La segunda vuelta electoral, de este modo, plebiscita a quien no obtiene la mayoría electoral y crea una engañosa sensación de respaldo político que, por lo demás, es efímero, porque no se refleja siquiera en la composición del Congreso. Es así una pieza decorativa que resulta perniciosa porque acentúa los rasgos del régimen personal.

La disolución de la Asamblea, fórmula destinada a resolver situaciones límite de discrepancia entre el Gobierno y la Asamblea es, en el Perú, la "sanción" que la Constitución impone al Congreso que censura o rehusa confianza a dos Consejos de Ministros. No es, pues, un medio para lograr el arbitraje popular. Es el mecanismo que permite al Presidente, Jefe de Gobierno, inamovible en su cargo, despedir a un Congreso incómodo o indócil. Más aún, es el pretexto que legitima la instauración de una dictadura constitucional que puede prolongarse hasta por cuatro meses, lapso durante el cual el Presidente puede no sólo "legislar" mediante decretos de urgencia, sino administrar, sin fiscalización alguna, desde que la Comisión Permanente (órgano fantasmal que sobrevive a la disolución del Congreso) sólo tiene competencia para registrar los actos presidenciales. Más grave aún, si, no obstante la convocatoria, no se llevaran a cabo las elecciones, la

[10] Anteproyecto de Constitución de 1993 . Ob cit., pág 139.

sanción es levísima. El Congreso disuelto reasume sus funciones y el Consejo de Ministros es destituido -obviamente si se halla en funciones- y sus miembros inhabilitados. De ese modo, la disolución y el arbitraje popular son meras ficciones que, a la corta o a la larga, sirven tan sólo para robustecer el absolutismo presidencial.

Nadie duda que la reelección presidencial inmediata fue la razón determinante del movimiento sedicioso de 1992 y de la reforma constitucional de 1993. Los efectos corruptores que esa institución posee, de manera especial en los estados unitarios, quedaron al desnudo en el proceso electoral de 1995. Además de la intromisión escandalosa e impune de las Fuerzas Armadas y Policiales y de la utilización de todos los medios del Estado en favor de Fujimori, el JNE careció de la solvencia e imparcialidad suficientes para garantizar la transparencia del proceso. Es difícil, si no imposible, competir con un Presidente-candidato. La reelección inmediata es, sin duda, inconveniente. La Comisión Villarán, en 1931, esgrimió argumentos incontestables, aun ahora, contra esta perniciosa institución que, desde luego, al alentar el continuismo personal, es un factor generador de autocracia tanto como de corrupción pública y privada.

La Constitución de 1993 ha convertido al Presidente en árbitro del sistema político. No sólo puede imponer su voluntad al Congreso y arrancarle votos de confianza para el Gabinete, sino que puede provocar, *ad libitum*, su disolución del mismo modo que puede despedir libremente al Consejo de Ministros. La censura -decía la misma Comisión Villarán- "le quita Ministros, pero no lo priva del derecho de reemplazarlos como quiera".

Con pretexto del voto de investidura, el Presidente, en realidad, impone su política al Congreso. Rehusarle confianza implica el riesgo de disolución. Pero ese mismo riesgo desalienta cualquier intento de censurar al Consejo de Ministros. De este modo, somete a férreo control al Congreso e impide que éste ejercite con autonomía la fiscalización que le corresponde. De esta manera, el Presidente que determina o influye decisivamente en la conducta del Congreso y maneja a su arbitrio el Consejo de Ministros, es, sin duda, el árbitro del sistema político sin controles, balances o equilibrios.

El Presidente, por fin, es inviolable políticamente. Los Ministros responden por los actos presidenciales que refrendan o acuerdan en Consejo. Por esa misma razón, es también inviolable jurídicamente, ya que no responde por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y por las infracciones de la Constitución en que incurra. El Presidente, en la práctica, sólo puede ser acusado, durante y después de su mandato, por los delitos exceptuados (traición a la patria; impedir elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, disolver el Congreso e impedir la reunión o funcionamiento del JNE o de los otros órganos del llamado Sistema Electoral). Inimputable por delitos de función, goza además del privilegio de la dilación procesal para el juzgamiento de los delitos comunes en que incurra, salvo que se declare la vacancia de la Presidencia por incapacidad moral, incapacidad que, según la Carta de 1993, debe ser "absoluta". La inimputablidad del Presidente, es decir su inviolabilidad, alienta la arbitrariedad y riñe con los más elementales principios éticos, fomentando así la autocracia.

CONCLUSIÓN

Todas las instituciones descritas configuran, sin duda, un regimen de personalización del poder. Frente a éllas no bastan los controles y balances diseñados tanto para el presidencialismo como para el parlamentarismo. El problema reside en que la Constitución -cuya función primordial es distribuir y controlar el poder - se ha convertido en nuestro caso en un medio para legitimar su concentración. Y así, marchando a contrapelo del constitucionalismo, lejos de racionalizar, hace aún más arbitrario su ejercicio. Tal regimen, reñido con la libertad, difícilmente podría ser representativo, aún cuando sus órganos y agentes hubieran sido designados por el pueblo. La degeneración de sus rasgos no puede disimular lo que en esencia, es o puede llegar a ser: una genuina autocracia casi sin apariencias democráticas. Frente a ella, la democracia, con todos sus defectos y debilidades, tiene una ventaja indudable. A pesar de sus deficiencias, deja abierto el camino para que la libertad impere sobre un poder sujeto a la razón. La autocracia es, en cambio, el imperio simple y neto del poder, al margen de la razón y a pesar de la libertad. Por eso mismo, nunca puede ser representativa.

LOS DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*

Juan Terradillos Basoco
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cádiz, España

En un contexto en el que los hombres hemos adquirido la conciencia de que nuestras actividades deben llevarse a cabo de manera armónica con el medio ambiente, resulta necesario concebir una nueva rama del Derecho que concentre esfuerzos destinados a proteger nuestros recursos naturales. No obstante, la tarea no resulta ser de las más simples... Ciertamente, como el autor del presente artículo lo pone de manifiesto, la solución a los problemas que apareja la protección del medio ambiente supone la necesidad de abordar detenidamente temas como la criminalización de los actos de contaminación, la delimitación del bien jurídico a tutelarse, la definición del tipo legal, sin dejar de lado el tratamiento de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador.

Como se puede advertir, la construcción del Derecho Ambiental peruano precisa tener presente las consideraciones expuestas en el presente trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez derogado el Código Penal de 1973,y con él, su artículo 347 bis, nos enfrentamos a un nuevo texto punitivo: el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, que ha sido recibido con coincidentes parabienes tanto por parte de los medios de comunicación como por la clase política. Aun cuando un alto número de parlamentarios optaron, en el momento de su aprobación, por abstenerse, lo cierto es que los argumentos que avalaban tal opción se remitieron siempre a valoraciones discrepantes con las de la mayoría en torno a sustraer o no determinadas clases de delincuentes del régimen general de individualización penitenciaria. Lo que es tanto como decir que no había discrepancias fundamentales en torno a los criterios de selección de las conductas incriminadas y a la forma en que se ha realizado tal criminalización y su consiguiente penalización.

En ese contexto de generalizada aceptación, tanto que el Pleno del Congreso de los Diputados que aprobó el nuevo Código se convirtió -con la salvedad señalada en torno a la ejecución de penas- en una perseverante, reiterada y monótona sucesión de alabanzas, cualquier incursión crítica parece nadar contra corriente. En primer lugar, porque la unanimidad de todo el arco parlamentario, en el que están representadas opciones políticas tan diversas, invita a pensar que se ha dado con la respuesta idónea, o, cuando menos, con la más satisfactoria. En segundo lugar, porque no contamos con experiencias aplicativas que hayan mostrado las posibles fallas del legislador. Y, finalmente, porque la anterior regulación del delito ecológico (Código

* Protección Penal del Medio Ambiente en el Nuevo Código Penal Español: Luces y Sombras. Publicado en Estudios Penales y Criminológicos N° XIX - 1996 (España).

Penal de 1973, artículo 374 bis) se hizo acreedora de tal cantidad de críticas que, forzosamente, cualquier cambio habría de suponer un progreso.

Sin embargo, es posible que un examen más detenido revele ciertos aspectos en los que conviven luces y sombras.

II. LOS ARGUMENTOS DE LA CRIMINALIZACIÓN

Frente a la escasa ambición criminalizadora del Código Penal de 1973, que limita las conductas punibles a emisiones y vertidos, el de 1995 dedica todo un Título, el XVI, a los delitos **"relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio artístico y del medio ambiente"**. La mera lectura conjunta de los artículos 325 (nuevo) y 347 bis (derogado), evidencia una decidida voluntad de intervención en tutela de los bienes jurídicos ambientales.

Con ello, el Código no hace sino sumarse al generalizado consenso sobre la necesidad de que la tutela del medio ambiente no puede quedar confinada al buen sentido de cada uno de los ciudadanos, sino que constituye hoy un inaplazable desafío para el Derecho Penal[1].

Los medios de protección ecológica se integran así en una cadena cuyo primer eslabón lo constituye la acción conservacionista de los ciudadanos responsables. El último se identifica con la intervención punitiva del Estado. Entre los intermedios, juega un papel de primer orden la actuación de la Administración Pública.

En efecto, ninguno de los sistemas jurídico-positivos que conocemos renuncia a la utilización de los medios de planificación, gestión, control y sanción que brinda el Derecho Administrativo. Por ello, cuando además -tal como es regla general en Derecho Comparado- se criminalizan conductas gravemente atentatorias a los bienes jurídicos medioambientales, se suscitan inevitablemente una serie de relaciones entre ambos órdenes normativos que no siempre son armónicas.

Y no son armónicas, o al menos no lo son establemente, porque reflejan la permanente tensión entre dos principios definidores del modelo de Estado democrático de Derecho: por un lado, tiene vocación objetiva de ampliar las zonas de libertad y no las de punición, y, por otro, no puede inhibirse ante la importancia y frecuencia de los ataques a bienes jurídicos tan relevantes como son los de naturaleza ecológica. Se trata, dicho de otro modo, de conseguir el máximo de eficacia protectora, pero respetando hasta las últimas consecuencias el principio de intervención mínima.

De acuerdo con ello, parece obvio que sólo puede acudirse al Derecho Penal cuando el Derecho Administrativo sancionador haya demostrado su impotencia. Por lo mismo, sólo puede acudirse a éste cuando se hayan agotado los mecanismos de planificación, incentivación y control con que cuenta la Administración.

En cumplimiento de sus funciones de planificación e incentivación, la Administración actúa inicialmente dirigiendo los mecanismos propios del sistema de mercadeo hacia objetivos proteccionistas. Se trata de aprovechar la importancia estratégica que para la solución de los problemas sociales tienen los actores individuales y colectivos de la sociedad civil, una vez aceptado el hecho de que los objetivos de justicia no pueden alcanzarse sólo a través de la ley, sino, y ante todo, por medio de la acción de ciudadanos concientes guiados por principios[2].

En consecuencia, la protección del medio ambiente a través de la incidencia en el mercado - en la medida en que comercio y el entorno se relacionan de manera interdependiente y recíproca[3] - sólo será viable si el consumidor está interesado en bienes y servicios compatibles con los requerimientos de la ecología. A esta idea responden recientes iniciativas como la denominada "Ecoetiqueta comunitaria".

Sus antecedentes más inmediatos hay que encontrarlos en las normas inglesas BS, generadas desde 1901 por la *British Standards Institution*, las DIN alemanas, o las asociaciones AFNOR francesa y AENOR española, orientadas todas ellas a la normalización de los productos y procedimientos a fin de facilitar los intercambios[4]. La "Ecoetiqueta comunitaria" añade a estos objetivos el de proteger el medio ambiente y la salud de los usuarios de deter-

[1] ESER, A., *"Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht"*, en YO-HSIU HSO (edit.) *International Conference on Environmental Criminal Law*, Taiwan 1992, pp. 1-2.

[2] OFFE, C.-PREUSS, U. "Instituciones democráticas y recursos naturales", en ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política. 1990 (2), p. 67.

[3] GÓMEZ NAVARRO, J. "Comercio y Medio Ambiente", en Información Comercial Española, 1995 (2438), p. 3398.

[4] MARTÍN MATEO, R., Nuevos instrumentos para la tulela ambiental, Madrid 1994, pp. 39 a 43.

minados productos. La normativa comunitaria que la regula, fundamentalmente el Reglamento CEE número 880 del Consejo del 23 de mayo de 1992, se inspira en los siguientes criterios: difusión de una correcta información ambiental, establecimiento de criterios uniformes, utilización de los mecanismos de mercado, presentación de alternativas menos perjudiciales y voluntariedad[5].

En la misma línea, de corte iusprivatista, se mantiene que los mecanismo resarcitorios que puede poner en marcha la Administración, puesto que de bienes colectivos se trata, son idóneos para alcanzar una eficacia preventiva superior a la que pudiera lograr la pena; al menos en la opinión de ciertas aportaciones del análisis económico del Derecho, que han permitido estudiar las posibilidades de la contaminación, y que han llevado a sostener que las reglas del Derecho Civil distribuyan los costos de acuerdo con los equilibrios del mercado para así lograr el nivel máximo de eficiencia[6].

En esta dirección se mueve la Resolución del Consejo de Las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, del 1 de febrero de 1993, sobre un "Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible". Dicha Resolución parte de la idea, que encuentra sus orígenes en el comienzo de la década de los setenta, de que la lucha por la protección ambiental podría superar el paradigma "de reglamentación directa" -basado en imperativos y prohibiciones legales- sustituyéndolo por el modelo **"de instrumentos económicos"**.

Los inconvenientes del modelo reglamentarista están comprobados: lentitud del sistema administrativo de controles y sanciones, carácter estático y no incentivador, costes y efectos económicos desconocidos, etc.; mientras que la utilización de instrumentos económicos presenta las ventajas de garantizar un menor costo global, de ser una fuente de ingresos y de promover una incentivación permanente a la reducción de la contaminación[7].

Al menos ésos son los efectos positivos que se han obtenido en los países de la OCDE utilizando conocidos resortes económicos: permisos de instalación gratuitos o remunerados, tasas sobre las emisiones, tasas sobre los productos contaminantes, sistemas de fianza contra devolución de productos contaminantes y, finalmente, ayuda financiera[8].

Se trata, en definitiva, de agotar las facetas del principio **"el que contamina, paga"**, de modo que, al menos, el grueso de la carga económica de la tutela del medio ambiente no recaiga, a través de las correspondientes partidas de los presupuestos del Estado[9], sobre todos los contribuyentes.

Sin embargo, las cotas de eficiencia que cabe esperar de este primer nivel de actuación administrativa, que en realidad sería puramente ancilar con respecto al mercado, son bien escasas. Ante todo, porque una reduccionista lectura del principio -**"el que contamina, paga"**[10] está avocada a la ineficiencia en un ámbito caracterizado por la magnitud de los beneficios que reporta la infracción- lo que permite al infractor convertirse en pagador sin grave costo- y por la irresponsabilidad de buena parte de los perjuicios causados[11]. No se puede caer en la ingenuidad de pensar que el futuro de las riquezas naturales depende, exclusivamente, de los resortes que, en el mundo del comercio, maneja el consumidor. La "mano invisible" que en la optimista opinión de Adam Smith iba a garantizar que el beneficio individual sirviera al bien general, no ha logrado los resultados previstos. La intervención administrativa dirigiendo limitadamente esos resortes no puede, por lo mismo, ser la solución definitiva.

La experiencia viene demostrando, por el contrario, que un sistema basado tanto en el control como en la incentivación a través de la internalización de

[5] MARTÍN MATEO, Nuevos instrumentos para la tutela ambiental. ob. cit., p. 55.

[6] Por ejemplo, la que realiza MITCHELL POLINSKY, A., Introducción al análisis económico del Derecho, Barcelona 1985, pp. 106 a 111.

[7] BARDE, J.P. *"Les instruments économiques pour la protection de l'environnement: l'experience des pays de l'O.C.D.E.*, en *Droit et pratique du commerce international*, 1994(1), pp. 41 y 44.

[8] BARDE, J.P., *"Les instruments économiques pour la protection de l'environnement: l'experience des pays de l'O.C.D.E."*, ob. cit., pp. 52 a 56; SERRANO ANTÓN, J., "Medidas jurídicas de protección del medio ambiente", en Cuadernos Jurídicos, 1995, (27), pp. 63 y 66.

[9] Véase MELLADO ROMERO, J., El consumidor y la protección del medio ambiente: Perspectiva internacional. Córdova, 1989, pp. 13 a 15.

[10] Sobre la posibilidad de que este principio (*"Polluter Pays Principle"*), sin necesidad, siquiera de cambiar las siglas (PPP), ver ESTABAN, A., "Monetarización del medio ambiente y ecologismo de mercado", en REICHMANN, J. y otros, De la economía a la ecología, Madrid, 1995 pp. 73 a 75.

[11] ALPA, G., *"La natura giuridica del danno ambientale"*, en M. MISCALI (edit.) *Diritto penale dell" impresa*, Padova, 1988, p. 143.

costes ha de acompañarse de sanciones dirigidas a quienes ilícitamente burlan aquél o eluden ésta. Por otra parte, chocaría con postulados elementales del Estado democrático mantener el sistema de penas para las formas tradicionales de delincuencia y recurrir aquí sólo a mecanismos de índole resarcitoria[12] o a sanciones administrativas. En favor de éstas, y en detrimento de las penales, se ha argumentado en ocasiones, que vienen avaladas por la mayor eficacia que les presta un régimen jurídico menos puntilloso que el propio Derecho Penal. Sin embargo, este alegato no cuenta con base legal, por cuanto la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas impone *mutatis mutandis* la vigencia en el Derecho Administrativo sancionador de los mismos principios que en el orden penal[13], y no debe tampoco conducir a reivindicar una subvaloración de la función preventiva de las penas; antes bien, se trata de razones que avalan una reforma legislativa que permita la ágil y ponderada aplicación de las sanciones penales. La deseada prevención no puede lograrse incrementando el rigor sancionador de la Administración a costa del correspondiente recorte de las posibilidades de actuación del Derecho Penal, Procesal y sustantivo.

Cierto que la intervención penal no puede considerarse como panacea y que se constata, no sólo entre los especialistas, cierto escepticismo sobre la idoneidad del camino emprendido[14]. Los datos no invitan, desde luego, al optimismo: los ataques al medio ambiente se reiteran, la amenaza penal parece inocua, y las condenas no sólo son escasas, sino que, en buena medida, golpean al pequeño infractor dejando incólume al gran delincuente[15]. Pero junto a ello ha de tenerse también en cuenta que la defensa del medio ambiente es esencial al modelo de Estado social, como lo es el hecho de que en esta área, al contrario de lo que sucede en otras sobrecargadas sanciones, hasta tiempos bien recientes, la nota distintiva ha sido el absentismo. De lo que se trata, por tanto, es de que la intervención punitiva no quede reducida, una vez más, a inútil huida al Derecho Penal. Es necesario insistir en la necesidad de contar con una técnica legiferante adecuada, que permita dotar a la protección penal de verdadera relevancia y operatividad, características que, hoy por hoy -al menos en Derecho español- brillan por su ausencia.

Un conocido dato puede ilustrar lo dicho: la primera sentencia condenatoria por delito ecológico fue dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona el 20 de febrero de 1988. La pena fue de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas. Hubo que esperar al quinto aniversario del nacimiento de un precepto, el artículo 347 bis, para que fuese aplicado, y ello cuando no parece que nadie tenga dudas sobre los ataques que recibe el medio ambiente, e incluso sobre las deficiencias de nuestro sistema de protección del mismo. Según el informe elaborado en 1991 por el *Institute for European Environmental Policy*, la regulación se encuentra lastrada por deficiencias administrativas, especialmente a nivel local y autonómico, que provocan desconocimiento tanto de la situación real y como del uso de los medios disponibles[16].

Parece, pues, fuera de duda, que el Estado democrático, a pesar de su orientación a reducir el ámbito de intervención penal, no puede hacerlo traicionando una exigencia propia del Estado social, que es la de asegurar la conservación y desarrollo de las riquezas naturales, patrimonio no sólo de un Estado, sino del planeta como unidad.

III. BIEN JURÍDICO Y SISTEMA

La primera tarea con que ha de enfrentarse el legislador es la delimitación del bien jurídico.

No lo hace correctamente el artículo 347 bis del Código Penal de 1973, que, heredero de la concepción **"moderadamente antropocéntrica"** del medio ambiente -según calificación del Tribunal Constitucional-, criminaliza comportamientos de puesta en peligro tanto de las **"condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles"** como de "la salud de las personas". De este modo, el bien jurídico medio ambiente carece de autonomía, tal como ha sido puesto en relieve por la doctrina, criticándolo o aceptándolo.

[12] HORMAZÁBAL MALAREE, H., "Delito ecológico y función simbólica del Derecho Penal", en TERRADILLOS BASOCO J.M., (coord.), El delito ecológico, Madrid, 1992, p. 64.

[13] Principios de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad y de irretroactividad, excepcionada por la ultra-actividad de la ley sancionadora más favorable. Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., Derecho Penal de la Empresa, Madrid, 1995, pp. 64 A 68.

[14] "El Derecho Penal del medio ambiente...ni es aplicable correctamente ni tiene credibilidad alguna", en opinión de LITTMANN, M.J., *"Droit Pénal"*, en KISS, A, (dir), *L'Ecologie et la Loi. Le statut juridique de l'environnement*, París, 1989, p. 1989, p. 126.

[15] HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente" (traducción de la Cuesta Aguado), en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993 (1), pp. 290-291.

[16] BENNET G., (edit.), *Air Pollution Control in the European Community*, London, 1991, passim.

El Código Penal de 1995 dota de mayor relevancia al medio ambiente, ya que su artículo 325, heredero del hoy vigente artículo 347 bis, contempla un objeto jurídico de protección básico: **"el equilibrio de los sistemas naturales"**. La afectación a la salud de las personas sólo juega como agravante.

Así pues, parece que se ha optado por desligar a los bienes jurídicos ambientales de otros de distinta naturaleza, otorgándoles protección penal autónoma. Lo que, sin duda, es plausible. No lo es tanto el hecho de que el artículo 339 no emplee la misma fórmula, y se refiera al **"equilibrio ecológico"**, y el 350 al **"medio ambiente"**, que quizá quieren decir lo mismo que el artículo 325; pero, entonces, no se entiende por qué el mismo legislador para designar la misma realidad ha empleado fórmulas distintas. Y puede temerse que lo alambicado de dichas fórmulas y sus diferencias dificulte la aplicabilidad de los preceptos.

La cuestión, reducida a mera discrepancia terminológica, no debería tener mayor importancia. Pero sí puede ser relevante, por volver a la yuxtaposición o confusión del Código Penal de 1973, el hecho de que el artículo 328 castigue el establecimiento de verteros o depósitos que **"puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas"**, o que el artículo 350 criminalice conductas que **"pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente"**. De nuevo salud y vida de las personas aparecen junto a bienes jurídicos colectivos ambientales, cuando lo coherente hubiera sido llevar su protección al capítulo III, (De los delitos contra la salud pública) del Título XVII, porque de otro modo se incide en una criticable confusión.

Por otra parte, el legislador de 1995 ha agrupado todos los comportamientos "antiecológicos" en el Título XVI.

La opción de agrupar en un sólo Título delitos estructuralmente homogéneos y afectantes al mismo bien jurídico debe estimarse acertada y, desde luego, superior a la dispersión anterior, en cuya virtud la protección que al medio ambiente dispensaba el artículo 347 bis había de complementarse acudiendo a una compleja red, poco manejable por sus dimensiones[17], de leyes sectoriales con preceptos penales especiales, en materia de energía nuclear, de caza, de pesca fluvial y de pesca con explosivos.

Como es sabido, las alternativas que ofrece el Derecho Comparado responden a todas las posibilidades y se han estructurado en torno a dos modelos teóricos, representados respectivamente por los ordenamientos de los Estados Unidos de América y de Alemania.

Es propia del primero la acumulación, no siempre armónica, de leyes sectoriales que incorporan sanciones penales. Esta alternativa formal suele corresponder a otra, previa, de fondo: la definición de los comportamientos prohibidos se encomienda a preceptos de naturaleza administrativa, limitándose el precepto penal a fijar las penas. Así, la legislación de U.S.A. -*Federal Water Pollution Control Act de 1977, Resourse and Recovery Act* de 1976-, viene utilizando el elemento subjetivo como criterio de selección de las conductas ilícitas que han de entenderse delictivas.[18]

Por el contrario, el modelo alemán se caracteriza, en lo formal, por llevar la definición de los delitos ecológicos al Código -en coherencia con la idea rectora de integrar toda la criminalidad importante en el Código Penal común[19]- y, en lo material, porque esa definición responde, tendencialmente al menos, a criterios y principios penales independientes, aunque haya naturalmente excepciones, del Derecho Administrativo.

Nuestro sistema se decide, pues, por la unificación de la normativa penal en el Código, solución que, aun planteando ciertos problemas, parece la más idónea por una serie de razones conocidas por la doctrina[20], entre las que destaca aquella según la cual el tratamiento penal unitario es la opción técnica que mejor responde a una consideración global y programática de la tutela ambiental. La armónica composición del desarrollo productivo, del *habitat* urbano, de los niveles de contaminación, de la salvaguarda de flora y fauna, del patrimonio paisajístico, etc., no es factible mediante una contemplación parcelada. Al carácter unitario del valor "medio ambiente" debe corresponder, en conse-

[17] TERRADILLOS BASOCO, J.M., "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", en TERRADILLOS BASOCO J.M. (coord.) El delito ecológico, Madrid, 1992, pp. 81 a 83.

[18] MUELLER, G.O.W., *"An Essay on Ecological Criminality"*, cit., pp.45 a 47; CONDE-PUMPIDO TURÓN, C., "Introducción al delito ecológico", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), El delito ecológico, Madrid, 1992, pp. 2627.

[19] ESER, A., *"Unweltschut Eine Herausforderung fiir das Strafrencht"*, ob. cit., p.7.

[20] Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., Derecho Penal de la Empresa, ob. cit., p.202.

cuencia un sistema protector-sancionador también unitario.

Aceptando esta perspectiva unificadora, la doctrina ha valorado positivamente la introducción en este Título de la defensa del territorio. Lo que ya no parece tan correcto es haber incorporado un capítulo II -que no estaba en el Proyecto de 1994- relativo a los **"delitos sobre el patrimonio histórico"**.

Este nuevo capítulo, introducido en el Senado, responde a una rúbrica poco indicativa, ya que los artículos que cobija dispensan su tutela no sólo a bienes de carácter histórico. Al referirse a registros, bibliotecas, gabinetes científicos, edificios, etc., se integra un conglomerado de bienes excesivamente heterogéneo: si junto al patrimonio histórico, se protege el artístico, el cultural o el monumental, la rúbrica se queda notoriamente estrecha y más que ayudar a la correcta delimitación del bien jurídico, va a ser una fuente de equívocos.

Además, los bienes de esta naturaleza están incorporados ordinariamente a objetos tangibles, que nada tienen que ver con el carácter difuso del medio ambiente, con lo que en un Título dominado por los tipos de peligro, los delitos sobre el patrimonio artístico introducen un cuerpo extraño que son los tipos de lesión.

Hubiera sido más correcto dedicar a la protección del patrimonio artístico, cultural e histórico un Título específico, reservando otro para los bienes medioambientales, sin juntarlos, mezclando con ello objetos de protección y técnica de tipificación heterogéneas.

IV. CONFLUENCIA NORMATIVA: DERECHO PENAL-DERECHO ADMINISTRATIVO

Tal como se recordaba al examinar las razones de la criminalización de las conductas antiecológicas más graves, es necesario que la Ley penal, respetuosa con su carácter de *ultima ratio*, coexista con todo un sistema normativo administrativo que define infracciones y fija sanciones.

Lo que obliga a plantearse las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador, sobre todo porque los delitos que vamos a examinar, en su versión atenuada, **"constituyen simples infracciones administrativas, de modo que entre el delito y la contravención administrativa sólo existe un límite cuantitativo en orden a la gravedad de la infracción"**[21].

El estudio de estas relaciones recíprocas ha venido siendo una más que prolífica veta de reflexión doctrinal, aunque, como ha denunciado Nieto, no puede desconocerse que, en ocasiones, más que polémica o construcción teórica, lo que ha existido es acumulación de citas y continuadas remisiones a lo que han dicho los demás, en un **"ejemplo paradigmático de la erudición mordiéndose la propia cola"**[22].

Nuestro Derecho positivo, representado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no acomete la tarea de clarificar esas difíciles relaciones[23]. Se ha limitado a dar una serie de principios a los que ha de atemperarse el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administración Públicas, sin cuestionarse siquiera la existencia misma de esa potestad, quizá porque, como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 1983, un sistema de rigurosa división de poderes, en el que lo sancionatorio debería ser monopolio judicial, no ha funcionado nunca[24].

La existencia de esta doble vía sancionadora provoca problemas derivados de la posibilidad de subsunción de los comportamientos infraccionales en normas administrativas y penales, supuesto que ha de ser resuelto con respeto al principio *non bis in idem*. Por otra parte, la posibilidad de leyes penales en blanco obliga a examinar la admisibilidad misma de la remisión, así como sus límites y efectos, de modo que la simultaneidad de la ley penal con

[21] BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO-SUÁREZ GONZÁLEZ, Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos, 2ª ed., Madrid, 1993, p.587.

[22] NIETO GARCIA, A., Derecho Administrativo sancionador, Madrid, 1993, p.17.

[23] Hasta el punto de que TIEDEMANN ha podido mantener -aunque con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJAP- que el sistema español carece de una verdadera sistematización o conceptualización teórica del recurso a las sanciones administrativas: *"Étude sur les systemes de sanctions administratives et penales des Etats membres ainsi que sur les principes generaux du systeme des santions communautaries"*, en *Revista Trimestrale di Dilitto penal dell economia*, 1994 (3), p.546.

[24] Al menos en nuestro sistema, ya que otra cosa ha de decirse del sistema vigente en Dinamarca, Reino Unido o Irlanda, cfr. TIEDEMANN, *"Étude sur les systemes de sanctions administratives et pénales des Etats membres ainsi que sur principes generaux du systeme des santions communautaries"* cit. p.546.

reglamentos y actos administrativos se desarrolle con respeto al principio de legalidad.

IV. A) *NON BIS IN IDEM*

La regla básica para la resolución del primer núcleo de problemas viene dada, en el ordenamiento español, por el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que determina que no cabe doble sanción cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. En síntesis, la aplicación del mencionado principio comporta tres importantes efectos: a) la actuación sancionadora de la Administración debe ceder ante la de los tribunales, y no podrá intervenir en tanto no se hayan pronunciado éstos[25], b) si la Jurisdicción estima la existencia de delito o falta, no cabe sancionar administrativamente; c) en caso contrario, la Administración debe respetar, en su actuación *a posteriori*, la declaración de hechos surgida del proceso, puesto que no es posible admitir por parte del Estado una valoración doble y discrepante sobre los mismos elementos probatorios[26].

Ahora bien, en orden a una mejor comprensión de esta tercera consecuencia, conviene tener presente que hay hechos que no quedan probados en el proceso porque no interesa su prueba a efectos penales, pero que pueden ser importante a efectos administrativos y ser objeto de examen posterior en el correspondiente expediente. Sería absurdo que las facultades sancionadoras de la Administración quedasen vinculadas por ese "resultado" de hechos probados. Para evitarlo, advierte Arroyo Zapatero que **"por efecto de la cosa juzgada los hechos declarados probados por el Tribunal penal son incontestables, pero cabe apreciar todos aquellos hechos nuevos que no supongan contradicción con aquéllos**[27]". Y hay que entender por hechos nuevos los que no hayan sido objeto, por parte del Tribunal, de un pronunciamiento que agote todas las facetas de la infracción.

IV. B) LEYES PENALES EN BLANCO Y ACCESORIEDAD

En materia ambiental, caracterizada por la heterogeneidad y el dinamismo, el Derecho Penal se ve obligado a acoger tipos tendencialmente abiertos que posibiliten la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos, sin tener que realizar intervenciones legislativas constantes en el Código. Para ello ha de buscar la necesaria conexión entre disposiciones penales y administrativas y atribuir al Derecho Administrativo, de forma innovadora, **"reservas sobre conceptos jurídicos indeterminados, modificaciones de prescripciones, pautas y similares, o modificación de márgenes de valoración"**[28].

Así pues, conocer la materia de prohibición obliga a acudir -como evidencian, entre otros, los artículos 319, 325 o 334- tanto al Derecho Penal como al Administrativo, en la medida en que, según advierte Morales Prats, no puede prescindirse de mediaciones y de técnicas de integración normativa con relación al modelo legal e institucional de medio ambiente[29].

