

Abuso de la Posición Dominante en el Mercado Internacional

Rosa Virginia Nakagawa Morales

Actualmente, la importancia del comercio a nivel nacional e internacional resulta innegable. Sin embargo, los trabajos de investigación que aborden complejos temas vinculados a la libertad económica, la libre competencia, entre otros, son escasos. La señorita Nakagawa asumió un reto difícil: realizar un análisis riguroso de la posición dominante en el mercado para poder determinar cuándo hay un abuso de dicha posición dominante.

Partiendo de la libertad económica, se puede afirmar que la existencia de normas internacionales que permitan el desarrollo de la libre competencia en un clima de lealtad es sustancial. Sin embargo, la libertad económica debe entenderse en armonía con la libre competencia, lo cual no deja de ser un tema polémico. El problema principal consiste en llegar a un consenso, tanto de los países desarrollados como de aquellos en vías de desarrollo, que permita aclarar el concepto de posición dominante en el mercado internacional, para luego determinar en qué su-

puestos se abusa de dicha posición.

Para lograrlo, la autora analizó las principales distorsiones a la competencia en el tráfico económico interno, así como aquellas que afectan la libre competencia internacional, estructurando el trabajo de investigación en seis capítulos.

El Primer Capítulo presenta los conceptos básicos para entender el análisis y los planteamientos de la autora. Se parte de la economía de mercado para precisar qué es la Libertad de Industria y Comercio, la Libre Competencia y las principales distorsiones al sistema de competencia. Debe resaltarse el intento por determinar el concepto de la Libertad Económica y su necesidad de limitación, principalmente mediante la intervención del Estado o a través de medidas que surjan de acuerdos bilaterales o multilaterales.

En el Segundo Capítulo se estudian los principales ordenamientos que cuentan con normas protectoras de la Libre Competencia. Se analizan legislaciones internas -como las de Estados Unidos de Norteamérica y Alemania- y las normas comunitarias europeas. Es interesante apreciar cómo estas han ido evolucionando en términos de prohibir actividades lesivas a la Libre Competencia, a través del análisis de su potencial o claro

efecto sobre el mercado.

El Tercer Capítulo trata el Derecho de la Libre Competencia. Tras señalar el concepto, se estudian las restricciones a la competencia que tienen su origen en acuerdos, sean estos horizontales o verticales, también trata del control de las fusiones entre empresas como mecanismo de limitar la Libre Competencia. Ello permite encarar el tema del Abuso de la Posición Dominante con mayor profundidad y precisión. Partiendo del concepto y orígenes de la posición dominante, se analizan ejemplos sobre el Abuso de la Posición Dominante en el mercado interno, aplicables al comercio internacional: el boicott, la imposición de precios abusivos y de condiciones abusivas de contratación, la discriminación de los precios, la negativa independiente de no comerciar, la imposición de prestaciones suplementarias, las limitaciones en la producción y distribución o desarrollo técnico, las concesiones y servicios, y el acaparamiento. Aunque el listado no es exhaustivo, su estudio nos ilustra con claridad el fin de las normas que reprimen el abuso de la posición dominante, permitiendo afirmar a la autora que la posición dominante pura y simple, en sentido estricto, no constituye *a priori* y *per se* una restricción de la Libre Competencia en el mercado internacional. Finalmente, hay un estudio de la normativa peruana

sobre la Defensa de la Libre Competencia, que lleva a plantear algunas recomendaciones para subsanar algunos vacíos o incrementar el campo de aplicación de las normas.

El Capítulo Cuarto trata de la Libre Competencia en el Comercio Internacional y analiza dos sistemas: el GATT (Acuerdo General de Aranceles y Comercio) y las Naciones Unidas. Se parte del estudio de los principios y alcances que caracterizan estos sistemas para luego referirse a las prácticas desleales -como el *dumping* y los subsidios-, cuya difusión y sus efectos merecen un tratamiento específico en ambos sistemas.

El Capítulo Quinto reafirma la Posición Dominante *per se* no es lesiva para el comercio internacional y que sólo el abuso de la misma resulta materia de prohibición por las legislaciones internas y por las normas internacionales. Por consiguiente, contiene el análisis de las prácticas restrictivas al comercio internacional, haciendo énfasis en los alcances de tales prácticas en cuanto al Abuso de la Posición Dominante en el Mercado Internacional. Estudia lo referido a las empresas transnacionales y el efecto de sus acuerdos y prácticas en la economía mundial, con especial referencia a los efectos nocivos en los países en desarrollo. Asimismo, estudia los carteles de importación y de exportación, los cuales pueden ser sumamente desventajosos para algunos Estados del Tercer Mundo. Luego, nos plantea cómo opera el Abuso de la Posición Dominante en el comercio internacional, a través de algunos supuestos que ilustran claramente su constitución y efectos: los abusos en la manipulación y fijación de precios de transferencia, las prácticas abu-

sivas de vinculación de compras y las prácticas abusivas en relación a la transferencia de tecnología. Ello lleva finalmente a una evaluación del Proyecto de Código Internacional de Conducta sobre las Transnacionales, que permite una clara visión del estado de la cuestión a nivel de foros internacionales.

El Sexto Capítulo alude a las restricciones al comercio internacional que sufren de manera específica los países en desarrollo. Su estudio es fundamental toda vez que el Abuso de la Posición Dominante afecta los intereses y la economía de los países del Tercer Mundo. Problemas relativos al Régimen de Cláusulas de Salvaguardia, el Sistema General de Preferencias, los Convenios de Limitación de las exportaciones, las Subvenciones a los productos básicos y las Restricciones Cuantitativas, son tratados con objetividad, percibiéndose que su uso puede llevar, en algunos supuestos, a producir efectos que limiten irracionalmente la Libre Competencia.

Durante la investigación, se constató que la bibliografía sobre el tema es escasa, inclusive a nivel de autores extranjeros y de las recopilaciones hechas por órganos de organizaciones internacionales. Frente a este reto, con mucho mérito, la señorita Nakagawa logró recopilar información sumamente interesante que nos presenta en su Tesis, pudiendo comprobar que se tratan de fuentes solventes académicamente y de actualidad. Se han incluido dos anexos, referidos a la Resolución 35/63 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (S-XXV) del 5 de diciembre de 1980 sobre las prácticas comerciales restrictivas, y el Conjunto de Principios y Normas Equitativas

Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales y Restrictivas en un anexo de la Resolución del 22 de abril de 1980.

Este gran esfuerzo ha merecido la mención de SOBRESALIENTE, mención que de por sí expresa la gran calidad de este inédito trabajo de investigación así como el alto valor otorgado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú a quienes, con seriedad y dedicación, dan un aporte al desarrollo del Derecho.

Elvira Méndez Chang

Legislación Extraordinaria de Emergencia. Hacia una Teoría de la 'Urgencia Económica' en los Artículos 132 y 211 inciso 20 de la Constitución Política Peruana de 1979

Sergio Oquendo Heraud

El trabajo consta de dos grandes partes. En la primera el autor presenta el marco teórico de la investigación en cuanto a lo que se entiende como Legislación Extraordinaria de Urgencia a nivel doctrinario y del derecho comparado; para luego, en la segunda Parte, hacer un análisis de la manera en cómo ha sido plasmado dicho concepto en la Constitución Peruana de 1979, señalándose las bondades y limitaciones del texto constitucional, así como los problemas y vacíos que genera.

En su exposición, Sergio Oquendo recurre de manera eficiente al estudio de lo que en materia de urgencia económica y otros ocurre en España y Colombia, principalmente, revisando igualmente estudios, casos e interpretaciones sobre el tema en la doctrina y constituciones extranjeras, para luego vincular tales experiencias con lo que ocurre y ha sido estudiado en el Perú.

En la primera parte, que comprende sólo al Capítulo Primero y bajo el título "Hacia una teoría de la urgencia en la Constitución Peruana de 1979", es tratado el tema de la "urgencia", vinculándolo a los conceptos de "circunstancias excepcionales", "necesidad", "potestad discrecional y reglada", "acto político", y "razonabilidad". Igualmente se trata el tema de "la naturaleza de las medidas extraordinarias", el "efecto suspensivo", la "derogación y caducidad", y el "control de la constitucionalidad de las medidas extraordinarias".