Esta inevitable utilización de leyes penales en blanco plantea dos tipos de problemas bien conocidos en la doctrina. De carácter técnico unos, jurídico-político los otros.

Desde el punto de vista técnico, el mero acceso a la ley se hace especialmente complejo por las continuas remisiones a normas de muy distinta importancia y origen (desde pactos internacionales a disposiciones municipales) que, por añadidura, sufren continuas modificaciones. Hasta el punto de que se ha podido presentar al Derecho Penal del medio ambiente como **"arquetipo de las legislaciones o reglamentaciones técnicas, caracterizado por la multiplicidad de sus incriminaciones, la heterogeneidad de sus sanciones y la multiplicidad de sus sistemas represivos"**[30].

[25] Excepción hecha, obviamente, de las medidas administrativas previstas en el artículo 3º.3, que no tienen carácter sancionatorio, sino cautelar. Vid. GARCÍA BLASCO, J., Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, Madrid, 1989, p.196.

[26] RODRÍGUEZ-SANUDO, "Nueva..." ob. cit., pp. 16-17.

[27] ARROYO ZAPATERO, L.A., Manual de Derecho Penal del trabajo, Madrid, 1988, p. 19.

[28] HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio Ambiente". Ob. cit., p. 300.

[29] MORALES PRATS, F., "Delito ecológico y modelo ambiental", en cuadernos jurídicos, 1995 (36), p.47.

[30] LITMANN, M.J., *"Droit Pénal"*, cita, p.105.

De este modo, los operadores del Derecho ven que su labor se hace poco menos que imposible, máxime cuando la remisión es a decretos, reglamentos, circulares, usos e incluso normas técnicas[31]. Por su parte, los sujetos obligados al cumplimiento de tan heterogénea y dinámica normativa tampoco encontrarán fácil su estricto cumplimiento[32], lo que redundará negativamente en su eficacia preventiva.

Desde el punto de vista político, la remisión suscita problemas de compatibilidad con el principio de legalidad, y más en materia ambiental, cuya disciplina jurídica se plasma en normas de muy diverso orden y que, en el caso español, van de la Constitución a disposiciones municipales, pasando por las procedentes del Derecho Internacional[33] y de la Unión Europea, del Estado y de las diversas comunidades autónomas[34], con lo que el valor descriptivo del texto penal puede quedar reducido a muy poco[35].

Aunque algún sector considera inconstitucional toda remisión a norma de rango inferior al de ley, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se conforman con que el legislador tome la decisión incriminadora básica cediendo expresamente a la Administración el concretar esa decisión[36]. Se trata, en definitiva, **"de garantizar el carácter complementario del reglamento como enunciación técnica o de detalle, reservándose la norma penal la definición de la esfera y contenido de desvalor que pretende imponer".**[37]

La reserva de ley es, pues, compatible, con la remisión de lo contingente o accidental a los reglamentos, siempre que aquélla mantenga el monopolio sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición[38].

Estos no se limitan, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta; es necesario la determinación en la ley penal del **"valor a proteger"**. De acuerdo con ello, queda en duda la constitucionalidad de toda remisión que impida conocer los valores a los que han de referirse las formalidades reglamentarias a considerar en cada caso[39]. Así ocurre en el Artículo 335 del Código Penal de 1995: al reducir la materia prohibida a cazar o pescar sin autorización expresa, termina por delegar en la autoridad administrativa la decisión sobre los valores a proteger[40].

Junto a los casos en que la ley penal en blanco remite la concreción de lo prohibido a los reglamentos, también encontramos hipótesis en las que la tipicidad de la conducta viene condicionada a la ausencia de la preceptiva autorización administrativa, o a la infracción de lo previsto en ésta.

Esta autolimitación de la intervención penal tiene particular relevancia en materia económica, en cuanto asegura un espacio vital a los intereses antagónicos que el legislador no puede ignorar. La técnica de construcción del tipo es aquí expresión de un delicado equilibrio de intereses, y pretende evitar una excesivo encorsetamiento de actividades socialmente útiles.

Las dificultades para lograr ese equilibrio vienen dadas, por una parte, por la complejidad de intereses afectados, que plantean problemas de identificación y concreción de los bienes jurídicos, y, por otra,

[31] DEVEZE, J., *"De la diversité des sources du Droit Pénal de L'entreprise"*. Actas del IX Congreso de la Asociación Francesa de Derecho Penal, París-Aix Marseille, 1989. p. 24.

[32] Así lo advierte la Audiencia Provincial de Badajoz en su sentencia del 22 de diciembre de 1994.

[33] Sobre la compleja normativiva internacional, vid., ESTRADA OYUELA, "Notas sobre la evolución del Derecho Ambiental Internacional", en ESTRADA OYUELA/ZEBALLOS DE SISTO, Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional, Buenos Aires, 1993, pp. 3-6.

[34] Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., Derecho Penal de la Empresa, ob. cit., pp. 204-205.

[35] DEVEZE, J., *"De la diversité des sources du Droit Pénal de L'entreprise. Bilan d'un particularisme"*, ob. cit., p. 16.

[36] Es la doctrina sentada por las sentencias 127/1994 del Tribunal Constitucional. Ver también TIEDEMANN, K., Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán). Barcelona 1993. p. 142.

[37] LAMARCA PÉREZ, C., "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", en Revista española de Derecho constitucional, 1987 (20), p. 113.

[38] BERNARDI, A., *"La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare"* en *Revista trimestrale di diritto penale dell' economia*, 1994 (12).p. 52.

[39] TIEDEMANN, K., Lecciones de Derecho Penal Económico, ob. cit., p. 142.

[40] Idénticas consideraciones hace TIEDEMANN, K., (Lecciones de Derecho Penal Económico, ob. cit., p. 142). Sobre el artículo 343 bis del Código Penal de 1973.

por el carácter promocional que se atribuye al Derecho Penal Económico.

Así, se ha entendido que la función propulsora, no meramente conservadora, y que el Estado social reivindica como propia, impone una nueva configuración dinámica del concepto de bien jurídico, que no se agota en la cristalización de situaciones y relaciones existentes, sino que ha de abarcar los objetivos estatales de justicia social[41]. El carácter promocional que así se asigna al Derecho Penal implica el riesgo de un intervencionismo gravemente restrictivo de derechos individuales, en pos de programas económicos que, en una sociedad conflictual o, cuando menos, plural, no pueden gozar de total aceptación.

Pero entre el modelo brindado por un sistema penal promocional y otro constreñido por los contornos que definieron al Derecho Penal Liberal, es decir entre el conductismo economicista y el absentismo autocomplaciente, hay posibilidades intermedias.

Entre ellas, está la de complementar la ley penal con la actuación administrativa, siguiendo precedentes que han mostrado su idoneidad fundamentalmente en el ámbito anglosajón[42]. Se trata de afrontar las situaciones conflictuales superando el binomio "juez aplicador-ley que jerarquiza los intereses", haciendo que la ley renuncie a establecer prioridades absolutas y confiando la definición de las condiciones de conciliabilidad de intereses a la Administración, que de este modo es llamada a "gestionar" el conflicto sumándose al binomio ley-juez. Es lo que ocurre cuando se castiga el ejercicio de industria contaminante de las aguas sin haber obtenido la preceptiva licencia o sin observar las limitaciones impuestas por ésta. No se incrimina así, *a priori*, una determina solución del conflicto, sino la solución adoptada al margen de los procedimientos establecidos[43].

Puede entenderse que si la conminación penal se dirige, no a la tutela directa de un bien jurídico, sino a los "modos" establecidos para resolver una situación, la ley está renunciando a la capacidad selectiva de cualquier referente material. Pero con Padovani, puede entenderse en sentido contrario que el papel del bien jurídico no queda oscurecido por el modo en que el legislador disciplina el conflicto: el paradigma complejo, que integra la intervención de la Administración, está destinado a regular una situación conflictual entre intereses contrapuestos, y el hecho de que la tutela penal no se dispense directamente a uno de estos intereses atribuyéndole *a priori* la prevalencia, no puede hacer olvidar el dato de que la disciplina normativa, en su conjunto, está dirigida a definir esta prevalencia, aunque sea en términos relativos[44].

Hay que reconocer, en efecto, que atribuir a órganos de alta cualificación técnica la función de formular prescripciones dirigidas a un destinatario determinado (y la consiguiente conminación por parte del legislador de sanción penal en caso de violación) permite profundizar en las peculiaridades de cada situación, facilitando así una mayor eficacia;[45] pero los riesgos que con este proceder se corren no son menos evidentes, ya que si la decisión sobre bienes e intereses en conflicto, consecuente a la valoración respectiva de los mismos, la ha de realizar la autoridad administrativa -que por esta vía decide sobre la imposición o no de penas- se puede convertir al Derecho Penal en apéndice de las decisiones administrativas. Aquí la corrección debe venir de la mano del principio de lesividad, que obliga al legislador a evitar la criminalización de injustos meramente formales y al intérprete a la construcción teórica de cada tipo integrando la afectación, actual o potencial, pero en todo caso constada, del bien jurídico.

Si se admite, de acuerdo con lo expuesto, la conveniencia o, cuando menos, la necesidad (inevitabilidad) de complementar el contenido de la norma penal con la decisión administrativa, las posibles situaciones pueden sistematizarse, siguiendo a Heine[46], de acuerdo con tres modelos.

El primero de ellos, el modelo de intervención excesivamente dependiente, en la terminología de Mo-

[41] PEDRAZZI, C., "El bien jurídico en los delitos económicos", en BARBERO SANTOS, M., (ed.), La reforma penal: delitos socioeconómicos, Madrid, 1985, p. 287.

[42] Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., Derecho Penal de la Empresa, ob. cit., pp. 48-49.

[43] PADOVANI, C., *"La problemática de bene giuridico e la scelta delle sanzione"*, en *Dei Deliti e delle pene*, 1984 (1), pp. 118-119.

[44] PADOVANI, *"La problemática..."* ob. cit., pp. 119-120.

[45] GRASSO, G., *"L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato"*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986 (3), p. 727.

[46] Vid. HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente", ob. cit., pp. 289 a 315.

rales Prats[47], se caracteriza por la absoluta subordinación del Derecho Penal a los actos administrativos. La finalidad de la protección penal es asegurar la ejecución y el control administrativo, de modo que lo que se castiga es el incumplimiento del acto administrativo (Gran Bretaña, Francia, USA), de los requerimientos de la autoridad (Turquía) o de la obligación de someterse a su control (Bélgica, Francia). En lo formal, se trata de sistemas que proceden por acumulación de leyes sectoriales, en las que se integran preceptos penales en blanco dirigidos a sancionar el comportamiento prohibido por el acto administrativo. Este modelo hace perder al Derecho Penal una de sus genuinas misiones: la de seleccionar y jerarquizar bienes jurídicos. La prevención general positiva se resiente. Y se resiente igualmente el principio de legalidad, por cuanto se termina confiriendo tareas legislativas a la autoridad administrativa. Finalmente, brilla por su ausencia el requisito de lesividad, ya que el núcleo de lo prohibido se identifica con la mera desobediencia.

El segundo modelo hace depender relativamente al Derecho Penal del Administrativo. Aquél define los bienes jurídicos dignos de protección, ya sean específicamente ecológicos, ya sean la salud o bienes de las personas, pero supedita la punición a la inexistencia de autorización administrativa (Alemania), o al incumplimiento de un acto administrativo (Austria, Cuba). El parágrafo 325 del Código Penal alemán, introducido por la XVIII *Strafrechtsanderungsgesetz*, del 28 de marzo de 1980, castiga conductas de contaminación atmosférica o acústica, peligrosas para la salud humana, los animales, las plantas o los bienes de valor considerable, sólo si el autor infringe gravemente las reglamentaciones aprobadas por las autoridades competentes.

El tercer sistema se orienta a la protección de bienes definidos por el Derecho Penal frente a conductas también tipificadas por éste: prescinde de la remisión y, en general, castiga la lesión a bienes jurídicos ambientales y la puesta en peligro de la vida o la salud (parcialmente, Italia, Alemania y Portugal).

Las relaciones, que pueden ser contradictorias, entre norma penal -incriminadora- y acto administrativo -autorizante- sólo pueden darse en el segundo de los modelos teóricos propuestos por Heine, que, por otra parte, es el seguido por el Derecho español.

La decisión administrativa autoriza determinadas lesiones a bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, de modo que aquéllas quedan despenalizadas.

Así puede asegurarse la necesaria coordinación de todo el ordenamiento, en la medida en que objetivos, por ejemplo, económicos, que están en el punto de mira de la actividad gubernamental, pueden ser logrados sin que interfiera la prohibición penal. Pero, como contrapartida, se da entrada en el sistema penal a consideraciones y principios que le son ajenos.

Es en estos casos en los que se planteará con carácter acuciante la compleja problemática de la accesoriedad del Derecho Penal con respecto al administrativo[48]. La regla básica propuesta por Tiedemann, es aquella según la cual el sujeto **"...no es penalmente responsable de determinadas emisiones si actúan en base a una autorización jurídicamente eficaz o en tanto no infrinja una prohibición de emisión jurídicamente eficaz"**[49].

Hay que entender, con la teoría general del Derecho Administrativo, que los actos nulos de pleno Derecho, por serlo, serán ineficaces incluso jurídico-penalmente. No puede, en consecuencia, ser eficaz el acto autorizante nulo. Los anulables tienen eficacia hasta su anulación. No obstante, si la autorización anulable se consiguió con engaño, amenazas o colaboración colusiva no puede amparar el ilícito penal (porque en el fondo sería una autorización nula). Lo mismo ha de decidirse en los casos de abuso de derecho (se utiliza la cláusula autorizante para producir efectos distintos a los previstos en la norma)[50].

El reverso de la moneda lo suministran los casos en que el sujeto actuó sin autorización. En opinión de Tiedemann, será penalmente responsable, aun cuando sus actividades hubieran sido susceptibles de ser autorizadas, quien sigue actuando más allá del plazo cubierto por la autorización y quien realiza conductas que sólo *a posteriori* son autorizadas[51].

[47] MORALES PRATS, "Delito ecológico y modelo ambiental", ob. cit., p. 47.

[48] Sobre el tema, vid., HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", ob. cit., pp. 289 a 315.

[49] TIEDEMANN, K., Lecciones de Derecho Penal Económico, ob. cit., p. 186.

[50] HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiental, ob. cit., pp. 303-304.

[51] TIEDEMANN, K., Lecciones de Derecho Penal Económico, ob. cit., p. 186.

La anterior argumentación ha de ser, sin embargo, complementada a la luz del principio de protección de bienes jurídicos. Si la actividad hubiera podido ser autorizada, o si es autorizada *a posteriori*, parece claro que falta la necesaria lesividad para que, normalmente, sea integrable en un tipo penal. Quien actúa en esas circunstancias debe incurrir en simple infracción administrativa, ya que actúa dentro de límites penalmente tolerados.

Cuando, actuando conforme al permiso, se causen lesiones o peligros típicos, no habrá responsabilidad penal, conclusión que, en opinión de Heine, encuentra mejor fundamento en la concurrencia de un riesgo permitido, como mayor base en la atipicidad, que en la del error. Por eso, cuando se produce un resultado manifiestamente antijurídico (penalmente), cabrá la exigencia de responsabilidad penal, pues se están traspasando los límites del riesgo permitido: **"no se puede justificar la confianza en el funcionamiento de las reglas de cuidado, fijadas para limitar el peligro, cuando es patente en el caso particular que las medidas prescritas no alcanzan para reducir un peligro latente al grado mínimo tolerable"**[52].

Particular relieve presentan los supuestos de tolerancia: la autoridad administrativa no interviene durante un largo tiempo contra situaciones antijurídicas notorias, estando facultada para hacerlo. Hay que negar relevancia a la tolerancia, a no ser que esté formalizada en una autorización formal, y entonces deja de ser tolerancia para ser acto administrativo. Otra cosa es que la conducta no pueda ser reputada punible por la incidencia del error en el sujeto que realiza actividades manifiestamente toleradas.

V. RECURSO A TIPOS DE PELIGRO

Los recursos penales protectores del medio ambiente suelen configurarse como delitos de peligro[53], posiblemente porque se trata de un bien jurídico que, por sus características, reclama una protección anticipada[54], o quizá por lo discutible que sería considerar si hubo o no lesión, y por las dificultades que en caso que la hubiera, obstaculizarían la posibilidad de relacionarla con una conducta concreta[55], ya que normalmente el perjuicio será fruto de la reiteración y de sus efectos acumulativos[56].

Sin embargo, la legitimidad constitucional y la funcionalidad político-criminal de la decantación legislativa por los tipos de peligro abstracto han sido, desde siempre, cuestionados, quizás porque se han venido empleando en su aval argumentos doctrinales no concluyentes cuando no francamente inadmisibles.

Así, se ha mantenido que las dificultades de imputación objetiva del resultado dañoso están en el origen de buena parte de los tipos de peligro abstracto, que exoneran al juez de la obligación de verificar en concreto la corrección del pronóstico de peligro elaborado por el legislador. De este modo, la tarea del juez sería la de aplicar una definición bien delimitada y no la de entregarse a apreciaciones inciertas, y más aún en el plano ecológico, en el que la constatación de la peligrosidad de cada comportamiento depende de las variables a menudo numerosas e inaprehensibles. Con ello, según se dice, se garantizaría, además, el respeto al principio de igualdad[57].

A lo que puede redargüirse que las dificultades del juez para constatar la situación de peligro siempre serán menores que las del legislador, quien opera *a priori* y sobre supuestos más generales, amén de otro dato empírico no desdeñable: los tipos de peligro abstracto en materia ecológica no se aplican[58], con lo que, de hecho, mal pueden solventar problemas de prueba.

[52] HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente", ob. cit., pp. 309-310.

[53] Vid. GREGORI-DA COSTA, *Problemi generali del Diritto penale dell' ambiente*, Padova, 1992, pp. 68a 70; KEGLER-LEGGE, *Umweltschutz durch Strafrecht?*, Pfaffenweiler 1989, pp. 10-11.

[54] "... éste es un delito de peligro... dado que el legislador ha adelantado la tutela penal en un intento de impedir la producción del resultado lesivo", declara la sentencia del Juzgado en lo penal número 5 de Granada, del 24 de junio de 1995. En el mismo sentido, CANTARERO BRANDRES, R., "El delito ecológico: Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), El delito ecológico, Madrid, 1992, p. 69.

[55] Una exhaustiva enumeración de estas dificultades procesales, en BAUTISTA PEREJO, C., "La prueba pericial en los supuestos de delito ecológico", en La protección penal del medio ambiente. Actas de las Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente, organizadas por CODA-AEDENAT. Madrid, 20-21 de octubre de 1990, Madrid, 1991, pp. 142-143. También DE LA CUESTA AGUADO, P.M. La prueba en el delito ecológico, Madrid, 1995, pp. 17 a 19.

[56] KLEINE-COSACK, E., *Kausalitatsprobleme im Umweltstrafrencht*, Berlín, 1988, pp. 76-77.

[57] PEDRAZZI, C., *"Rapport"*, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983 (1-2), p. 431.

[58] Cfr. HEINE, G., "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente". Ob. cit., pp. 298-299.

Tampoco pueden aceptarse, por razones bien conocidas, las pretensiones de castigar, como delitos de peligro, meras desobediencias a la norma, ayunas de lesividad o de peligrosidad.

No es desde esta perspectiva desde la que se puede abordar, con solidez, la justificación del recurso a los tipos de peligro abstracto. Para ello habrá que partir de la importancia y características del bien jurídico a tutelar[59], así como del dato real de la existencia de conductas generalmente avocadas a su lesión[60], tal como hubo de hacer el legislador al asumir, dentro de Códigos Penales de impronta liberal, la protección de determinados intereses supraindividuales, como puede ser la salud pública, área en que limitarse a castigar el peligro concreto estaría avocado al fracaso. En lo que sí ha de ponerse especial cuidado es en la exigencia de que el comportamiento examinado en concreto sólo sea considerado típico si, en una consideración objetiva *ex ante*, es idóneo para producir el resultado lesivo[61]. Siendo así, pocas objeciones de fondo político pueden oponerse a los delitos de peligro abstracto.

El Código Penal español de 1973, al tipificar el delito ecológico, se inclinó por un tipo de peligro, pero con una sorprendente diversificación: peligro concreto cuando se trata de proteger la salud de las personas, y abstracto cuando afecta a **"condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles"**. Hay que dejar constancia de que los monografistas del tema no han logrado explicarse esta anómala y contradictoria técnica de protección que se traduce en un mayor rigor frente a los atentados contra animales y plantas que contra las personas[62].

La redacción del Código Penal de 1995 (artículos 325, 336), se inclina por prescindir del peligro concreto, que condena a la inaplicación, y se decanta por los delitos de peligro abstracto. No es necesario que se pongan en concreto peligro los bienes jurídicos protegidos, pero tampoco basta con las meras infracciones formales: las conductas sólo serán típicas en la medida en que **"puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales"** (artículo 325), es decir, en la medida en que sean conductas idóneas para lesionar los bienes cuya tutela se pretende. La exigencia de idoneidad lesiva es aún más clara en el artículo 336: se castiga el empleo de medios **"de eficiencia destructiva para la fauna"**.

El artículo 310 del Proyecto criminalizaba el establecimiento de depósitos o vertederos clandestinos o incontrolados de desechos o residuos, o la realización de vertidos sin cumplir las prescripciones de la autorización. Una primera lectura llevaría a entender que se castigaba la mera infracción de la autorización. Cierto que también se exigía el simultáneo incumplimiento de las prescripciones impuestas en la autorización **"para evitar la nocividad o la molestia del vertedero"**, lo que podía llevar a pensar que el incumplimiento de esas prescripciones transformaba el vertedero en nocivo o molesto. Pero esa deducción suponía admitir una presunción de peligrosidad, sin que ésta hubiese quedado incorporada al tipo. A esta conclusión llevaba el párrafo segundo, que agravaba la pena cuando los residuos fueren tóxicos o peligrosos. De modo que el primer párrafo criminalizaba el establecimiento de depósitos o vertederos que no tienen tal carácter, es decir, los meramente infraccionales, en un ejemplo de utilización abusiva de tipos de peligro que más que abstracto es meramente presunto[63].

Correctamente, y en respuesta a reiteradas críticas doctrinales, el artículo 328 del Código castiga la misma conducta siempre que esos depósitos o vertederos **"sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas"**[64].

El recurso a tipos de peligro, impuesto por las características del bien jurídico, deja expedita la vía al concurso real cuando concurran generacio-

[59] Vid. SCHÜNEMANN, B., *"Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeites-und Gefährdungdelikte im Strafrecht"*, en *Juristische Arbeitsblatter*, 1975, p. 798.

[60] Cfr. CRAMER, P., *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefahrdungsdelikt*, Tubingen 1962, pp. 50-51.

[61] En contra, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., (Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Madrid, 1993, p. 207) para quien esta tipología intermedia tiene defecto de desconocer la importancia interpretativa de la atribución de peligro a distintas entidades, proporcionando un visión global confusa.

[62] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Protección de la ordenación del territorio y del ambiente", en Documentación Jurídica, 37/40 (1983), p. 917; POLAINO NAVARRETE, M., "La criminalidad ecológica en la legislación penal española", en AA. VV., Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Profesor Doctor Don Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. 881; VERCHER NOGUERA, A., "El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos", en La Ley, 17 de octubre de 1989, p. 2.

[63] Una crítica a esta equiparación en TERRADILLOS BASOCO, Derecho Penal de la Empresa, ob. cit. p. 54.

[64] Vid. TERRADILLOS BASOCO, Derecho Penal de la Empresa, ob. cit., p. 215.

nes de riesgo y lesión típica de bienes individuales concretos[65].

VI. LOS DELITOS EN PARTICULAR

El examen de cada uno de los preceptos que el Código Penal de 1995 dedica a la protección, *lato sensu*, del medio ambiente no puede abordarse aquí. Se alude, en consecuencia, a sólo algunos de los aspectos en que, con respecto al Código anterior, se presentan mayores novedades.

VI.A) De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

La conducta descrita en el artículo 347 bis del Código Penal de 1973 es objeto, en el nuevo texto punitivo, de una ampliación palpable superadora de su palmaria parquedad. Las dificultades de concreción de los elementos que integran lo que denominamos medio ambiente puede explicar la opción seguida por el Código derogado, pero parece más fundamentado entender que en el legislador de 1983 pesó no tanto la dificultad de definición como la voluntad de cubrir el expediente mediante tipos de cortos vuelos destinados, más que a su aplicación efectiva, a la exhibición de manera legítima. De este modo, al castigarse como delito ecológico sólo las emisiones o vertidos, quedaron al abrigo de la intervención penal conductas tan graves como la superexplotación de los recursos naturales[66], la tala masiva de árboles, la desecación de humedales o la roturación de monte bajo.

El artículo 325 del Código Penal 95 amplía la conducta típica, añadiendo a las emisiones y vertidos **"radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales"**.

Quizás debió reservarse un artículo autónomo para criminalizar las captaciones de aguas. No se integraban en el delito ecológico del Proyecto de Código Penal de 1994, que se limitaba a criminalizar emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, etc., **"con incidencia, incluso, en los espacios transfornterizos"**. Al incluir el Senado en el catálogo de conductas delictivas del artículo 325 la captación ilícita de aguas, debió haberlo hecho antes de ese inciso, y no después, porque, en la redacción final, la tipicidad de la conducta que incide en los espacios transfronterizos no afecta a dichas captaciones.

De haberse dedicado a estas conductas un artículo propio, podría haberse salvado esa incongruencia, y podría haberse incorporado al mismo la agravantes f) del artículo 326, que reza **"Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones"**. Esta circunstancia agravante, en contra de lo que ocurre con las del resto del artículo, es sólo idónea para incrementar la pena en los casos de captaciones de aguas.

Para el delito ecológico, nuestro ordenamiento, siguiendo la tónica imperante en Derecho Comparado, reserva penas de distinta naturaleza: privativas de libertad, inhabilitaciones y multa.

Uno de los aspectos del artículo 347 bis del Código Penal de 1973 que más llama la atención en una primera lectura es la parvedad de la pena privativa de libertad -arresto mayor- que prácticamente nunca va a determinar el ingreso en prisión y que, en consecuencia, no puede lograr una alta eficacia preventivo-intimidante[67].

Quizá tuvo presente el legislador español, a la hora de cuantificar la pena, la extendida idea de que la prisión es inidónea frente al delincuente de cuello blanco, no necesitado de resocialización. Sin embargo, hay razones para pensar que la privación de libertad, y la pérdida de status que comparta, pueden tener efectos preventivo-generales ciertos, tal como por otra parte ha demostrado conocidas investigaciones criminológicas[68].

Y no se trata sólo de penas privativas de libertad de corta duración, cuya utilidad no se discute al aceptarse que frente a estos sujetos despliegan un efecto preventivo general mucho más elevado que para el común de los delincuentes y, a su vez, a diferencia

[65] Así lo recuerdan la sentencia del 29 de septiembre de 1993 del Juzgado en lo Penal número 5 de Málaga, o la del 7 de octubre de 1993, de la Audiencia Provincial de Badajoz.

[66] En este sentido, SANCHEZ, MIGALLON PARRA, A. "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", en Cuadernos de Política Criminal, 1986 (29), pp. 342-343.

[67] TERRADILLOS BASOCO, J.M., "El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.) El delito ecológico, Madrid, 1992, p. 100.

[68] Vid, una sucinta referencia en BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, Derecho Penal del trabajo, ob. cit., p. 200.

de lo que ocurre con su aplicación a estos últimos, no suelen comportar efectos desocializadores. Es también necesario el recurso a las penas de larga duración. Así, no se puede afrontar un fenómeno criminal que responde al afán de lucro, monetarizando el Derecho Penal; bien al contrario, ha de reivindicarse el mantenimiento de las penas privativas de libertad como instrumento irrenunciable de una política penal preventiva[69].

Parece obvio que el legislador de 1995 ha compartido estas consideraciones al determinar la pena del artículo 325. Pero son también detectables casos en los que, olvidando el mandato del artículo 45 de la Constitución, se ha optado por olvidar la relevancia que ha de concederse a la naturaleza de los bienes (ambientales) afectados.

El contenido del artículo 329 por ejemplo, pone de relieve que la condición de funcionamiento tiene efectos atenuantes cuando de delitos ecológicos se trata. En efecto, el funcionamiento de industrias potencialmente contaminantes es ámbito que ordinariamente requiere de la intervención autorizante y controladora de la Administración. Habida cuenta de este dato, el Código Penal de 1995 criminaliza expresamente la conducta de la autoridad o funcionario que **"a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones huberen silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen"**. Las penas son las de la prevaricación (artículo 404) -inhabilitación especial de siete a diez años- y, además, prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses.

Pero en la práctica, ese funcionamiento actuará de acuerdo con el responsable de la industria, con lo que, a tenor del artículo 28 inciso b) le debe corresponder la pena de los autores[70], que, según lo dispuesto en el artículo 325, sería mayor: inhabilitación de uno a tres años y prisión de seis a cuatro años, en su mitad superior cuando se genere riesgo para la salud de las personas y elevadas en un grado cuando concurrieron las circunstancias del artículo 326. El efecto real de la criminalización específica del funcionario es el favorecimiento de la prevaricación en materia ecológica, lo que parece, como poco, disfuncional.

Tampoco salen bien parados los valores ambientales en los artículos 351 y 352. El primero castiga la provocación de cualquier incendio peligroso para la vida o la integridad física de las personas, con prisión de diez a veinte años. El 352 castiga, en su párrafo segundo, el incendio de montes o masas forestales con peligro para la vida o la integridad con la misma pena, más multa de doce a veinticuatro meses. Es decir, el incendio del monte o de la masa forestal, en términos de pena, vale tanto como una multa. Y esta valoración no puede corresponderse con la que ha de hacerse de los montes, como elemento del medio ambiente, y del incendio de los mismos, como medio privilegiado de acabar con una riqueza a cuya protección la Constitución obliga expresamente.

VI. B) De los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna

También asume el Código Penal la tutela de la vida silvestre, recogiendo el contenido de preceptos hoy dispersos en leyes penales especiales o en normas administrativas sancionadas.

El artículo 335 castiga la caza o pesca de especies no amenazadas, si no están expresamente autorizadas por **"las normas específicas en la materia"**. La mera no autorización transforma en delictiva la caza o pesca, sin que pueda afirmarse con carácter general que impliquen lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno.

Nótese que esa misma caza o pesca, cuando recaen sobre especies amenazadas o en peligro de extinción (artículo 334), suponen una lesión de bienes ecológicos evidentes. Pero cuando el objeto material no reviste esas características, la criminalización de su captura supone, una vez más, olvidarse de la constitucionalmente necesaria afectación a un bien jurídico, y supone también poner al Derecho Penal al servicio de la autorización administrativa.

El principio de legalidad tiene, entre otras funciones, la de potenciar la prevención general. A su tenor, los preceptos penales han de recoger, en términos comprensibles para la generalidad de sujetos a los que van dirigidos, la descripción de lo prohibido. Llama por ello la atención la insistencia del legislador al castigar en el artículo 332 el cortar o destruir **"propágulos"** de flora amenazada. El término que el

[69] No se comparte pues la tesis de BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO-SUÁREZ GONZÁLEZ (Manual de Derecho Penal (parte Especial) (delitos patrimoniales y económicos), 2ª ed. Madrid, 1993, p. 591, para los que "sólo la concepción retributiva de la pena puede fundamentar una eficaz lucha contra la delincuencia económica". Vid. BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, Derecho Penal del trabajo, ob. cit. p. 201.

[70] En este sentido, QUERALT, J.J., "El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma", en Jueces para la Democracia. 1994 (3), p. 68.

parlamentario Olarte indicó le recordaba demasiado a Calígula, ha superado las críticas doctrinales y los debates parlamentarios, y ha quedado incorporado al Derecho positivo, quizá como manifestación de un desmesurado afán criminalizador, también plasmado en el hecho de que se castigue tanto el corte como la tala de flora amenazada, siendo así que cortar y talar son términos prácticamente equivalentes.

La afectación al *habitat* que castiga el artículo 334, ha de ser grave. Al igual que en los artículos 325, 328 ó 330, se recurre a una expresión normativa indeterminada que entra en colisión con el principio de taxatividad. De hecho, la gravedad del peligro ha venido siendo manejado por la jurisprudencia como criterio distintivo entre el delito y el ilícito administrativo, con lo que pasa a tener papel decisorio un elemento típico indeterminado cuya apreciación -**"eminentemente circunstancial"**, como la califica la sentencia de 11 de marzo de 1992 del Tribunal Supremo- queda, exclusivamente,en manos del juzgador[71].