En el Capítulo Segundo, inicio de la segunda parte, el tema es "La intervención de la actividad económica del artículo 132 de la Constitución. La 'emergencia económica'". En dicho acápite hace un estudio exhaustivo de este último concepto.

El Capítulo Tercero versa sobre el "El inciso 20 del artículo 211 de la Carta Peruana: la normatividad de la necesidad y urgencia". Es especialmente interesante el acápite 4, sobre el "Régimen jurídico de la normatividad de urgencia", y dentro de él el acápite 4.5 que versa sobre "La provisionalidad de los decretos de urgencia: control parlamentario *a posteriori*."

En el Cuarto y último Capítulo el autor comenta la Ley 25397,

referente al control parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República, contenidos en los artículos constitucionales estudiados.

Hacia el final del trabajo propone las formas en que debería encontrarse una solución a las dificultades de interpretación y aplicación que, por sus altas consecuencias políticas, han dado lugar los artículos 132 y 211 inciso 20 de nuestra Constitución.

El trabajo es, en opinión del suscrito, un excelente estudio analítico y comparativo de la temática referente a la legislación extraordinaria de emergencia, el cual debe servir como valioso y enriquecedor aporte dentro de la reforma constitucional que se lleva a cabo actualmente.

Adrián F. Revilla V.

La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú: Análisis de un Fracaso

Alejandro Falla Jara

Tesis sustentada el 25 de Junio de 1993 ante los Dres. Fernando de Trazegnies Granda, Alfredo Bullard Gonzáles y Ricardo León Pastor. SOBRESALIENTE.

El tema de la Responsabilidad Civil Extracontractual ha sido analizado y recogido en diversos trabajos de investigación, incluyendo numerosas tesis. Sin embargo, la mayoría de estos trabajos se han limitado a estudios doctrinarios y dogmáticos, que sin perjuicio de su valor académico, dicen más de la coherencia interna de los sistemas de responsabilidad civil que de la coherencia que estos deben

guardar con la realidad a la cual deben ser aplicados.

La tesis bajo comentario es una destacada excepción a lo reseñado en el párrafo anterior. Su autor se embarca en la interesante, pero difícil aventura, de ir a la búsqueda de precedentes judiciales, los cuales no sólo identificó en un número apreciable, sino que sistematizó y ordenó para obtener datos valiosos. La información no sólo se refiere a los razonamientos jurídicos seguidos por nuestras Cortes, sino a datos fundamentales como la duración de los procedimientos, el valor real de las indemnizaciones concedidas, el costo público y privado de la utilización del sistema judicial, la condición económica de las partes, etc. Adicionalmente, el autor, utilizando los aportes teóricos del Análisis Económico del Derecho (Law & Economics) hace un análisis pertinente e interesante de los efectos sociales y económicos del sistema de responsabilidad civil para llegar a una conclusión desoladora: el sistema no cumple ninguna función socialmente tutelable y por el contrario acarrea una serie de costos que lo hacen socialmente inútil.

El Primer Capítulo, titulado "Accidentes, Responsabilidad Civil y Propósitos Sociales", analiza cuáles son las funciones que deben ser desarrolladas por un sistema de responsabilidad civil extracontractual. En él se expone el marco de análisis teórico que se utilizará a lo largo de la tesis. Principalmente se analizan las funciones de prevención y de distribución del costo de los accidentes. Para ello se utilizan los elementos que brinda el Análisis Económico del Derecho como una forma de vincular el sistema legal con la realidad.

Los Capítulos II, III, IV y V

están agrupados en lo que el autor ha denominado "El Teatro de lo Absurdo: La Responsabilidad Civil Extracontractual en Acción". Estos Capítulos son el fruto de un esfuerzo digno de destacar de no sólo recopilación de sentencias en procedimientos de responsabilidad civil extracontractual, sino del estudio de los propios expedientes, los mismos que han sido analizados concienzudamente, habiéndose extraído información sumamente valiosa para entender cómo funciona el sistema en la realidad. El autor ha revisado y clasificado 217 expedientes en los que la Resolución de última instancia se emitió entre los años 1986 y 1989. La información recopilada es especialmente valiosa y comprende una serie de aspectos estadísticos que han sido recogidos en un conjunto de cuadros y gráficos que están incluidos en el trabajo.

El Capítulo Segundo, titulado "Los Procedimientos de la Muestra", introduce los elementos técnicos del grupo de expedientes analizados por el autor, explicando las características de los procedimientos analizados (en todos ellos se declaró fundada la demanda), el tipo de daños objeto de los juicios y las categorías genéricas de las partes que litigaron en los mismos. Este Capítulo determina y define cuál es la muestra analizada.

El Capítulo Tercero titulado "La Duración de los Procedimientos Indemnizatorios" hace una detallada descripción del lapso del tiempo que toman los procedimientos, desagregando el lapso de preparación para el juicio, la duración total por cada instancia, la duración de la etapa de ejecución de sentencia, así como la duración total del juicio, demostrando la increíble demora que se produce desde que se

genera un accidente hasta que la víctima puede llegar a cobrar la indemnización otorgada en su favor. En este mismo Capítulo se analizan qué costos y beneficios genera a las distintas partes la demora en la tramitación de los distintos procedimientos, cómo esto genera conductas estratégicas por parte de los causantes de daños y trata de encontrar una explicación a las causas de lo prolongado y tedioso de los juicios indemnizatorios.

El Capítulo Cuarto, titulado "El Costo de los Procedimientos Indemnizatorios", analiza cuáles son los recursos económicos consumidos por los juicios. En él se desagregan los costos de preparación del proceso judicial, y los costos derivados de la propia etapa judicial. También analiza la fuente de esos costos (abogados, jueces, secretarios, etc.).

El Capítulo Quinto, titulado "Indemnización y Procedimientos Judiciales", es el quizá nos suministra la información más interesante. En él se analizan los montos que conceden los Tribunales peruanos como indemnización por los daños que se ocasionan a sus víctimas. El autor desagrega el análisis según el tipo de daño (lesiones, muerte, daños patrimoniales, daño moral, etc.). En esta parte se demuestra cómo el monto indemnizatorio va disminuyendo en su valor real conforme avanza a las distintas instancias, llegando a extremos patéticos cuando la víctima puede recién cobrar la indemnización que se le ha otorgado. También se grafica muy claramente los poquísimos casos en que la víctima llega realmente a cobrar la indemnización concedida. Finalmente, se trata de analizar las causas que generan indemnizaciones ínfimas y que en ningún caso llegan a re-

parar los daños ocasionados.

Los Capítulos Sexto y Séptimo están agrupados en una tercera parte, denominada "Aspectos Económicos de la Responsabilidad Extracontractual". En ellos se analizan cuáles son las consecuencias económicas y sociales del sistema tal como viene funcionando en la actualidad.

El Capítulo Sexto, titulado "Desperdicio de Recursos", analiza la Responsabilidad Civil desde la perspectiva del logro del objetivo de la eficiencia económica, visualizando el sistema como un mecanismo de internalización de externalidades. Dentro de esta línea, el autor estudia algunos casos concretos en nuestro Código Civil (responsabilidad de empresa, responsabilidad vicaria y responsabilidad por cosas inanimadas) a fin de establecer su lógica económica y su disfuncionalidad en su aplicación práctica.

El Capítulo Séptimo, titulado "¿Todos somos iguales ante la ley?", se refiere a los aspectos distributivos de la Responsabilidad Civil. En él se establece cómo el sistema de responsabilidad ha terminado siendo un mecanismo de subsidio de ciertos sectores hacia ciertas actividades. El autor critica la adopción del sistema de responsabilidad civil como un mecanismo de redistribución de ingresos. Sin embargo, que tal como está estructurado el sistema, genera un efecto redistributivo no deseado favoreciendo a los sectores de mayores ingresos, que suelen desarrollar las actividades o controlar los recursos que ocasionan mayores daños, en perjuicio de los sectores de menores ingresos.

En la conclusión, titulada "El Fracaso Social de la Res-

ponsabilidad Civil Extracontractual”, el autor reseña cuáles son las consecuencias que se producen en la vida social y en el sistema económico por la disfuncionalidad de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual y, plantea la necesidad de hacer cambios radicales que se basen en principios distintos a aquellos que inspiran el sistema vigente.