VI.C) De los delitos sobre la ordenación del territorio

Donde se plasma una voluntada tutelar más amplia por parte del legislador de 1995, además de una correcta integración del suelo entre los elementos ecológicos, es al abordar la defensa del territorio. La verdad es que la introducción de los delitos contra la ordenación del territorio no podía realizarse hasta el momento en que, en lo normativo,se produjese un expreso reconocimiento de las limitaciones que el interés social impone a la propiedad urbana, y hasta que, en lo dogmático, no se aceptase pacíficamente la posibilidad de incorporar al catálogo de bienes jurídicos los de naturaleza macrosocial o difusa.

Al primer requisito da respuesta el artículo 5 de la Ley de Régimen Jurídico de Ordenación del Suelo, al afirmar la función social de la propiedad urbana. También pueden entenderse hoy cumplido el segundo requisito: la aceptación de bienes jurídicos macrosociales o colectivos, entre los que están, sin duda, los ambientales. En este contexto teórico, se viene entendiendo que el urbanismo integra con el medio ambiente una unidad estructural, y como tal debe quedar penalmente protegido.

El artículo 319 castiga la construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural, o que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. Castiga también, en su número segundo, la edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

Así como el segundo párrafo describe un genuino delito contra la ordenación del territorio, en el primero se tienen en cuenta otros valores ajenos a lo ecológico-urbanístico que quizá pudieron haber llevado estos supuestos al Capítulo II, donde se recoge el negativo de estas conductas: el derribo o la alteración grave de edificios protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental.

Sin embargo, parece claro que la destrucción de un bien de las características apuntadas no es equiparable a la construcción en los lugares mencionados. Esa construcción afecta negativamente al valor ambiental -*lato sensu*- que esos lugares puedan tener, pero en la medida en que lo que se construye puede derribarse, quizá hubiera bastado con la sanción administrativa para hacer frente a estas conductas, reservando la criminalización a los casos en que la construcción sea definitivamente lesiva para los valores ambientales, o los ponga en grave peligro. Al presumirse que la construcción los afecta negativamente por no ser autorizable, se está volviendo, a no ser que una interpretación vinculada al principio del bien jurídico pueda evitarlo, a aquel concepto residual de tipos de peligro abstracto que incluirá la mera infracción formal. Dicho de otro modo, se está abriendo el camino a penalizar el construir sin autorización (piénsese en la construcción sobre suelos destinados a viales), y ello supone una utilización mistificadora de los tipos penales.

Al igual que en el caso del artículo 329, el 320 castiga especialmente la conducta de la autoridad o funcionario que, **"a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes"**. La pena es la propia de la inhabilitación (artículo 404), más prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, inferior -en todo caso- a las prevista en los dos números del artículo 319 para los autores y, en aplicación del artículo 28 inciso b), a las autoridades o funcionarios cuya cooperación con ellos es necesaria.

[71] MORALES PRATS, "Delito ecológico y modelo ambiental", ob. cit. p. 49. Acuden expresamente a la gravedad como criterio diferenciador las sentencias del 12 de julio de 1993 del Juzgado en lo Penal número 11 de Sevilla y la del 26 de junio de 1995 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona del 5 de junio de 1995.

G A R C I A
C A L D E R O N
G H E R S I
V I D A L &
A S O C I A D O S
A B O G A D O S

LOS LIBERTADORES 350 - SAN ISIDRO

✆ 441-3605 441-3424 FAX: 442-6161

LIMA 27 - PERU

ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO AL MARCO INSTITUCIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ

Alberto Bustamante Belaunde*
Profesor de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica del Perú

En un país donde la integración y la globalización aparecen como una marcada necesidad nacional, las telecomunicaciones y su marco normativo e institucional cobran una importancia que -de un día a otro- aumenta a un paso galopante.

Conciente de este fenómeno, y con la autoridad que le confiere su experiencia en el campo de las telecomunicaciones, el autor del presente artículo se preocupa en detallar minuciosamente el contexto normativo en el que éstas se desenvuelven, para luego formular algunas propuestas que, por su acierto, estimamos que no tienen otro destino que el de optimizar este sistema.

Creo que puede resultar interesante que este trabajo aborde, no una descripción en abstracto del marco institucional y legal que ha sido convertido en Derecho positivo para los varios mercados involucrados en los servicios de telecomunicaciones [1], sino que se dirija a mostrar las excelencias, y también las deficiencias, de tal marco, a la luz de un examen crítico de la dimensión positiva del mismo y del análisis de algunas de las experiencias vividas después de su vigencia formal [2].

A partir de este prolegómeno, procedo a describir, en abstracto, las características básicas del marco institucional que rige a los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú.

* Master en Instituciones Legales por la Universidad de Wisconsin, Consultor externo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), Consultor externo del Ministerio de Transportes, Comunicaciones , Vivienda y Construcción (MTCVC).

[1] Me estoy refiriendo, en lo básico, a las siguientes piezas o componentes legales: (i) Texto Unico Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo 013-93-TCC, publicado en el diario oficial «El Peruano» el 6 de mayo de 1993; (ii) Ley 26285, denominada Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larda Distancia Nacional e Internacional, publicada el 14 de enero de 1994; (iii) Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo 06-94-TCC, publicado el 18 de febrero de 1994; (iv) Reglamento del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), aprobado mediante Decreto Supremo 62-94-PCM, publicado el 9 de agosto de 1994; (v) Reglamento General para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado mediante Resolución 001-95-CD/OSIPTEL, publicado el 6 de enero de 1995; (vi) Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL 022-96-PD/OSIPTEL, publicado el 5 de julio de 1996; (vii) Directiva Procesal sobre Lineamientos a los que se deben sujetar las empresas operadoras a efectos de atender internamente los reclamos que formulen los usuarios, aprobada mediante Resolución del Consejo Directivo 007-94-CD/OSIPTEL publicado con fecha 15 de noviembre de 1994; (viii) Reglamento para la Solución de los Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo 013-95-CD/OSIPTEL, publicado con fecha 24 de setiembre de 1995; (ix) Directiva Procesal para los Procedimientos de Reclamos de Calidad en los Servicios de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución 036-97-CD/OSIPTEL, publicada el 25 de julio de 1997; (x) Delegación de Atribuciones y Facultades del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción al OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo 004-96-MTC, publicado el 8 de febrero de 1996; y, (xi) Derogación del Decreto Supremo 004-96-MTC y restitución al MTC de las atribuciones y facultades conferidas al OSIPTEL en materia de otorgamiento y revocación de concesiones, entre otras, aprobada mediante Decreto Supremo 007-97-MTC, publicado el 7 de marzo de 1997.

[2] Pese a que, al escribir este artículo, tengo la condición de Consultor Externo del OSIPTEL, debo destacar que (i) mis opiniones no comprometen en ningún sentido a la institución de la que soy consultor; y que, (ii) la información que fundamenta sus reflexiones, consideraciones y conclusiones ha sido ya, a la fecha de entregarlo (esto es, al 6 de noviembre de 1997), de una manera u otra, puesta en conocimiento público.

I. LIBRE Y LEAL COMPETENCIA

I.1 El Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, TUO):

a. Declara de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia (artículo 2);
b. Consagra el precepto de igualdad de acceso (artículo 3);
c. Reitera el precepto constitucional relativo al derecho a la inviolabilidad y al secreto de las telecomunicaciones (artículo 4);
d. Establece el principio de la equidad en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones (artículo 5);
e. Define la función del Estado en el fomento de la libre competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como en la regulación del mercado y en el control de las prácticas monopólicas y restrictivas derivadas de situaciones de posición de dominio en el mercado[3]) (artículo 6);
f. Subraya el papel de la interconexión, concepto que vincula al interés público y social (artículo 7), a la libre competencia y al principio de neutralidad (artículo 11);
g. Dispone que, en virtud del principio de neutralidad, las operadoras de telecomunicaciones que sean titulares de concesiones o autorizaciones para prestar dos o más servicios de telecomunicaciones en forma simultánea, están obligadas a llevar contabilidad separada de sus actividades (artículo 37);
h. Consagra la regla del establecimiento libre de tarifas, aunque sujetas a topes máximos si no hay condiciones para asegurar la competencia (artículo 67);
i. Prohibe las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia (artículo 69);
j. Prohibe, asimismo, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que produzcan situaciones desventajosas entre competidores (artículo 71); y,
k. Consagra el derecho del usuario de elegir al operador del servicio de telecomunicaciones que a su criterio le convenga (artículo 73).

I.2 La Ley 26285, denominada «de desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia» dispone la adecuación del régimen general de libre competencia a un período de concurrencia limitada (artículo 1) de cinco años (Segunda Disposición Final y Transitoria) que excluye los servicios de difusión, telefonía móvil en sus distintas modalidades, servicio de buscapersonas, telefonía pública, servicios de valor añadido y servicios portadores locales (artículo 4).

I.3 El Reglamento General del TUO (en adelante, RG), además de reiterar varias de las normas del TUO:

a. Define el principio de servicio con equidad como la obligación de los operadores de los servicios de telecomunicaciones de extender el servicio a toda el área de concesión o autorización, promoviendo la integración de los lugares más apartados de los centros urbanos (artículo 7);
b. Define el principio de no discriminación como la obligatoriedad de brindar el servicio a cualquier persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas (artículo 8);
c. Define el principio de neutralidad como la obligación del concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición de dominio en el mercado, de no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio (artículo 9);
d. Especifica la prohibición de discriminar a los usuarios de los servicios portadores locales y de larga distancia nacional e internacional en el suministro de los enlaces de entrada y salida locales, nacionales e internacionales, según corresponda (artículo 36);
e. Define la interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones como obligatoria y como condición esencial de la concesión (artículo 106);
f. En relación a la interconexión, opta por una posición en principio contractualista, esto es, que el Estado sólo interviene en caso de que las partes

[3] Como ocurre en la legislación general sobre la competencia (esto es, básicamente, el Decreto Legislativo 701), del TUO se desprende -aunque así no se formule expresamente- que la posición de dominio, como tal, no es sancionable. Es el abuso de posición de dominio, tal como se encuentra definido en el Decreto Legislativo 701, el que resulta sancionable en el ámbito de las telecomunicaciones.

no se pongan de acuerdo o en las situaciones en que los acuerdos a que lleguen pudiesen lesionar derechos o intereses de terceros operadores o de los usuarios (artículos 109 al 112); y,

g. Establece la obligación de llevar contabilidad separada en los casos de los concesionarios de servicios portadores y finales de carácter público que simultáneamente presten otros servicios de telecomunicaciones en libre competencia, con el objeto de prevenir y, eventualmente, de sancionar la incursión en subvenciones cruzadas (artículo 232).

I.4 El Reglamento del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) (en adelante, RO) constituye un instrumento legal básicamente referido a los aspectos institucionales y organizativos de dicha entidad, que serán objeto de tratamiento separado en el presente trabajo.

I.5 El Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa (en adelante RGSC) contiene el marco organizativo, procesal y funcional relativo a varios tipos de controversias que, de conformidad con el TUO y con la Ley 26285, dicha institución debe resolver. Entre esos tipos de controversias, destacan (i) las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre competencia y abuso de posición dominante a que se refieren el TUO, el RG y el RO (inciso a) del artículo 4); (ii) las derivadas de actuaciones que signifiquen desleal competencia entre las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones (inciso b) del artículo 4); y, (iii) las relacionadas con la interconexión de los servicios y el acceso a la red en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, independientemente de que exista o no un contrato de interconexión (inciso c) del artículo 4).

Para describirlo en otros términos, el marco regulatorio del mercado de las telecomunicaciones ha previsto que la solución de las controversias atingentes a la libre y leal competencia entre operadores de servicios corra a cargo del Organismo Supervisor.

I.6 El Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, RGIS):

a. Contiene todo un Capítulo (el IV) dedicado a las infracciones a la libre y leal competencia;
b. Define y tipifica como actos de competencia desleal a aquéllos específicamente dirigidos a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de una empresa competidora, sin que sea necesario la demostración de la existencia efectiva de un daño o de un comportamiento doloso, y bastando, más bien, un perjuicio potencial a los competidores, a los usuarios o al orden público (primer párrafo del artículo 28);
c. Remite, a efectos de la configuración de la existencia de competencia desleal, en lo pertinente, al Decreto Ley 26122; y, a efectos de la determinación de la existencia de abuso de posición dominante o de prácticas restrictivas, en lo pertinente, al Decreto Legislativo 701 y al TUO;
d. Tipifica y dispone la sanción correspondiente en los casos de competencia desleal (artículo 29), de ventaja competitiva ilícita (artículo 30), de abuso de posición de dominio en el mercado o prácticas restrictivas (artículo 31) y de incumplimiento de las disposiciones sobre contabilidad separada, formación de divisiones, sucursales o subsidiarias y subsidios cruzados no autorizados (artículo 32).

I.7 Como puede apreciarse -sobre todo entendiéndose el TUO como un conjunto de normas que complementan, en el mercado de las telecomunicaciones, la ley general sobre libre competencia (es decir, el Decreto Legislativo 701)- el marco jurídico de dicho mercado contiene las normas básicas para asegurar la competencia entre los operadores y para garantizar el adecuado ejercicio de las facultades regulatorias del Estado sin ningún tipo de contagio intervencionista.

II. USUARIOS

II.1 El TUO:

a. Consagra el derecho de toda persona a utilizar los servicios de telecomunicaciones (primera parte del artículo 3);
b. Consagra el rol del Estado en cuanto a su obligación de fomentar la participación de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en el establecimiento de tarifas y en la prestación y el control de los mismos (segundo párrafo del artículo 6);
c. Prescribe la facultad de los usuarios de adquirir libremente sus equipos terminales, siempre y cuando éstos reunan las condiciones óptimas de conexión a la red (artículo 16);
d. Garantiza la seguridad del usuario y la correcta utilización de la red al advertir que los equipos o aparatos que deban conectarse a una red para prestar cualquier servicio, necesariamente contarán con el correspondiente certificado de homologación otorgado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante, MTC) (artículo 63);

e. Dispone que no se impondrán tarifas tope cuando, por efectos de competencia entre empresas, se garantice una tarifa razonable en beneficio del usuario (último párrafo del artículo 67);
f. Consagra el derecho del usuario a la libre elección respecto a la empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones que le sea más conveniente (artículo 73);
g. Obliga a toda empresa prestadora de servicos de telecomunicaciones a establecer una vía expeditiva para atender los reclamos, relacionados con los servicios que preste, planteados por los usuarios (primer párrafo del artículo 74), reclamos que deberán ser atendidos dentro de cierto plazo, vencido el cual se considerarán favorablemente resueltos; asimismo, dispone que, de ser denegados dichos reclamos en ciertos casos establecidos, se garantiza al usuario la posibilidad de recurrir a otra instancia administrativa (segundo párrafo del artículo 74); y,
h. De manera genérica, atribuye al usuario de los servicios de telecomunicaciones la condición de sujeto de infracciones administrativas por la mala utilización de los servicios, así como por el empleo de los mismos en perjuicio de terceros (artículo 86, numeral 3).

II.2 El RG, además de ampliar varias de las normas del TUO:

a. Define, en su glosario de términos, al usuario, como la persona natural o jurídica que en forma eventual o permanente tiene acceso a algún servicio público o privado de telecomunicaciones;
b. Dispone que los servicios de telefonía deben operar frente al usuario como un sistema integrado de servicios (artículo 62);
c. Obliga al usuario al pago de la tarifa correspondiente como contraprestación por el uso de los servicios contratados (artículo 128, numeral 1); asimismo, obliga al buen uso, por parte de los usuarios de los servicios, lo que será susceptible de verificación por parte del concesionario que los presta (artículo 128, numeral 4);
d. Prescribe que uno de los objetivos de la homologación es garantizar la seguridad del usuario (artículo 220);
e. Establece como derecho del usuario la conexión, por parte de los operadores de los servicios de telecomunicaciones, a las redes del servicio, de los equipos terminales adquiridos o arrendados a terceros, siempre y cuando hayan sido homologados (artículo 226); y,
f. Dispone que el MTC dictará las disposiciones específicas necesarias para que el usuario pueda ejercer su derecho a elegir el operador del servicio de telecomunicaciones (artículo 227).

II.3 En lo que se refiere al RO, define como casos de afectación de los intereses de los usuarios las situaciones de monopolio, las prácticas y acuerdos restrictivos causados por una posición dominante en el mercado y las fallas de mercado (tercer párrafo del artículo 29).

II.4 En cuanto al RGSC:

a. Dispone que, cuando exista alguna controversia que involucre el interés de los usuarios, no podrá declararse el abandono del proceso ni las partes podrán desistirse de él (segundo párrafo del artículo 17); y,
b. Establece la instauración de oficio de procedimientos de solución de controversias entre empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones en los casos en que se vea comprometido el interés de los usuarios (artículo 19).

II.5 En lo que atañe al RGIS:

a. Considera como infracción grave, cometida por la empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones, la omisión de informar a los usuarios sobre la interrupción del servicio (artículo 9);
b. Establece que el ajuste, sin comunicación previa al OSIPTEL y sin la anticipación debida a los usuarios, de las tarifas, aunque no excedan los topes, constituye una infracción leve (artículo 37);
c. Desarrolla todo un capítulo (el VIII) sobre las infracciones relativas a los reclamos de los usuarios, entre las que cabe destacar: (i) la suspensión en el suministro del servicio en caso de que existiera algún reclamo pendiente de atención (artículo 47); (ii) la negación al suministro de información al Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios del OSIPTEL (en adelante, TRASU)(artículo 48); y, (iii) el incumplimiento, por las operadoras, de las disposiciones contenidas en la Directiva Procesal relativa a los procedimientos de atención a los usuarios en el interior de las empresas operadoras (artículo 49).

II.6 En lo que se refiere a otras normas:

a. La Directiva Procesal aprobada mediante Resolución del Consejo Directivo 007-94-CD/OSIPTEL establece los lineamientos procesales a que se deben sujetar las empresas operadoras a efectos de atender internamente los reclamos que formulen los usuarios;
b. El Reglamento para la Solución de los Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución del

Consejo Directivo 013-95-CD/OSIPTEL[4], crea el TRASU y contiene las reglas procesales aplicables a los reclamos formulados por los usuarios (en materias vinculadas a la facturación o a la suspensión indebida del servicio) que no hubiesen merecido una solución favorable a los usuarios por parte de las empresas operadoras; y,

c. La Resolución 036-97-CD/OSIPTEL, publicada con fecha 25 de julio de 1997, contiene la Directiva Procesal para los procedimientos de reclamos de calidad en los servicios de telecomunicaciones, que contiene las reglas básicas aplicables a los procedimientos sobre temas de calidad en el servicio que los usuarios reclamantes deben seguir tanto ante las empresas operadoras como ante el TRASU.

III. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

III.1 En el diseño del esquema regulatorio del mercado de las telecomunicaciones, se consideró indispensable asignar al OSIPTEL la facultad de solucionar controversias susceptibles de ocurrir entre empresas operadoras de los servicios públicos. Por el momento, basta señalar que el fundamento más importante de tal componente del sistema regulatorio parece haber residido en la consideración de que, dada la especialidad y complejidad técnica de la materia, era preferible la creación de un sistema administrativo de solución de controversias como etapa necesariamente previa a una posible ventilación en el Poder Judicial.

III.2 Las materias controversiales en las que puede intervenir el OSIPTEL son, básicamente, las siguientes: (i) las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre competencia y abuso de posición dominante (inciso a) del artículo 4 del RGSC); (ii) las derivadas de actuaciones que signifiquen desleal competencia entre las operadoras de servicios de telecomunicaciones (inciso b) del artículo 4 del RGSC); (iii) las relacionadas con la interconexión de los servicios y el acceso a la red en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, independientemente de que exista un contrato de interconexión (inciso c) del artículo 4 del RGSC); (iv) las relacionadas con tarifas, acuerdos de distribución, reparto de ingresos y demás compensaciones o retribuciones económicas que las empresas de telecomunicaciones se cobran entre sí (inciso d) del artículo 4 del RGSC); y, (v) las relacionadas con aspectos técnicos del servicio público de telecomunicaciones.

III.3 En el diseño normativo de la función de solución de controversias, se distingue entre el procedimiento administrativo ordinario y el procedimiento administrativo con mecanismo de tipo arbitral. En el primer caso, se trata de procedimientos que el OSIPTEL debe administrar directamente a través de la designación de Cuerpos Colegiados Ordinarios (en adelante, CCO), en la medida en que estén involucrados derechos o intereses de terceros operadores o de los usuarios, mientras que en el segundo se trata de controversias que pueden ser resueltas por una suerte de tribunales arbitrales. La existencia de estos dos procedimientos no impide, por cierto, que (i) el CCO correspondiente disponga que la controversia deje de ser ventilada en la vía ordinaria y lo sea en la que contiene el mecanismo de tipo arbitral; y, (ii) que las partes involucradas en una controversia sujeta al mecanismo de tipo arbitral administrado por el OSIPTEL, de común acuerdo, deriven la solución de la controversia a un tribunal arbitral ajeno a la administración del OSIPTEL y regido por la Ley General de Arbitraje.

III.4 Aun cuando parezca extraño a toda lógica jurídica, el ordenamiento del OSIPTEL en materia de controversias contempla también la posibilidad de que, aun cuando las partes involucradas materialmente en una controversia real no hayan decidido formalizarla ante el OSIPTEL, este último la inicie de oficio con el objeto de no dilatar la solución de un conflicto de intereses que, por necesidad, también comprende a terceros operadores o a los usuarios del servicio que corresponda.

III.5 El procedimiento propiamente dicho se caracteriza por su flexibilidad, en el sentido de que no contiene normas que *per se* lo hagan breve, en la medida en que contempla espacios adecuados para que las partes arriben a un acuerdo conciliado. Este tema, desde el punto de vista de las experiencias habidas, será desarollado más extensamente en un acápite ulterior.

III.6 Los CCO que tienen a su cargo la resolución de las controversias están conformados por profesionales que en su gran mayoría no son funcionarios ni consultores del OSIPTEL, siguiéndose, de esa manera, el modelo de las Comisiones del INDECOPI.

III.7 Los Cuerpos Colegiados emiten resoluciones en una primera instancia administrativa, correspondiendo asumir las funciones de segunda y últi-

[4] Modificado mediante Resolución 010-97-CD/OSIPTEL, publicada el 16 de mayo de 1997.

ma instancia administrativa al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL. Las resoluciones de este último son obviamente recurribles ante el Poder Judicial, en la vía contencioso-administrativa.

III.8 También en este caso, siguiéndose el modelo del INDECOPI, aun cuando se hayan instaurado algunas importantes peculiaridades, el ordenamiento legal sobre solución de controversias en el OSIPTEL contempla la existencia y operación de Secretarías Técnicas que la institución provee como apoyo administrativo, técnico y logístico a la tarea materialmente jurisdiccional que ejercen los Cuerpos Colegiados.

IV. EL OSIPTEL

IV.1 La finalidad del OSIPTEL es lograr el acceso del mayor número de personas a los servicios públicos de telecomunicaciones, con niveles óptimos de calidad y eficiencia, dentro de un esquema de libre y leal competencia entre las empresas operadoras; es así que el OSIPTEL debe proteger al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de las prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, así como a los usuarios y a las empresas que presten dichos servicios.

IV.2 Los objetivos del OSIPTEL son (i) promover el desarrollo, modernización y mejora de la calidad y eficiencia de los servicios públicos de telecomunicaciones mediante el crecimiento de la inversión privada en telecomunicaciones; (ii) fomentar y promover una libre, leal y efectiva competencia entre empresas operadoras, así como el cumplimiento de los principios de no discriminación, equidad y neutralidad de tratamiento en la prestación de servicios; y (iii) velar por el establecimiento y aplicación de sistemas de tarifas y cargos de interconexión que permitan cumplir los objetivos señalados anteriormente.

IV.3 Entre otras, las principales competencias exclusivas del OSIPTEL son: (i) establecer las normas que regulen el comportamiento de las empresas operadoras (sobre la base de los principios de equidad, no discriminación, neutralidad y libre y leal competencia); (ii) fijar los sistemas de tarifas y de cargos de interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones; (iii) establecer las reglas para su aplicación y supervisar su cumplimiento; (iv) expedir las normas técnicas, económicas y legales a las que deben sujetarse los contratos de interconexión, aprobarlos y, de ser pertinente, modificarlos; (v) supervisar los niveles de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, el cumplimiento de las normas técnicas de interconexión, y la competencia entre empresas operadoras; (vi) aprobar las condiciones de uso para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones; (vii) resolver controversias entre empresas operadoras por la vía administrativa; (viii) expedir normas generales para la atención, por parte del OSIPTEL, de los reclamos de los usuarios cuya atención haya sido denegada por las empresas operadoras; (ix) aplicar, tanto a las empresas operadoras como a los usuarios, las sanciones previstas en la legislación vigente por infracción a las normas legales o contractuales en los ámbitos de competencia del OSIPTEL; y, (x) ejercer las funciones que le sean delegadas por el MTC a través de Resolución Ministerial o de los contratos de concesión.

IV.4 El OSIPTEL, en el ejercicio de sus funciones, puede hacer uso de sus potestades (i) regulatoria y normativa, por las cuales se le faculta a dictar, en materias de su competencia: reglamentos autónomos, normas de carácter general y mandatos, u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de empresas operadoras o usuarios en materias de su competencia; (ii) correctiva y sancionadora, mediante las cuales al OSIPTEL se le faculta para disponer la aplicación de medidas cautelares o correctivas que permitan asegurar el cumplimiento de futuras resoluciones o corregir una conductas que no se ajusten a la normatividad, finalidad, objetivos o principios que rigen la prestación y el uso de los servicios públicos de telecomunicaciones; y, (iii) de solución de controversias, la cual consiste en la atribución del OSIPTEL de componer intereses contrapuestos, reconociendo o desestimando derechos invocados o pretensiones formuladas.

V. MÁS ALLÁ DEL MARCO NORMATIVO

V.1 Libre y leal competencia

a. Aun cuando, en apariencia, el período de concurrencia limitada establecido por la Ley de Desarrollo Constitucional 26285 se restringe a los servicios de telefonía fija local, de portador de larga distancia nacional (LDN) y de portador de larga distancia internacional (LDI), es indudable que el eufemismo ínsito en la expresión «concurrencia limitada» (i) oculta la existencia de un monopolio legal sobre tales servicios; y, (ii) no considera que el funcionamiento de varios otros servicios (sobre todo los de valor añadido) depende del comportamiento del monopolio legal.
   El monopolio legal controla lo que se ha dado en denominar las «instalaciones esenciales», que han sido definidas en borrador por el proyecto de Reglamento de Interconexión puesto reciente-

mente en discusión pública por el OSIPTEL [5]. La administración y el manejo de las «instalaciones esenciales», más allá de la denominación que se quiera asignar a la operación de una determinada empresa (monopolio, posición de dominio en el mercado o concurrencia limitada), constituyen los componentes básicos de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, en la medida en que, para referirnos nuevamente a la definición contenida en la nota a pie de página 5, son manejadas exclusiva o predominantemente «por un solo proveedor o por un número limitado de ellos y cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico».

Las instalaciones esenciales deben ser susceptibles de desagregación, lo que importa una significativa innovación en el marco teórico de la interconexión: el que se interconecta puede decidir el empleo de algunas -pero no necesariamente de todas- las instalaciones esenciales. Resulta fundamental que la normatividad a ponerse en vigencia (i) consagre el concepto de instalaciones esenciales; y, (ii) permita su desagregación a efectos del mejor funcionamiento de la libre competencia y de la vigencia de impedimentos al abuso de la posición de dominio en el mercado.

b. El tema de las instalaciones esenciales y su deseable desagregación evoca, irremisiblemente, el del enfoque básico de la entidad supervisora. No se debe tratar, a propósito del organismo supervisor, de asumir que el mercado de las telecomunicaciones está compuesto por un sinnúmero de agentes que deban ser objeto de supervisión. Resulta obvio, a estas alturas, que la performance más adecuada del OSIPTEL, en términos de regulación y supervisión, debiera concentrarse, en considerable medida, en la empresa dominante.
c. El OSIPTEL enfrenta serios problemas vinculados a la probanza de los actos objeto de supervisión, en medida considerable porque la empresa dominante se ha negado de manera sistemática a suministrar la información indispensable para el ejercicio de tal atribución. Ya ha perdido en primera instancia la empresa dominante la acción de amparo que incoara contra el OSIPTEL cuando se le multó por no suministrar información sobre su mercado de valor añadido escudándose en su obligación de proteger el derecho a la privacidad y al secreto de las telecomunicaciones, y es deseable que el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, en su caso, sienten un precedente definitorio que impida que tal pretexto siga siendo utilizado a efectos de impedir la acción supervisora orientada a proteger la libre y leal competencia.
d. Por lo demás, el OSIPTEL parece «carecer de uñas» a efectos del ejercicio de su función supervisora. Mientras que el INDECOPI, por ejemplo, está legalmente facultado a intervenir físicamente las instalaciones de la empresa denunciada en cualquier caso de prácticas restrictivas (como efectivamente ha hecho en más de un caso), el OSIPTEL carece de tales herramientas coercitivas. No hay duda de que los abogados de la empresa dominante pueden escudarse en el argumento de que los Contratos de Concesión no prevén nada al respecto, pero habría que considerar si es cierto o no que los mismos impiden al Estado el ejercicio de una función que le es natural en el marco de la legislación vigente antes de la suscripción de tales contratos. Lo lógico sería complementar y puntualizar, como se ha hecho en el INDECOPI, las facultades de intervención y de investigación del OSIPTEL, con el objeto de no dejar al arbitrio de la empresa dominante el ejercicio real de una facultad que, por definición, pertenece a los organismos supervisores del Estado.
e. El tema de la libre y leal competencia es indesligable del tema del acceso al mercado. No parece ser lógico que la misma entidad que debe vigilar por atribución legal la libre y leal competencia no tenga ninguna participación en el otorgamiento y en la revocación de las concesiones en el ámbito de las telecomunicaciones. Puede no ser lo más adecuado, a estas alturas, que el OSIPTEL retome sus atribuciones en esta materia, pero lo que sí parece ser concluyente es que la entidad que otorgue y revoque concesiones en el MTC coordine estrechamente con el OSIPTEL.

V.1.1 Es evidente que, actualmente, no se puede hablar de libre competencia en telecomunicaciones. Está distorsionada por el período de concurrencia limitada (telefonía fija local, portadores de larga distancia nacional e internacional), porque aunque sólo sea para los tres servicios señalados anteriormente, en principio, en un esquema de libre competencia, el beneficiario de esa ventaja controla el acceso a los recursos esenciales (ver prepublicación

[5] Las «instalaciones esenciales» han sido definidas por el proyecto mencionado como «toda parte de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que (i) sea suminsitrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y, (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico» (artículo 6 del Proyecto de Reglamento de Interconexión, publicado en el diario oficial «El Peruano» con fecha 29 de octubre de 1997).

del reglamento de interconexión); y eso trae como consecuencia problemas de potencial abuso de posición dominante de mercado.Una manera de combatir este problema sería implantar un mejor sistema de control por parte del OSIPTEL, a fin de fortalecer el rol supervisor de éste respecto de las empresas dominantes.

V.1.2 Existen dificultades prácticas de probanza :
a) en situaciones de abuso de posición de dominio; y
b) en situaciones de existencia de prácticas restrictivas de mercado.

Tales difucultades se deben principalmente a:
(i) la reticencia de la empresa dominante a suministrar la información que OSIPTEL solicita amparándose en la violación del principio constitucional (ver constitución); y
(ii) que, además de las limitaciones existentes dentro del esquema sancionatorio, el OSIPTEL presenta deficiencias en su sistema coercitivo para acceder a las informaciones, debiendo tener un tratamiento similar al del INDECOPI.

V.1.3 El instrumento básico para lograr la libre y leal competencia es el perfil definido de la interconexión y no existe un reglamento al respecto.

V.1.4 El tema del acceso no debería estar a cargo de una entidad que no se dedica exclusivamente a ese asunto.

V.2 Usuarios

Respecto al tema de los usuarios, es importante mencionar que el sistema adoptado ha funcionado, funcionó y viene funcionando satisfactoriamente.

Debe señalarse que, si bien los reclamos de los usuarios exhiben un incremento notorio, tal circunstancia debe atribuirse principalmente al significativo crecimiento de la red. Debe destacarse que problemas que eran objeto de reclamos masivos han disminuido ostensiblemente gracias a la existencia de una relación positiva entre el OSIPTEL y las empresas operadoras -sensiblemente, Telefónica del Perú S.A., en esta materia- además de la implementación de una política conducente a la realización de campañas publicitarias -organizadas tanto por el OSIPTEL como por las empresas operadoras- dirigidas a educar e informar al público usuario sobre temas de su interés, por tratarse de los principalmente orientados a sus deberes y derechos.

Otro de los motivos por el cual el mencionado esquema viene funcionando eficazmente ha consistido es en la creación, implementación y "puesta en acción práctica" del TRASU. Asimismo, el OSIPTEL ha establecido un servicio de orientación al usuario, el cual constituye un sistema preventivo de posibles conflictos entre los usuarios y las empresas operadoras.

Todos estos logros se deben principalmente a la emisión de sendas directivas sobre facturación y calidad, las cuales vienen siendo acatadas por las empresas operadoras, y al funcionamiento efectivo del servicio de orientación al usuario creado, instaurado y administrado por el OSIPTEL.

V.3 Solución de Controversias

Muchas veces las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones prefieren mantener latente alguna controversia debido a que económicamente es lo más conveniente para ellas, o por cualquier otra razón, lo cual ha traído como consecuencia, frecuentemente, la seria afectación de intereses de usuarios o de terceras empresas operadoras. En relación a este tema, hay que señalar un aspecto positivo del ordenamiento legal sobre solución de controversias del OSIPTEL, y es que se contempla la obligación de este último de iniciar de oficio el procedimiento de solución de controversias, aun cuando las partes involucradas no lo hayan hecho formalmente, siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos de fondo : (i) la afectación del interés de los usuarios, o de otra u otras empresas operadoras; y, (ii) la existencia efectiva y material, mas no necesariamente formal, de un litigio.

Esta obligación asumida por el OSIPTEL constituye una importante innovación, la cual que ha rendido ya sus frutos.

De otro lado, el RGSC pone especial énfasis en el tema de la conciliación, bajo la premisa de que lo ideal es reducir los costos de transacción de las partes involucradas, proteger adecuadamente los derechos de los usuarios y evitarle al propio Estado la generación de más distorsiones en el mercado, para lo cual lo que se pretende es que las partes lleguen a un acuerdo conciliado facilitado por el OSIPTEL.

Sin embargo, existe un aspecto negativo en torno al tratamiento de la conciliación en el RGSC. El problema surge debido a la flexibilidad que, tanto los CCO del OSIPTEL como las partes involucradas, tienen para alargar las audiencias a fin de lograr la conciliación. Ello se puede ilustrar perfectamente con los casos de las controversias de RCP contra Telefónica del Perú sobre actos de competencia desleal y otros,

la cual fue iniciada el 19 de febrero de 1996 y terminó, en primera instancia, el 14 de octubre de 1997; y la controversia iniciada por TELE2000 contra Telefónica del Perú sobre ejecución de contrato de *roaming*, la cual que empezó el 9 de mayo de 1995 y terminó, en primera instancia, el 1 de julio de 1997.

V.4 El OSIPTEL

a. El Consejo Directivo del OSIPTEL está compuesto por tres (3) representantes del Estado: (i) un representante del Presidente de la República, quien lo preside; (ii) un representante del MTC, designado por el Presidente de la República, quien actuará como Vice-Presidente; y, (iii) un representante del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF), quien también será designado por el Presidente de la República.
   Junto a ellos, coinciden en el mismo Directorio: (i) un representante de los usuarios de los servicios finales de telecomunicaciones de carácter público, elegido por las asociaciones reconocidas a tal efecto por el INDECOPI, y nombrado también por el Presidente de la República; (ii) un representante de las empresas concesionarias de servicios portadores elegido por las mismas; y, (iii) un representante de las empresas concesionarias de teleservicios o servicios finales, elegido por las mismas.
b. A todas luces, una composición de esta naturaleza del Consejo Directivo del OSIPTEL no parece ser la más adecuada, ya que: (i) los representantes del Estado suman un número igual a aquél que suman quienes no lo son; (ii) no tiene mucho sentido que las empresas supervisadas tengan participación tan gravitante en el gobierno del Organismo Supervisor; (iii) los representantes del Presidente de la República, del MTC y del MEF tienen un mandato que no se condice con el sistema institucional peruano, ya que mientras los Ministros que hayan refrendado su designación son políticamente responsables por las decisiones en que intervengan sus representantes, su designación es por período tasado y sus funciones pueden ser ejercidas con total independencia, lo que, incluso, determina que, en caso de remoción, deba intervenir el Presidente de la República.
   Estamos ante un total trastocamiento de nuestra historia y marco institucionales, ya que resultaría siendo este caso el único en que coexisten Ministros responsables políticamente ante el Congreso con la designación de los funcionarios con capacidad de decisión que no deben responder ante nadie que no sea el Presidente de la República, que, como se sabe, carece de responsabilidad política.

VI. CONCLUSIONES

VI.1 En lo que se refiere al tema de la libre competencia, resulta indudable que, incluso en el contexto del denominado período de concurrencia limitada, a OSIPTEL se le debe conferir atribuciones similares a las que tiene el INDECOPI en la investigación y sanción de actos contrarios a la libre y leal competencia, lo que desde ningún punto de vista debiera significar que se deje de considerar la importancia de poner en vigencia un adecuado Reglamento de Interconexión que incorpore la noción de instalaciones esenciales y la de su necesaria y conveniente desagregación.

VI.2 En lo que atañe a los usuarios, es posible que ciertas modificaciones en el régimen organizativo interno del OSIPTEL maximicen los éxitos obtenidos hasta el momento.

VI.3 En lo que se refiere a los procedimientos a seguir en caso de controversias, debe modificarse el ordenamiento vigente, de manera que permita no extender innecesariamente el período conducente a obtener un acuerdo conciliado entre las partes.

VI.4 En lo atingente a la organización y estructura del OSIPTEL, es urgente revisar las consideraciones subyacentes a la lamentable circunstancia de que las empresas supervisadas y los gremios de usuarios -que siempre tienen una representatividad discutible- puedan eventualmente hacer valer su hegemonía sobre los representantes del Estado en el órgano superior de gobierno de una institución supervisora. Lo que equivale a sostener que (i) el Consejo Directivo debiera estar exclusivamente conformado por representantes del Estado; y, (ii) que los representantes del Estado debieran asumir un perfil jurídico concordante con nuestra tradición y estructura institucional, marcadamente caracterizada por la responsabilidad política de los Ministros, salvo que se decidiera, claro está, realizar una significativa reforma constitucional en el sentido de asegurar que no sean sólo los Ministros los políticamente responsables ante el Congreso (que sería lo óptimo).

NOTARIA Rodríguez Velarde

DR. JAVIER RODRIGUEZ VELARDE
Abogado - Notario

Horario de atención:
De Lunes a Viernes: De 9.00 am a 7.00 pm
Los Sábados de: 9.00 am a 1.00 pm.

Av. Cayma, Edificio Banco de Lima, Of. 3 (segundo piso) Telefax: 255-559 AREQUIPA

ESTUDIO AGUIRRE CHUMBIMUNI ABOGADOS

Javier A. Aguirre Chumbimuni
Juana Luz Moscoso Callo

ESPECIALISTAS EN:
DERECHO PENAL

✉ Av. Carlos Villarán N° 351, Urb. Santa Catalina. Lima 13 - Perú.
☎ (0051-1) 471.2982 y (0051-1) 472.6270 Facsimil: (0051-1) 471.2982

EL RÉGIMEN FISCAL DE ATRIBUCIÓN DE RENTAS E IMPUESTO EN LAS ASOCIACIONES EN PARTICIPACIÓN Y LOS JOINT VENTURES* **

Roger Rubio Guerrero***

Quizás resulte ocioso sostener que un régimen tributario nítido y transparente es un presupuesto insoslayable cuando se trata de asignar a la inversión privada un rol protagónico en la economía del país. Sin embargo, siempre es útil recordar que existen alternativas que, difiriendo de las que se han establecido en una primera instancia, guardan una mayor consistencia con dicha consigna.

En esta línea, el autor del presente artículo formula, acerca de las normas que regulan el régimen del impuesto a la renta de las asociaciones en participación y los joint ventures, una propuesta integral que alentaría inversiones de gran envergadura al mismo tiempo que permitiría una recaudación y fiscalización eficiente del impuesto.

1. INTRODUCCIÓN.

El artículo 141 del Decreto Legislativo 774, Ley del Impuesto a la Renta (LIR), y el artículo 3 de la Ley 26777, Ley del Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (LIEAN), establecen una regulación homogénea respecto del régimen fiscal en los contratos de colaboración empresarial, sin ningún tipo de distinción. Así, las asociaciones en participación, *joint ventures*, consorcios, comunidades de bienes y demás contratos de colaboración empresarial, para efectos del Impuesto a la Renta y del Impuesto Extraordinario a los Activos Netos, tributan de la misma manera; es decir, en términos generales, las rentas y el impuesto, respectivamente, se atribuyen a las personas naturales o jurídicas que las integran o que sean parte contratante.

Esta opción legislativa, sin embargo, no sólo distorsiona el sentido que tienen dichas figuras en el tráfico mercantil -al no haber regulado para cada una de ellas un régimen diferenciado en atención a su naturaleza jurídica- sino que además dificulta una recaudación y fiscalización eficiente que a su vez fomente de manera adecuada las inversiones nacionales y extranjeras en nuestro país. Sobre esta premisa, el presente trabajo pretende analizar las implicancias del régimen de "atribución de rentas" en mente de las partes contratantes, cuando se trata del Impuesto a la Renta del Régimen General, así como de la "atribución del impuesto" cuando se trata del Impuesto Extraordinario a los Activos Netos.

* A mis padres, con amor incansable.

** Agradecemos los valiosos comentarios y sugerencias a los borradores finales de este trabajo del Dr. Francisco Ruiz de Castilla y en especial de José Juan Haro y Mary Perales.

*** Bachiller en Derecho.

A efectos de delimitar el alcance de este trabajo, hemos preferido avocarnos al estudio de sólo dos figuras de las mencionadas en el referido artículo 14 de la LIR[1] -la Asociación en Participación y el *Joint Venture*- por ser las más usadas, las más confundidas y, sobre todo, por evidenciarse en ellas, con mayor énfasis que en las otras, el inapropiado régimen de "atribución de rentas" y "atribución de impuesto" por el que han optado la LIR y la LIEAN, respectivamente.

2. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y EL *JOINT VENTURE* EN EL DERECHO MERCANTIL.-

La doctrina en Derecho Mercantil no es pacífica al abordar el estudio de este tipo de contratos. Hay quienes sostienen que la Asociación en Participación y el *Joint Venture* son figuras contractuales con diferencias sustanciales, mientras que de otro lado hay quienes afirman que ambas figuras son esencialmente similares. Según la regulación legislativa que tienen dichos contratos en nuestro ordenamiento jurídico, nos atrevemos a suscribir la primera posición. En efecto, la Ley General de Sociedades (LGS), en sus artículos 398 y siguientes, regula a la Asociación en Participación[2] como una Asociación en Participación oculta[3], mientras que el *Joint Venture* aparece regulado en diversas normas sectoriales con un contenido particular en cada caso, que difiere sustancialmente de la Asociación en Participación a que se refiere la LGS.[4]

Tomando como base esta circunstancia, definamos previamente cada contrato y anotemos luego algunas de las diferencias más saltantes entre ambos. La Asociación en Participación es el "contrato por el que una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios,[5] una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio". Quien ha de dirigir las operaciones se denomina "asociante" y quien participa en los resultados se denomina "asociado".[6] El *Joint Venture* por su parte, "es el contrato por el cual dos o más partes (personas naturales o jurídicas) acuerdan participar conjuntamente en un negocio, obra o explotación específicos, complementando su capacidad o infraestructura empresariales, a efectos de lograr beneficios económicos".[7]

[1] Modificado por el Decreto Legislativo 799.

[2] El Proyecto de la Ley General de Sociedades, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10/05/97, regula en sus artículos 438 al 448 las Asociaciones en Participación con características similares a las contenidas en la vigente Ley General de Sociedades.

[3] Al respecto, ver PASTOR ARGUMEDO, Reynaldo: El *Joint Venture* y la Asociación en Participación. Tesis de grado. 1982. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 131.

[4] En nuestro ordenamiento jurídico, los *Joint Ventures* aparecen regulados en las siguientes normas: Decreto Supremo 034-80-VC -Reglamento Único de Licitaciones y Contrato de Obras Públicas- (artículos 3.2.4, 3.2.5, 3.3.3 y 4.22 inciso e), como "Asociación temporal de contratistas"; Decreto Supremo 010-88-PE reglamentario de la Ley 24790 (Ley General de Pesquería) como "operaciones conjuntas de pesca"; la Ley General de Minería -Texto Único Decreto Supremo 014-92-EM- (artículos 204 y 205) y su Reglamento el Decreto Supremo 03-94-EM como "contratos de riesgo compartido", el Decreto Legislativo 708 -Ley de promoción de inversiones en el sector minero-, como "contratos de riesgo compartido" o "*joint venture*" y el Decreto Legislativo 674 -Ley de Promoción a la inversión privada- (artículo 2) como "*joint ventures*". Al respecto, ver el trabajo realizado por los doctores Enrique ELIAS LAROZA, Julio SALAS SANCHEZ, Juan DEL BUSTO QUIÑONES y José Manuel CALLE FIOCCO, sobre "Los Contratos de colaboración empresarial" y SIERRALTA RIOS, Aníbal: El Contrato de *Joint Venture*; y de otro lado, el trabajo de CASTAÑEDA RAMIREZ, Luis: "Los contratos de colaboración empresarial (*Joint Venture*/Asociación en Participación/Consorcio). El primero y el segundo, en Cuadernos Tributarios N° 15 (Julio, 1993) y el tercero en el N° 16 (Diciembre, 1993). Veáse también ALBA GARCÍA, Marianela: *Joint Ventures*. Tesis para obtener el título de Abogado, 1995; Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. p. 225-249, quien discrepa sosteniendo que los contratos regulados en el Decreto Legislativo 662 -Estabilidad jurídica a la inversión extranjera- (artículo 1, inciso h) y Decreto Supremo 162-92-EF -Reglamento de Regímenes de garantía a la inversión privada- (artículo 1, inciso a.a.3) sean *joint ventures*.

[5] La LGS habla inapropiadamente de "aportes", defecto que se corrige en el Proyecto de la Nueva Ley General de Sociedades que habla más bien de "contribuciones" (artículo 423).

[6] Definición recogida de PUENTE Y CALVO, citado por PANTIGOSO VELLOSO DA SILVEIRA, Francisco. Los *Joint Ventures* en relación a la Tributación. En: Cuadernos Tributarios N° 15, Lima, Julio 1993. p.122.

[7] Definición tomada de TALLEDO, César y CALLE, José Manuel. Manual Societario, Tomo 2. Lima: Ed. Economía y Finanzas, 1992, p 401. Sobre los diferentes conceptos y modalidades de *Joint Ventures*, puede revisarse ASTOLFI, Andrea; "El contrato internacional de *Joint Venture*". Buenos Aires, Depalma, 1983. p. 33-51; LE PERA, Sergio: *Joint Venture* y Sociedad. Acuerdos de Coparticipación empresarial. Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 83-90 y 211-216; COLAICOVO, Juan Luis y otros: *Joint Ventures* y otras formas de cooperación empresarial internacional. Buenos Aires, 1992, Ediciones Macchi, p. 161-169; HARRIGAN, Katthryn Rudie: *Joint Venture*. Los secretos para una administración exitosa. Buenos Aires, Editorial Tesis, 1992, p. 3-6 y 241-250; FARINA, Juan M.: Contratos Comerciales Modernos. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993. p. 750-767; SIERRALTA RIOS, Aníbal y OLAVO BAPTISTA, Luis: Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p. 186-192, CHULI, VICINT, Eduardo y BELTRAN ALANDETE, Teresa: Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos.I. Barcelona, Jose María Bosch Editor S.A., 1994. p. 73-84; y ALBA GARCÍA: Op. cit. p. 81-123.

Algunos de los aspectos señalados por la doctrina que las diferencian se mencionan a continuación:[8]

- En la Asociación en Participación, las partes no tienen equidad en cuanto a su posición contractual, pues existe un asociado que contribuye con bienes o servicios para participar porcentualmente de las utilidades o pérdidas que produzca un negocio pre-establecido de propiedad del asociante. En cambio, en el *Joint Venture*, todos los *venturers* realizan contribuciones para obtener utilidades o compartir pérdidas proporcionales a ellas, respecto a un negocio nuevo, común y específico que emprenden.
- En la Asociación en Participación, sólo los asociados realizan contribuciones, mientras que, en el *Joint Venture*, todos los *venturers* realizan contribuciones.
- La Asociación en Participación es una asociación oculta que no se revela a terceros, mientras que el *Joint Venture* no conlleva dicha característica.
- En la Asociación en Participación, la administración está cargo de un socio gestor (asociante), mientras que, en el *Joint Venture*, la administración del negocio está a cargo de todos los *venturers*, salvo el caso de que se nombre a un gestor, el cual obrará en nombre propio y de todos los integrantes.
- En la Asociación en Participación, por su carácter oculto, la responsabilidad de los asociados es sólo frente al asociante, en forma limitada al monto de la contribución. Los asociados no son responsables frente a terceros, en la medida que el asociante actúa frente a los mismos como propietario del negocio; por consiguiente, los asociados no poseen acción contra los terceros, ni éstos contra aquéllos. En el *Joint Venture*, lo actuado por cada *venturer* le genera a cada uno una responsabilidad distinta; sin embargo, cuando se trata de la responsabilidad del mismo *Joint Venture* -y no de la actuación independiente de sus partes- la responsabilidad es mancomunada e ilimitada, salvo que se pacte la solidaridad.
- La Asociación en Participación no posee patrimonio separado del de los participantes, ya que los bienes con los que estos contribuyen se incorporan al patrimonio del gestor. En el *Joint Venture*, los *venturers* mantienen la propiedad de los bienes con los que colaboran formando más bien una "comunidad de intereses" destinada a la ejecución del negocio.
- En la Asociación en Participación no existe "*affectio societatis*", ya que al estar el asociante a cargo de la administración y gestión del negocio, obra en nombre propio, a título de dueño del mismo. En el *Joint Venture*, en cambio, sí hay "*affectio societatis*", en la medida en que cada asociado tiene una participación activa y de colaboración en la explotación del negocio.
- Dada la naturaleza y la regulación misma de la Asociación en Participación, su utilidad reside en negocios y proyectos de pequeña o mediana envergadura, que no implican mayor riesgo. El *Joint Venture*, por el contrario, se caracteriza por ser utilizado en proyectos y negocios cuya complejidad y envergadura financiera y técnica implican un riesgo que es imprescindible compartir para poder llevarlos a cabo.

3. EL RÉGIMEN DE IMPUESTO A LA RENTA.-

a) Capacidad tributaria

La LIR no les concede a las Asociaciones en Participación y a los *Joint Ventures* personalidad jurídica -respetando así una característica esencial que poseen en el Derecho Mercantil- ni los reconoce como "contribuyentes", a efectos de poder tributar como tales respecto de sus rentas. Sin embargo, en virtud de que realizan actividades relacionadas con rentas de tercera categoría, para gravar sus rentas recurre a la figura de "atribución de las rentas" que generan en cada una de sus partes contratantes. De esta manera, las rentas quedan afectas al impuesto, pero no directamente aplicando la tasa del 30% sobre ellas, sino indirectamente sobre la renta global de cada una de sus partes contratantes, en las que se incluye las rentas proporcionales que reciben por estos contratos.[9] Es importante anotar,

[8] Estas diferencias han sido tomadas y concordadas de PASTOR ARGUMEDO, Reynaldo. Op. cit. p. 144-153 (este autor diferencia a la Asociación en Participación Oculta de la Asociación en Participación Ostensible, identificando ésta última con los *Joint Ventures*); MANSILLA VASQUEZ, Jorge L.: "*El Joint Venture* en el Derecho Comercial Moderno". En Advocatus, Año I, segunda entrega, Lima, 1990, p. 42-43; TALLEDO y CALLE. Op. cit., p. 383-415; TORRES VASQUEZ, Aníbal: *Joint Venture*. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Volumen 49, Lima, 1991-92. p. 270-272, ELÍAS y otros. Op. cit., p. 176-177; PANTIGOSO VELLOSO DA SILVEIRA. Op. cit., p. 132 y 133 (este autor anota las diferencias entre ambas figuras y las desvirtuadas por considerarlas asimilables); y ALBA GARCÍA. Op. cit. p. 222-224.

[9] Podría afirmarse que ello de alguna manera constituye una excepción a la regla del artículo 25 que establece que "Los perceptores de dividendos o utilidades de otras empresas, no las computarán para la determinación de su renta imponible"; sin embargo, es necesario aclarar que en este caso no existe propiamente una "distribución de utilidades", sino más bien una "atribución de rentas" que la LIR ordena para efectos tributarios (artículo 29). La distinción es importante porque, en el primer caso, la LIR grava directamente las utilidades que la empresa genera, lo que justifica que no lo haga respecto de los dividendos que distribuye para evitar la doble imposición; mientras que en el segundo caso, cada parte recibe su renta sin haber sido gravada.

siguiendo a Pantigoso Velloso Da Silveira, que aquí estrictamente habría sólo una "atribución de rentas" y no propiamente "transparencia fiscal", al no existir el levantamiento de una personalidad jurídica.[10]

Ahora bien, ¿es esta la forma más eficiente de regular el régimen de Impuesto a la Renta tratándose de estas figuras contractuales?; ¿por qué el legislador no afectó directamente las rentas que generan estas figuras?. La LIR, ha sido consecuente con el ordenamiento jurídico al no reconocerles personalidad jurídica; sin embargo, al negarles la calidad de "contribuyentes", por establecer un régimen en grave perjuicio de su diferente naturaleza jurídica y de una imposición fiscal más sencilla, pretende fomentar las inversiones con un mayor desplazamiento de las rentas gravadas. En el caso de las Asociaciones en Participación, negarles la calidad de contribuyentes resulta siendo definitivamente apropiado, en tanto se trata de un contrato que busca otorgar a los asociados participaciones en un negocio determinado -razón por la cual debió establecerse una regulación especial diversa a la vigente-. Sin embargo, el caso del reconocimiento de los *Joint Ventures* como "contribuyentes" se justificaba plenamente, al estar los *venturers* en una posición contractual de equidad. Hay que tomar en cuenta además, su capacidad contributiva, pues como afirma Svarcic De Koch: "el Derecho Tributario puede designar como contribuyentes a entes o patrimonios, a los cuales no se considera capaces de adquirir derechos y asumir obligaciones, o negar dicha calidad a determinados entes o patrimonios del derecho común con capacidad jurídica. Y ello principalmente porque el Derecho Común no reconoce las manifestaciones de una aptitud o capacidad económica primordial en el Derecho Tributario: la capacidad contributiva del contribuyente, reconocimiento que el legislador tributario realiza a través del hecho imponible"[11]. Por ello, creemos que el Derecho Tributario, al ser un Derecho Público, debe imponerse sobre la regulación del Derecho Privado, pero para efectos de regular una tributación más eficiente, atendiendo a la capacidad contributiva de los *Joint Ventures*. En este sentido, dice Saccone: "Negada esa calidad de sujeto de derecho -en el privado-, o no reconocida, la ley fiscal puede tener entidad suficiente para otorgársela como sujeto de Derecho Tributario, si se considera que constituye una unidad económica para la atribución del hecho imponible, esto es, que con respecto a la misma puede adjudicarse la titularidad del presupuesto de hecho que genera la obligación tributaria".[12]

En nuestro ordenamiento jurídico-tributario, recordemos, ni el Código Tributario (Decreto Legislativo 816),[13] ni la LIR, ni la LIEAN reconocen expresamente a las Asociaciones en Participación y a los *Joint Ventures*, como "contribuyentes".[14]

b) Tributación en cabeza de los contratantes

Actualmente, el sistema está regulado de tal manera que confunde y complica la tributación en lo que concierne a estos contratos de colaboración empresarial. Así, tanto las Asociaciones en Participación como los *Joint Ventures* tributan de la misma manera para efectos del Impuesto a la Renta, vale decir, atribuyendo sus rentas en cabeza de cada una de sus partes contratantes y en relación a la proporción que les corresponde de acuerdo al contrato, al cierre del ejercicio gravable o al término del contrato, lo que

[10] Anota dicho autor respecto de este concepto: "Recuerdese que la transparencia fiscal, de acuerdo a BADENES y GARRIGA, es una modalidad impositiva, en virtud de la cual determinadas entidades con personalidad jurídica, en determinados supuestos obligatoriamente, y en otros opcionalmente, no tributan por el impuesto de sociedades, imputándose los rendimientos positivos o negativos obtenidos a las personas físicas o jurídicas que las componen, las cuales tributarán por esos rendimientos, con cualesquiera otros que pudieran existir y le fueran imputables, a tenor de lo previsto en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, o bien en el impuesto a las sociedades, en proporción a su participación en las entidades". PANTIGOSO VELLOSO DA SILVEIRA. Op. cit., p. 136 y 137. Sin embargo CASTAÑEDA RAMÍREZ. Op. cit. p. 50, afirma que estamos frente al principio de transparencia fiscal por no constituir los *Joint Ventures* una persona jurídica distinta a sus miembros.

[11] Ver SVARCIC DE KOCH, Katica: Régimen contable y tributario aplicable a los *Joint Ventures*. En: Cuadernos Tributarios No 15, Lima, julio 1993, p. 163.

[12] Citado por PANTIGOSO VELLOSO DA SILVEIRA. Op. cit., p 134.

[13] Sobre los alcances del artículo 21 del Código Tributario y la imposibilidad de considerar a los *Joint Ventures* como "comunidad de bienes", "patrimonios" y otros "entes colectivos", ver Svarcic De Koch. Op. cit., p. 163 y 164. Una posición contraria véase en CASTAÑEDA RAMÍREZ. Op. cit., p. 50 y 51.

[14] La Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (Decreto Legislativo 821) es la única norma dentro del ordenamiento jurídico-tributario que reconoce "expresamente" a los *joint ventures* y otras formas de contratos de colaboración empresarial como "contribuyentes" del Impuesto General a las Ventas, siempre que lleven contabilidad independiente (artículo 9), y establece reglas especiales para su aplicación. El Reglamento excluye, sin embargo, de los contratos de colaboración empresarial a las Asociaciones en Participación, entendemos que por razones de índole operativa; véase artículo 4.3.

ocurra primero.[15] Esto significa, entre otras cosas, que las partes contratantes deberán sumar las rentas que reciben por dichos contratos a su renta de tercera categoría y, sobre el total, deberán calcular el impuesto.[16]

Pues bien, siendo esto así, tendríamos que los contribuyentes domiciliados en el país que perciben rentas de tercera categoría, y que sean parte contratante, podrían utilizar las rentas de un *Joint Venture*, por ejemplo, a efectos de determinar su pérdida neta total de tercera categoría. Ésta, de existir, deberá compensarse con las rentas netas de tercera categoría que obtenga en los cuatro ejercicios inmediatos posteriores (artículo 50 de la LIR), convirtiéndose de esta manera los *Joint Ventures* en instrumentos para aligerar la carga tributaria de grupos empresariales que pueden decidir otorgarle a una empresa que arroja pérdidas la mayor participación, sirviendo así de vehículo para la elusión perfecta; y es que las rentas que arroje el *Joint Venture*, por muy elevadas que sean, se utilizarán para compensar pérdidas, lo que en el mejor de los casos podrá arrojar una renta muy pequeña, sobre la cual se tributará.[17]

Ahora bien, el problema no concluye ahí. La LIR, como hemos anotado, ha optado por establecer un mismo régimen de tributación para las Asociaciones en Participación y los *Joint Ventures*, según lo dispuesto por los artículos 14 y 29 de la LIR. Bajo estos parámetros, si en nuestro país se celebra un contrato de Asociación en Participación, se regirá por lo establecido en los artículos 398 y siguientes de la LGS, que entre otras cosas establecen que la gestión del negocio corresponde al asociante (artículo 403), quien obra en nombre propio, sin que exista relación jurídica entre los terceros y los asociados; así, los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente al asociado, ni éste ante aquellos (artículo 401).[18] Este esquema, sin embargo, se distorsiona completamente en la LIR, que atribuye rentas a los asociados, haciéndolos directamente responsables por ellas. Es decir, para efectos del pago del Impuesto a la Renta por las ganancias obtenidas a través de una Asociación en Participación, el asociante no asume ninguna responsabilidad, pues deduce las participaciones que entrega a los asociados, debiendo estos responder ante el Fisco por ellas, dejando así de ser ocultos frente a terceros. De esta manera, creemos, se impone, de un lado, una carga innecesaria a los asociados a quienes sólo les interesa recibir su ganancia deducido el impuesto; y se desnaturaliza, de otro lado, a la Asociación en Participación, al discriminar las rentas de participación para descubrirlas ante terceros. Esta carga debería recaer en el asociante, que es quien lleva el negocio, y el que debería tributar sobre la renta en conjunto que genera por su actividad empresarial habitual -incluidas las rentas generadas por la Asociación en Participación-, asumiendo la responsabilidad ante el Fisco y entregando a los asociados las rentas generadas libres de impuestos, con la correspondiente deducción de la parte proporcional del impuesto que las afecta.[19] Existe pues, desde nuestro punto de vista, una discordancia insalvable entre la LGS y la LIR, en relación a la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación y su regulación fiscal, basada en un régimen de "atribución de rentas" que no se justifica y que sólo genera disfuncionalidad e ineficiencia en la aplicación del impuesto.

Respecto de los *Joint Ventures*, no existe en nuestro ordenamiento una regulación sustantiva de carácter general que les sea aplicable, sino que, por el contrario, ellos se encuentran regulados en relación a sectores determinados de inversión. Sin embargo, el legislador parece haber tomado como referente normativo la regulación en el sector minero, a efectos de atribuir las rentas a cada uno de los contratantes en relación a su participación en el contrato y establecer la responsabilidad individual de los *venturers* ante el Fisco.[20] Nosotros consideramos que, en atención a la

[15] Ver artículos 14 y 29 de la LIR y artículos 18 y 54. g). 1 de su Reglamento.

[16] No es posible aplicar la tasa del 30% sobre las rentas generadas por dichos contratos, pues la LIR en el artículo 29, se refiere expresamente a una "atribución de rentas" y no a la afectación directa de éstas.

[17] Al respecto, ver PANTIGOSO VELLOSO DA SILVEIRA. Op. cit., p. 138 y 142.

[18] Ambas disposiciones han sido recogidas en el artículo 441 del Proyecto de la Nueva Ley General de Sociedades.

[19] De esta manera, si una empresa celebra un contrato de Asociación en Participación con dos asociados otorgándoles el 50% de sus utilidades en participaciones iguales y su utilidad al final del ejercicio asciende a S/. 8,000.00, deberá pagar S/. 2,400.00 por Impuesto a la Renta, debiendo entregar a cada uno de los asociados S/. 800.00, luego de deducirles el impuesto que les corresponde, ascendiente a S/. 600.00.

[20] En efecto, ya en el Proyecto del Reglamento de la Ley General de Minería, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 12/10/93, se recogía el sistema de "atribución de rentas" en el artículo 162 que literalmente decía: "Los resultados generados por el contrato de riesgo compartido se atribuirán a las partes contratantes, de acuerdo al porcentaje o monto que les corresponda en el referido contrato. Tales resultados, incluidas las pérdidas, si las hubiere, se reputarán distribuidas para efectos fiscales al ejercicio gravable en el que se cierra el ejercicio comercial, aún cuando no hayan sido acreditadas en sus cuentas particulares, recaen directamente en el patrimonio de las partes

naturaleza del contrato -el "riesgo compartido" entendido en sentido lato- la responsabilidad debió ser "solidaria", para lo cual era necesario optar por aplicar el tributo a la renta generado por el *Joint Venture*, es decir, permitir que éste tribute como tal en calidad de "contribuyente".

c) Contabilidad independiente

El actual artículo 65 de la LIR dispone que las Asociaciones en Participación y *Joint Ventures* deben mantener contabilidad independiente de los socios o partes contratantes. Excepcionalmente, cada parte contratante podrá contabilizar sus operaciones, o de ser el caso, "una de ellas podrá llevar la contabilidad del contrato", con autorización de la SUNAT, tratándose de contratos en los que por la modalidad de la operación no fuera posible llevar la contabilidad en forma independiente o de contratos con vencimiento a plazos menores a un año. Respecto al primer supuesto de excepción Talledo y Calle opinan: "A las auténticas asociaciones en participación, en ningún caso puede exigírseles que lleven contabilidad independiente, pues según lo previsto en la Ley General de Sociedades corresponde registrar todas las operaciones en la contabilidad del asociante. Se trata de un negocio del asociante en el que tiene participación el asociado. En consecuencia, no es necesario solicitar la autorización de la SUNAT a que hace referencia la norma transcrita del artículo 38."[21] De ahí que: "Bajo este contrato corresponde al asociante registrar en su contabilidad los ingresos totales por las ventas así como todos los gastos incurridos. Tiene también derecho a deducir el monto de la participación que corresponde al asociado, estando la utilidad remanente para el asociante gravada junto con los resultados provenientes de sus demás actividades. El monto de la participación correspondiente al asociado constituye renta de la tercera categoría para éste, y se grava en base a lo devengado. En otras palabras, debe ser declarado como ingreso del mismo ejercicio en que dicha participación es determinada y deducida por el asociante, háyase pagado o no al asociado".[22] En ese mismo sentido, Ramírez Corrales sostiene: "...las referencias en las normas tributarias a la Asociación en Participación deben entenderse en sentido amplio y no circunscritas a la modalidad contenida en los artículos 398 y siguientes de la Ley General de Sociedades, pues de acuerdo a tal definición constituye un contrato en el que el asociante concede al asociado únicamente una participación en los resultados de su negocio a cambio de la entrega de bienes, dinero o prestación de servicios; en consecuencia, bajo estos términos, siempre le corresponderá al asociante registrar en su contabilidad todas las operaciones de la asociación en participación. Por tanto, en este supuesto, nos encontramos justamente ante la excepción prevista en la norma reglamentaria para no llevar contabilidad independiente debido a la modalidad de la operación del negocio".[23]

De ahí que para el caso de las Asociaciones en Participación no exista contabilidad independiente de la de sus partes contratantes, sino más bien una contabilidad única del asociante en la que se registra las operaciones del contrato. Así, el artículo 65 es la única norma que parece reconocer la naturaleza jurídica de una Asociación en Participación, en la que sólo se busca una participación en el negocio del asociante, no formándose una entidad o patrimonio autónomo que justifique una contabilidad independiente de la de sus partes contratantes.[24]

De otro lado, la LIR, al establecer la contabilidad independiente para el caso de los *Joint Ventures*, prefirió discernirla del negocio habitual que realiza cada *venturer*; sin embargo, este hecho debió ir de la mano con la aplicación del impuesto sobre las rentas que generan dichos contratos, ya que resultaba coherente discernir la contabilidad de estos

contratantes que lo conforman. Tal distribución se considera efectuada al 31 de diciembre de cada año". Esta norma fue luego textualmente recogida en el artículo 162 del Reglamento de la Ley General de Minería, Decreto Supremo 03-94-EM.