Sin duda estamos frente a un trabajo de características excepcionales, tanto desde el punto de vista de la metodología utilizada, como desde la perspectiva con la que se han abordado los problemas. En un medio en el que la investigación jurisprudencial es casi inexistente y donde la posibilidad de acceder a expedientes implica una serie de obstáculos difíciles de superar, el haber podido estudiar 217 casos constituye un esfuerzo digno de destacar.

El señor Falla ha hecho un esfuerzo encomiable y bien logrado de dibujarnos un mapa bastante detallado de lo que es la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú, superando la simple descripción doctrinaria o el análisis de los textos legales para dirigirse al Derecho vivo, al Derecho en acción, que es finalmente lo importante.

Debo confesar que la lectura del trabajo del señor Falla me ha despertado sentimientos contradictorios. La constatación de los montos indemnizatorios concedidos, de la duración de los procedimientos y de la “vía crucis” que tienen que atravesar las víctimas para obtener sentencia que en lugar de reparar el daño causan perjuicios mayores a su propia dignidad humana, generan una sensación de desilusión que está bien reflejada en el título de la tesis. Sin embargo, el mismo

trabaja crea la satisfacción de leer un estudio serio, profundo, sacrificado, que permite conocer la realidad. El señor Falla nos ha llevado en su tesis por caminos tortuosos y desilusionantes, pero al mismo tiempo ha sabido conducirnos con objetividad, con rigor científico y con originalidad. El mérito del metódico y difícil trabajo de campo desarrollado es superado sólo por la forma original, ingeniosa y rigurosa como se ha procesado, ordenado y analizado la información. El Sr. Falla ha cruzado datos interesantes que en ocasiones arrojan luces sobre ciertos problemas y en otras nos demuestran lo lejos que estamos de conocer la realidad, o lo irracional que puede ser un ente ineficiente como el Poder Judicial peruano, donde muchas veces nada tiene lógica.

Por ejemplo, en el trabajo se analizan las vinculaciones entre los montos indemnizatorios y el tipo o nivel de ingreso de los demandantes y/o los demandados. En otras partes se establece la vinculación entre la pulverización de los montos indemnizatorios y la situación económica del país en el momento que éstos fueron cobrados (hiperinflación, políticas de ajuste, etc.).

Adicionalmente, el Sr. Falla utiliza los aportes de una teoría relativamente novedosa en la doctrina como es el Análisis Económico del Derecho (Law and Economics), desarrollado principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica. Con esos elementos establece relaciones interesantes entre la información recopilada y la frustración de los fines de la Responsabilidad Civil. Así, establece que las funciones principales que el sistema está llamado a desarrollar se ven totalmente frustradas en la realidad. El sistema de responsabilidad civil no desincentiva, sino

por el contrario subsidia a las actividades causantes del daño. Lo peor de todo es que lo hace sin ninguna lógica y sin ningún fundamento que justifique tal efecto. Adicionalmente, en lugar de reducir o distribuir el costo de los accidentes lo aumenta y lo concentra en las víctimas, generando frustración y mayor sufrimiento social.

El autor concluye que el sistema no es sólo ineficiente, sino tremendamente injusto. En otras palabras, no desarrolla ninguna función social y, en consecuencia, es un sistema inútil que genera más costos que beneficios sociales.

Debemos señalar, sin embargo, que la tesis carece de una propuesta final para solucionar el problema enunciado. Esto no puede entenderse como una deficiencia en cuanto el objetivo del trabajo era hacer un diagnóstico que verificara la hipótesis que el autor se planteaba: la disfuncionalidad total del sistema. Creo, empero, que el autor debería asumir en un futuro el reto de un trabajo de investigación que complementa el que ya ha realizado, destinado a formular una propuesta alternativa que solucione la crisis y el fracaso que ha puesto en evidencia de manera contundente. Hasta entonces, el trabajo estará incompleto, lo que finalmente es su mayor mérito, pues nos abre el camino para descubrir nuevas alternativas. Lo que el autor ha conseguido es desnudar el problema, poniendo de manifiesto lo absurdo que puede terminar siendo entablar discusiones teóricas que olvidan el compromiso del Derecho con la realidad.