[21] Se refiere al artículo 38 del Reglamento, antes de la modificación introducida a la LIR por el Decreto Legislativo 799, que incorpora casi literalmente el tenor de dicha norma al artículo 65 de la LIR. Ver TALLEDO y CALLE. Manual de Impuesto a la Renta. Tomo 1, Ed. Economía y Finanzas. Lima, setiembre de 1994, p. 226 y 227.

[22] TALLEDO y CALLE: ibid, p. 158

[23] Ver RAMIREZ CORRALES, Raúl: "La obligación de llevar contabilidad independiente en los contratos de colaboración empresarial". En Análisis Tributario, Lima, Julio 1995. p. 14. La referencia a la norma reglamentaria debe entenderse hecha al actual artículo 65 de la LIR que incorpora dicha excepción.

[24] No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que hay quienes sostienen que es posible llevar una contabilidad independiente cuando el contrato se celebra con el propósito de ejecutar un negocio específico y concreto, sin involucrar los otros negocios del asociante. Ver "El contrato de asociación en participación sin contabilidad independiente". En: Informativo Caballero Bustamante, 1ra. quincena, Junio 1997, p. A7-A8.

con el fin de afectar sus rentas directamente y no indirectamente, luego de la atribución de ellas, en cada una de las partes contratantes; si no, ¿qué sentido tiene que se lleve contabilidad independiente si al final las rentas de dichos contratos y las provenientes de la actividad empresarial habitual que realizan cada una de sus partes contratantes constituirán una sola base imponible?.[25]

Muy ligado al tema de la contabilidad independiente está el de la obligación de inscribirse y obtener el R.U.C. y el de la obligación de presentar declaraciones juradas. Respecto a la primera, como acertadamente hacen notar Talledo y Calle: "la contabilidad independiente implica la obtención de un número de R.U.C. para el *joint venture*";[26] más no para la Asociación en Participación, en virtud de que es el asociante quien concede una participación en su negocio a los asociados y es él quien lleva una contabilidad única. Respecto al segundo aspecto, debemos señalar que según lo dispone el inciso e) del artículo 47 del Reglamento, las Asociaciones en Participación y los *Joint Ventures* están obligados a presentar declaración jurada cuando lleven contabilidad independiente. Ahora bien, la pregunta de rigor es ¿declaraciones juradas respecto de qué?. El citado artículo 47 hace referencia al artículo 79 de la LIR, que sin embargo se refiere a las declaraciones juradas que deben hacer los "contribuyentes" del impuesto que obtengan rentas computables para los efectos de la LIR. Debemos entender, sin embargo, que se refiere a las rentas obtenidas por estos contratos en el ejercicio gravable, a fin de permitir a la Administración Tributaria fiscalizar la correspondiente atribución de rentas en cada una de las partes contratantes.

d) Partes contratantes no domiciliadas

Cuando las inversiones extranjeras se canalizan a través de contratos de colaboración empresarial, nos encontramos con un problema adicional, a efectos de atribuir las rentas que ellas generan a partes contratantes que no tienen la condición de "domiciliados". En efecto, el inciso h) del artículo 7 de la LIR, considera como domiciliados en el país a "las empresas unipersonales, sociedades de hecho y entidades a que se refiere el tercer y cuarto párrafo del Artículo 14, constituidas o establecidas en el país". Esta referencia es imprecisa, pues en estricto las Asociaciones en Participación y los *Joint Ventures* no constituyen "entidades", sino mas bien "contratos" de colaboración empresarial con características especiales; por tanto, debemos entender que la norma ha querido referirse a aquellos contratos que hayan sido "celebrados en el país" o cuya inversión o participación determinada se desplieguen en él.

De otro lado, el artículo 6 de la LIR establece: "En caso de contribuyentes no domiciliados en el país, de sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes, el impuesto recae sólo sobre las rentas gravadas de fuente peruana". La norma, observemos en primer lugar, se refiere a "contribuyentes" no domiciliados, no siendo ni las Asociaciones en Participación ni los *Joint Ventures* contribuyentes para la LIR; en segundo lugar se refiere a "rentas de fuente peruana" cuando en los artículos 9 y 10 de la LIR no hay una mención expresa a las rentas obtenidas en virtud de una participación en un contrato de colaboración empresarial, ni tampoco en los artículos 48 y 56 de la LIR. Pese a ello, el inciso c) del artículo 71 de la LIR impone la obligación de retención a las personas o "entidades" que paguen o acrediten a "beneficiarios no domiciliados", rentas de cualquier naturaleza.[27]

[25] Sin embargo, autores como SVARCIC DE KOCH. Op. cit., p. 160 y 164 sostienen una posición en favor de la contabilidad independiente y del sistema de atribución de rentas, tal como ha sido recogido por la LIR: "Un sistema de contabilidad independiente implica una definición de principios, normas y prácticas a ser utilizadas para procesar la información relativa a las operaciones (...). Desde el punto de vista de la contabilidad, la importancia de quien lleva a cabo estas operaciones reside en poder definirlo en términos de una entidad. Una entidad contable es una organización que se distingue de otras como una unidad económica por separado, con límites bien definidos que impidan confundir sus asuntos con los de otras entidades. En este sentido, el *Joint Venture* constituye una entidad contable distinta de sus *venturers*". Sobre esta base, más adelante afirma: "Una de las características del contrato de *Joint Venture* es la búsqueda de un beneficio económico que se traducirá en resultados para cada *venturer* individualmente. El *Joint Venture* no tiene un fin de lucro, quienes lo tienen son los *venturers*; por ello, corresponde a éstos registrar contablemente tales resultados. Ello no invalida el hecho que en la casi totalidad de los *Joint Ventures* se lleve una contabilidad independiente, para un mejor control del negocio. Respetando la naturaleza jurídica y característica de este contrato, la ley del Impuesto a la Renta no considera como contribuyentes a los *Joint Ventures*; en tal sentido, la ganancia obtenida al cierre del ejercicio deberá atribuirse automáticamente a los *venturers*. Cada una de las partes determinará el Impuesto a la Renta particular de acuerdo a la participación porcentual que tiene asignada". La premisa medular que utiliza la autora para justificar el registro contable de cada *venturer* de los resultados del *joint venture* no resulta una característica esencial de dicho contrato, ya que lo mismo podría decirse de una sociedad cualquiera en la que son los socios quienes finalmente buscan un fin de lucro o beneficio económico.

[26] TALLEDO y CALLE. Manual de Impuesto a la Renta. Tomo 1, p. 159.

[27] Aunque el artículo 76 que precisa esta obligación, lo hace en referencia a los supuestos del artículo 54 y 56 de la LIR.

Ahora bien, de que estas rentas tengan que gravarse, no hay ninguna duda, pero la pregunta es ¿qué tasa les aplicamos? y ¿en base a qué?. La única manera de sustentar la correspondiente retención que deba hacer quien pague dichas rentas, es considerándola genéricamente incluida en el inciso e) del artículo 56 como "otras rentas", aplicándole por consiguiente, la tasa del 30% sobre la totalidad de la misma -considerándola como renta neta-, aún cuando es renta de tercera categoría, según lo dispuesto por el inciso d) del artículo 76 de la LIR. Sólo así la Administración Tributaria podrá reputarlas pagadas al vencimiento del plazo fijado para la presentación de las declaraciones juradas según los términos del artículo 77 de la LIR.

Como vemos, existen una serie de dificultades para poder aplicar el impuesto sobre las rentas atribuidas a las partes contratantes que no tienen la condición de domiciliadas. Esto, sin embargo, pudo evitarse imponiéndose la obligación en el asociante de asumir el impuesto por las rentas totales de la Asociación en Participación y reconociendo en los *Joint Ventures* la calidad de "contribuyentes", aplicándoles la tasa del 30% sobre su renta neta total, de tal manera que en ambos casos las rentas se distribuyan libres de impuestos.

4. IMPUESTO EXTRAORDINARIO A LOS ACTIVOS NETOS.-

El Impuesto Extraordinario a los Activos Netos ha venido a sustituir al controvertido Impuesto Mínimo a la Renta, con una regulación autónoma y de vocación transitoria, que afecta a todos los perceptores de rentas de tercera categoría inclusive a las sucursales, agencias y demás establecimientos permanentes de empresas no domiciliadas, con una tasa equivalente al 0.5% sobre el valor de los activos netos consignado en el balance general ajustado, cerrado al 31 de diciembre de 1996. [28]

Asimismo, el artículo 3 de la LIEAN establece que los contratos de colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente a la de sus partes, determinarán dicho impuesto y lo atribuirán a sus partes integrantes, de acuerdo a su participación en el "capital",[29] las cuales sumarán dicho monto al impuesto que les corresponda abonar como contribuyentes de ser el caso. De esta manera, las Asociaciones en Participación y los *Joint Ventures*, a diferencia de lo que sucedería con el Impuesto Mínimo a la Renta, no son sujetos del impuesto y, por tanto, no están obligados a pagarlo, debiendo sí determinarlo y declararlo, según lo dispone el artículo 3 del Reglamento, para atribuirlo luego a sus partes integrantes. Es decir, nos encontramos frente a un régimen de "atribución de impuesto" en cabeza de cada una de las partes contratantes,[30] quienes en su calidad de "contribuyentes" son las que pagan y asumen la responsabilidad de su impuesto global a los activos; empero, este régimen trae consigo algunos inconvenientes en relación a la determinación y atribución de los activos que veremos más adelante.

Por otro lado, se han venido observando algunas justificadas objeciones en la aplicación de este impuesto que quisiéramos mencionar. La primera de ellas está referida a la antitécnica base imponible del impuesto, que radica en una situación anteriormente producida (ejercicio gravable anterior) y no por producirse, lo que en algunos casos puede implicar gravar activos que a la fecha ya no son de propiedad del contribuyente. En segundo lugar, llama la atención que las cuentas de depreciaciones y amortizaciones no hayan sido consideradas por el artículo 1 del Decreto Supremo 067-97-EF como deducibles de la base imponible, aún cuando son contempladas como deducciones por el artículo 4 de la LIEAN (razón por la cual creemos deben deducirse).

a) Determinación del Activo Neto

Aquí nos encontramos con el mismo problema del que adolecía la regulación del Impuesto Mínimo, particularmente en relación a las "contribuciones" con las que colaboran las partes contratantes y las "participaciones" que representan dichas contribu-

[28] El carácter de urgencia de esta norma obligó a una modificación de la Norma X del Código Tributario, a fin de suprimir el Impuesto Mínimo a la Renta e introducir, para lo que resta del presente ejercicio gravable, un impuesto a los activos menos oneroso que aquél. Sin embargo, hay quienes sostienen que técnicamente no ha operado una "supresión" de tributos sino tan sólo una "modificación" a los aspectos de la hipótesis de incidencia del Impuesto a la Renta, la que surtiría efectos a partir del primer día del año calendario siguiente. Véase: "Comentarios respecto a la sustitución del denominado Impuesto Mínimo a la Renta por el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos". En Informativo Caballero Bustamante, 1ra quincena, Mayo 1997, p. A8-A9.

[29] Esta referencia imprecisa del legislador es corregida en el artículo 3 del Reglamento (Decreto Supremo 068-97-EF) al establecer que el monto determinado por dichos contratos de colaboración empresarial será atribuido a sus partes integrantes de acuerdo a la proporción que les corresponde en el capital o a la participación en el contrato.

[30] Sin embargo vía norma reglamentaria (artículo 3) se ha establecido una excepción al régimen cuando se trata de las Asociaciones en Participación.

ciones. Veamos a continuación cada uno de los supuestos.

En las Asociaciones en Participación, se produce una transferencia de propiedad de las contribuciones del asociado al asociante, según lo dispuesto por el artículo 404 de la LGS. Se exceptúa de esta regla a los bienes inmuebles, para los cuales se requerirá la respectiva inscripción en los Registros Públicos.[31] Ahora bien, si este impuesto grava los activos, debemos distinguir entre las contribuciones en bienes muebles y bienes inmuebles para llegar a establecer cuáles se encuentran en el activo de la Asociación en Participación. Respecto de los primeros, siguiendo la regla establecida en la LGS, estos salen del activo de la empresa asociada, y por tanto, no están afectos al Impuesto Extraordinario a los Activos Netos de ésta y pasan al activo de la empresa asociante; y respecto de los segundos, si no se ha inscrito la transferencia en Registros Públicos, se considerará como una contribución en uso o usufructo (trasmisión de posesión), y por lo tanto se seguirán considerando en el activo de la empresa asociada y no de la empresa asociante que los recibe como contribución.

En los *Joint Ventures*, por el contrario, no hay transferencia de propiedad; cada *venturer* conserva la propiedad de sus contribuciones. Al respecto, es importante citar a Svarcic De Koch: "Al no crear una persona jurídica, es imposible hablar de la existencia de un patrimonio propio del *Joint Venture*. La contribución al esfuerzo conjunto que efectúan los *venturers* no se encuentra dirigida a formar un patrimonio independiente, ni pretenden permutar entre sí derechos de propiedad sobre los bienes con los que colaboran a la realización del negocio específico. Cada uno de ellos mantiene la propiedad sobre tales bienes. Por excepción, solamente surgirá un derecho de copropiedad respecto de los bienes adquiridos en común por el *Joint Venture*"[32]. Pues bien, si no existe transferencia de propiedad de las contribuciones, ¿entonces qué hay?, creemos particularmente que lo que hay es una contribución en uso o usufructo (transmisión de posesión),[33] que no le priva de propiedad al *venturer*.[34] De esta manera, la contribución, para efectos del cálculo del impuesto, no constituye activo del *Joint Venture*, más sí de la empresa que es parte contratante.[35]

El silencio de la LIEAN, que no regula nada en relación a las "contribuciones" que en ambos contratos se realizan, nos lleva a aplicar los criterios jurídicos esbozados, los mismos que en la práctica pueden estar reñidos con criterios contables, dificultando una aplicación eficiente del impuesto.

En lo que concierne a las "participaciones" de las partes contratantes,[36] si atendemos al inciso a) del artículo 1 del Decreto Supremo 067-97-EF, vemos que dicha norma excluye de la base imponible del impuesto a las acciones, participaciones o derechos en el capital de otras empresas; sin embargo, dentro de ellas, dificilmente podríamos considerar a las "participaciones" en contratos de colaboración empresarial, pues como está redactada la norma sólo se refiere a las participaciones en el "capital" de otras

[31] En el Proyecto de la Nueva Ley General de Sociedades, el artículo 443 establece una presunción de propiedad respecto de los bienes contribuidos por los asociados, salvo aquellos que se encuentren inscritos en el Registro a nombre del asociado.

[32] Svarcic De Koch. Op cit., p. 162. En el mismo sentido también Talledo y Calle. Manual Societario, tomo 2, p. 406.

[33] Al respecto el Decreto Legislativo 868 que modifica el artículo 204 del Decreto Supremo 014-92-EM (Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería), establece expresamente que, salvo pacto en contrario, los aportes en bienes no conllevan transferencia de propiedad, sino el usufructo de los mismos.

[34] Aquí es importante anotar que la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (Decreto Legislativo 821) y su Reglamento contienen disposiciones en relación a la asignación de recursos y bienes que efectúen las partes contratantes de *joint ventures* para la ejecución del negocio u obra en común, derivada de una obligación expresa en el contrato; estableciendo su afectación o inafectación, según se lleve contabilidad independiente o no. Ver inciso n) del artículo 2 del Decreto Legislativo 821 y artículo 5.10.1.a) del Reglamento. Sobre este punto, puede revisarse el Informe Especial: Análisis tributario de los contratos modernos, Tercera Parte: El Contrato de *Joint Venture*. En: Informativo Caballero Bustamante, Lima, 2da. quincena, Diciembre 1996.

[35] Al respecto, opina Svarcic De Koch. "Respecto al alcance de los registros contables del *Joint Venture*, puede resultar evidente que la contabilidad independiente debe reconocer los ingresos y gastos vinculados o generados por las operaciones conjuntas. Sin embargo, cabe preguntarse, si esta contabilidad debe reflejar o incluir de alguna manera las contribuciones particulares efectuadas por los venturers, las mismas respecto a las cuales hemos señalado, no existe copropiedad. El concepto de activos que ha desarrollado la doctrina contable es el siguiente: "activos son los recursos económicos de propiedad de una entidad que se espera beneficiarán las operaciones futuras". Los bienes y derechos son registrados por el propietario o titular de los mismos: en este sentido, el *Joint Venture* no estará en capacidad de reconocer en su contabilidad los bienes con los que contribuye cada venturer al proyecto común, debiendo en todo caso mantener un control contable respecto al uso de los mismos a través de cuentas de orden". Ver Svarcic De Koch. Op. cit., p. 161.

[36] Cuando hablamos de "participaciones" nos referimos al valor que representa la inversión en un contrato de colaboración empresarial y no a los resultados (rentas/utilidades) que arroja dicha inversión.

"empresas", lo que implica una doble imposición, pues la cuenta de "participaciones" no sólo estará en los activos netos de la empresa que es parte contratante, sino que también estará reflejada en el activo del contrato de colaboración empresarial y, por lo tanto, afecta al impuesto.

b) Atribución del Impuesto

El artículo 3 del Reglamento establece que el monto del impuesto determinado por los contratos de colaboración empresarial que lleven su contabilidad independiente será atribuido a sus partes integrantes de acuerdo a su participación en el contrato cuando hubiera un pacto expreso que así lo establezca.[37] De otro lado, el artículo 3 de la LIEAN establece que el impuesto se atribuye a efectos de que sus integrantes sumen dicho monto al impuesto que a su vez les corresponda abonar como contribuyentes; sin embargo, en el artículo 3 del Reglamento nos encontramos con otra disposición que nos dice que, para efectos de la declaración, cada parte integrante adicionará, de ser el caso, el monto de los activos que les corresponda a sus activos netos. Detengámonos un momento en el análisis de esta norma y preguntémonos ¿a qué se refiere la norma con "el monto de los activos que les corresponda"?, ¿a las contribuciones?, ¿a los activos adquiridos por los contratos de colaboración empresarial? La norma no es precisa y además no distingue; sin embargo, según lo que aquí hemos sostenido, no podría estarse refiriendo a las contribuciones de los asociados y *venturers* de manera general, por cuanto en algunos casos éstas se producen en uso o usufructo y no pasan a formar parte del activo de la Asociación en Participación y el *Joint Venture*, salvo cuando se hace en propiedad. Por tanto, la norma podría estarse refiriendo en todo caso a los activos adquiridos por los propios contratos de colaboración empresarial, los cuales deberán ser atribuidos proporcionalmente a cada una de las partes contratantes de conformidad con su participación en el contrato.

Pues bien, dicho esto y asumiendo que dicha declaración está referida a la que tiene que hacer cada parte integrante por sus activos netos totales, veamos con un ejemplo sencillo cómo se calcula el impuesto en estos casos. Si tenemos un *Joint Venture* con un activo neto ajustado de S/. 2'000,000.00 (de los cuales 1'000,000.00 constituye un activo adquirido por el *Joint Venture* y los otros 1'000,000.00 por las contribuciones de los *venturers*) y 2 *venturers* que participan en la misma proporción, cada uno de los cuales tiene por su actividad empresarial habitual un activo neto ajustado de S/. 5'000,000.00 (*venturer* A) y S/. 10'000.000.00 (*venturer* B), debemos adicionar al activo de cada uno de ellos el activo neto ajustado atribuido del *Joint Venture*, lo que nos dará como resultado la base imponible, que en el caso del *venturer* A sería S/. 6'000,000.00, monto al que debemos deducir el valor de la participación (asumiéndola incluida en el inciso a del artículo 1 del Decreto Supremo 067-97-EF), que vendría a ser S/. 500,000.00, para luego aplicar la tasa del 0.5%, lo que nos dará como resultado el impuesto que debe pagar el *venturer* A, es decir, S/. 27,500.00.[38]

Respecto a las Asociaciones en Participación, el mismo artículo 3 del Reglamento establece una regulación especial, al disponer que en caso uno de los integrantes incorpore el total o parte de los activos y pasivos de la misma a su contabilidad, dicho integrante (asociante) determinará y pagará el impuesto, siendo éste el único que podrá utilizar el crédito fiscal a que se refiere el artículo 7 de la LIEAN.

c) El crédito fiscal

El artículo 7 de la LIEAN establece que el monto efectivamente pagado por concepto de este impuesto podrá utilizarse como crédito sin derecho a devolución, contra los pagos a cuenta correspondientes a los meses de julio hasta diciembre de 1997 y el saldo, si lo hubiere, a los pagos de regularización del Impuesto a la Renta de los ejercicios 1997, 1998 y 1999. Este beneficio está en relación directa con el pago del Impuesto Extraordinario a los Activos Netos durante el año 1997, de tal manera que sólo hay crédito, como es lógico, respecto de la parte pagada.

De otro lado, el artículo 19 del Reglamento precisa que el crédito contra el Impuesto a la Renta que utilizarán las partes contratantes de una Asociación en Participación o un *Joint Venture* será el total del impuesto pagado por ellas, incluido el atribuido por dichos contratos. Por lo demás, los artículos 20, 21 y 22 del Reglamento establecen cuál es el procedimiento para la aplicación de los créditos fiscales.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que estas disposiciones resultan inoperantes y en algunos casos perjudiciales para el caso de las partes

[37] Entendemos que esta precisión del pacto se refiere a la "atribución del impuesto" que podrá operar en cabeza de todos sus integrantes, si se trata de un *Joint Venture*, o en una sola de ellas, si se trata de una Asociación en Participación.

[38] Los cálculos han sido realizados sin tomar en cuenta la actualización con el IPM que exige la LIEAN.

contratantes no domiciliadas, pues de un lado no le es posible a la Administración Tributaria fiscalizar el activo neto ajustado de las partes no domiciliadas, por lo que no tiene sentido que estén efectas a este impuesto; y de otro lado, a ellos les es imposible usar el crédito fiscal que les corresponde en estos casos, salvo que tengan otras rentas de fuente peruana sobre las cuales tengan que pagar Impuesto a la Renta.

5. CONCLUSIONES.-

- Tratándose de las Asociaciones en Participación, no podemos dejar de lado su regulación en la LGS, en virtud a la cual la empresa asociante es quien recibe las contribuciones de los asociados a cambio de una participación en su negocio. No se genera por tanto un "ente o patrimonio autónomo" al cual se le tenga que reconocer como "contribuyente", pues el asociante se supone que por su negocio habitual ya lo es, y como tal, deberá tributar sobre su renta total (incluidas las rentas de los asociados), con la correspondiente deducción en éstas de la parte proporcional del impuesto, debiendo entregarles a cada uno de los asociados las rentas libres de impuestos.
- Tratándose de los *Joint Ventures*, al no existir una regulación sustantiva integral, creemos que no hay inconveniente en que la LIR los considere como "contribuyentes" en atención a su capacidad contributiva, a efectos de que el Impuesto a la Renta recaiga sobre las rentas obtenidas por ellas, antes de su distribución a los *venturers*.
- Sólo por razones de fiscalización, debe imponerse al asociante y al *venturer* gestor, la obligación de comunicar a la Administración Tributaria las condiciones de la celebración de estos contratos (duración, partes contratantes, aportes, participación, asunción de gastos, etc).
- Tratándose de una Asociación en Participación, la empresa asociante deberá llevar una contabilidad única para todas las operaciones del negocio. Los *Joint Ventures*, por el contrario, deberán llevar contabilidad independiente de la de sus partes contratantes.
- En una Asociación en Participación, la empresa asociante debe asumir el impuesto por las rentas totales y, en un *Joint Venture*, éste debe pagar el impuesto correspondiente como contribuyente; de tal manera que la distribución de estas rentas -de fuente peruana- a beneficiarios no domiciliados no esté gravada.
- Las contribuciones -incluso los bienes inmuebles no registrados- a una Asociación en Participación y a un *Joint Venture*, deben considerarse dentro de la contabilidad de la empresa asociante o de la contabilidad independiente del *Joint Venture*, sólo para efectos del cálculo del impuesto extraordinario a los activos netos que les corresponda pagar.
- Las participaciones en una Asociación en Participación y en un *Joint Venture* deben estar expresamente consideradas como deducciones de la base imponible del impuesto extraordinario a los activos netos.
- En las Asociaciones en Participación, la calidad de "responsable" debe recaer sobre el asociante, mientras que en los *Joint Ventures*, dicha condición debe recaer en forma solidaria e ilimitada en cada uno de los *venturers*.

ESTUDIO
MARIO CASTILLO FREYRE
ABOGADOS

Mario Castillo Freyre
María Isabel Vásquez Villacorta

Avenida Arequipa 2327
Lince - Lima

Teléfono - Facsímil
422-6152

HOMENAJE AL DOCTOR JORGE AVENDAÑO

El 25 de noviembre de 1997 se llevó a cabo en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica un acto académico en conmemoración de los cuarenta años como profesor del doctor Jorge Avendaño. En aquella oportunidad hicieron uso de la palabra el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena -actual Decano de nuestra Facultad-, el señor Gonzalo Zegarra Mulanovich -miembro del Comité Directivo de THĒMIS-Revista de Derecho*-, el doctor Armando Zolezzi Möller -quien habló en nombre de los profesores-, y el doctor Jorge Avendaño -quien tuvo a su cargo el discurso de orden.*

El evento contó con la nutrida concurrencia de estudiantes, personal administrativo, ex-alumnos de nuestra facultad y personalidades vinculadas al quehacer jurídico tales como el Defensor del Pueblo y el Canciller de la República; todos ellos se dieron cita para brindar un cálido y merecido homenaje al doctor Jorge Avendaño. Muchas son las razones que pueden explicar este reconocimiento, pues Jorge Avendaño es un maestro que desde hace ya cuatro décadas ejerce la docencia en nuestras aulas, un Decano que dirigió los destinos de nuestra Facultad durante 13 años, un hombre público de destacada trayectoria pero, sobre todo, un hombre cabal que ha sabido combinar el exitoso ejercicio profesional con el mantenimiento de los grandes valores que inspiran el Derecho.

La vinculación entre THĒMIS-Revista de Derecho *y el doctor Jorge Avendaño se remonta a los orígenes de nuestra Revista y se ha mantenido constante a lo largo de su cada vez más dilatada historia. El apoyo firme y desinteresado del doctor Avendaño, así como su maduro consejo, han contribuido enormemente al crecimiento de nuestra publicación, por lo que este homenaje -pequeño, pero sincero y sentido- constituye una indispensable muestra de gratitud hacia el doctor Avendaño de parte de todos quienes hacemos* THĒMIS-Revista de Derecho.

DISCURSO DEL SEÑOR GONZALO ZEGARRA MULANOVICH, MIEMBRO DEL COMITÉ DIRECTIVO DE THEMIS-REVISTA DE DERECHO CON OCASIÓN DEL HOMENAJE AL DOCTOR JORGE AVENDAÑO POR SUS 40 AÑOS COMO PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ[1]

La ocasión que hoy nos congrega –el homenaje al doctor Jorge Avendaño- dispone a quienes conformamos THĒMIS-Revista de Derecho como anfitriones (acaso inmerecidos) de la nutrida y selecta concurrencia que hoy nos acompaña, la cual está compuesta en un alto porcentaje por quienes son o han sido alumnos del homenajeado. Se trata sin duda de una muestra elocuente de la fecundidad con que el doctor Avendaño ha ejercido la cátedra durante los cuarenta años que venimos a celebrar esta noche y en buena cuenta también de la gratitud que le profesan –que le profesamos- todos aquellos que hemos tenido la suerte de que

[1] El homenaje se llevó a cabo el día 25 de noviembre de 1997 en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Jorge Avendaño intervenga en nuestra formación.

Huelga decir que cuarenta años son toda una vida. Hace cuarenta años una buena parte de los asistentes a este homenaje no habíamos nacido. Hace cuarenta años no existía tampoco THĒMIS que, como se sabe, es la revista editada por estudiantes más antigua de Latinoamérica. La vinculación del doctor Avendaño con THĒMIS, que data desde nuestra primera fundación –en 1965- cuando él era por primera vez Decano de esta misma Facultad, se ha mantenido a lo largo de los años y a través de las ya numerosas generaciones que han conformado nuestra publicación.

Jorge Avendaño fue en 1965 un gran impulsor de THĒMIS, aun cuando en aquel entonces el proyecto de fundar una revista exclusivamente hecha por estudiantes constituía una verdadera temeridad, en un mundo académico de rígidas maneras, a cuyo conservadurismo había que enfrentarse para que THĒMIS pudiera nacer. Jorge Avendaño no dudó en apoyar esta iniciativa, como tampoco ha dudado en impulsar otros proyectos similares, como la fundación de nuestra Segunda Epoca en 1984 y el posterior surgimiento de las demás revistas de estudiantes de nuestra facultad que sin duda son las mejores del medio.

Esta actitud generosa del doctor Avendaño hacia las entusiastas empresas estudiantiles nos revela su más auténtica vocación de maestro. La docencia, como tantas otras cosas en la vida, está sujeta a un proceso de perfeccionamiento, a una evolución que culmina con la verdadera maestría, que es un estado de plenitud pedagógica. Ella, desde luego, no se alcanza con el solo transcurso del tiempo: hay personas que pueden enseñar por décadas sin alcanzar dicho status. El doctor Avendaño no ha requerido de estos cuarenta años para ser unánimemente considerado como «maestro». Sin duda ostenta tal calidad desde hace ya largo tiempo. ¿Cuál es entonces la esencia de la maestría –ya que no lo es el transcurso del tiempo- si ella es el resultado de un proceso que, como tal, solamente puede producirse en el devenir cronológico?

Para expresar de manera certera, pero en especial sincera, por qué razón consideramos que el doctor Avendaño ha alcanzado –hace mucho tiempo, como ha quedado ya dicho- el indiscutible y bien logrado título de maestro, habremos de asumir la representación de sus alumnos, en especial de los actuales, puesto que después de todo THĒMIS es una revista de estudiantes y para estudiantes.

En este contexto pues, podríamos emprender un intento de definición sustantiva y genérica de la maestría y enumerar una serie de virtudes para decir que en ellas residen las cualidades de todo maestro. Sin embargo, nada podría ser más opuesto a la intención de los organizadores de este homenaje que el revestirlo con el fácil recurso al extenso catálogo de los adjetivos que suelen utilizarse para colmar de elogios a quienes habitualmente no los merecen; a saber, a los mediocres. Sabemos que nada podría disgustar y ofender más al doctor Jorge Avendaño que la vacuidad de un discurso vanamente laudatorio, precisamente porque la esencia de su longeva cátedra ha sido siempre la lucha constante contra la mediocridad.

En efecto, en todos estos años de vasta experiencia académica, al doctor Avendaño le ha tocado toparse con toda clase de alumnos (desde los brillantes hasta los torpes) y siempre se ha esforzado por inculcarles a todos ellos una cultura de la excelencia que justifica el orgullo que siente y proclama por esta universidad y en particular por esta facultad. Quienes no han estado a la altura de esa vocación por la excelencia, sin duda no han podido disfrutar en toda su plenitud la cátedra del doctor Avendaño y acaso ni siquiera hayan logrado aprobar el curso con él. Quienes, por el contrario, comparten el espíritu de esta universidad y de esta facultad. que es en buena cuenta también el espíritu de THĒMIS, saben que haber llevado cursos con él es una experiencia que bien vale la pena. Utilizo la expresión «vale la pena» porque matricularse en la clase del doctor Avendaño puede, en efecto, conllevar una verdadera pena: la nota. Para nadie es pues un secreto que el doctor Avendaño es un calificador exigente y que nunca hace aquello que en la jerga universitaria se conoce como «regalar nota». Por ello, matricularse en su clase implica asumir el riesgo de obtener una nota comparativamente baja. Sin embargo ello parece no incidir negativamente en la demanda por sus cursos, cuyos cupos son siempre los primeros en ser cubiertos en los procesos de matrícula. Ello se debe, sin duda, a la arraigada y difundida conciencia de que la exigencia del doctor Avendaño para calificar a los alumnos no está en absoluto reñida con un adecuado sentido de la equidad, que terminará redundando en una nota justa, en el sentido de proporcional al esfuerzo desplegado.

Pero sin duda no basta con ello para que un profesor sea tan popular entre los alumnos como lo es el doctor Avendaño. Sustento esta afirmación –la de popularidad- con una sencilla remisión al resultado de las encuestas anónimas que cada ciclo realiza la facultad, en las cuales él siempre obtiene los calificativos más altos. Dos son principalmente los elementos de la buena fama que tiene el doctor Avendaño entre los alumnos.

El primero tiene que ver con consideraciones que acaso podríamos calificar como «lúdicas». Me refiero a la natural tendencia a buscar aquello que sea entretenido, en contraposición con aquello que nos aburre. Jorge Avendaño es un orador muy ameno, claro en los conceptos, preciso en los ejemplos, acertado y elegante en el humor (que no tiene por qué estar ausente en la cátedra). Su trato con los alumnos es próximo, horizontal, desenfadado. Sin embargo, no por ello deja de inspirar profundo respeto, con lo cual ha alcanzado, a mi entender, el justo medio entre el trato distante y el exceso de confianza.

El segundo elemento fundamental de la proximidad del doctor Avendaño con sus alumnos está vinculado a consideraciones esta vez de carácter puramente académico. El alumno que se enfrenta a la necesidad de aprender y sobre todo de comprender los fundamentales y a veces enrevesados conceptos del Derecho Civil, obtiene la seguridad –y casi podría decir que la obtiene *a priori*- de que Avendaño es capaz de exponer complicados conceptos de la manera más acertadamente clara. Y no es necesario incidir en la importancia que tiene la rama que es la especialidad del doctor Avendaño en la formación de todo abogado. El derecho civil patrimonial constituye acaso la piedra angular de todo el sistema jurídico y por tanto resulta indispensable dominarlo, al margen de la especialidad que uno escoja. Me permitiré citar al propio homenajeado para redondear esta idea. A mi entender con acierto, el doctor Avendaño suele decir, para graficar la importancia y preminencia de los derechos de propiedad, que los niños pequeños, antes de aprender a decir «mamá», aprenden a decir «mío».

Por lo demás para cualquier alumnos constituye un verdadero privilegio la oportunidad de recibir directamente parte de su formación forense de la mano de uno de los más prestigiosos maestros del Derecho Civil en el Perú, y protagonista principal, además, de importantes reformas e iniciativas legislativas en este campo. Desde luego, la emoción del homenaje no nos puede hacer incurrir en la exageración de decir que se trata de un consagrado o consumado jurista. Acaso la pasión y la dedicación por el ejercicio práctico de la profesión hayan alejado al doctor Avendaño de una mayor dedicación a la investigación jurídica. Sin embargo, el doctor Avendaño es una de las más autorizadas voces de la doctrina nacional y de ello son inmejorables testigos las páginas de THĒMIS.

Por otra parte, se trata sin duda de un infeliz error, de un verdadero lugar común, el otorgar crédito a la difundida falacia que consiste en identificar al jurista con el maestro. Una cosa no determina la otra. Sostenemos que el doctor Avendaño es un verdadero maestro porque su cátedra es un inmejorable vehículo de enseñanza de un aspecto indispensable en la formación jurídica de todo buen abogado: la capacidad práctica. Efectivamente, el doctor Avendaño logra inculcar con ejemplar idoneidad métodos y formas de análisis y de solución de problemas que él ha logrado extraer de su vasto ejercicio profesional para trasladarlos a las aulas. Así, logra dotar al estudiante y futuro abogado de nuestra facultad con un arma adicional que otros egresados no tienen y que consiste en la preparación para resolver los casos y los problemas jurídicos tal como se presentan en la realidad.

Así pues, Jorge Avendaño ha desarrollado un método de enseñanza donde el alumno participa activa y directamente en su propia formación. Ello necesariamente implica el destierro del memorismo y la postergación del método puramente expositivo donde el profesor parece más bien un pontífice, que no un catedrático. El doctor Avendaño, por el contrario, privilegia la participación activa del alumno, la creatividad en el empleo de fuentes y la iniciativa individual en el manejo de herramientas y métodos de solución de problemas jurídicos. Pero no basta con incentivar al alumno para que solucione problemas. Acaso más importante que ello es enseñarle a que previamente los identifique, porque en el ejercicio profesional los problemas no se presentan en forma de preguntas de examen sino que el abogado debe discriminar lo relevante de lo anecdótico, en la medida en que su cliente no necesariamente está preparado para hacerlo. El doctor Avendaño sabe que es indispensable que la mentalidad del abogado contenga mecanismos inductivos que le permitan lograr estas metas para servir más efectivamente al cliente. Es por ello que este método de enseñanza, del que ha sido verdadero gestor en nuestro medio, sirve para complementar la indispensable formación teórica que la universidad ha ofrecido con excelencia desde su fundación.

Sin duda el presupuesto indispensable para que esta estructura de enseñanza, este sistema de formación jurídica logre funcionar con éxito, tal como ha sido propuesto, es un arraigado y bien desarrollado espíritu tolerante. El respeto por las ideas ajenas, por las ideas distintas y contrarias a las propias, es el sustento en el que se basa la propuesta educativa anteriormente descrita. No puede llamarnos la atención, en este contexto, el pragmatismo con que el doctor Avendaño ejerce la cátedra; y quiero precisar que utilizo esta palabra, pragmatismo, en su mejor sentido, sin las devaluaciones que recientemente ha sufrido. En efecto, su actitud está absolutamente desprovista de

todo indicio de dogma o intolerancia, acaso porque el Derecho es un ámbito donde las verdades absolutas e inmutables son pocas, y la mayoría de conceptos son discutibles. Por ello el doctor Avendaño está siempre abierto y dispuesto a la discusión –a la discusión enriquecedora y fecunda- con sus alumnos, sin abandonar en ningún momento la horizontalidad en su trato. Y por ello también, el doctor Avendaño es el promotor más entusiasta del debate y la discusión entre los propios alumnos, debate del que se benefician todos, quienes participan de él, quienes lo escuchan, y quien lo modera.

El doctor Avendaño no pretende que su cátedra comporte la imposición de sus puntos de vista. Por el contrario, prefiere que cada quien extraiga sus propias conclusiones, pero se avoca –y en eso consiste su función de maestro- a que esas conclusiones puedan ser sustentadas por el alumno con solidez. Estoy seguro de que nadie podrá decir que ha recibido una nota baja o algún otro tipo de represalia por el sólo hecho de disentir con el doctor Avendaño.

En este punto, no puedo evitar la tentación de llamar la atención acerca del contraste entre esta actitud (la del maestro) y aquélla que demuestran profesores más jóvenes y de mérito más escaso, quienes, por el sólo hecho de llevar ese título, se creen en realidad dueños de la verdad revelada, y no admiten que el alumno desarrolle creativamente su propia opinión, o por lo menos no admiten que la exponga exitosamente en clase o en un examen. Me atrevería a aseverar que la pedantería impedirá a ese tipo de profesores alcanzar algún día la calificación de maestro.

Lejos de esta actitud, el doctor Avendaño está siempre dispuesto a ayudar y a escuchar a sus alumnos. A ayudarlos, por ejemplo, en iniciativas como nuestra revista. Y a escucharlos en cualquier tipo de inquietudes, ya sean académicas o metodológicas. Me explico con un ejemplo. Hace algún tiempo fui convocado dentro de un grupo de alumnos escogidos por sorteo, para conversar con las autoridades académicas de la facultad acerca del desarrollo y el desenvolvimiento de los cursos denominados «seminarios de integración», que se dictan en los últimos ciclos y que están diseñados para poner en práctica el método de enseñanza inductivo que comentaba hace unos momentos. El creador de los seminarios de integración fue el doctor Avendaño, y me consta que él fue el principal gestor de esa reunión con los alumnos, que tenía por finalidad escuchar nuestras opiniones y propuestas acerca de este tipo de cursos.

Haciendo un recuento de todo lo dicho, entonces, hemos de observar, necesariamente, la importancia que le otorga el doctor Avendaño a los alumnos como protagonistas del proceso de educación. Él ha sabido entender que el alumno es el centro de dicho proceso, su finalidad y su razón de ser y por ello es que valora tanto las opiniones de los alumnos y el provecho que puedan obtener de su paso por estas aulas.

No encuentro mejor adjetivo para calificar al doctor Avendaño que el de liberal. Liberal quiero decir, en el sentido de generoso, porque sin duda en estos cuarenta años es más lo que él nos ha dado que lo que ha recibido de este incansable ejercicio de la cátedra. Liberal también por su apertura y su tolerancia. Y por su magnanimidad. Y si liberal es el adjetivo, el sustantivo no puede ser otro que el inicialmente anticipado, el de verdadero maestro.

El maestro que se identifica con sus alumnos, como se identifica el doctor Avendaño con nosotros, no puede evitar participar de sus inquietudes. Y la inquietud principal de los jóvenes será siempre la búsqueda del buen cambio, de la constante y justificada renovación que es la única posibilidad que tienen los grandes proyectos para sobrevivir y alcanzar cada día mayores logros. Porque, como decía Ortega y Gasset, «(...) continuar es, a la vez, mantener y superar»[2].

Ese indoblegable espíritu de cambio que caracteriza a la juventud, incluyendo a la juventud de espíritu que desborda Jorge Avendaño, es también el espíritu de THĒMIS. Ya en el sexto número de la primera época de THĒMIS escribió el Comité Directivo de aquel entonces: «Renovarse es vivir, dijo José Enrique Rodó, y THĒMIS debe vivir». Esta frase fue luego citada en el primer número de nuestra Segunda Época y desde entonces ha sido repetida innumerables veces hasta convertirse en un verdadero símbolo de THĒMIS, en un verdadero resumen de nuestro espíritu.

La idea contenida en estas palabras, sin embargo, trasciende su contexto inicial y resulta aplicable a muchas otras coyunturas. Si renovarse es estar siempre abierto y dispuesto al cambio justificado, el doctor Avendaño ha sido un incansable propulsor de dicha renovación en nuestra facultad y en nuestra universidad. Y si renovarse es vivir, podemos constatar que la facultad de Derecho de la Universidad Católica vive, en gran parte, gracias a Jorge Avendaño. Y también en gran parte gracias a él, se mantiene vigente su indiscutible excelencia. Y éste no es más que otro motivo -uno entre los tantos que he tratado de resumir- para agradecerle sinceramente, para homenajearlo con calidez y llamarlo una vez más, con justicia, «maestro».

[2] Prólogo a "Introducción a las Ciencias del Espíritu" de Wilhelm Dilthey, en: Ortega y Gasset, José "Obras Completas". Madrid, Revista de Occidente, 1964, Tomo VII, pág. 67.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR ARMANDO ZOLEZZI

Mis primeras palabras quiero dirigirlas a los miembros de THĒMIS-Revista de Derecho para felicitarlos por la iniciativa de organizar este acto de reconocimiento a Jorge Avendaño Valdez, con motivo de cumplir cuarenta años como profesor. Acto que nos permite a sus exalumnos, colegas profesores y amigos todos, que hoy estamos en este local cuya construcción él inició, decirle: ¡Gracias Maestro!

En lo que a mi respecta debo confesar que, si bien es profundamente satisfactorio participar en este homenaje y un honor que se me haya encomendado pronunciar unas palabras a nombre de los profesores, no me ha gustado nada tener que, por primera vez en mi vida, escribir un discurso. La angustia ha sido terrible y el resultado ustedes lo juzgarán. En todo caso, tiene una virtud: es corto.

Jorge Avendaño nació el 24 de mayo de 1933 con una notoria desventaja que hay que considerar para merituar su obra y es que no nació en Arequipa.

Sin embargo, teniendo recién 24 años, en agosto de 1957, siete meses después de haber concluido sus estudios, el joven abogado Avendaño asumió la responsabilidad de enseñar en la Facultad de Derecho de nuestra Pontificia Universidad Católica y, salvo un semestre en el que estuvo en la Universidad de Wisconsin, no ha dejado de hacerlo.

Si bien ese solo hecho es digno de reconocimiento, lo es más si a la constancia y dedicación le añadimos que se trata de un "señor profesor".

Todos los que hemos sido sus alumnos, durante su larga trayectoria, debemos agradecerle la calidad de sus clases. Además, es un profesor que, pese a sus ocupaciones, no falta, es puntal y cumple oportunamente con entregar las calificaciones.

Adicionalmente a ello, sea como profesor o como autoridad, Jorge es una persona que siempre ha estado cerca de los alumnos.

Si la memoria no me es infiel, el surgimiento de las revistas jurídicas editadas por los estudiantes, como es el caso de THEMIS-Revista de Derecho, Ius et Veritas y Derecho y Sociedad, contó con su decidido apoyo.

Creo que, en su caso, el ser un buen profesor no es fruto de un aprendizaje. Tiene dotes especiales para serlo. Sin embargo, para ser un buen profesor, no es suficiente tener aptitud natural o aprendida. También se requiere que lo que trasmita sea formativo y de calidad; que no se oculte información; que el alumno reflexione; y, que el discípulo perciba, en el profesor, que hay amor por la enseñanza.

Con todo ello cumple Jorge y esto es resultado de trabajo, dedicación y, es por tanto, meritorio.

En alguna oportunidad, no hace mucho, le hice la siguiente pregunta: si tuvieras que optar entre el ser sólo profesor o el ejercicio profesional, qué harías? La respuesta fue: "creo que me quedaría con la enseñanza". Y añadió, "es labor creativa, formadora de generaciones futuras. Es tarea estimulante y rejuvenecedora". Finalmente, me dijo, "la práctica profesional que también la aprecio, puede ser a veces rutinaria. La docencia jamás lo es".

La pregunta no era de fácil respuesta, pues quienes lo conocemos sabemos que le encanta su profesión, que le gusta ejercerla y para ello estudió.

Sin embargo, teniendo que optar entre esos dos amores elegiría a la pobre, a la que no da dinero y es más exigente. Es verdad que no le pregunté sobre la seductora política. Sin embargo, tengo la intuición que, si algún día del próximo siglo se transfiere el poder en el país y a Jorge le ofrecen, por ejemplo, el Ministerio de Justicia, la Facultad lo podría perder por un tiempo, pues es un hombre ejecutivo y le darían la oportunidad de actuar.

Es por ello que, su labor en la Universidad no ha estado restringida a la de enseñar. Ha sido durante esos cuarenta años, trece años Decano de la Facultad de Derecho: siete años en la década de los sesenta (1964-1970) y seis, entre 1987 y 1993. Es de destacar que cuando asumió por primera vez el decanato ya era Doctor en Derecho y tenía sólo 31 años.

En la segunda etapa, tuve la oportunidad de trabajar muy cercanamente a él durante varios años. Primero, con motivo del Claustro Pleno realizado en 1989 y, luego, desde 1990 como Jefe del Departamento Académico de Derecho.

A pedido de los estudiantes, pero asumido y promovido por el Consejo de Facultad, presidido por Jorge Avendaño, se acordó, en 1989, llevar a cabo por primera y hasta ahora única vez en Derecho, un Claustro Pleno, con el fin que profesores y alumnos examinen y evalúen la enseñanza que se daba en la Facultad.

Para ello se formaron varias comisiones integradas, cada una, por seis profesores y tres alumnos que durante largos meses prepararon los correspondientes informes que fueron materia de debate en el Claustro Pleno que se llevó a cabo en diciembre de 1989.

Conclusión importante del Claustro fue la necesidad de modificar

el Plan de Estudios con el objetivo de dar una formación académica global, crítica, ética, plural, interdisciplinaria y de compromiso con la realidad nacional, a quienes ejercerán la profesión de abogado en el próximo milenio.

Jorge Avendaño, como Decano, presidió la Comisión Revisora del Plan de Estudios de la Facultad de Derecho y, luego de más de dos años de trabajo en que se realizaron no menos de sesenta sesiones, entre julio de 1990 y diciembre de 1992, se elaboró el nuevo Plan.

Su aplicación, a partir del primer semestre de 1993 coincide con su salida del Decanato, pero ello no fue motivo para que no siguiera interesado en su implementación.

Este nuevo Plan de Estudios, que Jorge no vaciló en calificar de profundamente innovador, ha creado, entre otros cursos, los seminarios de integración con el objeto de ampliar el trabajo problemático y casuístico de los estudiantes, en distintas áreas del Derecho.

Llegado el momento de dictar el primer seminario era claro que tenía que ser el de Derecho Civil y el profesor, Jorge Avendaño. No fue difícil convencerlo, aceptó el reto con ímpetu juvenil.

Profesores de distintas áreas, han ido a sus clases para ver y, en su caso, usar la metodología empleada. Otros no lo han hecho y creo, en verdad, que deben ir para beneficio de sus propios alumnos.

Los seminarios integran casos de un área del Derecho y no sólo de un curso. Inclusive permiten integrar distintas áreas del Derecho. Me cuenta Jorge, por ejemplo, que en el seminario de Derecho Civil es frecuente ver cuestiones civiles que se presentan con otras de Derecho Mercantil, Derecho Tributario - ¡Dios mío, que les estará diciendo! - y hasta de Derecho Penal.

Luego de cinco semestres, la experiencia ha demostrado:

a) Un alto nivel de nuestros estudiantes;
b) Aptitud para identificar los puntos jurídicos relevantes;
c) Capacidad de análisis jurídico y lógico;
d) Habilidad para trabajar inductivamente, a partir de problemas concretos; y,
e) Buen nivel de preparación previa.

Ello muestra, Jorge, que no te equivocaste al impulsar el cambio y si bien hay mucho que mejorar, los objetivos de la reforma se están cumpliendo.

El haber sido Decano en esos seis años, no se agota en una administración eficiente y el cambio del Plan de Estudios, pues no podemos dejar de lado la Proyección Social en nuestra Facultad, que hasta 1990 era inexistente y que fue franca y magníficamente impulsada e implementada por un hombre limpio, a quien con acierto Jorge le encomendó la tarea. Me refiero a Carlos Montoya Anguerri.

Tampoco podemos olvidar algo fundamental y es que cuando Jorge es elegido Decano en 1987, las clases se dictaban en las viejas casetas provisionales a las que llegamos en 1974 como ocupantes precarios pero, como es costumbre en el Perú que lo provisional se convierta en definitivo, 13 años después seguíamos en ellas

Por diversas razones, entre las que podríamos mencionar la situación económica del país en el año de 1987, la administración de la Universidad no estaba en capacidad o dispuesta a financiar la construcción de un local para la Facultad de Derecho. Pero a Jorge le gustan los desafíos y si bien quería a las humildes casetas, con justificada razón no le gustaban mucho.

En 1988, creó la oficina de Pro Derecho con el objeto de conseguir fondos para la construcción del local y se logró obtener los recursos necesarios para hacerlo e iniciar la construcción del Auditorio. En esa invalorable tarea colaboraron con Jorge distinguidos profesores de la Facultad como es el caso de Manuel de la Puente, Enrique Lastres y Humberto Medrano.

No hay duda que el nuevo local ha contribuido de manera importante a la mejora de la enseñanza en la Facultad.

De otro lado, este auditorio, el más grande que tiene la Universidad, si bien Jorge no pudo concluir con su construcción, lo dejó bastante avanzado.

A fines de 1992, ya próximo a concluir su segundo período como Decano reelecto de la Facultad de Derecho, este hombre inquieto y trabajador no podía darse una tregua. Postula y es elegido Decano del Colegio de Abogados de Lima.

Su labor y la de la Junta Directiva que presidió en el año 1993 fue destacada. De otra forma no se explica que fuera reelecto para el año 1994 con un apoyo cercano al 90% de los votantes.

Durante los dos períodos, el Colegio de Abogados de Lima tuvo una notoria presencia en la vida nacional. El año 1993 fue difícil y laborioso, pues había que dar una nueva Constitución y restablecer el Estado de Derecho. Adicionalmente a ello, tuvo que enfrentarse, con ingenio, a la supresión de las rentas de las que disfrutaban los Colegios Profesionales.

En el año 1994, la participación del Colegio de Abogados de Lima fue fundamental para viabilizar las elecciones generales del año 1995, pues la nueva Constitución de 1993 había diseñado un sistema electoral complejo, que no era posible poner en marcha en corto plazo. La Junta Directiva del Colegio que presidía encontró el camino y la propuesta se convirtió en la Ley 26304.

Pero el decanato se acababa en diciembre de 1994 y el hombre no estaba para retiros prematuros o vacaciones prolongadas, la historia es de ayer: terminó como representante de la minoría en el Congreso de la República.

No creo que esta última tarea lo cautive y sospecho que, por primera vez, a diferencia de todos los otros cargos, no irá a la reelección. Pero el 2000 está a la vuelta de la esquina y ya debe estar pensando en su futuro.

Como quiera que, mientras ha ejercido todos los cargos mencionados, jamás ha dejado su cátedra universitaria, una buena posibilidad sería ocupar una oficina en el Departamento de Derecho, con su computadora y pagar la única deuda que podría tener con sus alumnos; escribir lo que sabe y si fuera necesario, hacer el nuevo Plan de Estudios para el 2020.

Para concluir estas breves palabras, no puedo dejar de citar al más renombrado panegírico de Jorge, mi entrañable amigo Javier de Belaunde, quien dice de él, con gran acierto, que "es un reformador por convicción y un realizador por temperamento"... Y yo añadiría un entusiasta integral. Muestra de ello, entre otras cosas, es que ha tenido 9 hijos.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA, DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ

Presentación

Dirigir unas palabras sobre la personalidad y la obra universitaria de Jorge Avendaño Valdez, para alguien que, como yo, ha sido su alumno, discípulo, colega y socio en los mismos desvelos intelectuales, puede conducirnos a la tentación de querer descartar lo mucho que le debemos a Jorge en lo personal y las innumerables cualidades que siempre hemos admirado en él. He realizado, sin embargo, un esfuerzo para centrar esta disertación en la reforma de los estudios de Derecho en nuestra Facultad, que Jorge Avendaño concibió y jefaturó a mediados de la década del sesenta, y que tanta influencia ha tenido no sólo en esta institución que hoy nos acoge, sino en el Derecho peruano en general.

Los albores : primer viaje a Estados Unidos.

Jorge Avendaño fue elegido Decano por primera vez en 1964. A principios de 1966 ya estaba viajando a las Facultades de Derecho de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Columbia y Nueva York, conjuntamente con los profesores Felipe Osterling Parodi y Carlos Fernández Sessarego, buscando una contraparte para llevar adelante un complejo y ambicioso plan de reforma de la Facultad de Derecho.

Necesidad de una reforma

Jorge Avendaño había percibido con toda claridad que si la Facultad de Derecho no realizaba un giro de 180 grados, a pesar de sus grandes maestros y su tradición de excelencia, caería en la obsolescencia, como fue ocurriendo en los años que siguieron con las antiguas Facultades de Derecho de las grandes universidades estatales, que no supieron entonces encontrar el camino para responder a lo que la realidad social y económica exigía de ellas.

La tarea era de gran envergadura, al punto que -después de varios años y realizando un balance- en la Historia del Perú de Juan Mejía Baca se menciona la reforma de esos años en la Católica como un hito importante entre las nuevas tendencias del pensamiento jurídico peruano contemporáneo. No se trataba sólo de cambiar la metodología de la enseñanza, como erróneamente se pensó en un momento, sino de repensar aspectos fundamentales de la vida del Derecho, como son, el concepto mismo de Derecho, la definición de un perfil del abogado a ser formado por la Facultad y la conceptualización de un nuevo tipo de Facultad de Derecho.

La noción de Derecho

Respecto a la noción de Derecho que debía orientar todo el proceso, se precisó que "el Derecho es ante todo una forma de estructuración social y no un mero ordenamiento formal contenido en Códigos y Leyes más o menos organizados lógicamente, más o menos concordados. El Derecho -se dijo entonces- no puede ser entendido aisladamente de los demás aspectos de la vida social, vive entretejido en ellos y es, al mismo tiempo, causa y efecto de ellos.

Antes que un orden lógico, el Derecho es un orden social"[1]. Es fácil

[1] "Nuestra Reforma de la enseñanza del Derecho", Fernando de Trazegnies, Jorge Avendaño V. y Lorenzo Zolezzi, en Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971, No. 29, p. 135.

imaginar el efecto revolucionario que estas aseveraciones tuvieron entonces, revolucionario para algunos en sentido negativo, en sentido subversivo, pero revolucionario para otros en sentido positivo, pues la Facultad se entroncaba a partir de esta concepción en un vasto movimiento intelectual de carácter mundial, que empezaba a explorar las interrelaciones entre Derecho y sociedad, entre Derecho y cambio social, entre Derecho y Economía. Se redescubría entonces a los viejos maestros del realismo norteamericano, como Oliver Wendell Holmes, y a los máximos exponentes del sociologismo, como Roscoe Pound, así como a algunos padres fundadores del pensamiento social contemporáneo, como Max Weber, Eugene Ehrlich, Georges Gurvitch, Nicholas Timasheff y otros.

El perfil del Abogado

El abogado que se deseaba entregar a la sociedad, formado en nuestras aulas, fue concebido como crítico y creativo, conocedor de las nuevas corrientes en cada disciplina jurídica, con buenos conocimientos sobre otras disciplinas afines al Derecho, consciente del rol instrumental del Derecho, familiarizado con la tarea de investigación. Fueron estas ideas las que impulsaron la introducción en el Plan de Estudios de cursos como Sociología del Derecho, o Metodología de la Investigación Jurídica, con carácter de obligatorios, y de cursos como Derecho y Desarrollo o Antropología Jurídica, con carácter de electivos.

La filosofía del proceso de enseñanza-aprendizaje

El proceso de enseñanza y de aprendizaje del Derecho fue orientado por tres órdenes de ideas :

1o. "Que es preciso estudiar el Derecho tal como efectivamente vive en la sociedad a través de las decisiones judiciales, de la interpretación habitual de sus normas por quienes están sometidos a ellas, del complemento normativo que constituye la contratación y, en algunos casos, de los usos y costumbres. Por consiguiente, el Derecho no podía ser analizado in abstracto, como un razonamiento matemático, sino re-interpretado por los hombres que lo usan, dentro de un marco cultural y socio-histórico determinado.

2o. Que es preciso confrontar el Derecho con las demás prácticas sociales a fin de comprobar si el orden legal no sólo concuerda formalmente en el interior de su propia personalidad, sino, además, si concuerda con las exigencias, necesidades y aspiraciones de la sociedad en la que se desenvuelve. El Derecho resulta, así entendido, un instrumento social que promueve o frena los cambios, lo que nos lleva a estudiar las causas y los efectos sociales de las leyes. El Derecho no puede enclaustrarse en los textos legales afirmando que las motivaciones y los resultados económicos y sociales de las normas legales son extrajurídicos.

3o. Que si el Derecho es una práctica social, no puede ser concebido como rígido e inmutable sino que evoluciona con la sociedad misma. Aún más, el orden legal vigente no es el único orden jurídico posible y los principios que lo inspiran se encuentran confrontados en el seno de la sociedad con otros principios posibles que podrían organizar órdenes jurídicos sustancialmente distintos. Por consiguiente, esto nos lleva a no limitar nuestro estudio al orden vigente; no basta explicar lógica y sociológicamente el orden actual, estudiar sus causas y sus efectos sociales. Hay, además, que evaluar tales efectos, comparar opciones valorativas diferentes y, en función de estos análisis, discutir los principios fundamentales que sustentan y sistematizan las instituciones jurídicas. Cabe, por tanto, preguntarse si el orden legal vigente es el mejor de los órdenes jurídicos posibles dentro de la situación socio-histórica en la que se realiza. Por consiguiente, no basta explicar el Derecho vigente : es preciso también cuestionarlo[2].

Las medidas concretas

Esta armazón teórica debía traducirse en un conjunto de medidas, en el establecimiento de un plan de trabajo, que comprendió lo siguiente :

1. Reclutamiento de un equipo de profesores que estuvieran dispuestos a conformar la primera planta de docentes de tiempo completo y medio tiempo de la Facultad.

2. Capacitación de estos docentes en nuevos métodos de enseñanza, métodos que sin ser -como queda claro por lo ya explicado- el centro del proceso de reforma, son vehículos particularmente idóneos para llevar a la práctica muchos de los objetivos mencionados. Aquí llegamos a la contraparte a la que hice referencia al empezar esta disertación. La Universidad seleccionada no fue ninguna de las que visitó el Decano Avendaño en 1966, sino la de Wisconsin, que por esa época encarnaba mejor que ninguna otra los ideales que buscaba nuestra reforma. Entre sus profesores figuraban Lawrence Friedman, Stewart Macaulay y Robert Seidman, que eran por entonces las principales figuras en todo Estados Unidos de lo que podría llamarse una visión social y crítica de los fenómenos jurídicos; a los que en años

[2] IBID., pp. 135-136.

siguientes se sumaron Marc Galanter y David Trubek. Era también la sede del patriarca de la Historia del Derecho : James Willard Hurst. Pero era también la Facultad de Zigurds Zile, quien fue el Director de nuestro programa allá y que esperamos traer a nuestra Facultad el próximo año, al cumplirse 30 años de residencia en Wisconsin de los tres primeros profesores del proyecto.

3. Diseño de un nuevo Plan de Estudios -que se caracterizó por la semestralización contemplada en la Ley Universitaria de 1969, pero que muchas Universidades se negaron a admitir o que simplemente fue acatada, partiendo los cursos en dos- por la introducción de un número importante de cursos electivos y, en general, por una racionalización de las materias en concordancia con las ideas matrices de la reforma.

4. Creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas. En esos años la investigación concebida como proyecto colectivo, con el concurso de varios profesores y aún de alumnos, y que contemplara otros aspectos que no fueran la propia ley bajo análisis, no existía. Jorge Avendaño logró reclutar para estos fines al doctor Héctor Cornejo Chávez, quien durante años condujo y propició investigaciones del mayor interés, entre ellas la primera investigación empírica sobre el Poder Judicial que se hizo en el Perú.

El equipo

Toda la genialidad de esta concepción y la férrea voluntad de Jorge Avendaño no bastaban para coronar con éxito la empresa, a pesar del generoso e incondicional apoyo del Rector, R.P. Felipe Mac Grégor, y de la ayuda económica de la Fundación Ford. Se necesitaba un equipo. Y aquí sale a relucir otra virtud de Jorge Avendaño, esa capacidad que tiene para convocar personas y para impulsar en ellas un desarrollo autónomo y personal que en este caso particular sirvió de retroalimentación a la idea y al proyecto. La primera generación de profesores que viajaron a Wisconsin estuvo integrada por los siguientes profesores: Francisco Oliart, Luis Pásara, Lorenzo Zolezzi, Domingo García Belaúnde, Baldo Kresalja, Luis Carlos Rodrigo, Miguel de Althaus, Mario Roggero, Jorge Santistevan, Javier de Belaúnde, Eduardo Ferrero y Alfredo Ostoja. En la segunda generación, Marcial Rubio viajó al Reino Unido y a Wisconsin viajaron Alberto Bustamante, Luis Chirinos, Guillermo Bettocchi, Alberto Borea y José Perla Velaochaga.

Casi todos los profesores mencionados retribuyeron a la Universidad permaneciendo varios años como profesores de tiempo completo o medio tiempo, y algunos continúan con ese status. Todos han destacado como docentes y juristas y de las filas de estos llamados entonces "Wisconsin Boys" han salido los actuales Defensor del Pueblo y Canciller de la República.

Entre los que podríamos llamar ideólogos concurrentes o continuadores de la reforma deben mencionarse los nombres de Fernando de Trazegnies, Roberto Mac Lean y Felipe Osterling.