Alfredo Bullard Gonzáles

Planes de Desarrollo en el Modelo Peruano

Gonzalo Arce D'Onofrio

Con la tesis titulada "Los Planes de Desarrollo en el Modelo Económico Peruano. Su aplicación Jurídico-Administrativa e Instrumentación Convencional para el Sector No Público" se graduó como abogado el señor Gonzalo Arce D'Onofrio el 15 de Diciembre de 1992, obteniendo la mención de sobresaliente.

La tesis parte del criterio de que todo país en desarrollo requiere de principios sólidos sobre la base de sus posibilidades reales, debiendo los gobiernos dar prioridad a aquellas actividades que, de acuerdo a dichos principios, tengan que ser dinamizadas. Esto exige un proyecto nacional que incluya a toda la sociedad; es decir, a los sectores público y no público.

Las normas programáticas constitucionales que intentan esbozar una nueva sociedad, así como el modelo económico establecido en la Constitución, deben influir jurídicamente en la normatividad administrativa y, en general, en toda la actuación de los gobernantes.

En tal sentido, la planificación democrática y los planes de desarrollo deben estar reflejados en un marco jurídico de clara preminencia y al cual deben ajustarse tanto la actuación estatal administrativa como lo del sector no público. De ahí que el autor privilegie la planificación concertada como fuente inspiradora y legitimante de la actividad estatal y no estatal.

Gonzalo Arce D'Onofrio, apartándose de la tradicional orientación de tratar el tema de la pla-

nificación desde una perspectiva básicamente económica, enfatiza el aspecto jurídico, proporcionándonos interesantes planteamientos para la interpretación de los denominados conceptos jurídicos indeterminados y de las normas programáticas, contenidos en la Constitución.

El autor hace una referencia histórica de la planificación, explicando el origen de este concepto en el Perú y su evolución desde que formalmente fue asumido en la década del 60 como una actividad imprescindible, hasta el modelo asumido en el artículo 111º de la Constitución de 1979.

Tanto el análisis del artículo constitucional mencionado como las formas jurídicas posibles de instrumentación de la planificación concertada, constituyen los ejes centrales de la tesis, arribando a cincuenta conclusiones interesantes, entre las cuales cabe mencionar los siguientes: a) El tipo de planificación que instrumente un Estado dependerá de cómo se conciba su actuación dentro del ámbito económico; b) La planificación concertada se caracteriza por la participación de los ulteriores destinatarios de los planes, lo cual legitima los objetivos y metas a ser alcanzados; c) La participación del sector no público debe ser protagónica, es decir, en órganos de decisión y no sólo consultivos; d) El uso de la figura contractual para la ejecución de los planes garantiza la racional distribución de beneficios que busquen asegurar el cumplimiento de los objetivos planteados por el sector no público; e) El rol económico del Estado debe ser subsidiario al del sector no público, conforme el modelo constitucional de 1979; f) Los planes son imperativos para el sector público, pero ello no implica que la planificación sea centralizada; g) El

artículo 111º de la Constitución de 1979 busca que la planificación concertada sea obligatoria con respecto al sector no público, pero otras disposiciones constitucionales sobre Régimen Económico, garantizan que ello se produzca respetando un orden competitivo de economía social de mercado; g) La organización del Sistema de Planificación no ha guardado plena coherencia en el modelo de planificación concertada, aunque existen instancias como las asambleas regionales cuya composición brinda condiciones adecuadas para hacerla posible; y h) El contrato público es la figura idónea para vincular jurídicamente a los sectores público y no público para el cumplimiento de los planes de desarrollo.

Habiendo el actual gobierno dispuesto la extinción del Instituto Nacional de Planificación, en poco tiempo el país va dando muestras de que la función planificadora no debe ser asumida por organismos cuya función esencial sea el manejo de coyunturas. Formular objetivos de desarrollo y planes que miren el mediano y largo plazo, así como estructurar un proyecto nacional, constituyen obligaciones de todo gobernante que no está dispuesto a abandonar a su suerte a las generaciones futuras.

El trabajo de Gonzalo Arce D'Onofrio nos permite reflexionar sobre esta materia.

Ricardo Salazar Chávez