El legado

Este proceso, concebido e impulsado por Jorge Avendaño, ha dado sus frutos, que muy brevemente puedo sintetizar así :

1. Hoy día no es posible concebir la enseñanza del Derecho en el Perú sin asumir la perspectiva reseñada. Hoy se asume como algo que siempre fue así, sin saberse que es una criatura que tuvo padre, hermanos e hijos, y que juntos, en esta Facultad de Derecho, se gestó este modelo o arquetipo de Facultad de Derecho.

2. Nuestra Facultad es absolutamente competitiva a nivel internacional: para saberlo basta con preguntárselo a las decenas de exalumnos nuestros que cada año son admitidos a cursos de postgrado en Europa y los Estados Unidos.

3. Las ideas que he reseñado esta noche se han diseminado y confrontado en muchos foros internacionales. Jorge Avendaño fue el fundador y Presidente del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo que organizó exitosos encuentros de profesores de Derecho, para tratar estos temas, en Lima, Caracas, Buenos Aires y San José de Costa Rica. Fruto de uno de estos encuentros fue, precisamente, uno de los textos pioneros sobre administración de justicia, que se publicó en 1984.

Mucho podría agregar sobre la proyección internacional de las ideas de Jorge Avendaño, bastándome por ahora señalar que fue Presidente del Comité sobre la Enseñanza del Derecho en los Países en Desarrollo, institución con sede en Nueva York, e integrada por expertos en educación jurídica de los cinco continentes.

Deseo terminar este discurso dándole gracias a Jorge Avendaño por todo lo que ha hecho por la educación jurídica en el Perú, en general, y por esta Facultad de Derecho en particular.

B.A.S.A.R.

Artículos de oficina
Nacionales e importados

AV. JOSE PARDO 672, OFICINA 301, MIRAFLORES
TELEFONO: 446-0205 FAX: 446-1062

"MÁS PROTECCIÓN SIN IRRITACIÓN": ¿SERÁ CIERTO? LA OBJETIVIDAD EN LA PUBLICIDAD COMPARATIVA[1]

Ginette Lumbroso
Abogada
Pontificia Universidad
Católica del Perú

Por años, la publicidad comparativa ha sido considerada una práctica desleal que se encontraba prohibida y sancionada por la ley. Es recién con el desarrollo y difusión del sistema de libre mercado que muchos países admitieron la publicidad comparativa como una actividad lícita. Otros, como es el caso de Bélgica, Italia y Alemania, mantienen, aún en la actualidad, la prohibición de este tipo de publicidad.

En nuestro país, recién en el año 1991, dentro del contexto de las reformas implementadas por el Gobierno con el objeto de fomentar y regular el libre mercado, se reconoció de manera expresa y definitiva la legalidad de la publicidad comparativa.

La resolución que analizaremos en el presente artículo establece un precedente de observancia obligatoria en materia de publicidad comparativa que contribuye de manera sustancial al correcto entendimiento de su concepto y alcances.

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMPARATIVA

Tradicionalmente, la publicidad comparativa ha sido considerada como un acto de competencia desleal por constituir una práctica contraria a la buena fe comercial. Tal calificación se basaba en una concepción del mercado centrada principalmente en la tutela de los intereses privados de los empresarios; entendiéndose que tanto el interés público como el interés colectivo de los consumidores se hallaban protegidos de manera indirecta, como reflejo de la protección a los empresarios[2]. Eran los propios empresarios quienes, agrupados corporativamente, determinaban qué conductas debían ser consideradas desleales, con la finalidad de preservar una clientela cautiva.

[1] A mis hermanas, Michele y Valerie.

[2] MENENDEZ, Aurelio. La Competencia Desleal. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1988. p. 66.

Posteriormente, como consecuencia del quiebre que se produce en el postulado ideológico que afirmaba la coincidencia entre los intereses de los empresarios concurrentes en el mercado y el interés general, se da una reordenación de los valores tradicionalmente tutelados, dando lugar al nuevo modelo social de la competencia[3].

Con el surgimiento de este nuevo modelo social, el objeto de protección pasa de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado, en función no sólo del interés privado de los competidores, sino también del interés colectivo de los consumidores y del interés público del Estado.

La deslealtad deja de ser entendida como un juicio de incorrección profesional, basado en normas morales o convencionales de la clase empresarial, para convertirse en un juicio de inadecuación a los principios objetivos del ordenamiento económico, tales como la libre competencia, la protección a los consumidores, entre otros.

Prácticas consideradas anteriormente como desleales comienzan a permitirse debido a los beneficios que pueden producir desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en la conservación de un mercado altamente competitivo. Un ejemplo claro de ello, es el caso de la publicidad comparativa.

Una nueva ponderación de los intereses que giran en torno a esta figura, desde la pespectiva del nuevo modelo social de competencia, evidenció los beneficios que dicha figura brinda a los consumidores y al propio sistema de mercado. ¿Cuáles son estos intereses? En primer lugar, figura el interés del empresario anunciante, quien a través de la publicidad comparativa pone de manifiesto ante los consumidores la superioridad de su producto o servicio respecto del producto o servicio de la competencia; en segundo lugar, figura el interés del empresario a cuyos productos o servicios se alude en la publicidad comparativa para manifestar la inferioridad de sus productos o servicios en relación a los productos o servicios de la empresa anunciante; en tercer y último lugar, figura el interés de los consumidores, para quienes -dada su orientación hacia el conocimiento más completo posible de las diversas ofertas que existen en el mercado con el objeto de adoptar decisiones racionales que satisfagan de la manera más óptima posible sus necesidades- la comparación entre las características de las diversas ofertas realizadas por los competidores es, sin lugar a dudas, un mecanismo apto para conocer, de la forma más completa y a un menor costo, las diversas ofertas existentes en el mercado[4].

Como el lector podrá advertir, nos encontramos ante un conflicto de intereses: por un lado, está el interés de los empresarios cuyos productos o servicios son utilizados por el anunciante para realizar la comparación, y para quien la publicidad comparativa constituye un atentado contra sus intereses; y, por el otro lado, está el interés del empresario anunciante y el interés de los consumidores, para quienes la publicidad comparativa constituye un beneficio para sus intereses. Ante este conflicto generado por la existencia de intereses contrapuestos e irreconciliables, dentro del contexto de un sistema de libre mercado, debemos optar por otorgar primacía al interés de los consumidores en obtener información adecuada a través de la publicidad comparativa, siempre que ésta se sujete a ciertos límites con el objeto de no inducir a error al público consumidor ni denigrar a los competidores ni a sus productos.

Como consecuencia de esta nueva valorización de los intereses involucrados en la publicidad comparativa, pasó a ser permitida en muchos de los países en donde este tipo de publicidad se encontraba prohibida por considerarse una práctica desleal, sobre la base de los beneficios que ello implicaba para el interés de los consumidores y el interés general.

El Perú no fue ajeno a este proceso. Originalmente, el artículo 111, inciso g), del Reglamento de la Ley General de Industrias de 1970, tipificaba como un acto de competencia desleal el hacer en la publicidad comparaciones con los productos y/o servicios de los competidores[5]. Las normas legales dictadas con posterioridad al mencionado Reglamento man-

[3] Ibidem.; p. 95.

[4] FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. La Publicidad Comparativa. En: Estudios de Derecho de la Publicidad. Universidad Santiago de Compostela, 1989. pp. 226 y ss.

[5] Decreto Supremo 001-71-IC-DS: «Artículo 111.- Constituyen actos de competencia desleal: (...) g) Hacer en la publicidad comparaciones con los productos y/o servicios de los competidores...».
Este artículo fue modificado por Decreto Supremo 047-85-ICTI/IND, que estabeció lo siguiente:
«Artículo 111.- Constituyen actos de competencia desleal: (...)

tuvieron la prohibición general de la publicidad comparativa, hasta la promulgación del Decreto Supremo 026-90-ICTI/IND, el 11 de setiembre de 1990, que permitió expresamente realizar campañas publicitarias comparando productos similares en calidad, precio y beneficio, siempre que la información allí contenida sea verificable por el consumidor[6]. Finalmente, el Decreto Legislativo 691, Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, vigente actualmente, reconoce, en su artículo 8, de manera expresa y definitiva, la licitud de la publicidad comparativa en el Perú[7].

Esta norma legal se da, precisamente, como resultado de la nueva concepción social de la regulación de la competencia a la que nos hemos referido anteriormente, por considerarse que la publicidad comparativa no sólo beneficia a los consumidores, en la medida que les brinda una mayor información respecto de las diversas ofertas existentes en el mercado, sino también al interés general, ya que constituye una modalidad de competencia basada en las propias prestaciones, que contribuye a mejorar la estructura del mercado, y que supone un fomento del progreso técnico y económico, en la medida que las empresas se encuentran obligadas a introducir mejoras en sus productos y a reducir sus precios para poder competir[8].

Ahora bien, toda publicidad comercial tiene, por su propia naturaleza, una vocación comparativa, en tanto los anuncios persiguen transmitir al consumidor la superioridad del producto o servicio anunciado, en relación a los demás productos o servicios similares que se ofrecen en el mercado. Sin embargo, como es obvio, no toda publicidad comercial puede calificarse como publicidad comparativa. ¿Cómo determinar, entonces, cuándo nos encontramos ante un supuesto de publicidad comparativa?

Lo que determina que una publicidad comercial sea comparativa es que en ella los anuncios están estructurados, en forma deliberada, para confrontar dos o más productos o servicios similares con el objeto de poner de manifiesto ante el público consumidor la superioridad de los productos o servicios de la empresa anunciante frente a los de la competencia[9]. En otras palabras, en la publicidad comparativa se presentan, necesariamente, dos elementos: la referencia a los productos o servicios propios de la empresa anunciante y a los productos o servicios ajenos y, la comparación entre éstos con la finalidad de presentar las ventajas de los productos o servicios propios de la empresa anunciante frente a las desventajas de los productos o servicios similares ajenos[10].

Ello implica que el consumidor, desde una apreciación superficial del anuncio[11], debe percibir que el mismo contiene una comparación expresa entre los productos o servicios del anunciante y los productos o servicios de la competencia, cuyos datos son apreciados por el consumidor como objetivamente verificables.

g) El hacer en la publicidad comparación con los productos y/o servicios de los competidores con el objeto de desacreditarlos. No será considerado como acto de competencia desleal, la inclusión en la publicidad de marcas u otros símbolos identificatorios de los competidores para efectos de hacer la comparación, salvo que tal inclusión induzca al consumidor a error respecto a la procedencia, naturaleza o características de los productos del competidor...».

[6] Decreto Supremo 026-90-ICTI/IND:
«Artículo 1.- Las empresas que ofertan bienes y servicios, podrán realizar las campañas publicitarias, comparando productos similares en calidad, precio y beneficio de los mismos.
La publicación que con dicho criterio se exhiba, deberá ser verificable por el consumidor».

[7] Decreto Legislativo 691:
«Artículo 8.- Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores.
Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados».

[8] TATO PLAZA, Anxo. La Publicidad Comparativa. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1996, pp.96 y ss.

[9] Resolución 168-97-TDC de fecha 02 de julio de 1997 expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, en el proceso seguido por Procter & Gamble del Perú S.A. contra Productos Sancela del Perú S.A., por infracción a las normas sobre publicidad.

[10] TATO PLAZA, Anxo. La Publicidad Comparativa. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, p.20.

[11] El criterio según el cual los anuncios deben ser analizados desde una apreciación superficial de los mismos fue materia de la Resolución 052-96-TRI-SDC expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, en el proceso seguido de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI contra Liofilizadora del Pacífico S.R.L. y Omniagro S.A. - MANAXX J. GOLD.

Es así que el artículo 8 del Decreto Legislativo 691, en su primer párrafo, reconoce la licitud de la publicidad comparativa al permitir las comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. El segundo párrafo del mencionado artículo, establece las características que deben presentar dichas comparaciones para que sean consideradas publicidad comparativa; estas características son: especificidad, objetividad y que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

La característica de especificidad se presenta cuando en el anuncio se confrontan dos o más productos o servicios claramente identificados o fácilmente identificables por un consumidor razonable[12], desde una apreciación superficial del anuncio. Así, la comparación puede realizarse mediante: 1) la comparación expresa de marcas, vale decir, el anunciante presenta su producto o servicio, identificándolo con su marca, y lo contrapone con un producto o servicio de la competencia, el que también es identificado con su marca, a fin de comparar sus ventajas y/o desventajas; 2) la comparación entre géneros de productos, en la que si bien no se hace mención expresa a las marcas de los productos o servicios confrontados, el consumidor puede identificar claramente los productos y/o servicios comparados; 3) la comparación entre un producto individualizado y un género de productos, en cuyo caso, la comparación se realiza entre un producto o servicio claramente individualizado con su marca y un género de productos o servicios que también es identificado por los consumidores[13].

La característica de objetividad se presenta cuando un consumidor razonable, desde una apreciación superficial del anuncio, califica las ventajas o desventajas expresadas respecto de los productos confrontados, como objetivamente verificables. Para tales efectos, la confrontación deberá referirse a las características de los productos o servicios que sean materia de verificación objetiva posterior, tales como precio, ingredientes, tamaño, medida, duración, rendimiento, etc.

Finalmente, la característica de apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados se presenta cuando se contraponen las principales ventajas y desventajas que ofrecen cada uno de los productos o servicios comparados. No se requiere efectuar una relación detallada de las ventajas y desventajas que presenta cada producto o servicio comparado; basta la referencia a las características y rasgos singulares de los productos o servicios que determinarán la decisión de compra del consumidor[14].

De acuerdo con el análisis efectuado, para que un anuncio califique como un supuesto de publicidad comparativa, regulado por el artículo 8 del Decreto Legislativo 691, debe contener una comparación expresa entre productos o servicios, en la que se presenten las características de especificidad, objetividad y se dé una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados, en los términos anteriormente descritos. Por el contrario, en el supuesto de que la comparación no cuente con las características antes mencionadas, debemos entender que constituye un supuesto de publicidad comercial común, que se rige por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo 691.

El análisis hasta aquí realizado, parte de la premisa de que la especificidad, la objetividad y la apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados, a que se refiere el segundo

En dicha Resolución se estableció como precedente de observancia obligatoria que:
«... el término «análisis superficial» no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquélla que surge más naturalmente a los ojos del consumidor».

[12] Las razones por las cuales se adopta un estándar de «consumidor razonable» para nuestro medio, han sido explicadas en los Lineamientos sobre Publicidad Comparativa expedidos por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI el 22 de mayo de 1997.

[13] Ver los «Lineamientos sobre Publicidad Comparativa» expedidos por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi el 22 de mayo de 1997.

[14] Ver la Resolución 102-96-TDC expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en el expediente seguido de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI contra AFP Profuturo y Pragma DMB & B Agencia de Publicidad.

párrafo del antes mencionado artículo 8, constituyen las características de la publicidad comparativa y no -como piensan algunos- los requisitos que debe cumplir toda comparación para ser lícita. La diferencia entre una y otra interpretación parecería, a simple vista, inútil. Sin embargo, las consecuencias de adoptar una u otra posición son radicalmente distintas.

En efecto, si consideramos que se trata de características, las comparaciones que no cumplan con ser específicas, objetivas o no brinden una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados no constituirán un supuesto de publicidad comparativa y, en consecuencia, se regirán por las normas aplicables a la publicidad comercial común. En ese sentido, las comparaciones sólo serán consideradas ilícitas en la medida que induzca a error a los consumidores -sea por engaño u omisión- o denigren a los competidores.

Si, por el contrario, consideramos que se trata de requisitos, el sólo hecho de que la comparación no presente alguno de ellos, determinará *per se* que el anuncio sea considerado ilícito, incluso en el supuesto de que la comparación efectuada no haya generado confusión en los consumidores ni haya denigrado a los competidores.

En nuestra opinión, esta última interpretación se desdice con el principio general consagrado en el primer párrafo del artículo 8, según el cual es lícito hacer comparaciones expresas de productos, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. Creemos que este principio debe servir de pauta para calificar si una comparación es lícita o no.

De otro lado, si consideramos que se trata de requisitos y no de características no podríamos explicar la inclusión del requisito de especificidad, ya que si el consumidor no es capaz de identificar los productos o servicios confrontados, es porque en el anuncio no se ha realizado una comparación propiamente dicha, tratándose en consecuencia de un supuesto de publicidad comercial común, al que se le deben aplicar la normas generales sobre publicidad. La especificidad es, pues, necesariamente, una característica y no un requisito de la comparación. Siendo ello así, no tenemos por qué reconocer una naturaleza distinta a la objetividad y a la apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos o servicios comparados.

Tal razonamiento nos conduce a sostener que la publicidad comparativa, al igual que la publicidad comercial común, no debe cumplir con ningún requisito o exigencia adicional, que la de no confundir a los consumidores ni denigrar a los competidores. Es así que, si por ejemplo, en un anuncio en el que se confrontan dos servicios se compara únicamente el precio con el objeto de demostrar que el servicio del anunciante es más barato, sin hacer alusión a que el precio del servicio de la competencia comprende prestaciones adicionales, el anuncio será ilícito, no porque la compación no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los servicios comparados, sino porque dicha comparación induce a error a los consumidores.

Lo mismo sucede, por ejemplo, en los casos en los que al comparar dos o más productos o servicios el anunciante expresa afirmaciones que no son consideradas por un consumidor razonable como información objetivamente verificable, tales como por ejemplo, "... es más rico que ...", "...es mejor que...", etc. Si consideramos que la objetividad es un requisito y no una característica, dicho anuncio será considerado ilícito por el sólo hecho de no ser objetivo, aunque no induzca a error a los consumidores ni denigre a los competidores, quedando el anunciante obligado a demostrar objetivamente que su producto es más rico o es mejor.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO SEGUIDO POR PROCTER & GAMBLE DEL PERÚ S.A. CONTRA PRODUCTOS SANCELA DEL PERU S.A. POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS SOBRE PUBLICIDAD

El 15 de noviembre de 1996, Procter & Gamble del Perú S.A. (antes Deterperú S.A.) interpuso ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI una denuncia contra las empresas Productos Sancela del Perú S.A. y Química Suiza S.A.[15], por infracción a las normas sobre publicidad contenidas en el Decreto Legislativo 691, en la realización y difusión del anuncio denominado «camerino» en el que se publicitaban las toallas sanitarias NOSOTRAS, cuyo guión transcibimos a continuación:

[15] Mediante recurso de fecha 21 de enero de 1997, Procter & Gamble del Perú S.A. se desistió de su denuncia con respecto a Química Suiza S.A. debido a que dicha empresa no tenía la calidad de anunciante.

Modelo 1: Aquí, entre nosotras, no todo está dicho en toallas higiénicas.

Modelo 2: Por ejemplo, antes para sentirme seca yo usaba esas toallas con malla en la cubierta, pero ese plastiquito en los lados uf, me irritaba la piel.

Modelo 1: Ahora para nosotras eso quedó atrás.

Modelo 2: Porque la cubierta de Nosotras es mucho más suave para esa parte tan delicada.

Modelo 1: Por eso nos da más protección sin irritación.

Modelo 2: ¿Y sabes qué más? Como esta zona no es igual que esta otra, Nosotras tiene también formas distintas: ancha para adelante y angosta para atrás.

Modelo 1: Para nosotras, Nosotras plus con alas.

Modelo 2: Y Nosotras invisible, también con alas.

Modelo 1: Porque nadie conoce mejor nuestro cuerpo ...

Modelos 1 y 2: ... que Nosotras.

Concretamente, Procter & Gamble del Perú S.A. sostenía en su denuncia que a través de las afirmaciones realizadas en dicho anuncio -principalmente las frases: «Por ejemplo, antes, para sentirme seca yo usaba estas toallas con malla en la cubierta, pero ese plastiquito en los lados, uf!, me irritaba la piel» y «porque la cubierta de NOSOTRAS es mucho más suave para esta parte tan delicada; por eso nos da más protección sin irritación»-, se daba a entender a las consumidoras que la toalla sanitaria NOSOTRAS brinda más protección que las demás toallas sanitarias y que aquélla, a diferencia de las toallas sanitarias con cubierta de malla, no producía irritación, siendo todo esto falso. Además, sostenían que al referirse en el anuncio a las toallas sanitarias con cubierta de malla, se aludía de manera directa a la toalla sanitaria ALWAYS ya que, según la denunciante, el consumidor identifica la cubierta de malla con ALWAYS.

Para demostrar sus afirmaciones, Procter & Gamble del Perú S.A. presentó un análisis técnico elaborado por la División de Desarrollo de Productos de Procter & Gamble Latin America, de Caracas, Venezuela, respecto al nivel de protección de las toallas sanitarias ALWAYS en relación a las toallas sanitarias NOSOTRAS; así como un «estudio de satisfacción-insatisfacción», basado en encuestas, realizado por la empresa Apoyo Opinión y Mercado S.A., respecto a las toallas sanitarias ALWAYS y NOSOTRAS, cuyos resultados, según la denunciante, demostraban que los beneficios de «más protección» y «no irritación» respecto de toallas sanitarias podían y debían ser comprobados de manera objetiva.

Como fundamento legal de su denuncia, Procter & Gamble del Perú S.A. sostuvo, inicialmente, que el anuncio infringía lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, en la medida que contenía frases que, según dicha empresa, inducían a error al consumidor, al otorgar a las toallas sanitarias NOSOTRAS calidades y ventajas que en realidad no tenían, en comparación con otros productos a los que se aludía directamente. Posteriormente, Procter & Gamble del Perú S.A. amplió el sustento legal de su denuncia, señalando que el anuncio constituía un supuesto de publicidad comparativa que infringía lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 y en el artículo 12 del Decreto Ley 26122 -Ley de Represión de la Competencia Desleal-.

Por su parte, Productos Sancela del Perú S.A. contestó la denuncia, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sosteniendo que en su anuncio no se compara la toalla sanitaria NOSOTRAS con otras toallas sanitarias y, menos aún, con la toalla sanitaria ALWAYS. Asimismo, sostuvo que el anuncio sólo contenía frases y expresiones referidas a la toalla sanitaria NOSOTRAS y a algunas de sus cualidades o atributos. En tal sentido, señaló que el hecho de haber utilizado en el anuncio las frases «más protección» y «sin irritación» no implicaba una comparación, ya que dichas frases constituían expresiones superlativas utilizadas frecuentemente en la publicidad de toallas sanitarias y, en general, en la publicidad de todo tipo de productos o servicios.

Adicionalmente, Productos Sancela del Perú S.A. sostuvo que, aun cuando se pudiera interpretar que en el anuncio se afirmaba que NOSOTRAS brinda más protección y produce menos irritación que ALWAYS, tales afirmaciones serían ciertas. Para demostrarlo, presentó un análisis comparativo de las toallas sanitarias ALWAYS y NOSOTRAS realizado por Laboratorios Sancela Colombia, así como una «Investigación Cuantitativa Estudio Integral de Toallas Higiénicas» realizada por la firma Investigadores y Consultores en Mercadeo S.A. (ICOM) en el mes de setiembre, consistente en la aplicación de un cuestionario estandarizado a usuarias de las toallas sanitarias ALWAYS y NOSOTRAS.

Mediante Resolución 012-97-C.C.D. de fecha 18 de marzo de 1997, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI declaró infundada la denuncia presentada por Procter & Gamble del Perú S.A. contra Productos Sancela del Perú S.A., por considerar que si bien el anuncio materia

de controversia constituía un supuesto de publicidad comparativa que debía cumplir con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 691, las frases «más protección» y «sin irritación» contenidas en el mismo, constituían una apreciación subjetiva del anunciante sobre los beneficios de su producto, que no contenían información concreta que pudiera ser susceptible de comprobación objetiva y que, por lo tanto, no inducían a error o confusión a un consumidor razonable. Como consecuencia de ello, la Comisión consideró que las frases e imágenes difundidas en el anuncio no resultaban contrarias a los principios de veracidad y lealtad que deben regir en el mercado, toda vez que las toallas sanitarias con cubierta de malla no habían sido presentadas en forma generalizada como productos que irritan la piel.

El 01 de abril de 1997, Procter & Gamble del Perú S.A. interpuso recurso de apelación contra la Resolución expedida por la Comisión, sosteniendo que la misma: (i) no se pronunció sobre diversas pruebas actuadas en el proceso; (ii) no se pronunció sobre todos los requisitos exigidos para la publicidad comparativa, previstos en el artículo 8 del Decreto Legislativo 691, vale decir, los requisitos de especificidad, objetividad y apreciación de conjunto; (iii) no aplicó la normatividad sobre Represión de la Competencia Desleal, esto es, el Decreto Ley 26122; y, por último, (iv) no realizó una adecuada interpretación sobre las nociones de denigración y veracidad.

Mediante Resolución 168-97-TDC de fecha 02 de julio de 1997[16], la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI confirmó la Resolución 012-97-C.C.D. de fecha 18 de marzo de 1997 expedida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi, que declaró infundada la denuncia interpuesta por Procter & Gamble del Perú S.A. contra Productos Sancela del Perú S.A., por presuntas infracciones a los artículos 4 y 8 del Decreto Legislativo 691.

No obstante haber confirmado la resolución expedida por la primera instancia, la Sala consideró que el anuncio materia de la controversia no constituía un supuesto de publicidad comparativa regulado por el artículo 8 del Decreto Legislativo 691, por no contar con el requisito de objetividad. Ello debido a que la Sala consideró que las afirmaciones contenidas en el anuncio, dado el contexto del mismo, constituían apreciaciones subjetivas del anunciante, personalizadas en las modelos, que tenían por finalidad mostrar las ventajas o bondades que brinda el producto anunciado; y que, como tales, no eran aprehendidas como información objetivamente verificable por un consumidor razonable.

De otro lado, la Sala consideró que el anuncio no viola el principio de veracidad contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, debido a que la frase «nos da más protección sin irritación» no se encuentra sujeta al requisito de comprobación, toda vez que dicha afirmación es percibida por un consumidor razonable como una apreciación subjetiva del anunciante respecto a las bondades de su producto frente al género de toallas sanitarias con cubierta de malla, que no induce al consumidor a error.

Finalmente, la Sala consideró que el anuncio tampoco viola el principio de lealtad contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 691 debido, principalmente, a que la frase «pero ese plastiquito en los lados uf!...», contenida en el anuncio, constituye también una apreciación subjetiva del anunciante con la finalidad de resaltar una de las ventajas que ofrece su producto, esto es, la utilización de tela no tejida en lugar de plástico en los lados de la toalla sanitaria. En ese sentido, la Sala consideró que la palabra «plastiquito» no es entendida por un consumidor razonable en un tono despectivo, ya que por el contexto en el que ha sido mencionada, es percibida como parte del esfuerzo que realiza el anunciante para destacar una alternativa de solución que ofrece su producto a aquellas consumidoras a las cuales las toallas sanitarias con malla les produce incomodidad o irritación en los lados. Siendo ello así, la Sala consideró que no se había generado ningún tipo de descrédito a las toallas sanitarias con cubierta de malla o a alguna empresa competidora en el mercado de dicho producto.

Como consecuencia del análisis realizado, la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto Legislativo 807, estableció que la mencionada Resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los siguientes principios:

1. «De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691, es lícito hacer comparaciones expresas de productos en la publicidad. Esta modalidad denominada publici-

[16] Tanto la Resolución 168-97-TDC como la Resolución 012-97-C.C.D. fueron publicadas en el diario oficial El Peruano el día 29 de julio de 1997, en cumplimiento del mandato expedido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

dad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos a toda publicidad comercial, es decir: no deben infringir el principio de veracidad, contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, engañando por implicancia u omisión; ni deben infringir el principio de lealtad, contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 691, induciendo a los consumidores a confusión o denigrando a los competidores.

2. No constituyen publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Estos tipos de anuncios constituyen publicidad comercial común y, en tal sentido, se rigen por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo 691.»

III. ANÁLISIS DEL ANUNCIO

3.1 Aplicación del concepto de publicidad comparativa

De acuerdo con lo señalado en la parte inicial del presente artículo, lo que determina que una publicidad comercial sea comparativa es que en ella los anuncios están estructurados, en forma deliberada, para confrontar dos o más productos o servicios similares con el objeto de poner de manifiesto ante el público consumidor la superioridad de los productos o servicios de la empresa anunciante frente a los de la competencia. La comparación deberá contar, además, con las características -requisitos, para algunos- de especificidad, objetividad y deberá brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Respecto a la especificidad, se debe evaluar si un consumidor razonable, desde una apreciación superficial del anuncio, se encuentra o no en capacidad de identificar los productos o servicios comparados en el anuncio. En el caso del anuncio cuestionado, se hace referencia expresa a las toallas cubiertas con malla, a efectos de manifestar a los consumidores que la cubierta de las toallas sanitarias NOSOTRAS es más suave. En ese sentido, podemos afirmar que en el anuncio se están confrontando las toallas sanitarias NOSOTRAS con el género de toallas sanitarias cubiertas con malla, con el objeto de resaltar las ventajas de las primeras en relación con las segundas.

Ahora bien, no por ello debemos afirmar que en el anuncio se están confrontando las toallas sanitarias NOSOTRAS con las toallas sanitarias ALWAYS. La Sala señaló tres razones -acertadas, en nuestra opinión- por las cuales no debía entenderse la confrontación en dicho terminos: (i) porque no quedó demostrado en el proceso que las toallas sanitarias cubiertas con malla sean asociadas por un consumidor razonable con la marca ALWAYS; (ii) porque la denominación "malla" constituye una frase comúnmente utilizada en este mercado para identificar al material polietileno perforado; y, (iii) porque existen en el mercado diversas toallas sanitarias con cubierta de malla distintas a ALWAYS, tales como por ejemplo, las toallas sanitarias SERENA, KOTEX y MIMOSA.

Por las razones antes expuestas, concordamos con la Sala en el sentido de que la comparación es específica, toda vez que en el anuncio se confronta un producto determinado (las toallas sanitarias NOSOTRAS) y un género de productos (las toallas sanitarias con cubierta de malla)

Una vez establecido que la comparación es específica, debemos pasar a analizar si la comparación es objetiva o no. Para tales efectos, debemos determinar si las ventajas o desventajas expresadas en el anuncio respecto de los producto confrontados serán calificadas, por un consumidor razonable, como objetivamente verificables.

Al respecto, creemos -al igual que la Sala- que de una apreciación superficial del anuncio, un consumidor razonable entenderá que las afirmaciones en él contenidas constituyen apreciaciones subjetivas del anunciante sobre las bondades de su producto y no información objetivamente verificable. Ello, principalmente, por el contexto en el que se desarrolla el anuncio: un camerino en donde dos modelos expresan frente a cámaras, sus experiencias personales respecto a las toallas sanitarias NOSOTRAS, resaltando las bondades del producto.

Este tipo de trama y afirmaciones es muy común en los anuncios de toallas sanitarias, en los que se presentan a una o más consumidoras resaltando las bondades y beneficios de una toalla sanitaria en particular, mediante la utilización de frases tales como, por ejemplo, «la protección más segura»; «la más delgada y cómoda del mundo»; «tamaño ideal»; «protección superior»; «tela más suave y resistente»; «absorbe mejor que las demás»; «más limpia, más seca, más protegida»; «con otras el flujo se queda en la superficie»; «otras no absorben bien causando accidentes a los lados»; «era tan normal tener accidentes con las otras»; entre otras frases.

Dentro de este contexto, resulta difícil pensar que un consumidor razonable podría considerar que las afirmaciones expresadas en el anuncio por las modelos constituyen información objetivamente verificable. Por el contrario, consideramos que un consumidor razonable entenderá que se trata de apreciaciones subjetivas del anunciante, expresadas a través de las modelos, respecto de las ventajas que ofrece su producto en relación a las toallas con cubierta de malla, que no son objetivamente verificables.

Distinto sería el caso, si las aformaciones expresadas por el anunciante respecto a su toalla santitaria hubiesen sido presentadas como un danto o información científicamente demostrable y verificable, como por ejemplo, si se hubiese afirmado que la toalla sanitaria marca NOSOTRAS absorbe 20% más que las toallas sanitarias con cubierta de malla. En ese caso, se trataría indudablemente de información que el consumidor entendería como objetivamente demostrable.

Habiendo quedado claro que la comparación no es objetiva, debemos analizar si tal situación determina *per se* que el anuncio deba ser considerado ilícito o si, por el contrario, este hecho determina simplemente que el anuncio no constituye un supuesto de publicidad comparativa sino un supuesto de publicidad comercial común. La respuesta a esta interrogante dependerá de si consideramos que la objetividad es una característica o un requisito de la comparación.

En nuestra opinión, como ya lo hemos sostenido precedentemente, la objetividad constituye una característica y no un requisito de la comparación. Tal interpretación no sólo está en función del principio general contenido en el primer párrafo del artículo 8, en el que se consagra la licitud de las comparaciones expresas de productos, siempre que no confundan a los consumidores ni denigren a los competidores, sino en que no existe ninguna razón que sustente el exigir que las comparaciones expresas de productos sean objetivas en los casos en que ellas no induzcan a error o engañen al consumidor ni denigren al competidor.

La interpretación contraria nos llevaría al absurdo de tener que considerar ilícitos y en consecuencia, prohibidos, los anuncios en los cuales se afirma que un detergente brinda "más blancura" que otros, o en los que un banco ofrece una "mejor atención" que otros, por el solo hecho de no ser objetivos, aun en el supuesto de que no confundan a los consumidores ni denigren a los competidores. Tal situación limitaría la creatividad publicitaria y la competencia en el mercado, sin ninguna razón válida que la sustente.

Por lo expuesto, concordamos con la Sala en que el anuncio, al no contar con la característica de objetividad, constituye un supuesto de publicidad comercial común, al que deben aplicársele las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo 691. En tal sentido, carece de objeto analizar la tercera y última característica que exige el artículo 8 para que se dé el supuesto de publicidad comparativa, esto es, la apreciación en conjunto de los principales aspectos comparados en el anuncio.

3.2 Aplicación del principio de veracidad

Corresponde en este punto, analizar si el anuncio en cuestión no infringe el principio de veracidad que debe cumplir todo anuncio, incluyendo los anuncios en los que se realizan comparaciones expresas.

Al respecto, el artículo 4 del Decreto Legislativo 691 establece que los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.

Como complemento de la norma legal antes citada, el artículo 15 del mismo Decreto Legislativo, establece que cualquier ilustración, descripción o afirmación contenida en un anuncio publicitario debe ser susceptible de prueba por el anunciante en cualquier momento.

No obstante, existen frases o afirmaciones que no están sujetas a la obligación del anunciante de probar su veracidad, toda vez que son juzgadas por un consumidor razonable como apreciaciones subjetivas del anunciante, exageraciones publicitarias, humor o fantasía; y, como tales, no inducen a error a los consumidores.

Sobre esta materia, la Resolución 014-97-TDC de fecha 16 de enero de 1997, expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, estableció un precedente de observancia obligatoria, en virtud del cual deben distinguirse los casos en que una afirmación queda sujeta a la obligación del anunciante de probar su veracidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 15 antes mencionado, de aquellos casos en los que no existe tal obligación. Dicha distinción dependerá de cómo

es percibida una afirmación por un consumidor razonable. Las afirmaciones que, por la forma como han sido formuladas, contienen información que puede ser considerada como objetivamente verificable por un consumidor razonable, están sujetas al principio de veracidad. Por el contrario, aquellas afirmaciones que son percibidas por un consumidor razonable como opiniones o apreciaciones subjetivas del anunciante no están sujetas a comprobación.

Así, por ejemplo, la mencionada Sala ha considerado que en el caso de frases tales como «Recomendado por el Colegio Odontológico», «Certificado por Notario» o «Rinde 60 kilómetros por galón», el anunciante deberá demostrar su veracidad, debido a que un consumidor razonable podrá considerarlas como hechos o cualidades objetivamente verificables. Por el contrario, en el caso de afirmaciones tales como, por ejemplo, «El mejor del mundo», «Calidad Insuperable», «El mejor sabor» o «Le gusta a todos» el anunciante no se encontrará obligado a demostrar la veracidad de las frases puesto que un consumidor razonable no considerará que se trata de información objetivamente verificable.

En el caso materia de comentario, debemos analizar si la frase «nos da más protección sin irritación» que aparece en el anuncio, será considerada por un consumidor razonable como una opinión o apreciación subjetiva del anunciante sobre las bondades de su producto; o, por el contrario, como una información objetivamente verificable.

Como lo hemos señalado precedentemente, dado el contexto del anuncio, consideramos que un consumidor razonable entenderá dicha frase como una apreciación subjetiva del anunciante, no sujeta a verificación; y, como tal, no es capaz de inducir al consumidor a error o confusión. Más aún si consideramos que el concepto de «protección» no es entendido por un consumidor razonable como un dato objetivamente medible, ya que el hecho que una toalla sanitaria brinde más protección que otra dependerá, única y exclusivamente, de la apreciación subjetiva de cada consumidora.

Al respecto, debemos tener en consideración que las toallas sanitarias son productos de higiene personal, vale decir, productos que se adquieren frecuentemente por las consumidoras, quienes cuentan con información completa y actualizada sobre dichos productos ya que los evalúan diariamente, cada vez que los compran y prueban. En ese sentido, las apreciaciones subjetivas de los anunciantes sobre las bondades de sus productos no inducen a error ni engañan a las consumidoras razonables.

En relación a la expresión «sin irritación» consideramos que tampoco puede inducir a error ni engañar a un consumidor razonable, debido a que el anunciante está planteando una alternativa de solución para aquellas consumidoras que perciben problemas de irritación con el uso de las toallas sanitarias con cubierta de malla, consistente en la utilización de toallas sanitarias con cubierta de tela. En este caso, también, se trata de una apreciación subjetiva del anunciante sobre los beneficios de su producto, que no contiene información concreta ni objetivamente verificable.

3.3 Aplicación del principio de lealtad

Pasemos ahora a analizar si el anuncio materia de la controversia infringe el principio de lealtad o de no denigración contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 691, según el cual los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, en forma directa o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía.

Al respecto, Procter & Gamble del Perú S.A. sostenía que la frase «pero ese plastiquito en los lados uf, me irritaba la piel» así como las imágenes correspondientes a dicha frase, denigraban las toallas sanitarias con cubierta de malla, entre las que se encuentran las toallas sanitarias ALWAYS.

Para determinar si efectivamente las frases e imágenes contenidas en el anuncio son denigratorias, debemos analizarlas dentro del contexto del anuncio, en el que como ya lo hemos señalado, se pretende brindar una alternativa de solución a aquellas consumidoras que perciben problemas de irritación al utilizar toallas sanitarias con bordes de plástico, resaltando la suavidad que brinda su producto debido a la utilización de tela no tejida.

En ese sentido, podemos afirmar que la frase cuestionada ha sido expresada también como una apreciación subjetiva del anunciante con el objeto de resaltar una de las ventajas que brinda su producto, esto es, la utilización de tela en lugar de plástico en los lados de la toalla sanitaria.

Así, dicha frase no es entendida por un consumidor razonable como una afirmación dirigida a menoscabar o desacreditar a las toallas sanitarias con cubierta de malla o a alguna empresa competidora en el mercado, razón por la cual consideramos que

el anuncio no infringe el principio de lealtad que debe cumplir toda publicidad comercial.

Por último, concordamos también con la Sala en que el Decreto Ley 26122[17] -Ley de Represión de la Competencia Desleal- no es aplicable a los supuestos en los que se discute la legalidad de un anuncio, ya que la publicidad comercial cuenta con regulación específica sobre la materia[18].

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como resulta evidente de lo expuesto en el presente artículo, la publicidad comparativa es aún tema controversial. Quienes, como nosotros, creemos plenamente en sus bondades, no tenemos temor en afirmar que no tiene ni debe tener mayor limitación que la de no confundir a los consumidores ni denigrar a los competidores.

Quienes, por el contrario, se incomodan con este tipo de publicidad, tratarán de limitarla, exigiendo que las comparaciones cumplan con requisitos adicionales a los aplicables a la publicidad comercial común, como por ejemplo el requisito de objetividad.

En nuestra opinión, no tiene ningún sentido prohibir un anuncio en el que se realizan comparaciones que no sean objetivas, por el simple hecho de no serlo. La lógica nos dice que para que dicho anuncio sea considerado ilícito y, en consecuencia, prohibido, debe afectar de alguna manera, cualquiera sea ésta, el normal desenvolvimiento de las actividades económicas en el mercado. En la medida que tal afectación o la posibilidad que se produzca no se verifique, no existe -creemos- ninguna razón válida para limitar la creatividad publicitaria.

[17] Decreto Ley No. 26122:
«Artículo 12.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero cuando aquélla se sustente en afirmaciones falsas o no comprobables.
La comparación no deberá crear confusión, ser engañosa ni denigrante a tenor de lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 11 de la presente Ley».

[18] El tratamiento legislativo que se le otorga a los actos de comparación en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Ley 26122) es distinto al que se le otorga a la publicidad comparativa en la norma sobre publicidad (Decreto Legislativo 691). Las diferencias son, en primer lugar, los objetos de comparación. Mientras que la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se refiere a la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento; la norma sobre publicidad se refiere únicamente a la comparación de productos. En segundo lugar, la Ley de Represión de la Competencia Desleal permite expresamente, a diferencia de la norma sobre publicidad, comparar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos con los de un tercero, no siendo necesario incluir en la comparación los propios. En tercer lugar, la Ley de Represión de la Competencia Desleal considera como desleal las comparaciones cuando se sustentan en afirmaciones no comprobables; mientras que, como lo hemos sostenido en el presente artículo, en el campo de la publicidad, si la comparación no es objetiva no se considera que se trata de publicidad comparativa, siendo además que ciertas afirmaciones por la forma en que han sido manifestadas no se encuentran sujetas a verificación objetiva. Finalmente, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la comparación no debe ser denigrante según lo dispuesto por el artículo 11 del mismo cuerpo legal. De acuerdo con esta norma, se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones que puedan menoscabar el crédito de un tercero en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes; mientras que la norma sobre publicidad establece como regla general que la comparación no debe denigrar a los competidores, sin considerar como una excepción, el hecho de que se trate de afirmaciones exactas, verdaderas y pertinentes.

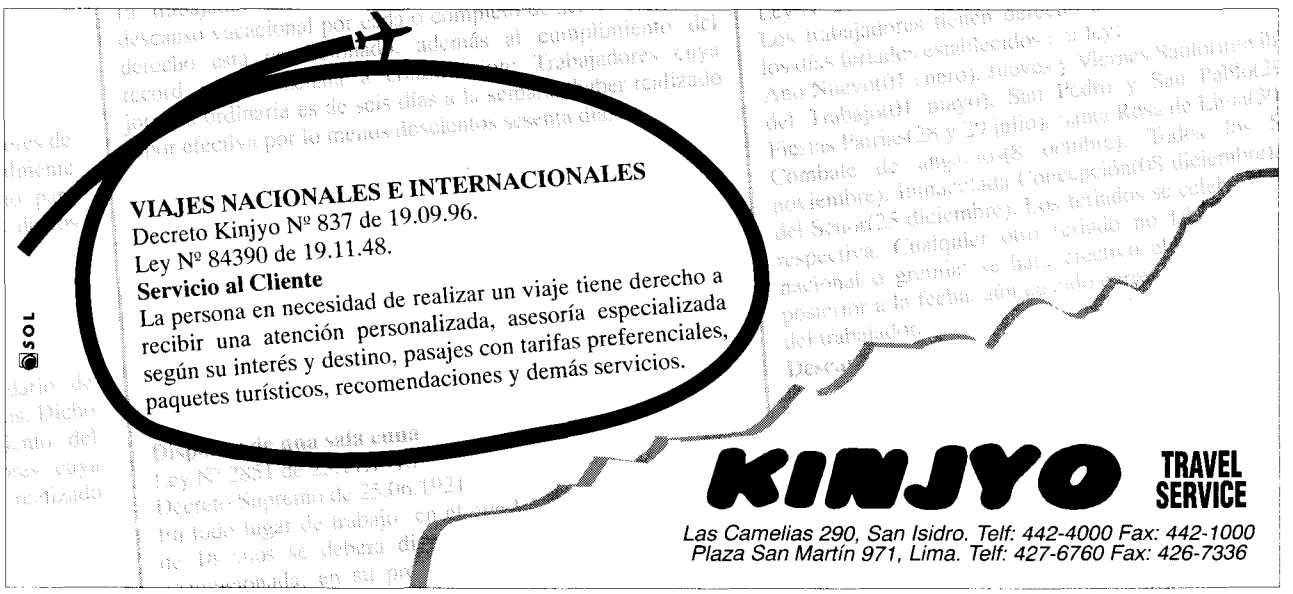
SAYBOLT

SAYBOLT PERU LTD.

BULK CARGO SURVEYORS

AV. LA ENCALADA 1615 OFIC. 305
SURCO
P.O. BOX 1507, LIMA 100 - PERÚ
(FRENTE A LA EMBAJADA DE U.S.A.)
TELF.: 437-2140 / 437-5278 FAX: 437-5255
(MÁS DE 200 OFICINAS PROPIAS EN EL MUNDO)

SERVICIOS DE INSPECCION
CARGAS Y DESCARGAS DE HIDROCARBUROS Y DERIVADOS
CARGAS Y DESCARGAS DE PRODUCTOS A GRANEL
ANALISIS DE LABORATORIO



THĒMIS – REVISTA DE DERECHO LE RINDE HOMENAJE AL DOCTOR JORGE AVENDAÑO

THĒMIS – Revista de Derecho le rindió homenaje al doctor Jorge Avendaño, al haber cumplido 40 años de docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. En dicho evento se resaltó no sólo su brillante labor como profesor universitario, sino también su destacada actuación como Decano de la Facultad en varias oportunidades, así como su valioso y permanente aporte en distintos campos, tanto en el Derecho como en la política.

El evento tuvo lugar en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la PUC, y a él asistieron reconocidos docentes de la facultad, así como importantes figuras de la vida política nacional. Luego de las elogiosas palabras del decano, doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, del doctor Armando Zolezzi y en nombre de THĒMIS – Revista de Derecho Gonzalo Zegarra Mulanovich, se procedió a entregarle al doctor Avendaño un Plato Recordatorio del evento, felicitándolo por su larga y exitosa trayectoria.

THĒMIS -REVISTA DE DERECHO ORGANIZA EL SEMINARIO "NUEVAS OPERACIONES DE LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO".

Dada la creciente ola de inversiones extranjeras y la adopción, por parte de nuestro país, de una política liberal en materia de mercados de bienes, servicios y capitales, han surgido nuevos instrumentos financieros y nuevas áreas de la barca y del rubro empresarial, cobrando cada vez más importancia.

Consciente del interés por una adecuada definición y regulación de estas nuevas actividades económicas a nivel de empresa, THĒMIS – Revista de Derecho organizó un Seminario titulado "Nuevas Operaciones de las Empresas del Sistema Financiero", llevado a cabo los días 17, 18 y 19 de noviembre. En dicho evento, renombradas figuras, no sólo del Derecho sino también de la Economía y empresarios, definieron y describieron los nuevos instrumentos del sistema financiero, discutiendo –e incluso criticando- su importancia, y su proyección a futuro, en el ámbito del emergente desarrollo de la inversión privada en nuestro país.

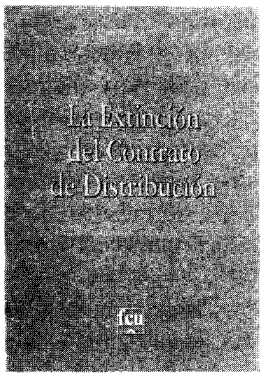
APARICIÓN DEL PRIMER NÚMERO DE LA REVISTA PERUANA DE DERECHO PROCESAL

El área procesal ha sido siempre una de las más importantes y complejas, interactuando con todas las demás áreas de Derecho. Por ello, THĒMIS – Revista de Derecho saluda la aparición de una nue-

va publicación, La Revista Peruana de Derecho Procesal, editada íntegramente por alumnos de nuestra facultad, y cuyos objetivos se encuentran en la renovación del Derecho Procesal en nuestro país, deseándoles la mejor de las suertes.

JORNADAS DE "THĒMIS TE ACERCA AL DERECHO"

Los días 2 y 4 de setiembre se llevaron a cabo en nuestra facultad las tradicionales charlas "THĒMIS te acerca al Derecho" organizadas por nuestra revista, dirigidas a los estudiantes de primeros ciclos, y cuya finalidad es darles una visión un poco más específica de las diferentes áreas del Derecho, su contenido, y las posibilidades de trabajo que generan. El primer día, hablaron el doctor Enrique Elías Laroza, sobre el Derecho Comercial, el doctor Jorge Avendaño, sobre el Derecho Civil y el doctor Francisco Eguiguren, sobre el Derecho Constitucional. Y el día 4, tomaron la palabra el doctor Humberto Medrano, para hablar sobre el Derecho Tributario; la doctora María Yolanda Doig, sobre el Derecho Penal; y el doctor Bullard, sobre el Derecho de la Competencia.



BERGSTEIN, JONÁS.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. 172 p.

En el primer capítulo trata el "Fenómeno de la Distribución", y los caracteres más relevantes del Contrato de Distribución.

En el segundo nos explica el tema del vencimiento del plazo contractual y el ejercicio del derecho de no renovación del Contrato de Distribución.

Los siguientes capítulos están dedicados a la exposición del tema central del estudio, el desistimiento unilateral en el Contrato de Distribución, considerando aspectos como el ámbito de aplicación de la figura y la manera en que debe utilizarse. Esto lo lleva a analizar el problema de la autonomía de la voluntad en el fin de los contratos de distribución, es decir, el estudio de la validez y eficacia de las cláusulas del desistimiento.

Las reflexiones finales con las que concluye el autor (Capítulo. VIII), se ocupan del tema de la política legislativa que podría darse, y que en su opinón no debería darse en Uruguay.

Distribuir es repartir una cosa entre varios, la expresión "distribución comercial" alude a los mecanismos a través de los cuales un producto llega, desde su fabricante, a los consumidores.

En la distribución de base contractual interviene un tercero, que es quien realiza la distribución: el fabricante pacta con este intermediario la distribución del producto hacia los usuarios. Este pacto o acuerdo es el Contrato de Distribución, negocio en el cual un "distribuidor" se obliga en el transcurso de un tiempo (determinado o indeterminado) a adquirir bienes o servicios de un "fabricante", llamado también "principal", para su posterior reventa.

El Contrato de Distribución se extingue al verificarse el vencimiento del plazo previsto, cuando éste conste de esa forma. En este punto, surge la posibilidad de renovar o no el contrato en su parte denominada "principal".

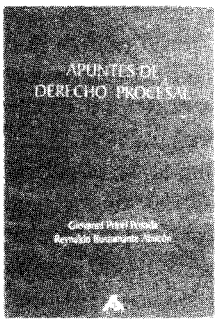
En los Contratos de Distribución con plazo determinado, al vencimiento de éste, tienen las partes el derecho a no renovar el contrato; sin embargo, incurrirá en responsabilidad y deberá renovar el contrato la parte que por sus actos haya generado confianza en la otra, perjudicándola con la imprevisible decisión de no renovar el contrato. Nos dice Bergstein que la parte que a través de la no renovación contradice radicalmente su conducta anterior, incurre en responsabilidad por abuso de derecho -de no renovación-, porque su conducta infringe el principio de la buena fe, expresado en la confianza que voluntariamente ha generado una de las partes en la otra, que ahora se ve perjudicada con la intempestiva decisión. Añade, además, que el desistimiento unilateral en los contratos de plazo indeterminado, debe analizarce desde la perspectiva de la buena fe lesionada,

abuso del derecho, en las específicas circunstancias - situación real - en que se produce este desistimiento.

Supuestos teóricos de no lesión del principio de buena fe, de licitud del desistimiento, serán las denominadas "Justas causas de Recisión". Como ejemplos, consigna Bergstein la modificación unilateral de los productos comercializados, que facultaría al "distribuidor", y perjuicios en la reputación de la marca que pudiera ocasionar la mala gestión del "distribuidor", que permitiría desistir justamente al "principal".

Añade el autor que aún sin la existencia de una justa causa que permita el desistimiento en los Contratos de Distribución de plazo indeterminado, puede cualquiera de las partes desistir si desvirtúa la posible y futura responsabilidad que podría atribuírsele en virtud a su desistimiento ejecutado de mala fe. Una institución que constituye un elemento de la buena fe en el desistimiento unilateral es el preaviso o lapso que media entre la notificación del desistimiento y la extinción del contrato, o, el lapso que media entre la notificación de rescisión y su efectiva entrada en vigencia. Tras el riguroso análisis del preaviso, adiciona los temas de la duración mínima del Contrato de Distribución y la oportunidad o momento en que el desistimiento debe ejercerse como otros factores que evidencian el proceder de buena fe y hacen inatacable la decisión de desistimiento unilateral.

Todas estas consideraciones constituyen límites al ejercicio de la voluntad en la "Extinción del Contrato de Distribución", tema que con mucho acierto nos presenta, de esta forma, Jonás Bergstein en una particularmente agradable edición de la Fundación de Cultura Universitaria de Montevideo.



GIOVANI PRIORI POSADA Y REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

APUNTES DE DERECHO PROCESAL

Lima: ARA, 1997. 95p.

Prologados por Juan Monroy Gálvez, Giovani Priori y Reynaldo Bustamante comparten su primer libro para presentarnos el tratamiento de dos temas: la Tutela Jurisdiccional de los derechos difusos desde la perspectiva de la ciencia procesal Constitucional y el contenido esencial del derecho fundamental a probar (a la presentación de pruebas que desestimen o verifiquen lo que se pretende en un determinado proceso), respectivamente.

La vida moderna, nos dice Priori, ha generado nuevas formas de amenaza a valores que el ordenamiento considera dignos de tutela jurídica. La vida moderna es también testigo de un fenómeno de masificación de procesos y relaciones que no ha dejado libre al ámbito del Derecho, a través de la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos, o, más bien, bienes que, por esta circunstancia han devenido dignos de protección, bienes cuya afectación ha generado la necesidad de creación de derechos que los protejan. Esta afectación en masa cuyos destinatarios son grandes sectores de una sociedad, hace difícil determinar, exactamente, a estos sujetos cuyos intereses son ahora tutelados. Así, se reconoce titular de estos derechos a un conjunto indeterminado de sujetos.

Nuestra Constitución Política de 1993, ha reconocido esta situación y establece máximas como el derecho al goce de un ambiente equilibrado y adecuado, asume el deber de protección de la salud, la protección de objetos de valor histórico (bienes culturales), el deber de proteger a consumidores y usuarios, entre otros.

No obstante este reconocimiento jurídico, el Derecho va más allá; nos provee de los instrumentos necesarios para la eficaz solución de los conflictos posibles que involucren estos recientes derechos. El problema se suscita al tratar de establecer la titularidad de estos derechos que provea de legitimidad a los posibles demandantes o demandados. Por tanto, la legitimidad para obrar (una de las condiciones de la acción) que requiere quien es parte en un proceso, es un tema no clarificado del todo. Este es el tema central que Giovanni Priori pretende esclarecer. Para esto refiere las posiciones teóricas de Monroy Gálvez y Montero Aroca, quienes sostienen que lo que hay es una forma de representación procesal atípica ,y, que es un caso de legitimidad para obrar extraordinaria, respectivamente.

A partir de estas consideraciones, pasa el autor a tratar temas como el otorgamiento de legitimación a las Asociaciones o Instituciones privadas; el otorgamiento de legitimación a determinadas instituciones públicas; la Acción Popular; y, las Acciones de Clase, institución que

proviene del *Common Law*, en la que los sujetos que demandan o que ocasionalmente son demandados, son un grupo o clase que actúa a través de un representante.

Por último, y después de haber esbozado una propuesta de esta legitimación en el caso peruano, se dedica el autor a la exposición de dos temas: la institución procesal de cosa juzgada desde la perspectiva de los derechos difusos y las medidas cautelares que deben ser "especialmente procedentes" en estos procesos ejecutivos en los que considera que se deben conocer los casos de derechos difusos.

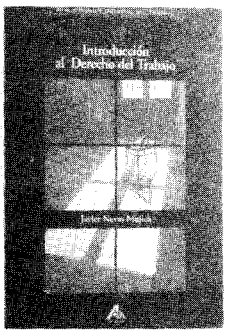
En la segunda parte del libro, Reynaldo Bustamante pretende proponer un nuevo enfoque en el análisis de una institución trascendental en el proceso. La prueba, nos dice, debe ser conocida como un derecho fundamental "a fin de que pueda ser ejercido eficazmente por sus titulares en la defensa de sus derechos e intereses y se evite su vulneración por los órganos del Estado o por particulares".

El derecho a probar es el que permite a los sujetos inmersos en un proceso (a las partes),utilizar todos los medios probatorios que les resulten necesarios para acreditar los hechos que atribuyen o niegan, según la posición procesal que ocupen. Este derecho a probar, explica el autor, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho al debido proceso. Esto se condice con lo mencionado líneas arriba, la finalidad del derecho a probar a través del ofrecimiento de medios probbatorios es producir en la mente del juzgador una convicción o certeza respecto de los hechos afirmados por las partes, certeza que estará estrechamente ligada con el sentido del pronunciamiento último del juzgador, la sentencia.

La creación de una verdad procesal, producida en virtud, en gran parte, a este derecho a probar, no puede dejar de ser considerada pieza escencial del proceso, y, por lo tanto, un elemento constitutivo de lo que entendemos por el "Debido Proceso".

Por último, añade que, no siendo el derecho a probar un derecho absoluto, sino limitado, "su titular deberá ejercerlo conforme a los principios que lo inspiran y le dan contenido".

Interesante, pues, e importante combinación la que nos ofrecen estos dos jóvenes autores.



JAVIER NEVES MUJICA

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO

Lima: ARA, 1997. 170p.

En el presente trabajo, Javier Neves nos acerca a tres temas importantes que son parte del desarrollo de la Teoría General del Derecho del Trabajo.

Los aludidos temas son el campo de aplicación del ordenamiento laboral, especialemente los requisitos que debe poseer un trabajo para estar comprendido en dicho ordenamiento; las fuentes del Derecho en el área laboral, sus características y las relaciones entre ellas; y, finalmente, los principios del Derecho del Trabajo.

El trabajo, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, debe ser humano, es decir, realizado por seres humanos; es productivo, porque reporta un beneficio económico a quien lo realiza. Asimismo se realiza por cuenta ajena, consideración para cuyo esbozo Javier Neves nos explica las ideas doctrinales sobre el trabajo por cuenta propia, que es aquél que realiza el trabajador por su cuenta y que luego cederá en favor de otro en virtud a un contrato de compraventa por el que percibirá un beneficio económico. Frente a esta concepción, señala, está la que interesa al Derecho del Trabajo, la del trabajo por cuenta ajena, que es el realizado por el trabajador vinculado previamente a un empleador por un contrato de prestación de servicios; este tercero, no productor ni comprador, tendrá, en este caso, la titularidad de los bienes y/o servicios que genera la producción por la que paga al productor, valga la redundancia. Seguido en la enumeración, viene el trabajo libre, característica que alude a que el trabajo debe tener su origen en un acuerdo de voluntades entre los sujetos de la relación; sin embargo, el Derecho del Trabajo no ignora que el trabajador no es sustancialmente libre al celebrar el contrato, no lo es al establecer los deberes y obligaciones de las partes, porque materialemente no son iguales tampoco empleador y empleado. Justamente esto justifica la existencia del Derecho del Trabajo. Última característica es que el trabajo es subordinado, es decir, el acreedor del trabajo, el que recibe como contraprestación el trabajo, tiene también la facultad de dirigirlo, dirige la prestación de este deudor.

Hecha esta precisión, el autor pasa a describirnos los elementos

esenciales de la relación laboral para luego analizar los contratos laborales típicos y atípicos.

En el segundo capítulo, Javier Neves trabaja el tema de las Fuentes del Derecho del Trabajo sobre las que nos dice " son acontecimientos jurídicos consistentes en actos o hechos que crean, modifican o extinguen normas".

Entonces las Fuentes del Trabajo resultan ser, la Constitución, los Tratados, las Leyes y otras normas estatales, los Convenios Colectivos, los Reglamentos Internos de Trabajo, la costumbre, las sentencias y los contratos de trabajo; todos temas que el autor analiza desde profundos conocimientos doctrinales sin perder de vista el acertado comentario analítico de nuestra realidad actual. Por último, y, tras una breve explicitación sobre la vigencia de las normas laborales en el espacio y en el tiempo, el autor concluye esta exposición analizando el tema de las relaciones entre normas y la actuación de los Principios del Derecho del Trabajo.

El Derecho produce normas a partir de hechos, y, en última instancia, para regular hechos. En esta lógica, señala el autor, pueden suceder varias hipótesis: que no haya norma aplicable, que haya una única, que haya una relacionada con otra o que hayan varias a la vez. En este marco global es que surje la necesidad de remisión a los principios del Derecho del Trabajo.

Así culmina el presente trabajo de Javier Neves Mujica, el cual tiene una finalidad última, la misma que nos permitimos reproducir por considerarla un valioso aporte a la formación jurídica de quienes tienen el privilegio de entrar en contacto con esta obra: "creemos que si alguna utilidad tuviera este libro, ella podría apreciarse en una metodología activa, donde los estudiantes hubieran leído el texto - acompañado naturalmente de otros- con anticipación a la clase con que se trate el tema respectivo, para que en esta pueda suscitarse la reflexión colectiva, que permita a cada uno extraer sus conclusiones y construir su posición".

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS - Revista de Derecho agradece a todas las personas que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiese sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Manuel Abanto, Juan Luis Avendaño, Manuel Barrios, Javier de Belaunde, Alfredo Bullard, Sol Carreño, Enrique Elías Laroza, Graciela Fernández Baca, Enrique Ghersi, Guillermo Gulman, José Juan Haro, Alfonso de los Heros, Baldo Kresalja, Enrique Lastres, Jorge Lazo Navarro, Rogelio Llerena, Humberto Medrano, Martín Mejorada, Juan Monroy, Manuel Noya de la Piedra, Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea, Mario Pasco Cosmópolis, Luis Pizarro Aranguren, Manuel de la Puente y Lavalle, Alfredo Quispe Correa, Eduardo Sotelo, Lorenzo Zolezzi Ibárcena, Armando Zolezzi Möller.

Asimismo, agradecemos a las siguientes personas:

Soledad Alvarez, Gabriela Arbulú, Gabriel Arrisueño, Ana María Asmat, Ana Cristina Barrionuevo, Carmen Bedoya, Ximena Benavides, Licy Benzaquén, Carlota Cassalino, Liz Chirinos, Daniela García Belaúnde, Familia Gotuzzo Oliva, Patricia Harman, Familia Horna Zegarra, Marina Lazarte, Denisse Ledgard, Verónica Maseda, Víctor Odiaga, Johan Otoya, Gabriel Quispe Correa, Familia Ramírez Ráez, Jenny Soria, Gilda Spalarossa, Filiberto Tarazona, María Cecilia Tello, Jessica Valdivia, María Yshimura.

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS - Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos y/o investigaciones, podrán acercarse a nuestra oficina en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviar sus trabajos a la casilla postal 110711 - Lima 11 (con una copia en diskette) o a nuestro correo electrónico: themis @.pucp.edu.pe.

THĒMIS - Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

THĒMIS - **Revista de Derecho** agradece el apoyo de las siguientes instituciones :

ESTUDIO AGUIRRE CHUMBIMUNI ABOGADOS

ESTUDIO JORGE AVENDAÑO VALDEZ

ÁVILA & VIDAL, ABOGADOS - CONSULTORES

ESTUDIO BARCO, ABOGADOS ASOCIADOS

BARRIOS, FUENTES & URQUIAGA, ABOGADOS

ESTUDIO DE BELAUNDE & MONROY, ABOGADOS

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DUANY & KRESALJA, ESTUDIO DE ABOGADOS

ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA

ESTUDIO FERRERO COSTA & PÉREZ VÁSQUEZ ABOGADOS

ESTUDIO GARCÍA CALDERÓN, GHERSI & VIDAL ASOCIADOS, ABOGADOS

ESTUDIO GRAU ABOGADOS

ESTUDIO HAMANN ABOGADOS

LUIS HERNÁNDEZ BERENGUEL, ABOGADOS

ESTUDIO LLONA & BUSTAMANTE, ABOGADOS

ESTUDIO MARTÍNEZ, BERNINZON Y LAVALLE

MUÑIZ, FORSYTH, RAMÍREZ, PÉREZ-TAIMAN & LUNA-VICTORIA ABOGADOS

ESTUDIO OSTERLING, ARIAS - SCHREIBER, VEGA, ORBEGOSO & ASOCIADOS

ESTUDIO ROSELLO

ESTUDIO RUBIO, LEGUÍA, NORMAND & ASOCIADOS

ESTUDIO YORI & BUSTAMANTE ASOCIADOS

Todos aquellos interesados en colaborar con THĒMIS - Revista de Derecho **mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos y/o investigaciones, podrán acercarse a nuestra oficina en el segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarlos a la casilla postal 110711, Lima 11.**

Los trabajos deberán entregarse en 2 ejemplares en formato A-4, a doble espacio, además de una copia en diskette (Word Perfect o Microsoft Word).

THĒMIS - Revista de Derecho **agradece todo envío, sin comprometerse a su publicación.**

Impresión:

forma e imagen

Av. Arequipa 4558 - Miraflores, Telfs.: 4450649 - 4446465

1581